

**Responsabilidad Patrimonial del Estado por Privación Injusta de la Libertad, ¿una
Responsabilidad Objetiva o Subjetiva?**



Laura Sofia Andrade Manzano

Maria Alejandra Silva Garcia

Universidad del Cauca

Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales

Programa de Derecho

Popayán

2022

**Responsabilidad Patrimonial del Estado por Privación Injusta de la Libertad, ¿una
Responsabilidad Objetiva o Subjetiva?**

Trabajo de grado para optar por el título de Abogado

Laura Sofia Andrade Manzano

Maria Alejandra Silva Garcia

Director de la Monografía

Dr. Luis Guillermo Serrano Escobar

Universidad del Cauca

Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales

Programa de Derecho

Popayán

2022

Nota de aceptación

Director: _____

Dr. Luis Guillermo Serrano Escobar

Jurado: _____

Dr. Jhon Jairo Muñoz Palacios

Jurado: _____

Dr. Juan David Illera Cajiao

Lugar y fecha de sustentación: Popayán, 31 de mayo de 2022

Tabla de contenido

Introducción 6

CAPÍTULO I: CONTEXTO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO EN COLOMBIA 10

1.1 Marco Histórico anterior de la Carta Política de 1991 10

1.2 Responsabilidad Patrimonial del Estado en la Constitución Política de 1991 13

1.3 Elementos Estructurantes de la Responsabilidad Patrimonial del Estado en la Constitución Política de 1991 16

1.3.1 Daño Antijurídico 18

1.3.2 Imputación 21

1.3.2.1 Criterio Subjetivo de Imputación: Falla del Servicio. 23

1.3.2.2 Criterios Objetivos de Imputación. 25

1.3.2.2.1 Teoría del Daño Especial. 30

CAPÍTULO II: DESARROLLO LEGISLATIVO Y JURISPRUDENCIAL EN COLOMBIA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD HASTA EL 2018 EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA COLOMBIANA DE 1991 32

2.1 Decreto-Ley 2700 de 1991..... 33

2.1.1 Responsabilidad del Estado por Error Judicial 33

2.1.2 Responsabilidad del Estado por Privación Injusta de la Libertad 34

2.1.3 Circunstancias de Absolución Penal Contempladas en el Artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991 35

2.1.3.1 El Hecho no Existió (Inexistencia Objetiva). 36

2.1.3.2 El Sindicado no lo Cometió (Inexistencia Subjetiva). 37

2.1.3.3 La Conducta no Constituía Hecho Punible. 38

2.1.3.4 Única Causal de Exoneración de la Responsabilidad Patrimonial del Estado Según el Artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991, en la Detención Preventiva Injusta. 39

2.2 Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia 40

2.2.1 Responsabilidad por el Defectuoso Funcionamiento de la Administración de Justicia 41

2.2.2 Responsabilidad por el Error Jurisdiccional 41

2.2.3 Responsabilidad por Privación Injusta de la Libertad 42

2.3 Desarrollo Jurisprudencial del Consejo de Estado sobre la Responsabilidad Patrimonial del Estado por la Privación Injusta de la Libertad	44
2.3.1 Primera Etapa	44
2.3.2 Segunda Etapa	48
2.3.3 Tercera Etapa.....	51
2.3.4 Cuarta Etapa	55
2.3.4.1 Responsabilidad Patrimonial del Estado por la Exoneración cuando se Aplica el Principio In Dubio Pro Reo.....	56
2.3.4.2 Responsabilidad Patrimonial del Estado por la Exoneración Penal por Falta de Pruebas.....	58
2.4 Desarrollo Jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre la Responsabilidad Patrimonial del Estado por la Privación Injusta de la Libertad hasta el 2018	60
CAPITULO III: TENDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO Y LA CORTE CONSTITUCIONAL A PARTIR DEL 2018	75
3.1 Tendencia de la Corte Constitucional en la Sentencia SU- 072 del 2018.....	75
3.2 Tendencia del Consejo de Estado en la Sentencia 46.947	79
3.3 Responsabilidad Patrimonial del Estado por Privación Injusta de la Libertad, ¿una Responsabilidad Objetiva o Subjetiva?.....	84
3.3.1 La Responsabilidad Patrimonial del Estado por Privación Injusta de la Libertad a la luz del artículo 90 de la Constitución Política.....	84
3.3.2 La Autonomía del Juez.....	87
3.3.3 El Principio de Presunción de Inocencia e In Dubio Pro Reo	92
3.3.4 El Derecho Fundamental a la Libertad.....	95
3.4 Escenario Jurisprudencial Actual de la Privación Injusta de la Libertad.....	98
3.4.1 Sentencia 49192 del 29 de noviembre del 2019	98
3.4.2 Sentencia 53429 de junio de 2020.....	101
3.4.3 Sentencia 57984 de julio de 2020	103
3.4.4 Sentencia T-045 de 2021	106
3.4.5 Sentencia 47139 del 28 de abril 2021.....	108
3.4.6 Sentencia 47222 del 9 de julio de 2021	111
3.4.7 Sentencia SU – 363 de 2021 – Comunicado 39	117
Conclusiones.....	121
Referencias.....	126

Introducción

El Estado colombiano ha sido declarado responsable por afectar los derechos fundamentales de sus administrados en muchas ocasiones, para ser más exactos, y para dimensionar este fenómeno, actualmente la Agencia de Defensoría Jurídica del Estado manifiesta que se encuentran 333.021 demandas en desarrollo, con pretensiones que superan los \$400 billones de pesos, situación que afecta el balance fiscal del Estado trascendentalmente. La privación injusta de la libertad es el tema con mayor concurrencia en cuanto a demandas contra el Estado se trata, generando una problemática de alto impacto económico y social para el sistema jurídico, puesto que es el tesoro público del país el que se ve afectado por la destinación de estos recursos para el pago de condenas judiciales.

Ante ello, Colombia está ante un reto importante en términos de garantías de los derechos fundamentales y procesales, en tanto, este tema ataca directamente el derecho fundamental de la libertad, que funciona como base o punto de partida para que los ciudadanos ejerzan las prerrogativas que la Constitución Política reconoce, en el marco del Estado Social de Derecho. No obstante, en la praxis, el Estado ha demostrado que es más importante la aplicación de un castigo anticipado como lo es la detención preventiva que velar por garantizar y mantener intacto el derecho a la libertad, la presunción de inocencia y respeto al debido proceso de los ciudadanos. Aunado a esto, se resalta el preocupante contexto demográfico que rodea los establecimientos carcelarios y penitenciarios del país.

Frente a esta problemática, recientemente la Corte Constitucional y el Consejo de Estado se han enfocado en evaluar y dar solución a vacíos jurídicos presentes en la interpretación normativa, por cuanto, si bien existe conceptualización y regulación legal sobre la materia, tales

disposiciones no son suficientes en la praxis, es decir, que no propugnan por una aplicación eficaz y generan controversias a partir de la hermenéutica de estos preceptos. Se señala entonces, la necesidad del estudio de la responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad, debido a sus implicaciones en el ámbito de los derechos fundamentales, los límites al ejercicio del poder público y el impacto fiscal que este fenómeno puede traer consigo.

Con base en los anteriores presupuestos, en la presente investigación se plantea el siguiente interrogante, ¿Con relación a la nueva postura jurisprudencial establecida en las sentencias del Consejo de Estado 46947 y la sentencia de la Corte Constitucional SU 072/2018, se debe defender la responsabilidad subjetiva del estado por privación injusta de la libertad, o se debe seguir defendiendo la responsabilidad objetiva del Estado?

Investigación que está enfocada en vislumbrar la necesidad de seguir defendiendo la tesis de la responsabilidad objetiva del Estado por la privación injusta de la libertad que se venía desarrollando, no solo teniendo en cuenta que es la más garantista del derecho a la libertad personal, sino porque en su defecto se confundiría con el concepto de error judicial, que es otra forma de responsabilidad del estado Juez. Se pretende analizar de forma crítica, los principales cambios y tendencias jurisprudenciales del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, específicamente sobre la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, haciendo principal énfasis en el cambio introducido en las sentencias a partir del año 2018, basado en el regreso de la predominancia del régimen de imputación subjetivo. Tal modificación de criterio implica que actualmente no exista un estudio profundo al respecto, ya que esta temática tiene elementos relativamente nuevos que no han permitido ofrecer una postura suficientemente desarrollada y clara acerca de cómo opera actualmente la responsabilidad patrimonial por privación injusta de la libertad y sus elementos. Situación que ha propiciado la discusión

académica sobre la administración de justicia y su desempeño en cuanto a la protección de los derechos de los administrados. Frente a este nuevo panorama, se pretende estudiar el desarrollo jurisprudencial que se ha tenido sobre este tema, la naturaleza jurídica de la problemática, los elementos conceptuales que determinan las principales implicaciones de cada cambio normativo, así como los requisitos que ha establecido el ordenamiento jurídico para poder declarar la responsabilidad y los desafíos que se pueden presentar al respecto.

Con la finalidad de estudiar la problemática y mediante un aporte analítico – descriptivo donde se perciba la importancia que traerá este novedoso sistema de reglas que introduce nuevos parámetros y criterios de aplicación en la materia; el proyecto se dividirá en tres capítulos. El primero desarrolla conceptos generales acerca de la responsabilidad del Estado, empezando con un análisis histórico que contextualiza el panorama de esta figura antes y después de la carta política de 1991, abarcando definiciones puntuales sobre el daño antijurídico; la imputación, con el criterio subjetivo, donde se encuentra la falla en el servicio y finalmente el criterio objetivo de imputación, donde se encuentra el daño especial; siendo estos los elementos que estructuran la responsabilidad objeto de esta investigación.

El segundo capítulo aborda el desarrollo jurisprudencial y legislativo sobre la Responsabilidad del Estado por la Privación Injusta de la Libertad hasta el año 2018, dando inicio con el Decreto-Ley 2700 de 1991, el cual da origen al marco legal que se encarga de regular la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad; continuando con la ley 270 de 1996, la cual entra a regular lo referente a la responsabilidad del Estado, sus funcionarios y empleados judiciales; siguiendo con el Desarrollo Jurisprudencial del Consejo de Estado; y finalmente el Desarrollo Jurisprudencial de la Corte Constitucional, hasta el año 2018.

Para finalizar, el tercer capítulo completa la investigación que se lleva a cabo sobre la Responsabilidad del Estado por la privación Injusta de la libertad en Colombia, en este se exponen los cambios introducidos por las Altas Cortes en las sentencias de unificación del 2018; se realiza el análisis de los pronunciamientos en cuestión, y la tendencia jurisprudencial que se ha venido aplicando hasta la fecha.

Tal estudio permite abordar la temática bajo el desarrollo de elementos conceptuales y teóricos encaminados a señalar en qué situaciones se puede declarar la responsabilidad patrimonial del Estado colombiano, de acuerdo a situaciones específicas de la actividad judicial o de la actuación de sus funcionarios, y en cuáles se podría llegar a exonerar; en virtud de la sujeción constituida por el sometimiento del indiciado o imputado ante el Estado, así como el análisis de los perjuicios que se puedan derivar de la detención preventiva, que el procesado no está en el deber jurídico de soportar, cuando se demuestre que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o que el hecho que realizó no era punible.

Para finalizar la investigación se presentan un conjunto de conclusiones, además de una serie de recomendaciones, siendo estas el resultado de la investigación realizada, dirigidas a la correcta aplicación de los criterios de Responsabilidad del Estado por la Privación Injusta de la libertad, buscando evitar que el acceso a la administración de justicia sea inalcanzable.

CAPÍTULO I: CONTEXTO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO EN COLOMBIA

1.1 Marco histórico anterior de la Carta Política de 1991

En gran parte de la historia de la humanidad no se logra evidenciar la obligación del Estado de responder a sus protegidos por los daños ocasionados por la actuación de este, por el contrario, se demuestra el autoritarismo de los gobiernos en sus distintas modalidades, especialmente la del denominado Estado Absolutista, caracterizado por la existencia de monarquías que ejercían poder sin límite o control, donde la opresión hacia los ciudadanos era el actuar regular de los monarcas, ubicando a los gobernados en situación de vulnerabilidad y desprotección frente a las acciones de los gobiernos; *es el Estado poniendo a sus súbditos a servicio de él, y no el Estado trabajando para sus gobernados.*

Tras la llegada de las revoluciones liberales, empiezan a establecerse los cimientos del Estado Constitucional y con ello la configuración de los derechos de los ciudadanos, como Pérez Sánchez (2014) lo plasma al referir que antes, se concebía a los poderes públicos como sujetos pasivos en el ámbito económico y que solo se dedicaban a mantener el orden público, para, actualmente, ser sujetos activos en la economía y el mercado, caracterizando por pasar de un sistema de sufragio restringido al reconocimiento universal del derecho al voto. Es así, como surgen los derechos sociales, que están íntimamente ligados al movimiento obrero y a las relaciones laborales, no reconocidas hasta este momento.

Con un sistema de protección más conciso en materia de derechos humanos, la responsabilidad estatal, encuentra su origen con la aparición misma de los Estados y posteriormente con el sistema democrático y, subsecuente con la llegada del Estado de Derecho. En Colombia, actualmente se conoce como jurisdicción de lo contencioso administrativo al

organismo encargado del control de los litigios entre Estado vs. Ciudadanos. Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia C-644 de 2011 ha manifestado que:

Sobre esta materia la jurisprudencia, desarrollada en sus inicios por la Corte Suprema de Justicia y posteriormente por el Consejo de Estado, encontró su sustento en las disposiciones del Código Civil que regulaban el tema de la responsabilidad patrimonial en el ámbito del derecho privado, acogiendo como parámetros los postulados del Estado de Derecho y, específicamente, los cambios ocurridos en la sociedad y en la economía durante las primeras décadas del siglo XX, que ya tendían a un mayor grado de intervencionismo estatal y, por consiguiente, de responsabilidad institucional. (Corte Constitucional, 2011)

En este sentido, la sentencia C-832 de 2001 resalta la sentencia del 22 de octubre de 1896 de la Corte Suprema de Justicia, la cual se fundamenta en las normas del Código Civil y en los postulados del Estado de Derecho para dar origen a este nuevo régimen. Surge entonces, una nueva realidad social y económica en el país, que deja clara la necesidad de un mayor intervencionismo del Estado, este es un cambio que se aplicó en todos los ámbitos del derecho, por ende, se entiende que la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública también se basa en ese intervencionismo estatal. En esta sentencia también se establece que, en la evolución jurisprudencial que ha tenido la Corte Suprema de Justicia, se identifican tres períodos: *la responsabilidad indirecta, la responsabilidad directa y la falla del servicio* (Corte Suprema de Justicia, 1986). Además, esta sentencia indica que las entidades estatales deben ser personas jurídicas y no deben tener responsabilidad penal sobre los daños que se les produzcan a los ciudadanos, pero si serán obligadas de manera objetiva a reparar civilmente los perjuicios que le sean imputables a sus funcionarios públicos.

Aunado a esto, el fallo del 10 de diciembre de 1937, citado por Serrano y Tejada, (2017), manifiesta que:

Para que exista responsabilidad por parte del Estado por los actos de la administración, es necesario que concurren estos requisitos:

1. La existencia de un perjuicio material cierto, que se haya causado por el hecho de un agente público en el ejercicio de sus funciones.
2. Que ese hecho o acción constituya culpa por parte de la administración. (p. 2)

También citado por Serrano y Tejada, (2017), en la sentencia del 31 de enero de 1961, se perfilan un poco más estos requisitos, estableciendo que para que exista tal responsabilidad se requiere el concurso de un daño, un delito o culpa en una persona, un nexo causal entre ese daño y ese hecho de la persona; además de una relación de dependencia entre el Estado y el imputado. El Consejo de Estado desde el Decreto-Ley 528 de 1964 asumió la competencia plena y general para conocer todos los casos relacionados con la responsabilidad patrimonial del Estado, tanto de origen contractual como extracontractual, subsecuentemente, empezando a exigir los requisitos mencionados para poder imputar la responsabilidad al Estado.

En sentencia de 28 de abril de 1967, el alto Tribunal reitera que para condenar al Estado por “*culpa aquiliana*”, debe ser probada “la existencia del hecho (falla en el servicio); daño o perjuicio sufrido; y una relación de causalidad ente el hecho y el daño o perjuicio” (Serrano & Tejada, 2017). Lo anterior permite ver el manejo que las altas Cortes han dado tradicionalmente a la responsabilidad del Estado, siguiendo fielmente la tradición jurídica francesa en la cual la falla del servicio es el fundamento más importante de la responsabilidad pública, y excepcionalmente se reconocen formas de responsabilidad objetiva (Serrano & Tejada, 2017).

1.2 Responsabilidad Patrimonial del Estado en la Constitución Política de 1991

Frente a la creciente necesidad de ofrecer a los administrados una garantía mínima de protección a su patrimonio e integridad individual, se configuró una nueva Constitución Política que daría especial protección a todos los derechos y pretendería construir un nuevo país a través de un contrato social enmarcado en los parámetros del Estado Constitucional, donde se logra obtener especial reconocimiento a la institución de la responsabilidad estatal como garante de la protección y respaldo de los ciudadanos.

En ese momento, con gran influencia de la comunidad jurídica europea y los efectos de la época de violencia por la que atravesaba el país, se da la expedición de la Carta Política de 1991, donde por primera vez se establece un principio general de responsabilidad patrimonial del Estado, estructurándolo en la teoría de la “lesión”, dejando de lado la teoría tradicional que se venía empleando e iniciando a manejar esta noción perteneciente al derecho español, es decir, un sistema de responsabilidad administrativa de carácter objetivo (Serrano & Tejada, 2017).

El artículo 90 de la Constitución Política de 1991 consagra la responsabilidad del Estado de la siguiente manera:

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, aquel deberá repetir contra este. (República de Colombia, 1991)

De esta norma emanan dos tipos de responsabilidad patrimonial, según Serrano y Tejada (2017), en el primer inciso se está haciendo referencia a la responsabilidad patrimonial del Estado frente a los particulares y, en el inciso final, se está haciendo hincapié en la responsabilidad de los

agentes estatales frente al Estado (p. 406). Este artículo introduce una nueva figura; *la responsabilidad del Estado-Juez*, y no solamente la tradicional responsabilidad de la administración pública, como es expresado por Serrano y Tejada (2017):

Responsabilidad que no se circunscribe exclusivamente a la administración pública, como era tradicional en la jurisprudencia del Consejo de Estado, sino que además incluye la responsabilidad del Estado-Juez, la responsabilidad del Estado-Legislator, así como de los demás órganos autónomos e independientes que hacen parte de la estructura del Estado, lo que se desprende de la referencia que hace la norma constitucional a la responsabilidad del Estado de manera genérica –el que de conformidad al Título V, Capítulo 1 de la Carta Política de 1991, artículo 113 está integrado por las ramas del poder público, como son la legislativa, la ejecutiva y la judicial, además de los órganos autónomos e independientes, los cuales al tenor de los establecidos en los artículos 117 a 120 de la Carta, son el Ministerio Público, la Contraloría General de la República, los órganos de control y la organización electoral; lo mismo que por adoptar esta norma constitucional una fórmula en que se hace derivar la responsabilidad patrimonial del Estado de los daños antijurídicos “causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”, sin hacer distinciones de ninguna clase. (pp. 406-407)

Se establecen dos requisitos en el artículo mencionado para que opere la responsabilidad del Estado, a saber, *que exista daño antijurídico y que sea por una acción u omisión imputable a una autoridad pública*, además, se consagra una cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, donde comprende la responsabilidad extracontractual, precontractual y también la contractual. Como lo manifiesta la Corte Constitucional en la sentencia C-333 de 1996:

En efecto, la norma simplemente establece dos requisitos para que opere la responsabilidad, a saber, que haya un daño antijurídico y que este sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública. Pero el artículo 90 no restringe esta responsabilidad patrimonial al campo extracontractual, sino que consagra un régimen general, por lo cual la Corte no considera de recibo el argumento de uno de los intervinientes, según el cual la noción de daño antijurídico no es aplicable en el ámbito contractual. Por el contrario, para esta Corporación el inciso primero del artículo 90 consagra la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado y comprende por ende no solo la responsabilidad extracontractual sino también el sistema de responsabilidad precontractual (derivado de la ruptura de la relación jurídico-administrativa precontractual) así como también la responsabilidad patrimonial del Estado de carácter contractual. (Corte Constitucional, 1996)

Esto quiere decir que el fundamento de la responsabilidad del Estado en el ordenamiento jurídico colombiano es el principio de la garantía integral del patrimonio jurídico de los ciudadanos, como lo estableció la Corte Constitucional en la sentencia C-644 de 2011:

La responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro sistema jurídico encuentra fundamento en el principio de la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, desarrollado in extenso por la jurisprudencia y expresamente consagrado en el artículo 90 de la Constitución Política, el cual a su vez debe interpretarse en concordancia con los artículos 2º, 13, 58 y 83 del mismo ordenamiento superior que, por un lado, le impone a las autoridades de la República el deber de proteger a todas las personas en Colombia en su vida, honra y bienes (art. 2º) y, por el otro, la obligación de promover la igualdad de los particulares ante las cargas públicas (art. 13) y de garantizar la confianza, la propiedad

privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles (arts. 58 y 83).
(Corte Constitucional, 2011)

Finalmente, se puede concluir que el concepto de Responsabilidad Patrimonial del Estado consagrado en el artículo 90 constitucional tiene un fin básico y es el de operar como garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos, es decir, de un deber jurídico que se ha puesto en cabeza del Estado, es a él, entonces, a quien corresponde hacerse cargo de las consecuencias de las acciones u omisiones cumplidas en el marco de la función pública cuando produzcan un daño a particulares.

1.3 Elementos Estructurantes de la Responsabilidad Patrimonial del Estado en la Constitución Política de 1991

Ahora bien, dentro de la interpretación que se realiza al artículo 90 de la Constitución Política, se encuentra que los elementos que estructuran la responsabilidad patrimonial son:

- ✓ Daño antijurídico
- ✓ Imputación

En el libro, Responsabilidad Patrimonial del Estado de Serrano y Tejada, (2017) se cita al magistrado de la Sección Tercera del Consejo de Estado, Hernán Andrade Rincón, el cual establece en su ensayo *Los títulos de imputación y la responsabilidad del Estado* que:

Se desprende del anterior contenido normativo que los elementos que permiten el surgimiento de un evento de responsabilidad en cabeza del Estado y que, por lo mismo, han de resultar debidamente establecidos para que proceda su declaratoria por parte del juez de la Administración, son dos, independientemente del régimen y/o título de imputación que se aplique al caso: (i) la existencia de un daño o lesión de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial, que ha de ser cierto y determinado, y que se hubiere

causado a uno o a varios individuos y; (ii) que el mismo sea jurídicamente imputable a una autoridad pública por efecto de una acción o de una omisión suya. (p. 407)

Esta es una tendencia moderna en el tema de responsabilidad, explicada así por Serrano y Tejada (2017):

Estructura novedosa que hace suyas las modernas tendencias jurídicas en materia de responsabilidad, que en respuesta a las insuficiencias que plantea el dogma causal para explicar la radicación de efectos dañosos, reivindican el papel de la imputación como un juicio normativo que permite vincular un resultado con un determinado sujeto de derecho; con lo que se supera la construcción tradicional erigida sobre la causalidad, como dato empírico, que a lo sumo sirve para constatar datos, pero no para justificar por qué una persona ha de responder por los daños padecidos por otro. (pp. 407-408)

Esta, al ser una estructura novedosa, aún no es aplicada estrictamente por la Corporación, que sigue aferrándose al dogma tradicional de causalidad, insistiendo en los elementos tradicionales de la responsabilidad, que son daño antijurídico, nexo causal e imputación; aun así, ciertas providencias han reconocido que son solo dos elementos de responsabilidad, como lo establece el Consejo de Estado en la sentencia de 27 de noviembre de 2006. Exp. 14882:

Con fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991, el Estado es responsable patrimonialmente por los daños antijurídicos que ocasione por la acción u omisión de las autoridades públicas, por lo cual para la prosperidad de las pretensiones de la demanda presentada en ejercicio de la acción de reparación directa, es necesario que la parte actora acredite los elementos que configuran dicha responsabilidad, es decir, el daño y la imputación del mismo a la entidad pública demandada. (Consejo de Estado, 2006)

Así, en la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera del Consejo de Estado, exp. 11643 del 21 de octubre de 1999, se sostiene:

Nunca, hasta 1991, nuestro ordenamiento jurídico había consagrado un precepto constitucional constitutivo de la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, que recogiera tanto la responsabilidad de naturaleza contractual como la extra contrato; Tal cosa ocurrió con el artículo 90 de la Constitución Política vigente, de cuyo inciso primero, se deduce, como ya lo ha dicho la Sala en otras oportunidades, que son dos los elementos indispensables para la declaración de la responsabilidad patrimonial del Estado y demás personas jurídicas de derecho público, a saber: el daño antijurídico y la imputabilidad del mismo al Estado. (Consejo de Estado, 1999)

En este orden y compartiendo la tesis anteriormente expuesta, a continuación, se desarrollan los dos elementos de responsabilidad anteriormente mencionados.

1.3.1 Daño Antijurídico

La Constitución Política de 1991 no establece una definición precisa del daño antijurídico, sin embargo, se encuentran distintas posturas que, a lo largo de los años, ha ido tomando el Consejo de Estado y claro está, siendo sumamente importante el desarrollo doctrinal al respecto, comenzando con Henao (2015) quien lo define como:

Una afectación a la víctima, por lo que se edifica la responsabilidad del Estado, a condición de que le sea imputable. El daño, en su sentido natural y obvio, es un hecho, consistente en el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia causado a alguien, en su persona, bienes, libertad, honor, afectos, creencias, entre otros y supone la destrucción o disminución de ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo. (p. 30)

La anterior definición implica que la condición necesaria para que declare la responsabilidad patrimonial es que el daño sea antijurídico, calificación que se obtiene de constatar que el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carezca de causales de justificación. Esto quiere decir que la causa de justificación ha de ser expresa y concreta, que consistirá en un título que legitime el perjuicio contemplado. Fuera de esta hipótesis, todo perjuicio o detrimento patrimonial imputable a un sujeto será una lesión, un perjuicio injusto.

Adviértase cómo, el daño antijurídico impone la obligación de reparar a cargo del Estado, que, si bien puede revestir modalidades diversas (material, moral, fisiológico, etc.), constituye una constante, razón por la cual, al tiempo constituye un elemento indispensable para declarar la responsabilidad Patrimonial del Estado. Sin embargo, se debe precisar que el daño antijurídico no ha sido definido expresamente por la Carta Constitucional de 1991, ya que “el constituyente originario se limitó a señalar que cuando se ocasiona tiene la carga de repararlo el Estado, pero no señaló que es o en qué consiste” (Bermúdez Cárdenas, 2017, p. 18).

La doctrina administrativista española establece que el daño antijurídico es aquel que la víctima no está obligada a soportar, lo que significa, *a contrario sensu*, que el daño jurídico es aquel que sí está en la obligación de asumir. Citado así por Bermúdez Cárdenas (2017), la Corte Constitucional se pronuncia, estableciendo que:

El daño antijurídico es un “perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo” y que, por tanto, es contrario a las disposiciones normativas que estipulan los derechos constitucionales que fueron establecidos por el constituyente originario para proteger a las personas, por la razón de su existencia humana. (pp. 18)

Siendo lo anterior una posición que ha sido reiterada por el Consejo de Estado en su jurisprudencia. Ejemplo de esto es la sentencia del Consejo de Estado, exp. 8163, según la cual se entiende el daño antijurídico como “el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo” (Consejo de Estado, 1993).

Así mismo, en el fallo 32912 de 2015, el Consejo de Estado reitera que “a pesar de que el artículo 90 de la Constitución establece que el Estado:

Responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables”, no existe en la legislación definición alguna del daño antijurídico. No obstante, la jurisprudencia nacional ha definido tal concepto como “la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho” en otros términos, aquel que se produce a pesar de que “el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de causales de justificación”. (Consejo de Estado, 2015)

Se puede establecer entonces que este elemento de la responsabilidad del Estado, es el primero que se debe estudiar al momento de analizar la responsabilidad del Estado, ya sea contractual o extracontractual, es decir que la “condición necesaria para que desencadene la reparación patrimonial o la indemnización es que el daño sea antijurídico, calificación que se obtiene de constatar que el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber jurídico de soportarlo” (García de Enterría y Fernández, 1993, p. 63).

De manera que, para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado no se examina primero la calificación de la actuación o conducta de la administración dañosa como ilícita o culpable; lo que importa en este punto es el daño, que toma como fundamento el hecho de que “si los beneficios de las funciones administrativas alcanzan potencialmente a todos, también los

perjuicios deben repartirse entre todos, en desarrollo del principio de la igualdad de las cargas” (Rivera, 2003, p. 30).

Cabe aclarar que el daño antijurídico no solo proviene de una causa ilícita, sino también de una causa lícita, como lo expresa la Corte Constitucional, citada por Bermúdez Cárdenas (2017), “el efecto de una causa ilícita, pero también de una causa lícita (...) esta doble causa corresponde, en principio, a los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva” (p. 17), fundamento sustancial que se debe de diferenciar muy bien para efectos de desarrollo y comprensión de este trabajo, teniendo en cuenta que este se enfoca en debatir la forma en la que se aplican los criterios de imputación en la modalidad de responsabilidad por privación injusta de la libertad, qué, cómo se verá más adelante, pertenece al criterio objetivo, es decir, a un actuar legal y legítimo del administrador de justicia, pero que ocasiona daños y perjuicios al individuo señalado, por los cuales la administración de justicia se verá llamada a responder.

1.3.2 Imputación

Como segundo elemento indispensable de la responsabilidad del Estado tenemos la *imputación*, definida por el profesor Juan Carlos Henao (2015) como “la atribución jurídica de un hecho a una o a varias personas que en principio tienen la obligación de responder” (p.30).

Según Héctor Patiño, la imputación:

Se realiza en principio, respecto de la persona que ha resultado causante del hecho generador del daño de acuerdo con el juicio de causalidad efectuado, se afirma lo anterior, en la medida en que es en este momento en el que se debe tener claro que, si bien puede haber existido una causalidad desde el punto de vista material o físico, esto no implica, necesariamente, que quien causó materialmente el daño sea quien jurídicamente deba responder. En efecto, existen casos en los que quien causa físicamente el daño no es quien

debe asumir las consecuencias reparatorias, si no que, por el contrario, habrá alguien que, por disposición legal deba hacerlo, como sucede, por ejemplo, en el caso de responsabilidad por el hecho ajeno. (Patiño, 2011)

Por su parte, desde la jurisprudencia, este concepto también ha sido definido en la sentencia 8163 del Consejo de Estado:

Dicho de modo diferente, no basta con que exista un daño antijurídico sufrido por una persona; es menester, además, que dicho daño sea imputable, vale decir, atribuido jurídicamente al Estado; "la imputación, según lo enseñan Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, es un fenómeno jurídico consistente en la atribución a un sujeto determinado del deber de reparar un daño, con base en (sic) la relación existente entre aquel y este". (Consejo de Estado, 1993)

La anterior sentencia cita a Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, al sostener lo siguiente:

El supuesto más simple que cabe imaginar es, naturalmente el de la causación material del daño por el sujeto responsable. En tal caso, la imputación de responsabilidad, en cuanto fenómeno jurídico, se produce automáticamente una vez, que se prueba la relación de causalidad existente entre la actividad del sujeto productor de daño y el perjuicio producido... Aunque se debe tener en cuenta que como dicen los mencionados autores las cosas no se producen siempre de una manera tan sencilla, ya que no solo se debe buscar identificar a la persona responsable, sino que se debe localizar un patrimonio sobre el cual se pueda hacer efectiva la reparación del daño causado, esto por lo general genera una separación entre imputación y causalidad. (Consejo de Estado, 1993)

Análogamente, este fallo señala que:

Probar que existe un nexo causal entre, el hecho que constituye la fuente normativa de la responsabilidad y el daño producido será siempre necesario para que la imputación pueda tener lugar y con ella pueda nacer la responsabilidad, pero la mera relación de causalidad entre el hecho (y su autor) y el daño no basta para justificar la atribución del deber de reparación al sujeto a quien la ley califica de responsable. (Consejo de Estado, 1993)

En materia de imputación, en casos de una posible responsabilidad patrimonial, la sentencia objeto de análisis precisa que:

La imputación no puede realizarse con base a la mera causación material del daño, sino que tiene que apoyarse, previa justificación de su procedencia, en otras razones o títulos jurídicos diferentes, ya sea la propiedad de la cosa que ha producido el daño, la titularidad de la empresa en cuyo seno ha surgido el perjuicio, la dependencia en que respecto del sujeto responsable se encuentra el autor material del hecho lesivo, o cualquier otra. (Consejo de Estado, 1993)

Ahora bien, con el fin de analizar concretamente la imputación jurídica, a continuación, se hará referencia a los diferentes títulos de imputación existentes.

1.3.2.1 Criterio Subjetivo de Imputación: Falla del Servicio. En concepto de falla en el servicio se entiende de manera general como un “comportamiento contrario a las normas que gobiernan el funcionamiento de la administración, ya como funcionamiento defectuoso del servicio, ya como violación de una obligación administrativa” (Serrano y Tejada, 2017, p. 345).

Teniendo en cuenta la falla del servicio como funcionamiento defectuoso del servicio, Serrano y Tejada (2017) refieren que “nuestra jurisprudencia señaló que esta tenía lugar: (...) por omisión, retardo, irregularidad, ineficacia o ausencia del servicio. La falta o falla de que se trata, no es la personal del agente administrativo, sino la del servicio de la administración” (p. 345).

Por otro lado, también se entiende la falla del servicio como la violación de una obligación administrativa, así como “la responsabilidad es la vulneración de los contenidos obligacionales a cargo de la administración, ya por acción, ya por omisión” (Serrano & Tejada, 2017, p. 347).

Académicamente, un grupo de investigación habla acerca de la responsabilidad subjetiva diciendo que “surgirá responsabilidad patrimonial del Estado, cuando la administración se sustrae del cumplimiento de sus obligaciones o la prestación del servicio haya sido irregular, defectuosa o se extralimite en el ejercicio de las mismas” (Tejada González, 2017, p. 5).

En la sentencia rad. 8163, el Consejo de Estado concluye que, en el derecho colombiano, la falla en el servicio es:

El título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado, es decir, si al juez administrativo le compete una labor de control de la acción administrativa del Estado y si tal falla del servicio tiene como contenido final del incumplimiento de una obligación administrativa a su cargo, es la falla del servicio el mecanismo más idóneo para establecer la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual. (Consejo de Estado, 1993)

El Estado debe realizar de manera idónea sus obligaciones, garantizando la utilización eficiente de los medios que tenga a su disposición para lograr tal responsabilidad, es así, como se puede entender que la falla en el servicio se configura, de acuerdo con la sentencia 20042 de la Corporación Administrativa:

Por retardo, por irregularidad, por ineficiencia, por omisión o por ausencia del mismo. El retardo se da cuando la Administración actúa tardíamente ante la ciudadanía en prestar el servicio; la irregularidad, por su parte, se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como debe hacerse en condiciones normales, contrariando las normas,

reglamentos u órdenes que lo regulan y la ineficiencia se da cuando la Administración presta el servicio, pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal. Y obviamente se da la omisión o ausencia del mismo cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestar el servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía. (Consejo de Estado, 2012)

1.3.2.2 Criterios Objetivos de Imputación. Este punto requiere especial tratamiento, considerando que la respectiva definición de la responsabilidad objetiva amplía el panorama de estudio de la responsabilidad por privación injusta de la libertad, al tratarse del criterio de imputación tradicionalmente adecuado para esta modalidad, aunque actualmente se evidencien problemas de unificación jurisprudencial con respecto a decidir el criterio adecuado, según los últimos avances jurisprudenciales de las Altas Cortes colombianas en la materia.

Esto quiere decir que, conceptualmente, la imputación objetiva plantea fundamentos totalmente contrarios a la imputación subjetiva, esto es, responsabilizar señalando el daño causado, no la intención del demandado, en otras palabras, no se tiene en consideración la actuación del causante del daño. “Bajo este tipo de imputación existirá responsabilidad sin importar que exista o no culpa de la administración, debiéndose demostrar únicamente el daño y el nexo de causalidad, entre este y el perjuicio” (Nader Orfale, 2010).

Esta será la característica principal explicada también por Alessandri Rodríguez (1981), cuando indica similarmente que:

La responsabilidad objetiva prescinde en absoluto de la conducta del sujeto, de su culpabilidad; en ella se atiende única y exclusivamente al daño producido. Basta este para que su autor sea responsable cualquiera que haya sido su conducta, haya habido o no culpa

o dolo de su parte. Es el hecho perjudicial, el hecho liso y llano y no el hecho culpable o doloso el que genera la responsabilidad. (p.56)

Por otra parte, es importante señalar que, históricamente la teoría de la imputación objetiva surge “como reacción a los inconvenientes que generó la aplicación de la teoría subjetivista, y atendiendo a los grandes avances tecnológicos e industriales que implicaban el aumento de las actividades riesgosas” (Garzón Diazgranados y Guerra Tamara, 2000, p. 92), en otras palabras, esta teoría surge con ocasión de los cambios contextuales que trajo la revolución industrial en el siglo XIX, período caracterizado por el desarrollo científico e industrial traducido en la implantación de maquinaria que aumentaron considerablemente las probabilidades de riesgo de los trabajadores, y consecuentemente, hechos dañosos que requerían de una adecuada indemnización para enmendar los perjuicios causados. Sin embargo, como los daños eran ocasionados por las máquinas que seguían estando en periodo de prueba y teniendo en cuenta que sus diseños eran bastante complejos para la época, la carga probatoria para la víctima se volvía casi imposible de demostrar y se generó un desequilibrio social que iba abiertamente en contra de la equidad y la justicia social. Esta situación motivó el trabajo de autores exponentes de la teoría objetiva que apoyaban la idea de eximir e invertir la carga probatoria a la víctima e indemnizar solo con la demostración del nexo de causalidad entre el daño y el perjuicio.

Una vez explicadas las causas y el contexto histórico que dio origen a la teoría objetiva, se proceden a explicar los distintos argumentos que fundamentaron esta idea. Al respecto, es importante remitirse al trabajo realizado por Catalina Irisarri (2000) donde resume y hace una compilación de las teorías expuestas por Orquidi y Oliviera, así:

-Teoría del interés activo, para los mencionados autores esta consiste en que quien desenvuelve en su propio interés una actividad cualquiera debe sufrir las consecuencias provenientes de ella.

-Teoría de la prevención, según la cual, quien con visión segura calcula las posibilidades de un buen o mal éxito pesando fría y exactamente los diferentes factores, incluso la posibilidad de accidentes debe necesariamente garantizar su decisión.

-Teoría del interés preponderante, de acuerdo con esta teoría, por razones de equidad, debe necesariamente tenerse en cuenta al fijar la obligación de reparar el interés económico dañado por las partes; es decir, que cuanto mayor es el poder económico del agente, mayor es la responsabilidad que a su cargo se impone.

-Teoría del acto peligroso, conforme a esta, siempre que en la producción de un daño ha intervenido una cosa peligrosa, debe necesariamente obligarse a reparar a quien de ella se sirve, por la culpa que implica haber provocado un peligro.

-Teoría del riesgo provecho llamada también teoría del riesgo profesional, según esta teoría desde el momento en que alguno crea ciertas condiciones de trabajo y hace trabajar a otras personas en su provecho, o extrae beneficio para ella de las actividades que desempeñan, en caso de que estas personas se dañen o sufran algún accidente aquella debe indemnizar los daños ocasionados.

-Teoría del riesgo creado, conforme a la cual, se está obligado a reparar los hechos dañosos producidos por una actividad que tiene lugar en nuestro interés y bajo nuestro control.

(Irisarri Boada, 2000, pp. 14-15)

Estas disposiciones ayudaron a la consolidación de la teoría de la imputación objetiva como se conoce actualmente e influenció el sistema de imputación colombiano en materia de

responsabilidad estatal que, según el precedente jurisprudencial, se empieza aplicar en el año de 1947, acogiendo inicialmente la teoría objetiva a título de imputación de daño especial mediante sentencia del 29 de julio de 1947 del Consejo de Estado, donde se examinó el caso del periódico El Siglo S.A que demandó a la Nación por el cierre y suspensión del diario impidiendo la producción y libre circulación del mismo. Esta actuación del Estado se realizó debido a:

La alterada situación de orden público que vivía el país luego de que el Dr. Darío Echandía asumiera en cargo la Presidencia de la República debido al encarcelamiento del presidente electo Dr. Alfonso López, aquel ordenó a todas las autoridades tomar las medidas necesarias para el restablecimiento del orden público, en virtud de tales órdenes, el entonces director de la Policía Nacional dictó la resolución de 10 de abril de 1944, ordenando la intervención de todos los periódicos de Bogotá. (Orejuela, 2016, p.28)

Una vez examinado el caso por parte de la Alta Corporación, y verificando la legalidad de las actuaciones efectuadas, esta concluye que en definitiva existe responsabilidad patrimonial del Estado pues, aunque su actuación fue legítima, causó perjuicios que debían ser indemnizados bajo la modalidad de daño especial, así:

Examinadas las anteriores doctrinas modernas, bien se ve que, comparadas con remotas teorías de derecho, la jurisprudencia ha venido en constante progreso, no por saltos, sino lentamente, partiendo del viejo principio de la irresponsabilidad total y pasando gradualmente por los de la responsabilidad culposa y la responsabilidad sin falta, a los actualmente en vigor del enriquecimiento sin causa y del daño especial, señalando los avances del derecho tanto en el tiempo como en el espacio. Ahora bien: al aplicar tales doctrinas jurídicas, expuestas, según se ha visto, con envidiable claridad por eminentes tratadistas, es evidente, desde luego, que en el caso de autos debe desecharse por

improcedente la relativa al enriquecimiento, puesto que el Estado no derivó ningún aumento de patrimonio con la suspensión del diario El Siglo, ni mucho menos con detrimento de esta Empresa; y, en cambio, acogerse la del daño especial, en armonía con la de la responsabilidad sin falta. En efecto: tanto por omisión como por acción, el periódico en referencia fue objeto de tratamiento excepcional.

Lo primero, porque no se le nombró censor, al tiempo que a los demás órganos de la prensa diaria de Bogotá se les designó el suyo; y, lo segundo, porque fueron suspendidos los servicios de fuerza eléctrica y de teléfonos en el edificio donde funciona, y este rodeado de una escolta de la Policía Nacional, que impedía la entrada y salida de las personas, elementos sin los cuales y medida con la cual no podía actuar. Es cierto que esta última fue tomada, en primer término, para proteger la Empresa de una multitud amenazante, pero la prolongación de ese estado de cosas hasta después de la diligencia de inspección ocular extra juicio, colocó al prenombrado diario en situación excepcional. (Orejuela, 2016, p.34)

De acuerdo con los anteriores lineamientos, puede concluirse que los avances doctrinales permitieron considerar no solo nuevos sistemas de imputación, sino que también, se renunció a valoraciones subjetivas como el dolo o la culpa que calificarían el comportamiento del accionante para establecer la responsabilidad; se prescinde de esta para darle importancia solo al daño causado y el nexo causal entre este y la actuación u omisión estatal. Además, con el transcurso del tiempo, se implantaron en Colombia diferentes aplicaciones de imputación objetiva que se estudiarán a continuación.

1.3.2.2.1 Teoría del Daño Especial. El concepto del daño especial se fundamenta principalmente en el principio de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas, esto quiere decir que si un ciudadano se ve en la obligación de soportar un daño al igual que los demás ciudadanos, no está facultado para solicitar indemnización por parte del Estado, pero, si por el contrario, este daño solo afecta a este ciudadano en particular, poniéndolo en situación de desigualdad y vulnerabilidad frente a los demás, es responsabilidad del Estado restaurar por los perjuicios causados, sin importar si dentro de su actuación se haya obrado legal y legítimamente.

El Consejo de Estado en la sentencia del Tomo LXIII No.367.371 ha definido el concepto de daño especial y se expresó así sobre este punto:

En derecho público no todo daño genera la obligación de indemnización en los mismos términos que en derecho privado, que se basa en la justicia conmutativa, y que nadie puede causar daño a otro. Solo cuando con la acción administrativa se quebranta la justicia distributiva, surge para el Estado la obligación de indemnizar. El Estado en ejercicio de su soberanía puede en veces afectar los derechos de los particulares, pero si esta afectación es igual para todos los individuos que se encuentran en las mismas condiciones, no hay violación de la justicia distributiva que justifique jurídicamente la responsabilidad. El daño debe ser, por tanto, excepcional y anormal, porque la responsabilidad no proviene de la naturaleza del hecho que cause el daño, sino del carácter singular o excepcional del daño causado. (Consejo de Estado, 1949)

El Consejo de Estado, en la sentencia de expediente 26161, siendo más actual define similarmente la teoría del daño especial así:

Si la actividad del Estado es legítima, no es riesgosa y se ha desarrollado en cumplimiento de un encargo o mandato legal y en beneficio del interés general, pero con ella se ha

producido un perjuicio concreto, grave y especial a un particular o a un grupo de particulares, imputable al Estado, el fundamento será el título de daño especial. (Consejo de Estado, 2014)

Bajo esta modalidad de imputación se inscribe la responsabilidad por privación injusta de la libertad, teniendo en cuenta que esta figura contiene y desarrolla los principios de justicia y libertad propios del Estado Social de Derecho como lo menciona Orejuela (2016):

La persecución de los agentes de la subversión, en un actuar legítimo del Estado de garantizar la seguridad y el orden y combatir la delincuencia, también puede generar responsabilidad civil a título de daño especial, porque impone al particular un sacrificio anormal del que el resto de los ciudadanos se están beneficiando y por ello, la Nación con cargo al presupuesto de todos debe indemnizar esa carga excepcional. (p.35)

Al respecto, el Consejo de Estado en la sentencia 6805 de 1992 empezó pronunciándose sobre esta figura de la siguiente forma:

La administración, en ejercicio de una actividad legítima, como es la de hacerle frente a la subversión, causa daños a terceros inocentes. Esta realidad exige que se indemnice a los perjudicados los daños causados. No hacerlo implicaría declarar a la víctima como responsable. Por lo demás, la antijuridicidad del perjuicio se vivencia, en el caso en comento, pues ningún precepto constitucional o legal consagra que, en casos de enfrentamiento de la fuerza pública con las fuerzas de la subversión, las víctimas tengan que soportar el perjuicio causado. (Consejo de Estado, 1992)

El tratamiento que le ha dado el Consejo de Estado en materia jurisprudencial al daño especial en relación con la privación injusta de la libertad es bastante extenso por lo que será objeto de especial tratamiento en el segundo capítulo del proyecto.

**CAPÍTULO II: DESARROLLO LEGISLATIVO Y JURISPRUDENCIAL EN
COLOMBIA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR LA
PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD HASTA EL 2018 EN LA CONSTITUCIÓN
POLÍTICA COLOMBIANA DE 1991**

A partir de la Asamblea Nacional Constituyente se presentan varios proyectos para la regulación de la responsabilidad del Estado que surge de la actividad judicial y la necesidad de crear un sistema en concreto que se enfocara en normalizar la responsabilidad y obligaciones administrativas. Debido a eso, en 1991, una vez proclamada la nueva Constitución de la República colombiana, el país se vio en la obligación de atravesar por una serie de cambios políticos y jurídicos que se tradujo en una mutabilidad del ordenamiento jurídico que hasta ese año en mención se conocía. Cambios que, como se enuncia anteriormente, se le atribuyen a la Constitución de 1991, principalmente la introducción del modelo constitucionalista que impone el establecimiento de un modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, lo que dio como resultado la constitucionalización de la institución jurídica de la responsabilidad estatal, un periodo histórico, trascendental y con gran relevancia en donde se reivindicó el sustento doctrinal según el cual la acción administrativa:

Se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ella, para algunos, no fuesen reparados, éstos serían sacrificados por la colectividad, sin que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en detrimento de ellos.

(Rivero, 1984, p.293)

En este orden de ideas, la expedición de la Constitución de 1991 y especialmente los lineamientos del artículo 90 dieron apertura a un nuevo desarrollo legislativo y constitucional que será objeto de estudio en este capítulo.

2.1 Decreto-Ley 2700 de 1991.

En primer lugar, se trae a colación la expedición del Decreto en mención, que ha sido fundante y sustancial para la incorporación de la responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad. Esta norma da origen al marco legal que se encarga de regular esta materia. Es entonces, que este Decreto como Código de Procedimiento Penal se encargó de normativizar la actividad judicial catalogándola en dos clases, que se procederán a detallar más exhaustivamente.

2.1.1 Responsabilidad del Estado por Error Judicial

A la luz del Decreto – Ley 2700 de 1991 se empezaron a vislumbrar los primeros intentos de conceptualización de la materia, dedicando una disposición enfocada en la posibilidad de declarar la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial cuando sea producto de una absolución por parte de una acción de revisión, es así como el artículo 242 describe la situación de la siguiente forma:

ARTÍCULO 242. CONSECUENCIAS DE LA DECISIÓN QUE EXONERA DE RESPONSABILIDAD. Si la decisión que se dictare en la actuación fuere cesación de procedimiento o sentencia absolutoria, el sindicado o sus herederos podrán demandar la restitución de lo pagado, sin perjuicio de las demás acciones que se deriven del acto injusto. Habrá lugar a solicitar responsabilidad del Estado. (Congreso de Colombia, 1991)

Al respecto, conviene decir que el error judicial se deriva de una providencia judicial, esto es de la actividad judicial que el juez en su función jurisdiccional tiene encargada. Se configura

entonces, cuando esta autoridad ha causado un daño por medio de una errónea aplicación de sus funciones, bien sea por una equivocada aplicación de normas, alejarse abruptamente de los precedentes jurisprudenciales, omitir reglas y principios que orientan la materia o simplemente prescindir del debido proceso. Todas estas variantes pueden llevar a que el operador judicial pueda ocasionar un perjuicio que genere una indemnización por parte del Estado. Además, jurisprudencialmente, la sentencia 13.258 definió el error judicial como:

Una providencia contraria a la ley es aquella que surge al subsumir los supuestos de hecho del caso en las previsiones de la norma (error de interpretación), de la indebida apreciación de las pruebas en las cuales ella se fundamente (error de hecho), de la falta de aplicación de la norma que corresponde o de la indebida aplicación de la misma. (Consejo de Estado, 1997)

Teniendo en cuenta este concepto, se dio paso a la sistematización de la actividad judicial como responsabilidad patrimonial de Estado, siendo esta figura junto con la responsabilidad por privación injusta de la libertad, las acepciones pioneras para la conformación de lo que posteriormente se concretaría como la protección de los derechos de los ciudadanos frente al accionar judicial del Estado.

2.1.2 Responsabilidad del Estado por Privación Injusta de la Libertad

Con un enfoque más preciso en la materia objeto de la presente investigación, se procederá a analizar los orígenes de la figura de la responsabilidad por privación injusta de la libertad en Colombia, específicamente en la implementación que hizo el decreto – ley como Código de Procedimiento Penal. El artículo 414 del Decreto-Ley 2700 la incluyó por primera vez en la normativa colombiana definiéndola así:

ARTICULO 414. INDEMNIZACIÓN POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD.

Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios. Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave. (Presidencia Republica de Colombia, 1991)

Siendo así, lo primero que se debe aclarar es que la privación de la libertad a la que este artículo se refiere es la privación provisional de la libertad, más no la privación que es resultado de una condena. Son dos espacios diferentes que tienen un lugar en el tiempo del proceso y, por ende, reciben un trato normativo diferente. Es la misma norma en mención la que aclara que se trata de una prevención, herramienta jurídica de uso judicial para evitar perjuicios mayores cuando el juez considera que el procesado puede representar un peligro para la sociedad.

Esto quiere decir que esta norma hace parte o complementa la sección de “Medidas de aseguramiento” que trata el Código, específicamente de la detención preventiva.

2.1.3 Circunstancias de Absolución Penal Contempladas en el Artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991

2.1.3.1 El Hecho no Existió (Inexistencia Objetiva). El artículo 414 presenta la primera circunstancia de absolucón, definida como la inexistencia del hecho. Consiste en que, en el marco de una investigación, se demuestre que realmente el hecho nunca existió, es decir, que nunca se presentó, por ende no hay una conducta que deba ser recriminada, y tampoco existe una lesión a un bien jurídico, en otras palabras “que la persona fue sindicada de la comisión de un delito, motivo por el cual fue detenida previamente, pero en el desarrollo de la investigación se demuestra que este hecho no existió” (Serrano y Tejada, 2017, p. 565).

En sentencia de rad. 16448 del 29 de marzo de 2012, el Consejo de Estado, la Sala considera que:

No olvida la Sala que en casos como el presente, como ya se dijo, surge la responsabilidad objetiva de la entidad demandada, toda vez que se consagra una de las tres circunstancias consagradas en el artículo 414 de Decreto-Ley 2700 de 1991, consistente en que el hecho no existió, pues así de manera expresa lo manifestó el fiscal de la providencia en la que resolvió precluir la investigación, por considerar que no hubo fraude al fisco con ocasión del contrato de obra pública ejecutado por el señor. (Consejo de Estado, 2012)

Este tipo de decisiones no se encuentran de una manera reiterada, ya que no es algo común que en la investigación del caso en concreto se concluya que el hecho nunca existió, y sea eximido de responsabilidad.

2.1.3.2 El Sindicado no lo Cometió (Inexistencia Subjetiva). Esta es la segunda circunstancia de absolució penal presente en el artículo 414, inexistencia subjetiva, que consiste en la demostración de que el hecho delictivo efectivamente existió, pero no pudo ser probado que la persona cometió tal conducta delictiva. Esto suele presentarse por diversas causas como lo son “falsa denuncia, error en la identificación del verdadero delincuente, por homonimia, parecido físico, falsos testigos, manipulación probatoria” (Serrano y Tejada, 2017, p. 572-573).

A manera de ejemplificación, la sentencia de rad. 46.947 del Consejo de Estado del 30 de marzo de 2016, expresa lo siguiente:

El fiscal de conocimiento revocó la medida de aseguramiento impuesta en contra de la señora..., por considerar que no existan pruebas que involucraran su responsabilidad, esto es que en el proceso penal se demostró que la demandante no cometió los respectivos delitos circunstancia que, por si sola, constituye uno de los eventos determinantes de la privación injusta de la libertad.

Así las cosas, dadas la (sic) circunstancias fácticas descritas, se impone concluir que la aquí demandante no estaba en la obligación de soportar la restricción de su libertad, de ahí que deba calificarse como antijurídico el daño irrogado por este (sic), circunstancia que, necesariamente, comprometió la responsabilidad de dicha entidad (sic), en la aplicación de lo previsto en el artículo 90 de la Carta Política, razón por la cual la sala confirma la decisión apelada en lo que a este punto concierne. (Consejo de Estado, 2016)

Esta circunstancia de absolució puede llegar a presentarse por diversas causas, como lo mencionan Serrano y Tejada, (2017) están la falsa denuncia, la homonimia, el parecido físico, los falsos testigos. Son causas que perfectamente pueden dar lugar a que la persona sufra perjuicios que no estaba en la obligación de llevar.

2.1.3.3 La Conducta no Constituía Hecho Punible. De acuerdo con el artículo noveno de la ley 599 de 2000 la definición de la conducta punible se estructura en los siguientes términos:

“Conducta Punible. Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado” Y para que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y se constate la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad. (Congreso de Colombia, 2000)

Para tener más claridad sobre esta norma, se debe especificar la conceptualización del término “conducta”, entendida como el comportamiento basado en los criterios de voluntad y libertad que tiene cada individuo, en otras palabras:

La conducta es un comportamiento perteneciente o relativo a la voluntad de los individuos que hace parte de la exteriorización del principio de libertad, en el sentido de que materializa “el estado de cosas del que parte el individuo, el conjunto de iniciativas compatibles con tal estado de cosas y el acto de voluntad por el que decide elegir alguna”. (Cabrera-Ortiz, 2018, p. 12)

Esta conducta se podrá manifestar ya sea por una acción u omisión, es decir, el actor realiza una acción, un movimiento de manera libre, el cual va a generar una consecuencia; y, por otro lado, está la omisión, se presenta cuando el actor deja de realizar algo, y esa omisión de igual forma generará una consecuencia (Cabrera-Ortiz, 2018).

Con base en la premisa de la norma jurídica analizada, se establece que la conducta debe ser típica, antijurídica y culpable, la cual debe estar definida con anterioridad y que sea catalogada como delito, debe también afectar un bien jurídicamente tutelado, y finalmente la conducta debe ser reprochable, es decir que no exista una causal que lo exima de responsabilidad penal (Serrano

y Tejada, 2017). En consecuencia, cuando la conducta no es típica, antijurídica y culpable, se está incurriendo en una causal de exoneración penal y el imputado no tiene por qué soportar la carga que se le ha impuesto.

2.1.3.4 Única Causal de Exoneración de la Responsabilidad Patrimonial del Estado Según el Artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991, en la Detención Preventiva Injusta. El Decreto Ley 2700 de 1991 contempla exclusivamente una causal de exoneración de responsabilidad patrimonial del Estado. Refiere que no habrá lugar a indemnización por una injusta privación preventiva de la libertad cuando la persona haya sido, quien, mediante sus actos, sea por dolo o culpa grave causó la imposición de la privación preventiva.

ARTICULO 414. INDEMNIZACIÓN POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD.

Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios. Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave. (Presidencia Republica de Colombia, 1991)

A modo de ejemplo, se presenta el caso de cuando una persona se hace pasar por otra con la finalidad de encubrirlo, así lo explican Serrano y Tejada (2017):

Cuando una persona se atribuye un delito cometido por otro en el propósito de encubrirlo, o se produce una suplantación del verdadero delincuente, en cuyo evento, no le es dable reclamar indemnización de perjuicios por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta, al ser eximido posteriormente de responsabilidad penal, pues la privación de la libertad de que fuere víctima se debió a su propio dolo. (p. 579)

Esta norma establece única y exclusivamente esta causal de exoneración de la responsabilidad del Estado, por ende, se entiende que no cabe ninguna otra causal de exoneración como las que pretenden demostrar la ausencia de falla en el servicio o las que pretenden romper el nexo causal, por cuanto son improcedentes en relación con el título de imputación que se estudia; finalmente, tampoco cabe alegar que la privación injusta fue producto de una actividad ajena a la administración de justicia, como la falsa denuncia o las pruebas falsas, en tanto, no están contempladas en el artículo porque el procedimiento que se lleve es de responsabilidad del Estado (Serrano & Tejada, 2017).

2.2 Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia

En 1996 se entra a regular lo referente a la responsabilidad del Estado, sus funcionarios y empleados judiciales con la “*Ley Estatutaria de la Administración de Justicia*” del mismo año; en el artículo 65 de la ley se reconocen los perjuicios que deberá asumir la administración de justicia en lo que respecta a su función cuando exista una responsabilidad por los daños antijurídicos ocasionados.

ARTÍCULO 65. DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. 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. (Congreso de Colombia, 1996)

En este artículo el legislador incursiona estableciendo concretamente los daños por los cuales la administración deberá responder, cuyos supuestos son, el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia; el error jurisdiccional y la privación injusta de la libertad. Así, esta

norma toma la noción de daño antijurídico para darle fundamento a la responsabilidad expuesta, de esta manera, el legislador tomó de manera literal el artículo 90 de la Constitución de 1991 y la plasmó en el primer inciso del artículo 65 expuesto, pero ajustándola a la acción u omisión de sus agentes judiciales (Prato Ramírez, 2016).

2.2.1 Responsabilidad por el Defectuoso Funcionamiento de la Administración de Justicia

Como es establecido por el artículo de manera tacita, la primera forma de imputación de la responsabilidad que se consagra en el artículo, es la responsabilidad por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, la cual la encontramos definida en el artículo 69 de la misma ley:

ARTÍCULO 69. DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. 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 reparación. (Congreso de Colombia, 1996)

El defectuoso funcionamiento de la administración, como lo mencionan Serrano y Tejada (2017), comprende “supuestos de irregularidades procesales y administrativas, constitutivos de infracciones de normas jurídicas, que regulan las actuaciones procesales o actividades administrativas necesarias para la tramitación de procesos” (p. 611), es decir, cuando la administración incurre en alguno de estos supuestos, la persona afectada tendrá derecho a la reparación del daño.

2.2.2 Responsabilidad por el Error Jurisdiccional

La segunda forma de imputación de la responsabilidad que consagra el artículo es el “*Error jurisdiccional*”, regulado en el artículo 66 de la misma ley de la siguiente manera:

ARTÍCULO 66. ERROR JURISDICCIONAL. 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. (Congreso de Colombia, 1996)

Tal precepto es claro al establecer qué procede cuando existe una providencia que es contraria a derecho, por ende, existe un error jurisdiccional, situación que se puede presentar en eventos como la aplicación incorrecta de una norma, cuando hay una inaplicación de la norma, o por apreciación defectuosa de los hechos o de las pruebas (Serrano y Tejada, 2017, p. 610).

2.2.3 Responsabilidad por Privación Injusta de la Libertad

Por último, tenemos la “responsabilidad por privación injusta de la libertad” consagrada en el artículo 68 de la misma norma, de la siguiente manera:

ARTÍCULO 68. PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios. (Congreso de Colombia, 1996)

Este postulado no establece textualmente los supuestos en los cuales se considera una privación injusta. No obstante, se debe tener en cuenta que, al momento de ser expedida esta ley, estaba en vigencia el artículo 414 del Decreto-Ley 2700 de 1991, que consagraba los supuestos para declarar injusta la privación, por ende, el artículo 69 de la ley estudiada debía ser interpretado a la luz del artículo 414 de Decreto-Ley 2700 de 1991.

El Consejo de Estado venía dándole un desarrollo interpretativo a esta norma, así se evidencia en el fallo de exp. 16902, en el cual reiteradamente se establecía que había una naturaleza objetiva, en palabras de la Sala:

Respecto del mismo artículo, la Sala ha considerado que su interpretación no se agota en la posibilidad de declarar la responsabilidad del Estado por detención injusta, cuando ésta

sea ilegal o arbitraria. En jurisprudencia reciente, se ha determinado que las hipótesis de responsabilidad objetiva, también por detención injusta, contempladas en el derogado artículo 414 del Decreto-Ley 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 constituía 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*. (Consejo de Estado, 2008)

Esta interpretación brindada por el Consejo de Estado superó la interpretación que le quiso dar la Corte Constitucional, por medio de la sentencia C-037, a la ley cuando señaló como presupuestos de esta forma de responsabilidad aquellos que son propios del error judicial:

Con todo, conviene aclarar que el término “injustamente” 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. Si ello no fuese así, entonces se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados. Por el contrario, la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de la responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia, debe contemplarse dentro de los parámetros

fijados y teniendo siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención. (Corte Constitucional, 1996)

Ha sido reiterada la aclaración del Consejo de Estado, a través de la sentencia de rad. 10056 respecto a que la responsabilidad en estos casos es siempre fiel desarrollo del artículo 90 de la Carta, pero, en esta ocasión ajustada al daño antijurídico, y es objetiva, es decir, que no es relevante la conducta del juez o magistrado, para tratar de definir si por parte de él hubo dolo o culpa, además de que no requiere la existencia de la falla del servicio (Consejo de Estado, 1995). Entonces, se evidencia como el Consejo de Estado adopta una postura que supera la interpretación que le dio la Corte Constitucional a esta figura.

2.3 Desarrollo Jurisprudencial del Consejo de Estado sobre la Responsabilidad Patrimonial del Estado por la Privación Injusta de la Libertad

En este punto de la investigación, se analizarán los avances jurisprudenciales proyectados por la Sala Tercera del Consejo de Estado, en lo referente a la privación de la libertad en vigencia del artículo 414 del Decreto-Ley 2700 de 1991.

2.3.1 Primera Etapa

En la que se puede establecer como una primera etapa, el Consejo de Estado confunde el error judicial y funcionamiento defectuoso de la administración de justicia, que se entendería como el género, con la privación preventiva injusta de la libertad, que se entendería como la especie; expresado por Hoyos Duque (2006) “sometió la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad a los presupuestos subjetivos del error judicial”, esto quiere decir que el Consejo de Estado exigía como requisito para que surgiera la responsabilidad del Estado por la privación preventiva injusta de la libertad que el actuar de la administración de justicia y la decisión judicial que se tomara fuera abiertamente contraria a derecho.

El primer fallo que ejemplifica esta postura es el expediente No. 7058, del 01 de octubre de 1992:

Si bien, el Consejo de Estado se ha mostrado renuente a declarar la responsabilidad del Estado por falla del servicio judicial, considera la Sala que tal posición jurisprudencial no puede ser tan inflexible ni volver la espalda a determinadas realidades de equidad y justicia en cuanto se trata de resarcir los perjuicios ocasionados con acciones u omisiones escandalosamente antijurídicas y abiertamente ilegales, ocurridas en la prestación de dicho servicio. Desde luego, no se trata de reconocer responsabilidad administrativa a cargo del Estado como consecuencia de un fallo, sentencia o providencia definitiva y con efectos de cosa juzgada, por la simple equivocación conceptual en que pueda incurrir el juzgador. Al contrario, se trata de que los administrados conozcan que cuando sus jueces incurren en eventuales conductas abiertamente contrarias a derecho y generadores de daños y perjuicios materiales y morales, junto con su personal responsable, originan también en el propio Estado la obligación resarcitoria. Las situaciones, desde luego, tienen que ser muy especiales y corresponden a determinaciones también muy especiales, de aquellas en que por ser tan ostensible y manifiestamente errado el comportamiento del Juez, con su proyección hacia los asociados, ocasione perjuicios graves como el fallecimiento de una persona y su significación patrimonial, económica y moral en su parentela. (Consejo de Estado, 1992)

En esta sentencia, el Consejo de Estado exige una conducta fallida de la administración de justicia y, además, que exista una decisión judicial abiertamente contraria a derecho como requisito *sine qua non*, para que se dé el surgimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado. Por su parte, en el fallo exp. 9391 del 15 de septiembre de 1994, la Sala establece que la responsabilidad

por privación injusta de la libertad plasmada en el artículo 414 del Decreto-Ley 2700 de 1991 depende del error en la decisión judicial en la que se ordena la detención preventiva:

En relación con la responsabilidad de la administración por PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD, la Sala desea hacer las siguientes precisiones, por la vía jurisprudencial, a saber:

- a. Ella toma apoyo en el artículo 90 de la Constitución Nacional y en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, y se ubica en el ámbito de la responsabilidad directa del Estado por error judicial, que se produce como consecuencia de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, y previa una valoración seria y razonable de las distintas circunstancias del caso, o como lo ha dicho la Corte Constitucional Italiana: "Todo procedimiento judicial que prive a la persona de uno de sus derechos fundamentales y que luego sea considerado erróneo" (Sentencia número 12 de 2 de febrero de 1978).
- b. El error judicial puede responder a una errónea apreciación de los hechos, o a una desfasada subsunción de la realidad fáctica en la hipótesis normativa, o a una grosera utilización de la normatividad jurídica, en el caso sometido a consideración del juez.
- c. El error de hecho, por sí solo, jamás será determinante de la responsabilidad administrativa, pues como lo enseña bien el Profesor Guido Santiago Tawil,... cualquiera que sea el vicio determinante de la resolución, el error judicial no estará en los hechos o en las pruebas, en sí mismos considerados, sino en el MODO DE SUBSUMIR a éstos en el ordenamiento jurídico, cuya aplicación en cada caso resulte obligada". (La Responsabilidad del Estado y de los Magistrados y Funcionarios

Judiciales por Mal Funcionamiento de la Administración de Justicia". Depalma, pág. 54).

- d. La responsabilidad de la Administración, dentro del ámbito que se estudia, no opera solo en los casos contemplados en el artículo 414 del C. de Procedimiento Penal, pues la Constitución Nacional ordena reparar el daño que se genere por una conducta antijurídica de ella. Con esto se quiere significar 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. (Consejo de Estado, 1994) El mismo tratadista, antes citado, explica su posición académica sobre la materia, la cual patrocina la Sala, dentro del siguiente temperamento:

"Lo contrario sería admitir que a pesar de reconocerse la existencia de conductas manifiestamente antijurídicas, ellas resulten inmunes a la reparación de los daños que han causado, como consecuencia de no haberse podido recurrir la resolución que les dio origen, sea, por ejemplo, por no ser advertido del error en Término, porque el resultado dañoso se manifestó una vez firme aquella, por no tratarse de una de las resoluciones recurribles conforme al ordenamiento formal, o, lo que es aún peor, por no haber sido el damnificado parte en, el proceso en que el supuesto error se cometió" (O. Citada, pág. 56).

- e. Además de la existencia del error judicial, en el pronunciamiento judicial, debe probarse la existencia de UN DAÑO FÍSICO O MORAL, evaluable económicamente, y una relación de causalidad entre el error y el daño indemnizable.

f. *Condictio sine qua non* para que se pueda declarar la responsabilidad de la Administración es la de que no se registre una **ACTITUD DOLOSA O CULPOSA POR PARTE DEL SINDICADO** o de los **DAMNIFICADOS**. En este particular, la Sala hace suya la pauta jurisprudencial fijada por el Tribunal Supremo Español, en sentencia de 24 de noviembre de 1986, en la cual se predica:

"Cuando un error, de uno u otro sentido, se ha producido en el desarrollo de la actividad judicial, es obligado para cuantos intervienen en el proceso, procurar con lealtad procesal y con la buena fe exigible a todo litigante, ponerlo de relieve para su subsanación". (Consejo de Estado, 1994)

2.3.2 Segunda Etapa

En este momento, el Consejo de Estado considera objetiva la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad y establece la diferencia con el error judicial. En este sentido, establece una postura que llama la atención, ya que este tipo de responsabilidad encuentra su verdadera naturaleza, pues ya no depende del error judicial, es decir, que no se fundamenta en la ilegalidad de la orden de detención preventiva. El Alto Tribunal establece que la responsabilidad por privación injusta de la libertad dependerá de "la absolución posterior del detenido con fundamento en alguna de las causales contempladas en la norma" (Serrano y Tejada, 2017).

De acuerdo con tal postura, la sentencia exp. 9734 emanada por el Consejo de Estado en fecha 30 de junio de 1994, establece lo siguiente:

Como acertadamente lo señaló él *a-quo*, el artículo 414 del C. de P. P. consagra una indemnizatoria en contra del Estado y en favor de quien ha sido privado injustamente de la libertad, cuando sea exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible.

Como en el sub-júdice se determinó la inexistencia de hecho punible, el actor tiene derecho a reclamar del Estado Colombiano una indemnización por los perjuicios sufridos. Este artículo 414 es fiel desarrollo del artículo 90 de la Carta Política, solo que circunscrito al daño antijurídico proveniente de las precisas circunstancias allí previstas. (Consejo de Estado, 1994)

En el mismo sentido, a través de la sentencia exp. 10.299 del 12 de diciembre de 1996, el Consejo de Estado establece que:

Se reitera que es un tipo de responsabilidad objetiva en la medida en que no se requiere la existencia de falla en el servicio, razón por la cual no tiene ninguna incidencia la determinación de sí en la providencia que ordeno la privación de la libertad hubo o no error judicial; y no es posible la exoneración de la responsabilidad de la administración con la sola prueba de diligencia que en este caso se traduciría en la demostración de que la providencia estuvo ajustada a la ley.

Adicionalmente, el artículo 414 limita las causales de exoneración de la responsabilidad relativas al rompimiento del vínculo causal, al solo evento de que la detención haya sido causada por la propia víctima, señalando que no habrá lugar a indemnización de perjuicios cuando esta haya sido provocada por el dolo o culpa grave del mismo detenido; situación que podría presentarse cuando alguien, por ejemplo, confiesa un delito no cometido con el objeto de encubrir al verdadero responsable. (...)

Por las mismas consideraciones, en estos casos tampoco puede exigirse al demandante, como requisito de procedibilidad de su pretensión indemnizatoria que haya interpuesto los recursos legales contra de la providencia que ordenó la detención; y este es el motivo por el cual, a juicio de la sala, la Ley 270 de 1996 al enunciar los presupuestos

de la responsabilidad estatal por error judicial dentro de los cuales se encuentra el de que el afectado haya interpuesto los recursos de la Ley, exceptúa los casos de privación de la libertad disponiendo que en dichos eventos no es necesario el cumplimiento de tal requisito. (Consejo de Estado, 1996)

Otro fallo importante es el exp. 11.601 del 27 de septiembre de 2000, en el cual, el Consejo de Estado, se establece que:

Al respecto, debe reiterarse lo expresado en otras oportunidades, en el sentido de que no cualquier perjuicio causado como consecuencia de una providencia judicial tiene carácter indemnizable. Así, en cada caso concreto deberá establecerse si el daño sufrido es de tal entidad que el afectado no está en la obligación de soportarlo, y resulta, en consecuencia, antijurídico, sea que tenga causa en una providencia errada o en una providencia ajustada a la ley.

No puede considerarse, en principio, que el Estado deba responder siempre que cause inconvenientes a los particulares, en desarrollo de su función de administrar justicia; en efecto, la ley le permite a los fiscales y jueces adoptar determinadas decisiones, en el curso de los respectivos procesos, en aras de avanzar en el esclarecimiento de la verdad, y los ciudadanos deben soportar algunas de las incomodidades que tales decisiones les causen. Sin embargo, tampoco pueden hacerse afirmaciones categóricas, para suponer que, en determinados casos, será siempre inexistente el daño antijurídico, mucho menos cuando ha habido lugar a la privación de la libertad de una persona, así sea por corto tiempo, dado que se trata de la vulneración de un derecho fundamental, cuya injusticia, al margen de la licitud o ilicitud de la decisión que le sirvió de fundamento, puede hacerse evidente como consecuencia de una decisión definitiva de carácter absolutorio. He aquí la demostración

de que la injusticia del perjuicio no se deriva de la ilicitud de la conducta del agente del Estado. (Consejo de Estado, 2000)

2.3.3 Tercera Etapa

En la que se puede instaurar como una tercera etapa, el Consejo de Estado acude a una noción de daño antijurídico en la que se establece como fundamento general de la responsabilidad patrimonial del Estado lo plasmado en el artículo 90 de la Constitución Política, en palabras de Hoyos Duque (2006):

Hay lugar a la indemnización por privación injusta de la libertad cuando, además de los supuestos legales que determinan su desvinculación de una investigación, en los términos del Art. 414 del Decreto Ley 2700 de 1991, se prueba la existencia de un daño causado por esa privación de la libertad, daño que es indiscutiblemente antijurídico y debe ser reparado por el Estado. (p. 18)

De igual manera, Serrano y Tejada, (2017) afirman que hay lugar a la indemnización por privación injusta de la libertad, en tanto se demuestre en daño antijurídico, que, para la Sala, se configura cuando 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. Siendo así y según Ramírez Rivas (2019) la sentencia que condenaría al Estado a pagar perjuicios por la privación injusta de la libertad del actor, contendría la verificación de dos situaciones específicas:

1. La fijación de una medida de aseguramiento privativa de la libertad y la posterior libertad del asegurado, por desvinculación del proceso o la sentencia absolutoria.

2. La posterior desvinculación es la que da lugar a la demanda y la que desvirtuadas las causales de exoneración de responsabilidad da paso a la sentencia condenatoria, al haber sufrido el actor, un perjuicio injusto, carga que no está obligado a soportar. (p. 39)

Entre las sentencias del Consejo de Estado que plasman esta postura, se caracteriza la sentencia exp. 13.606 del 4 de abril de 2002, que establece que:

La Sala reitera lo manifestado en la sentencia proferida el día 27 de septiembre de 2001 porque considera que en estos eventos la responsabilidad del Estado existe cuando se ha causado un daño antijurídico por 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 la Constitución Política, el Estado es patrimonialmente responsable por los daños antijurídicos que le sean imputables, por ende, si un sujeto es 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, los daños que demuestre y que deriven de la detención deben serle indemnizados, toda vez que no estaba en el deber de soportarlos.

Dicho en otras palabras, cuando una persona es privada de la libertad por virtud de decisión de autoridad y luego puesta en libertad por la misma autoridad en consideración a que se dan los supuestos legales que determinan su desvinculación de una investigación penal, ya sea porque el hecho imputado no existió, o porque el sindicado no lo cometió o porque el hecho no es punible, si además prueba la existencia de un daño causado por esa

privación de la libertad, este daño es indiscutiblemente antijurídico y debe serle reparado por el Estado.

No es necesario, generalmente, demostrar la existencia de una decisión errónea; conforme a lo expuesto, la Sala encuentra que una providencia judicial proferida conforme a la ley que prevé y regula la detención preventiva, puede privados de la libertad los sindicados, cuando precisamente del cumplimiento a cabalidad de dicha función depende el buen éxito de la investigación y desde luego solamente con una adecuada prueba, indicio grave de responsabilidad, se repite, era procedente la imposición de la medida de aseguramiento.

El estudio anterior hecho (art. 414 del C. P. P) muestra que la responsabilidad patrimonial del Estado por detención preventiva procede cuando se cumplen los siguientes supuestos:

- Que una persona sea detenida preventivamente por decisión de autoridad;
- Que sea exonerado mediante sentencia absolutoria definitiva o mediante su equivalente;
- Que la decisión absolutoria se haya fundado en que el hecho no existió, en que el sindicado no lo cometió o en que el hecho que realizó no era punible; y
- Que el sindicado y los demás demandantes en el juicio de responsabilidad hayan padecido daños.
- Que el sindicado no haya determinado su detención con su conducta dolosa o gravemente culposa. (Consejo de Estado, 2002)

Es evidente entonces, que la Sala en esta etapa, como se mencionó anteriormente, acude a una noción de daño antijurídico en la que se establece como fundamento general de la

responsabilidad patrimonial del Estado lo plasmado en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991. No se limita exclusivamente a las 3 circunstancias de absolución del detenido que da lugar a la indemnización de perjuicios plasmados en el artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991, sino que, tal como lo indican Serrano y Tejada, (2017), de manera general, consagra que la responsabilidad del Estado existe cuando se ha causado un daño antijurídico por la privación de la libertad de un sujeto que fue absuelto para nada tuvo que ver con el delito investigado, en donde la antijuridicidad del daño deviene de la absolución posterior del detenido, desvinculación del proceso penal que permite sostener que el sindicado no estaba en el deber de soportar esta decisión.

Sería entonces irrelevante la discusión de sí la privación de la libertad fue ilegal o errónea, ya que, aun siendo la privación de la libertad legal, podría causar un daño antijurídico, en sentencia exp. 11.601 del Consejo de Estado, emanada el 27 de septiembre de 2000, se establece que:

No puede considerarse, en principio, que el Estado deba responder siempre que cause inconvenientes a los particulares, en desarrollo de su función de administrar justicia; en efecto, la ley le permite a los fiscales y jueces adoptar determinadas decisiones, en el curso de los respectivos procesos, en aras de avanzar en el esclarecimiento de la verdad, y los ciudadanos deben soportar algunas de las incomodidades que tales decisiones les causen. Sin embargo, tampoco pueden hacerse afirmaciones categóricas, para suponer que, en determinados casos, será siempre inexistente el daño antijurídico, mucho menos cuando ha habido lugar a la privación de la libertad de una persona, así sea por corto tiempo, dado que se trata de la vulneración de un derecho fundamental, cuya injusticia, al margen de la licitud o ilicitud de la decisión que le sirvió de fundamento, puede hacerse evidente como consecuencia de una decisión definitiva de carácter absolutorio. He aquí la demostración

de que la injusticia del perjuicio no se deriva de la ilicitud de la conducta del agente del Estado. (Consejo de Estado, 2000)

Por último, es importante tener presente que, tal como es plasmado en la sentencia exp. 10.299 del 12 de diciembre de 1996:

Responsabilidad objetiva en la medida no requiere la existencia de falla del servicio, razón por la cual no tiene ninguna incidencia la determinación de si la providencia que ordeno la privación de la libertad hubo o no error judicial; y no es posible la exoneración de responsabilidad de la administración con la sola prueba de diligencia que en este caso se traduciría en la demostración de que la providencia estuvo ajustada a la ley. (Consejo de Estado, 1996)

Todo lo planteado hasta ahora, permite vislumbrar cómo el Consejo de Estado plasma su postura, estableciendo como tesis predominante que la responsabilidad por privación injusta de la libertad mencionada en el artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991, es una responsabilidad objetiva del Estado, y que además, su fundamento se establece en el concepto de daño antijurídico del artículo 90 de la Constitución Política de 1991, siendo entonces irrelevante la discusión de si la privación de la libertad fue ilegal o errónea, ya que aun siendo la privación de la libertad legal, podría causar un daño antijurídico, debido a que la persona sujeto de la medida injusta no merecía tal reproche penal. Situación que evidencia que la medida de aseguramiento que se tomó fue injustificada.

2.3.4 Cuarta Etapa

En la que se ha determinado como una cuarta etapa, el Consejo de Estado contempla otras circunstancias de absolución penal y que, según esta Alta Corte, daría lugar a la responsabilidad por privación injusta de la libertad, generando así una indemnización a favor de la persona que

tuvo que sufrir la privación injusta. Estos supuestos son aparte de los que se establecen de manera literal en el artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991. Los supuestos contemplados por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo son:

2.3.4.1 Responsabilidad Patrimonial del Estado por la Exoneración cuando se Aplica el Principio In Dubio Pro Reo. Inicialmente es pertinente tener en cuenta que para abordar de manera correcta esta circunstancia de absolución penal debemos entender de una manera más clara cuando la figura del in dubio pro reo tiene cabida, en palabras de Prato Ramírez (2016) es cuando:

A pesar de existir un adecuado acervo probatorio, a la hora de emitir la sentencia, el juez se enfrenta con pruebas que lo pueden llevar a concluir que el acusado es culpable, pero al mismo tiempo frente a esas pruebas incriminatorias, subsisten otras igualmente válidas que lo llevan a inclinarse por la no culpabilidad o inocencia del mismo. Dándose con ello la existencia de una duda razonable que debe ser resuelta a favor del imputado, porque mientras exista la incertidumbre sobre la culpabilidad, sigue brillando con luz propia el principio garantista de la presunción de inocencia. (p. 44)

Es necesario recalcar que el juez tiene dos caminos, por un lado, si cuenta con los elementos materiales probatorios que demuestran la responsabilidad del imputado y, por otro lado, están las pruebas que corroboran la inocencia del imputado. Ante este conflicto jurídico, el administrador de justicia debe orientar su actuar profesional al uso de la presunción de inocencia. Esto quiere decir que debe resolver tal duda a favor del procesado. Tal prerrogativa constituye una norma rectora en la regulación penal colombiana, que tiene la función de orientar y estar presente durante toda la actuación procesal.

El Consejo de Estado en sentencia exp. 11.754 del 18 de septiembre de 1997, establece que cuando la absolución de la pena sobrevenga de la aplicación del principio *in dubio pro reo*, habrá lugar a responsabilidad por privación injusta de la libertad:

En lo que hace a la aplicación en el proceso penal que originó el presente asunto del principio *In dubio pro reo* y la posibilidad de responsabilizar al Estado cuando la absolución es consecuencia de dicha aplicación, cree la Sala que, tal como se manifestó anteriormente, no se trató de duda sino más bien de falta de prueba incriminatoria, sin embargo aún que se tratase de dicha hipótesis no debe olvidarse que el presupuesto de la aplicación de tal principio, supone una duda para el juzgador penal, lo cual evidencia, precisamente, la deficiencia de la actuación estatal en la labor probatoria, circunstancia que no puede servir de base, ni por asomo, para la exoneración del Estado por la privación injusta de la libertad, pues ha de tenerse presente que, como principio fundamental informador de toda la normativa penal, están los de buena fe y de inocencia, los cuales no pueden desvanecerse y mucho menos inobservarse, por una circunstancia meramente probatoria. La duda, en materia penal, se traduce en absolución y es esta precisamente a la luz del art. 414 del C.P.P. la base para el derecho a la reparación. Ya tiene mucho el sindicado con que los jueces que lo investigaron lo califiquen de “sospechoso” y además se diga que fue la duda lo que permitió su absolución, como para que esta sea la razón, que justifique la exoneración del derecho que asiste a quien es privado de la libertad de manera injusta. Entiéndase que lo injusto se opone al valor justicia, por lo cual perfectamente puede sostenerse que, en punto del derecho fundamental de la libertad de las personas, la necesaria protección que ha de brindarse al sindicado, no puede caer en el vacío mediante un mal entendimiento y utilización de las medidas de aseguramiento. (Consejo de Estado, 1997)

Todo lo planteado hasta ahora demuestra que la carga de desvirtuar la presunción de inocencia le corresponde al Estado. Esto quiere decir que la presunción obra a favor de los ciudadanos y, en caso tal, de que el Estado no cuente con los elementos suficientes para probar la responsabilidad, las personas no tendrán el deber de soportar la injusta privación de la libertad. En consecuencia, el Estado tiene la obligación de pagar una indemnización a favor de quien tuvo que sufrir el padecimiento injustamente.

2.3.4.2 Responsabilidad Patrimonial del Estado por la Exoneración Penal por Falta de Pruebas. La convicción sobre la responsabilidad del imputado es fundamental en el momento de dictar sentencia y condenar penalmente a una persona, en otras palabras, la falta de este elemento probatorio da lugar a la absolución penal, de acuerdo a Serrano y Tejada (2017):

Como para que haya condena penal debe existir certeza sobre la responsabilidad del imputado, la ausencia de elementos probatorios que permitan llegar al Juez al convencimiento de la responsabilidad penal del acusado da lugar a absolución penal, la cual puede provenir, tanto de la aplicación del principio *in dubio pro reo*, antes estudiado, como también por falta de pruebas incriminatorias, ya por ausencia de prueba, ya por prueba insuficiente, pues ante esta circunstancia de precariedad probatoria, no se le ofrece al juez medio alguno que demuestre la responsabilidad del sindicado, en cuyo caso se impone de mayor manera la presunción de inocencia. (pp. 605-606)

En aquellos casos en que la detención preventiva resulta injusta a causa de que el Estado no logró desvirtuar la presunción de inocencia, el Consejo de Estado se ha pronunciado al respecto, ejemplo de ello es la sentencia exp. 11.754 del 18 de septiembre de 1997:

En lo que hace a la aplicación en el proceso penal que originó el presente asunto del principio *In dubio pro reo* y la posibilidad de responsabilizar al Estado cuando la

absolución es consecuencia de dicha aplicación, cree la Sala que, tal como se manifestó anteriormente, no se trató de duda sino más bien de falta de prueba incriminatoria, sin embargo aún que se tratase de dicha hipótesis no debe olvidarse que el presupuesto de la aplicación de tal principio, supone una duda para el juzgador penal, lo cual evidencia, precisamente, la deficiencia de la actuación estatal en la labor probatoria, circunstancia que no puede servir de base, ni por asomo, para la exoneración del Estado por la privación injusta de la libertad, pues ha de tenerse presente que, como principio fundamental informador de toda la normativa penal, están los de buena fe y de inocencia, los cuales no pueden desvanecerse y mucho menos inobservarse, por una circunstancia meramente probatoria. (Consejo de Estado, 1997)

Al llegar a este punto, el Consejo de Estado establece en la misma sentencia que “ni la sospecha ni la duda justifican en un Estado Social de Derecho la privación de la libertad de las personas, pues se reitera, por encima de estos aspectos aparece la filosofía garantista del proceso penal que ha de prevalecer” (Consejo de Estado, 1997). Es claro entonces, que cuando la absolución penal es consecuencia de la falta de pruebas, la privación de la libertad es injusta y el Estado debe responder por los daños causados.

En últimas, se puede concluir que el Consejo de Estado ha pasado por varias etapas a través de los años. Hasta el 2018 esta Corporación plasmó su postura estableciendo como una tesis predominante que la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad tratada en el artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991, es una responsabilidad objetiva y su fundamento se establece en el concepto de daño antijurídico del artículo 90 de la Constitución Política de 1991, instaurando que la responsabilidad no depende de si la privación de la libertad fue ilegal o errónea, ya que aun siendo legal, podría causar un daño antijurídico, debido a que la persona privada de la

libertad injustamente no merecía tal reproche penal y esto, finalmente evidencia que la medida de aseguramiento que se tomó fue injustificada. También se vislumbra que el Consejo de Estado no solo contempla como circunstancias de absolución penal los presupuestos establecidos en el artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991, sino que, además, atribuye dos supuestos más, el primero indica que la responsabilidad patrimonial del Estado por la exoneración se aplica en virtud del principio *in dubio pro reo*, y el segundo, menciona la responsabilidad patrimonial del Estado por la exoneración penal por falta de pruebas.

2.4 Desarrollo Jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre la Responsabilidad Patrimonial del Estado por la Privación Injusta de la Libertad hasta el 2018

En este punto, es importante mencionar que la Corte Constitucional se encargó de supervisar y revisar el trabajo realizado por el Consejo de Estado en esta materia, así como también ha realizado el respectivo control de legalidad sobre las leyes que regulan este régimen de responsabilidad y, además, se ha encargado de brindar la respectiva interpretación de estas leyes, teniendo en cuenta que, como se enunció anteriormente, no contienen un régimen de imputación concreto. Esto motivó que la Corte Constitucional interpretara y unificara su jurisprudencia con la finalidad de definir los parámetros de imputación que han sido tan abstractos a lo largo de estos años, tal como se indicara a continuación.

En primer lugar, y teniendo como base el precedente constitucional realizado por la Corte en la sentencia SU-072 de 2018, que se encuentra la sentencia C-037 de 1996, sentencia con un alto grado de relevancia para la materia, pues se encargó de revisar constitucionalmente el proyecto de ley 58/94 del Senado y 264/95 de la Cámara, comúnmente conocida como “*Ley Estatutaria de la Administración de Justicia*”. Esta sentencia, en su revisión fija las primeras directrices que, en concordancia con la jurisprudencia del Consejo de Estado, determina que el parámetro de

imputación de la responsabilidad por privación injusta de la libertad debe obedecer a la imputación subjetiva por falla en el servicio al determinar que el artículo 68 será declarado exequible bajo la siguiente interpretación:

Con todo, conviene aclarar que el término “injustamente” 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. Si ello no fuese así, entonces se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados. Por el contrario, la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de la responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia, debe contemplarse dentro de los parámetros fijados y teniendo siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención. (Corte Constitucional, 1996)

En este orden de ideas, se puede observar que el argumento que utiliza la Corte para determinar la imputación subjetiva es el de la conducta reprochable del juez, y omite abiertamente las afirmaciones que el texto constitucional del artículo 90 contiene, esto es el desplazamiento del régimen objetivo que evalúa y le da especial tratamiento a el daño antijurídico proporcionado por el operador judicial independientemente de si es ajustada o no a la conducta exigida por el ordenamiento, al régimen subjetivo, que evalúa y entra a considerar la conducta del juez; interpretación que, en consideración de las suscritas, genera un límite al alcance de carácter

objetivo y proteccionista de los derechos fundamentales. Al respecto, García de Enterría y Fernández (1993) sostienen que:

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 sólo si, y en la medida en que, se ha producido una lesión patrimonial. (pp. 371 y 372)

Posteriormente, la Corte Constitucional le da más relevancia a la imputación objetiva, así lo plasma la sentencia C-430 del 2000, la cual se fundamenta en la posibilidad de declarar la inexecutable de algunas disposiciones referentes a las demandas que se elevan contra el Estado, en razón a que, según argumento del actor, se debe de demandar solo al Estado como responsable del daño que causen sus funcionarios y no demandar conjuntamente a los funcionarios involucrados en el asunto en cuestión, sino que, una vez sea condenado el Estado, este deberá repetir contra el agente. La sentencia en cuestión, para resolver este problema jurídico, empieza por enunciar en sus consideraciones el tratamiento que se le debe de dar al sistema de responsabilidad estatal sosteniendo lo siguiente:

El art. 90 de la Constitución consagra el principio de la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables. En tal virtud, en la responsabilidad del Estado el daño no es sólo el resultado de una actividad irregular o ilícita, sino también del ejercicio de una actuación regular o lícita, pues lo relevante es que se cause injustamente un daño a una persona. (Corte Constitucional, 2000)

Por consiguiente, en esta misma sentencia, concluye esa Corporación que "el daño antijurídico puede ser el efecto de una causa ilícita, pero también de una causa lícita. Esta doble

causa corresponde, en principio, a los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva” (Corte Constitucional, 2000).

Más adelante, esta misma sentencia explica la falla en el servicio basada en el concepto de la culpa en el caso de los agentes judiciales, modelo que no ha desaparecido del ordenamiento, sino que, por el contrario, ópera conjuntamente con la imputación objetiva. Es decir, se debe evaluar en todo caso si la conducta del operador judicial fue acorde o no a derecho y, además, se debe determinar el daño producido, la Corte sostiene:

Pues el art. 90 dentro de ciertas condiciones y circunstancias también admite la responsabilidad subjetiva fundada en el concepto de culpa. Y ello es el resultado de que, si bien el daño se predica del Estado, es necesario tener en cuenta que se puede generar a partir de la acción u omisión de sus servidores públicos, esto es, de un comportamiento que puede ser reprochable por irregular o ilícito. (...)

En otras palabras, cuando se alega que la conducta irregular de la administración produjo el daño (la falta del servicio en el lenguaje corriente) tendrá que probarse esa irregularidad, salvedad hecha de los eventos en que esa falla se presume. En ambas hipótesis ese primer supuesto de la responsabilidad deberá gobernarse por las normas de la carga probatoria. Y cuando se afirma que ese daño se produjo sin falta o falla de la administración, pero que el que lo sufre no tenía por qué soportarlo, el acreedor, como es apenas evidente, deberá demostrar el daño y el por qué, pese a ser legal la actuación de la administración, no tenía por qué sufrirlo. (Corte Constitucional, 2000)

Como se puede observar, la postura de la Corte en esta sentencia se inclina más a determinar el régimen objetivo como criterio de imputación en los casos de responsabilidad estatal, aunque no deja de lado la importancia de determinar la falla en el servicio por parte de los agentes

judiciales. Esto quiere decir que se sigue sin clarificar o exponer parámetros claros que puedan guiar concretamente a la comunidad jurídica respecto de la aplicación de los dos métodos de imputación.

Seguidamente, por medio de la sentencia C-100 de 2001, se demandan ciertas disposiciones legislativas, como son los artículos 2° y 37 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 77 del Código Contencioso Administrativo referentes a la responsabilidad de los jueces; al considerar que estas normas responsabilizan directamente al juez, dándole la potestad a los demandantes de actuar directamente contra ellos, y no contra el Estado, como está dispuesto en el artículo 90 constitucional. Se solicita adicionalmente que la Corte se pronuncie con relación al régimen de responsabilidad patrimonial que tienen los agentes judiciales al considerar que existe una omisión legislativa frente al tema.

En este caso, la Corte y los intervinientes consideran que estas leyes son exequibles, debido a que consideran que el demandante comete un error de interpretación, puesto que el contenido de estas normas es claro al diferenciar la responsabilidad del Estado de la responsabilidad de los agentes, además de la consecuente acción de repetición que se activaría por parte del Estado en contra de los jueces en caso de declarar responsable por los daños antijurídicos causados a los particulares.

Ahora bien, focalizando el contenido de la sentencia a este trabajo, se debe de resaltar que en esta providencia se hace especial énfasis en el régimen de imputación objetivo en caso de que la actuación del agente judicial sea acorde al ordenamiento legal pero que, de todas formas, exista un daño indemnizable. De lo contrario, siempre se debe acudir a la falla en el servicio, ya que es la forma apropiada para hacer efectiva la acción de repetición en contra de la entidad infractora. Ante esto, la sentencia C-100 de 2001 precisa que:

El Estado tiene la obligación de responder por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción u omisión de sus agentes judiciales. En tal sentido, señala expresamente, que el Estado responderá por (1) el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, (2) el error jurisdiccional y (3) la privación injusta de la libertad. Al estudiar la exequibilidad de la norma, la Corte precisó que, si bien ésta solo contempla la responsabilidad estatal cuando se presenta “falla en el servicio” de la administración de justicia, ello no implica que se limite el artículo 90 de la Carta, pues éste se aplica directamente a todos los casos. (Corte Constitucional, 2001)

También es importante resaltar que el fallo citado menciona que:

el Estado solo puede ejercer la acción de repetición contra el funcionario, si ésta ha actuado en forma dolosa o gravemente culposa” y también señala algunos eventos donde “se presume la actuación dolosa o gravemente culposa del agente judicial, tales como (1) la violación de normas de derecho sustancial o procesal, determinada por error inexcusable, (2) el pronunciamiento de una decisión cualquiera, restrictiva de la libertad física de las personas, por fuera de los casos expresamente previstos en la ley o sin la debida motivación y (3) la negativa arbitraria o el incumplimiento injustificado de los términos previstos por la ley procesal para el ejercicio de la función de administrar justicia o la realización de actos propios de su oficio, salvo que hubiere podido evitarse el perjuicio con el empleo de recurso que la parte dejó de interponer. (Corte Constitucional, 2001)

Como se puede evidenciar, esta sentencia utiliza el régimen de imputación subjetivo, especialmente el de la falla del servicio con ocasión del mal funcionamiento de la administración de justicia. No obstante, no se refiere al régimen de imputación aplicable a la responsabilidad por privación injusta de la libertad como criterio especial de la responsabilidad patrimonial por la

administración judicial. Esta providencia se considera fundamental en la presente investigación, en la medida en que fija un criterio de imputación subjetivo para los casos del mal funcionamiento del servicio de administración de justicia y señala que la responsabilidad de los agentes del Estado solo podrá ser determinada una vez que el Estado sea declarado responsable, por lo que una acción civil en contra de los agentes judiciales no es compatible con el ordenamiento constitucional.

Posteriormente, en la sentencia C-528 de 2003, la Corte Constitucional se ocupa de establecer si existe una vulneración a la Constitución Política por parte de los artículos 57, 227, 353, 363 y 535 de la Ley 600 de 2000 al no establecer taxativamente que cuando se incurra en la privación injusta de la libertad se debe declarar la responsabilidad patrimonial del Estado.

En las consideraciones de la sentencia, la Corte indica que existen otros estatutos vigentes que regulan la responsabilidad patrimonial del Estado por la privación injusta de la libertad, entre ellos menciona la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en su artículo 65 donde “expresamente dispone que el Estado responde patrimonialmente por el daño antijurídico que se ocasione como consecuencia del funcionamiento de la administración de justicia, responsabilidad que se extiende hasta el error jurisdiccional y la privación injusta de la libertad” (Corte Constitucional, 2003).

Aunado a esto, de manera más precisa, el artículo 68 de la Ley Estatutaria establece que “Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios” (Congreso de Colombia, 1996). La Corte también considera que el Consejo de Estado goza de abundante jurisprudencia sobre el tema, donde se reconoce la responsabilidad del Estado por acción y omisión de sus autoridades judiciales por la privación injusta de la libertad, entre ellas hace alusión expresa a la sentencia del 4 de abril de 2002 con radicado 13606 con consejera

Ponente María Elena Giraldo Gómez. Finalmente, la Corte en esta sentencia concluye de la siguiente manera:

Así entonces, a manera de conclusión, puede decirse que en nada contradice los principios al debido proceso, el principio de seguridad jurídica y los principios derivados del artículo 90 constitucional, el hecho de que el Código de Procedimiento Penal no regule expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado por el aspecto que ha venido tratándose. De la anterior exposición es claro que las normas que regulan el tema se encuentran consignadas en otros textos del ordenamiento jurídico, a los cuales, según el artículo 4º de la Carta Política, se encuentra sometido el operador jurídico. (Corte Constitucional, 2003)

Lo dicho hasta aquí demuestra que, en este fallo, la Corte se orienta por el régimen de imputación objetivo, tomando como referencia varias sentencias del Consejo de Estado que desplazan el concepto subjetivo de antijuridicidad de la acción, y en cambio, toma un concepto objetivo de antijuridicidad del daño; como en la siguiente sentencia que es citada por la Corte, donde menciona la obligación que tiene el Estado de indemnizar todo daño antijurídico, pero sin hablar o establecer como condición el error judicial, de la siguiente manera:

Tratándose específicamente de la responsabilidad de naturaleza extracontractual, el Estado tiene la obligación de indemnizar todo daño antijurídico que produzca con su actuación, lícita o ilícitamente, voluntaria o involuntariamente, ya sea por hechos, actos, omisiones u operaciones administrativas de cualquiera de sus autoridades, o de particulares especialmente autorizados para ejercer función pública, pero que la víctima del mismo no está en el deber jurídico de soportar, cuya deducción puede ser establecida a través de distintos títulos de imputación, tales como la falla del servicio, el daño especial, el riesgo,

la ocupación temporal o permanente de inmuebles, el error judicial, el indebido funcionamiento de la administración de justicia, la privación injusta de la libertad, entre otros. (Corte Constitucional, 2003)

Por su parte, en la sentencia C-403 de 2004 la Corte se ocupa de establecer si el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo desconoce el artículo 90 de la Constitución Política, al condicionar la condena en costas al Estado a partir del resultado de una evaluación discrecional que el juez administrativo hiciese de la conducta de las partes. Así mismo, determina si se desconoce o no el principio de igualdad, ya que en la Jurisdicción Contencioso Administrativa se resuelve la condena en costas de manera subjetiva, mientras que, en la jurisdicción civil, la condena en costas se resuelve de manera objetiva. Por otro lado, esta sentencia puntualiza de mejor manera que el artículo 90 de la Constitución Política impone que la responsabilidad del Estado resulta a partir de la comprobación de un daño antijurídico, en palabras de la Corte:

En reiterada jurisprudencia la Corte se ha referido a la naturaleza objetiva de la responsabilidad del Estado por el daño antijurídico que irroga a los particulares. En un conjunto amplio de pronunciamientos ha dicho que el artículo 90 de la Constitución de 1991 modificó el panorama de la responsabilidad estatal, en primer lugar, porque la reguló expresamente, cosa que hasta entonces no se había hecho en normas de este rango, y además porque dicho artículo 90 amplió el ámbito de tal responsabilidad, circunscrita hasta entonces a la noción de falla en el servicio, que encontró ahora su fundamento en la noción de daño antijurídico. Lo esencial del cambio introducido por el artículo 90 de la Constitución radica entonces en que ahora el fundamento de la responsabilidad no es la calificación de la conducta de la Administración, sino la calificación del daño que ella causa. No se trata de saber si hubo o no una falla en el servicio, es decir una conducta

jurídicamente irregular, aunque no necesariamente culposa o dolosa, sino de establecer si cualquier actuar público produce o no un “daño antijurídico”, es decir un perjuicio en quien lo padece, que no estaba llamado a soportar.

El daño antijurídico no es, entonces, aquel que proviene exclusivamente de una actividad ilícita del Estado, y así ha sido entendido reiteradamente por el Consejo de Estado que ha definido el concepto como "la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar", por lo cual "se ha desplazado la antijuricidad de la causa del daño al daño mismo"; de donde concluye esa Corporación que "el daño antijurídico puede ser el efecto de una causa ilícita, pero también de una causa lícita. Esta doble causa corresponde, en principio, a los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva.

Obviamente, el nuevo fundamento de la responsabilidad estatal conlleva a su vez que no todo daño deba ser reparado, sino solo aquel que reviste la connotación de antijurídico, es decir, no se repara el daño justificado, esto es aquel que quien lo padece tenga la obligación de soportar. Además, como en todos los casos de responsabilidad, debe tratarse de un daño que tenga un vínculo causal con la actividad de un ente público. Esta actividad, ha dicho la Corte, no es solamente la que se da en el ámbito extracontractual de la actividad estatal, sino que también puede provenir de las relaciones contractuales de la Administración.

10. El artículo 90 superior define la responsabilidad patrimonial objetiva del Estado por las actuaciones de los entes públicos. Si bien esta responsabilidad hoy en día se determina con base en la noción de daño antijurídico y no de conducta antijurídica, lo cierto es que de todas maneras tal daño debe tener un vínculo causal con la actividad del Estado.

Por eso la doctrina y la jurisprudencia con razón han dicho que la responsabilidad objetiva exige la presencia de tres requisitos para su configuración: una acción u omisión de una entidad pública, un daño antijurídico, y una relación de causalidad material entre el primero y el segundo. (Corte Constitucional, 2004)

En este punto surge la siguiente pregunta, ¿qué tipo de actividad estatal es la que origina esta responsabilidad? A juicio de la Corte, se trata de acciones u omisiones llevadas a cabo en ejercicio de funciones públicas, es decir, dentro del contexto de relaciones jurídicas sustanciales en las cuales el ente público actúa, regular o irregularmente, desplegando sus atribuciones constitucionales o legales, o en las mismas circunstancias omite actuar estando obligado a ello.

Es decir, para que el daño antijurídico atribuido al Estado sea indemnizable, se exige que este sea consecuencia del cumplimiento regular o irregular de sus obligaciones o del incumplimiento de estas. De esta manera, el artículo 90 de la Constitución consagra una cláusula general de responsabilidad estatal objetiva por los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos, tanto en las relaciones contractuales como en las extracontractuales de tales entes.

La superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva, en el terreno de esas relaciones sustanciales, es un imperativo constitucional, no solo por la norma expresa que así lo define (art. 90 C.P.), sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado, según la cláusula social, así lo exigen; en efecto, la especial salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la Administración, a la que usualmente se le reconocen

prerrogativas especiales para cumplir con sus finalidades constitucionales, la efectividad del principio de solidaridad y la igualdad de todos ante las cargas públicas obligan a reparar los daños causados por el actuar del ente público que el lesionado no está jurídicamente obligado a soportar. Esta responsabilidad objetiva por su actuación es la contrapartida de sus especiales facultades y poderes y, consecuencia de la obligación que le incumbe de garantizar la primacía de los derechos inalienables de la persona.

Como se puede observar, la Corte en esta sentencia enfatiza en la imputación objetiva en aquellos casos de responsabilidad del Estado por el daño antijurídico, es decir, que se deja de lado el error judicial como condición para que se dé la responsabilidad de indemnizar por privación injusta de la libertad.

En la sentencia C-957 de 2014 se ocupa de establecer si existe una inconstitucionalidad en el artículo 81.2 de la Ley 142 de 1994 por considerarlos contrarios al artículo 90 de la Constitución Política. La Corte considera que en el artículo 90 coexisten los dos tipos de responsabilidad, la objetiva y la subjetiva, establece que en el primer inciso hay una responsabilidad que dependía de la producción de un daño antijurídico y, en su segundo inciso, estaría consagrada una responsabilidad subjetiva debido a que se exige la existencia de culpa o dolo en la actuación u omisión de los agentes del Estado.

De esta sentencia se resalta la cita del fallo C-338 de 2006, con magistrada ponente Clara Inés Vargas, que enfatiza:

[L]a institución constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado se configura con base en un criterio netamente objetivo, fundada en el daño antijurídico sufrido por la víctima, no es menos cierto que el propio constituyente consagró también un régimen de responsabilidad de los servidores públicos que se estructura a partir de unos criterios

normativos de imputación que le dan un carácter subjetivo, como son la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor público. (Corte Constitucional, 2014)

Se observa que en esta sentencia la Corte determina que la responsabilidad objetiva y subjetiva coexisten en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991.

Finalmente, aparece la sentencia de unificación SU-222 de 2016, producto de una acción de tutela presentada por una funcionaria que laboraba como exfiscal en el municipio de Santander y fue condenada a indemnizar en un 50% los perjuicios ocasionados en una demanda de reparación directa por privación injusta de la libertad de un ciudadano que fue procesado y posteriormente condenado por el delito de homicidio y, que finalmente resultó ser un caso de homonimia, situación que afectó considerablemente la vida de este ciudadano. Es así como la Corte entra a resolver el problema jurídico en mención y con ello realiza un análisis sobre el régimen de responsabilidad patrimonial del funcionario judicial.

Para resolver este asunto, la Corte realizó un análisis de la jurisprudencia emitida hasta el momento y empezó enunciando que la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad se consagra en el artículo 414 del Decreto-Ley 2700 de 1991 y, además, que tal privación injusta podría haber sido culposa o dolosa. Aunado a esto, precisa que esta norma recalca que quien fuese exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía un hecho punible, debe ser indemnizado siempre y cuando la privación injusta no haya sido causada por la misma persona por dolo o culpa grave (Corte Constitucional, 2016). Posteriormente menciona que el criterio de imputación acogido por el Consejo de Estado para la época, es el objetivo y lo sustenta de la siguiente manera:

En la actualidad, esta Corporación acoge el criterio objetivo para resolver esos asuntos, según el cual no es necesario probar que la autoridad judicial incurrió en algún tipo de falla por cuanto el mismo legislador calificó los eventos en los cuales la privación de la libertad se torna injustificada y resulta indiferente determinar cuáles fueron las razones que condujeron al funcionario judicial a adoptar la medida de aseguramiento que implicaron la detención del afectado, porque a la postre esta se convierte en injusta siempre que el procesado resulta absuelto, bajo el entendido de que era ajeno a la realización del delito, bien porque no lo cometió, porque el hecho no constituía delito o porque su conducta tampoco constituía hecho punible.

Con el paso del tiempo, la responsabilidad estatal también la ha extendido no solo a las hipótesis expresamente consagradas en la ley, sino a casos en los cuales el procesado es exonerado como consecuencia de la aplicación del principio constitucional del *in dubio pro reo*. Si la absolución ocurre por cualquier causa distinta de las mencionadas, la jurisprudencia enseña que la reparación solo procederá siempre y cuando los afectados demuestren que existió una falla del servicio al momento de decretarse la medida de aseguramiento, vale decir, que no se cumplían los requisitos legales para la restricción de la libertad. (Corte Constitucional, 2016)

Como se puede observar, en la providencia citada se determina que el criterio de imputación aceptado para los casos de privación injusta de la libertad es el objetivo, diferenciándolo así de los otros posibles casos de responsabilidad de la administración de justicia. Es decir, que se analiza el daño antijurídico producido a los administrados, que no están en el deber jurídico de soportar.

Continuando con el desarrollo de la presente investigación, se evidencia que, la Corte considera que el artículo 90 de la Constitución Política permite acudir tanto a la falla del servicio como a un título de imputación objetiva. Así, ha afirmado que el daño antijurídico no excluye la posibilidad de exigir la demostración de una actuación irregular del Estado (Corte Constitucional, 2016).

CÁPITULO III: TENDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO Y LA CORTE CONSTITUCIONAL A PARTIR DEL 2018

3.1 Tendencia de la Corte Constitucional en la Sentencia SU- 072 del 2018

Para empezar es de suma importancia exponer la tendencia actual que maneja la Corte Constitucional. En la sentencia SU-072 de 2018, la Corte se encargó de revisar los fallos de tutelas T-6.304.188 y T-6.390.556, proferidas por la Sección Quinta, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. En este sentido, le corresponde a la Corte establecer si en el expediente T-6.304.188 se incurrió en un defecto sustantivo al aplicar un régimen de responsabilidad objetiva para resolver una demanda de reparación directa interpuesta por quien había sido privado de la libertad, y luego absuelto, en virtud del principio *in dubio pro reo*, desconociendo el precedente de la sentencia C-037 de 1996. Por otro lado, esta Corporación pretende establecer si en el expediente T-6.390.556 se incurrió en un defecto orgánico al asumir en primera instancia la decisión de un asunto resuelto por un Juzgado Administrativo del Circuito, en lugar de suscitar el recurso de apelación. También deberá establecer si el Consejo de Estado incurrió en un defecto sustantivo al aplicar la causal “culpa exclusiva de la víctima”, y desconocer el precedente de la Sentencia de Unificación del 17 de octubre de 2013, donde se establece que se debe aplicar el régimen objetivo para definir la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad; y finalmente debe establecer si de acuerdo con el artículo 90 de la Constitución y la interpretación de la sentencia C-037 de 1996 respecto del artículo 68 de la Ley Estatutaria 270 de 1996, en un proceso de reparación directa por la privación injusta de la libertad se debería aplicar un único régimen de responsabilidad. Es necesario entonces, realizar el análisis de esta sentencia

en cuanto marca un hito en el desarrollo jurisprudencial que ha llevado la Corte Constitucional hasta la fecha sobre el tema en cuestión.

De esta forma, se van a resaltar los puntos que son de interés directo para el trabajo de grado en desarrollo, con extractos tomados directamente de la sentencia del 2018.

La Corte Constitucional en la sentencia mencionada establece y recalca varios puntos importantes, empezando por reiterar que el artículo 90 de la Constitución Política no define un título de imputación en concreto para la privación injusta de libertad, es decir, establece un régimen general de responsabilidad y solo indica que la naturaleza del daño debe ser antijurídica. Además, de forma repetitiva se estableció que la falla en el servicio es el título de imputación preferente. Lo anterior se entra a diferir con la Corte Constitucional, ya que a pesar de que existe una neutralidad del artículo 90 constitucional, como se afirmó anteriormente, esta Alta Corte tiene una notada preferencia por la falla en el servicio público de la administración de justicia, es decir, que según la Corte y su jurisprudencia actual, para que la privación injusta de la libertad sea imputable al Estado, esta debe proceder de una acción abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, generando así límites a la responsabilidad del Estado, los cuales la Carta Política nunca impuso.

De la misma manera, establece que en la sentencia C-037 de 1996 se concluye que la expresión "injusta" significa la necesidad de especificar si la providencia en la que se priva de la libertad a una persona es una providencia proporcional, razonada, y conforme a derecho, es decir, que cuando no reúne estos requisitos se considera que la detención fue injusta, y se derivaría de forma automática la reparación de perjuicios. Evidenciando aquí que se regresa a la identificación entre la privación injusta con la privación ilegal (Pacheco, 2021). En otras palabras, la Sala regresa a la dependencia del error judicial o la falla en el servicio a la responsabilidad del Estado por la

privación injusta de la libertad; lo cual es un retroceso en el desarrollo jurisprudencial, ya que presenta confusión de conceptos nuevamente, generando así que la indemnización sea cada vez más inalcanzable.

Continuando, la Sala en esta sentencia afirma que la sentencia C-037 de 1996 no se vincula a un título de imputación único y específico. Y resalta que “el juez administrativo podrá elegir qué título de imputación resulta más idóneo para establecer que el daño sufrido por el ciudadano devino de una actuación no idónea, irrazonable y desproporcionada y por ese motivo, no tenía por qué soportarse” (Corte Constitucional, 2018). Siendo esto razonable debido a que cada caso en específico es diferente y debe tener un trato diferente, por ende, establecer una regla única para la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad sería posiblemente caer en un extremismo, el cual se debe evitar.

Por otro lado, la corporación comparte la idea de que cuando el hecho no existió o la conducta era objetivamente atípica, la privación de la libertad es irrazonable y desproporcionada, por ende, es posible aplicar el título de imputación objetivo justificando que “el daño antijurídico se demuestra sin mayores esfuerzos.” Y así en estos casos establece que “deberá ser la administración la que acredite que fueron causas ajenas e irresistibles a su gestión, las que propiciaron la imposición de la medida” (Corte Constitucional, 2018). Consecuentemente la Sala es clara al momento de establecer que cuando el procesado no cometió la conducta y con la aplicación del *in dubio pro reo*, se exigen mayores esfuerzos investigativos y probatorios por ende estas no pueden afirmarse con la firmeza que exige un sistema de responsabilidad estatal objetivo.

Lo anterior le permite a la Corporación aseverar que establecer el régimen de imputación como una regla definitiva de un proceso de reparación directa por privación injusta de la libertad, iría en contra de la interpretación contenida en la sentencia C-037 de 1996 que revisó el artículo

68 de la Ley 270 de 1996, el cual debe entenderse como una extensión del artículo 90 superior, dado que así fue declarado en la correspondiente sentencia de constitucionalidad. La Corte concluye enfatizando que el Consejo de Estado al pretender aplicar un único régimen de responsabilidad del Estado desconoció el precedente constitucional e incurrió en un defecto sustantivo vulnerando los derechos al debido proceso y a la igualdad (Corte Constitucional, 2018). Como se dijo anteriormente, pretender tener un régimen único en la materia de responsabilidad del Estado, es generar que se llegue a extremos, causando así “indemnizaciones sin importar que no haya antijuridicidad y denegaciones sin importar que haya injusticia” (Pacheco, 2021). Pero tampoco se puede obviar que la Sala tiene una notable preferencia por la falla en el servicio, con lo cual se podría considerar que cada vez la Sala va más hacia ese extremismo que como hemos expuesto debe evitarse.

Finalmente, concluye respecto al régimen de imputación de la falla en el servicio que aunque sea un régimen restrictivo, es decir, exige un esfuerzo probatorio más grande por quien está solicitando la compensación de perjuicios, esto no debe entenderse como una traba para el reclamante, ya que estos regímenes de imputación “están diseñados para hacer más o menos accesible la administración de justicia contencioso administrativa, sino para modular el ejercicio probatorio y, sobre todo, para garantizar que la decisión que se adopte obedezca a criterios de razonabilidad y proporcionalidad” (Corte Constitucional, 2018). Pero la administración no debería ser más o menos accesible, debe ser completamente accesible, y esto conlleva a que si hay un correcto estudio de los elementos de la responsabilidad estatal habrá una correcta aplicación de los regímenes de responsabilidad del Estado.

3.2 Tendencia del Consejo de Estado en la Sentencia 46.947

Al analizar las principales tendencias que el Consejo de Estado ha sostenido hasta la actualidad, es pertinente la remisión a la sentencia 46.947 del 15 de agosto de 2018 con ponencia de Carlos Alberto Zambrano Barrera, así mismo, estudiar la sentencia 23.354 del 17 de octubre de 2013 con ponencia de Mauricio Fajardo Gómez. Estas providencias son relevantes, en cuanto materializa el desarrollo jurisprudencial que se ha seguido en nuestro ordenamiento jurídico, sobre la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, en este sentido, estas providencias son determinantes en el estudio de este fenómeno, y juegan un papel fundamental al ser un punto de partida necesario.

Inicialmente, la sentencia 23.354 del 17 de octubre de 2013, destaca el alcance del marco de responsabilidad que el artículo 90 de la Constitución Política de 1991 ha establecido en el ordenamiento jurídico, por ende, este no puede ser limitado por normas *infraconstitucionales*, refiriéndose específicamente al Decreto-Ley 2700 de 1991 en su artículo 414, el cual regula lo relacionado con la indemnización por privación injusta de la libertad, en consecuencia, manifiesta que esa responsabilidad no puede estar limitada a los preceptos de que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, como lo clasifica la norma, sino que debe de estar abiertos a otros posibles escenarios donde la privación de la libertad tome el carácter de injusta y sea necesario entrar a reparar un daño antijurídico. Razón por la cual, esta sentencia enfrenta estas limitaciones y sugiere que es obligación del intérprete buscar un sentido armonioso y conexo de todas las normas con la constitución. Estas normas deben crear parámetros de aplicación de la norma constitucional, más no límites a los derechos que la Constitución otorga.

La Sección Tercera se encarga entonces, de debatir cuáles son los parámetros que se deben aplicar, cuando sea necesario escoger un régimen de imputación sin salirse de la órbita del marco de responsabilidad del artículo 90 de la Constitución Política, ya que a criterio de esta Corporación:

No toda privación de la libertad que termine en preclusión o absolución del indiciado tenga que ser de carácter injusta y se tenga que generar una responsabilidad automática de perjuicios, ya que es necesario ir más allá de solo tener en cuenta la privación de la libertad. Y respalda la tesis de que como no hay un régimen en particular que defina y encuadre las situaciones de este tipo, se debe dejar al arbitrio y autonomía del juez, es decir, lo que a él le considere más adecuado para cada situación en concreto. (Consejo de Estado, 2013)

Resalta al respecto, la postura que la Sala tiene sobre el requisito del daño antijurídico, ya que como se reitera, no toda privación de la libertad es antijurídica y es labor del indiciado entrar a desvirtuar la actuación del juez y demostrar por qué es antijurídico. También se manifiesta que optar por un régimen subjetivo que evalúe la actuación del juez en el caso en concreto no supone un prejuzgamiento del agente judicial y que la detención no necesariamente tiene que venir de una actuación dolosa o gravemente culposa, debido a que, si así lo fuera, tendría que ser un litigio independiente del que debate si la privación fue injusta o no.

Respecto a la sentencia 46.947 del 15 de agosto de 2018, el Consejo de Estado se encarga de evaluar un recurso de apelación sobre un caso de privación de la libertad, teniendo en cuenta el precedente de la Corte Constitucional, donde también se pronuncia y entra a examinar sobre los temas en cuestión. En primer lugar, en esta providencia resalta el análisis realizado sobre la evolución jurisprudencial del régimen de responsabilidad aplicable a asuntos de privación de la libertad, de la siguiente manera:

La Sala no se contrapone a los argumentos expuestos en la transcrita sentencia y más bien confirma la imposibilidad de otorgar o reconocer virtualidad jurídica a un precepto de carácter legal para limitar supuestos contemplados en la Constitución Política; de hecho, reitera dicha postura jurisprudencial, al tiempo que ratifica que, en todo caso, tales supuestos sí pueden ser precisados y aclarados por el legislador, como ocurre -a juicio de esta Sala- a la luz de los postulados del artículo 68 de la Ley 270 de 1996. (...) Pero no basta con acreditar simplemente la existencia de la privación de la libertad y de la ausencia de una condena, pues, como lo puso de presente la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996, que declaró la exequibilidad condicionada del artículo en cita. (...) De modo que no basta demostrar que no hubo condena en el proceso penal, sino que es necesario ir más allá, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, para determinar, entre otras cosas, si el daño padecido con la privación de la libertad fue o es antijurídico o no. (Consejo de Estado, 2013)

Es importante tener en cuenta que la postura del Consejo de Estado, frente a los casos de privación de la libertad, se ha caracterizado por fallar bajo el régimen de imputación objetivo, cuando se presenten los presupuestos establecidos en la ley, es decir, que el hecho investigado no existió o porque este no era constitutivo de delito, este no lo cometió el sindicado, este último queda libre en aplicación de la figura del *in dubio pro reo*, o por preclusión de la investigación por demostrarse alguna causal de exoneración de responsabilidad penal. En razón a que se consideraba que una privación de la libertad bajo estos términos es injusta y generaba un daño antijurídico a reparar por parte de las autoridades judiciales implicadas.

Posteriormente, esta Corporación destaca que han existido corrientes de interpretación diferentes en la materia. Una primera línea que ha llamado la sala como restrictiva y que se

entiende como la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad que se apoya en el error jurisdiccional, esto es, bajo la responsabilidad que tienen los jueces de velar por emitir dictámenes en derecho con previo estudio del caso responsable y razonado. La responsabilidad surgiría entonces del abierto y arbitrario error del juez en su deber como administrador de justicia. Lo que lo enmarcaría en un régimen de imputación subjetivo, ya que sería deber del demandante entrar a desvirtuar la actuación del juez y dejar en evidencia que su decisión y proceder estaba injustificado y que con ello ha ocasionado un daño antijurídico a reparar. Esta Corporación, atendiendo al contenido del artículo 90 constitucional, aclara que, si bien es cierto que el Estado tiene el deber jurídico de investigar, el ciudadano no tiene la obligación jurídica de soportar la privación de la libertad, que es uno de los derechos fundamentales con mayor protección en el Estado Social de Derecho. Consecuentemente, argumentó que la procura o el intento de materialización del interés general no puede llevarse a cabo pasando por encima de las libertades individuales.

Al respecto mencionó en sentencia del 4 de diciembre del 2000:

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 aquel 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. (Consejo de Estado, 2000)

La segunda línea, y como se ha mencionado anteriormente, tiene que ver con los presupuestos de absolución porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible, donde una vez acreditados daban lugar a la aplicación del régimen de imputación objetivo, ya que no tiene mayor relevancia la actuación del juez.

En este ciclo entonces, la Sala resalta la importancia de las libertades individuales, pero también exalta la importancia de tener en cuenta que no cualquier perjuicio tiene el carácter de indemnizable y es ahí donde entrará a evaluar el juez si la privación de la libertad se extralimitó en lo que un ciudadano está en el deber de soportar.

Por otro lado, la tercera línea que argumenta que la privación de la libertad no es un daño que todos los ciudadanos están en la obligación de soportar, ya que en palabras de la Sala es una carga desproporcionada para los ciudadanos pues ello contradice los principios básicos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Constitución Política, y da lugar a generar mayores casos de responsabilidad por privación injusta de la libertad en aplicación del principio del *in dubio pro reo*. Es decir, que el fundamento de la responsabilidad del Estado en tales tres eventos impartidos en el mencionado artículo 414, no se derivaba de la antijuridicidad de la conducta del agente del Estado, sino de la antijuridicidad del daño sufrido por la víctima, en tanto, como se menciona anteriormente, no tiene la obligación jurídica de soportarlo.

Finalmente, está la denominada línea amplia, donde el Consejo de Estado considera que la privación injusta de la libertad va más allá de los presupuestos nombrados en el artículo 414 e

integra la indemnización con base en la aplicación del principio de *in dubio pro reo*. Al respecto el Consejo de Estado señala que las normas que respaldan actualmente la responsabilidad por privación injusta de la libertad son el artículo 68 de la ley 270 de 1996, en armonía con el artículo 90 constitucional, aunque no deja de lado los presupuestos del artículo 414 del derogado Decreto, ya que es a partir de este artículo que se fundamenta y se deriva la responsabilidad de la administración en estos casos.

3.3 Responsabilidad Patrimonial del Estado por Privación Injusta de la Libertad, ¿una Responsabilidad Objetiva o Subjetiva?

Una vez establecidos los puntos arquimédicos que configuraron la tesis de las anteriores sentencias, se procederá a realizar el análisis crítico de la Sentencia SU-078 de 2018 y de la Sentencia 46.947 de 2018 sobre los argumentos que utiliza la Corte y el Consejo de Estado para respaldar las nuevas inclinaciones y cambios en la línea jurisprudencial que se efectuaron en la materia.

3.3.1 La Responsabilidad Patrimonial del Estado por Privación Injusta de la Libertad a la luz del artículo 90 de la Constitución Política

Anteriormente, este proyecto dedicó un espacio para explicar y tratar el contexto de la estructura que contiene el marco constitucional de la responsabilidad del Estado de manera general. Ahora bien, una vez expuesto el desarrollo jurisprudencial de las anteriores sentencias, es importante analizar y exponer nuestra posición sobre las consideraciones que las Altas Cortes, desde el 2018, han hecho sobre este punto en mención.

Al respecto, estas corporaciones concuerdan con que el fundamento del régimen de imputación para los casos de privación injusta de la libertad está amparados y respaldados bajo las disposiciones que contiene el artículo 90 Constitucional, y que la labor del legislador se debe

encaminar a dar desarrollo al contenido del mencionado artículo y no a trazar límites infraconstitucionales a los alcances de esta cláusula. De tal forma que, por ser norma suprema, su aplicación debe ser favorecida. Es decir que las disposiciones normativas y jurisprudenciales que regulen o traten la materia, deben ser interpretados tal y como lo menciona la Sala en Sentencia del 17 de octubre de 2013:

La obligación del intérprete es la de buscar el sentido de las disposiciones no de forma aislada e inconexa, sino en el conjunto tanto del cuerpo normativo en el cual se insertan, como en el de la totalidad del ordenamiento jurídico y, en especial, con apoyo en los principios y disposiciones constitucionales que les sirven de fundamento y orientación. (Consejo de Estado, 2013)

Siendo así, y adentrándonos en el artículo 414 del Decreto-Ley 2700 de 1998, estudiando a la luz del artículo 90 de la Carta Política, este se encargó de clasificar los casos en los cuales procede la indemnización por privación injusta de la libertad; la interpretación de esta norma aunque actualmente esté derogada, a consideración de las suscritas debe entenderse desde una perspectiva más amplia y no limitarse a los casos que esta ley mencionaba, es decir, enfocarse en establecer si en cada caso concreto se materializó la ocurrencia de un daño antijurídico, en otras palabras, que la persona no esté en el deber jurídico de soportarlo. El análisis que se hace de esta norma, se reitera, aunque ya esté derogada, se hace porque en primer lugar es la norma fundante de la procedencia de la responsabilidad por privación injusta de la libertad, y en segundo lugar se debe de entender que estas normas de carácter inferior pueden ayudar a orientar y precisar las reglas con las que el operador judicial puede guiarse para hacer eficaz el contenido de la carta constitucional, pero nunca para crear barreras o restringir el acceso al derecho que otorga el artículo 90 Constitucional. Además, la Corte Constitucional, ha manifestado la importancia de evaluar

desde una perspectiva histórica, el desarrollo normativo que se ha presentado en el ordenamiento jurídico, con relación a la responsabilidad del Estado, con la pretensión de encaminar el análisis a los principios que se han tenido en cuenta, de la siguiente manera:

La genética de la norma es útil para señalar que el legislador consideró que la privación injusta de la libertad era diferente al error judicial y al defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, y así fue consignado en el respectivo debate del 14 de junio de 1991, durante el cual el senador Héctor Helí Rojas Jiménez solicitó que se suprimiera la expresión “para lo cual se observarán las reglas correspondientes del error jurisdiccional y del defectuoso funcionamiento de administración de justicia, según el caso”, toda vez que, según el mencionado congresista, “se trata de otra clase de error”. (Corte Constitucional, 2018)

Como se puede observar y remitiéndose a lo expuesto por Pacheco (2021), el Alto Tribunal Constitucional sostuvo en la sentencia mencionada que no es válida la conducta de exigir la comprobación de conductas dolosas o gravemente culposas del funcionario judicial como condicionante para la declaración de la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad, y ello no solo porque este ejercicio implicaría una confusión con el juicio de responsabilidad personal que se hace a los agentes del Estado, sino porque el artículo 90 constitucional diferencia con claridad la responsabilidad estatal de la de sus servidores.

Sin embargo, en las sentencias que son objeto de análisis en esta sección, se hace una salvedad con respecto a la acreditación del daño antijurídico de la detención, ya que en esta ocasión estas corporaciones consideran que la indemnización por privación injusta de la libertad no procede de carácter automático, sino que se debe acreditar el carácter injusto que ocasione el daño antijurídico y que dé lugar a una posible indemnización. Lo que ubicaría al juez a inclinarse por

escoger un título de imputación subjetivo, que entraría a evaluar otros aspectos como la actuación del juez que ordenó la detención en el proceso en particular, y a confundir la responsabilidad por error jurisdiccional con la responsabilidad por privación injusta de la libertad. Y como hasta la fecha ni la constitución ni la ley han establecido un título de imputación específico, se sugiere que el legislador entre a realizar una labor de reglamentación de la materia, ya que la postura actual de estas corporaciones sugiere que se aplique y varíe los títulos de imputación para dar solución a los casos propuestos a la consideración del juez, de modo que faculta al juez para que este solucione el litigio a su arbitrio y voluntad.

Argumento del que las suscritas difieren ampliamente, pues este tipo de preceptos jurisprudenciales generan incertidumbre e inseguridad jurídica, ya que estaría rompiendo con el principio de igualdad material donde se debe de dar un trato igual para los iguales y desigual para casos desiguales. El no clarificar al operador judicial el camino a seguir en este tipo de casos es una vulneración grave a los derechos de los ciudadanos pues estarían desamparados ante la voluntad y arbitrio de cada juez, generando posiblemente dictámenes equivocados y confusos sobre la materia.

Y ocasionando además, que las víctimas de una detención injusta pierdan el derecho a su debida indemnización, otorgado a la luz del artículo 90 constitucional, por falta de una regulación clara y expresa que lo determine; aunque es importante que se tenga en cuenta que la intención no sea llegar al extremismo y considerar que la indemnización vaya a operar automáticamente, ya que esto podría llevar a que se torne irrelevante el estudio de los elementos de la responsabilidad estatal, perdiendo así los beneficios que dicho análisis genera para el sistema jurídico y una probable carga fiscal elevada para el Estado (Pacheco, 2021).

3.3.2 La Autonomía del Juez

Continuando con los argumentos expuestos por las Altas Cortes sobre el tema en cuestión, estas se pronuncian sobre la Autonomía del Juez, exponiendo así en la Sentencia 46.947 del Consejo de Estado, que en la tesis que se venía manejando hasta la fecha, en la cual se considera que no es necesario un análisis sobre el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia al momento de establecer la responsabilidad del Estado, en el campo de la detención preventiva de la libertad, cuando no hay sentencia condenatoria. Es una tesis que contrae su análisis a que se estudie de manera exhaustiva la existencia del daño y que esto lleva a que se desnaturalice los elementos que estructuran la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado. Sustentando así su posición:

Entonces, con el ánimo de rescatar las bases de la cláusula general de la responsabilidad patrimonial del Estado, fuerza exigir la demostración de que el daño (la detención) cuya reparación se persigue en estos casos y en el que, por supuesto, se fincan las pretensiones de la respectiva acción jurisdiccional, resultó antijurídico, consultando entre otros criterios los estándares convencionales, constitucionales y/o legales que admiten excepcionalmente la restricción a la libertad personal. De así acreditarse, se entenderá configurado el primer elemento de la responsabilidad; de lo contrario, esto es, de no lograrse tal demostración, se estará frente a un daño jurídicamente permitido y, por tanto, desprovisto de antijuridicidad, lo cual impide hablar, bajo el artículo 90 constitucional y el artículo 68 de la ley 270 de 1996, de privación injusta de la libertad.

Al margen de que para decidir un caso en concreto se emplee o no el régimen de la falla del servicio, lo cierto es que el supuesto del cual se partió en la providencia que se comenta resulta cuestionable, teniendo en cuenta que no se aviene a la realidad aseverar que el juicio de responsabilidad subjetivo supone, per se, un reproche también subjetivo de la conducta del agente del Estado, pues, aunque una condena de contenido patrimonial en contra de la administración se

sustente en dicho régimen, lo cierto es que la falta debe ser predicable en tal caso respecto del Estado -entendido como un ente abstracto- y ésta (la falta) no necesariamente deviene siempre de una actuación dolosa o gravemente culposa del funcionario público, ni mucho menos implica un prejuizgamiento del agente. Cosa distinta es que llegue a considerarse que la falla en el servicio pudo obedecer a un comportamiento indebido del funcionario, caso en el cual esto será debatido y definido dentro de otro litigio independiente o, gracias a la figura del llamamiento en garantía, en el mismo en que se decide sobre la responsabilidad de la administración.

Teniendo en cuenta lo expuesto por el Consejo de Estado anteriormente, las suscritas consideran que no se puede volver a caer en el error de confundir las figuras de error jurisdiccional con el de la privación injusta de la libertad, ya que se estaría haciendo un retroceso gigante en materia de Responsabilidad del Estado, haciendo así la situación más gravosa para los administrados y no más garantista, que es lo que se debería de buscar; el artículo 90 constitucional es claro al establecer que para que exista una responsabilidad del Estado sólo es necesario que se demuestre la existencia de una daño antijurídico, y el daño puede ser legal o ilegal, que en este caso sería la privación injusta de la libertad, ya que no hubo sentencia condenatoria, es decir el sindicado no merecía reproche alguno, y por esa razón merece ser indemnizado por los perjuicios sufridos por tal privación preventiva injusta. En palabras de Serrano & Tejada, (2017) y concordando con su posición se expone que:

En cuya circunstancia queda manifiesto que la prisión provisional de que fue objeto el sindicado, deviene injusta, pues si la persona privada de la libertad no mereció reproche penal a través de una condena, o no se demostró su responsabilidad, simplemente evidencia que la medida de aseguramiento fue injustificada. (p. 596)

Razón por la cual, el daño sufrido por la detención preventiva es antijurídico y el que lo padeció no tiene el deber jurídico de soportarlo, pues al fin y al cabo no merecía reproche penal. Cosa distinta a lo que sucede con el responsable penal, que, si mereció una condena, la privación de la libertad de que ha sido objeto es justificada, es decir, que el daño que ha sufrido es jurídico. De donde deviene la connatural indemnización del perjuicio sufrido con una detención preventiva inmerecida. Pues mientras al condenado, al cual se le ha demostrado su responsabilidad, la detención preventiva sufrida se compensa como un abono a la pena, la detención preventiva del no condenado no podría quedar sin compensación.

Finalmente, en cuanto a la autonomía e independencia de los funcionarios judiciales el Consejo de Estado en la sentencia 46.947, establece su postura de la siguiente manera:

3. En cuanto a la autonomía e independencia que se debe predicar frente a los funcionarios judiciales, ha de decirse que, si se observa detenidamente el escenario en el que el agente judicial debe actuar cuando encuentra que se dan los requisitos para ordenar la detención preventiva de una persona, lo dicho en los últimos párrafos atrás transcritos de la sentencia de octubre de 2013 pierde asidero, en el sentido de que tal autonomía y el cumplimiento de los deberes del agente -contrario a lo que allí se sostiene- sí pueden llegar a verse afectados con la teoría hasta ahora vigente, pues es evidente que aquel (el agente) debe debatirse entre imponer la medida de detención preventiva cuando se den las condiciones o requisitos que al efecto indican las disposiciones legales -sea el Decreto-Ley 2700 de 1991, la Ley 600 de 2000 o la 906 de 2004- o, por el contrario, desacatar la ley y hasta la Constitución Política y abstenerse de imponerla, toda vez que, si se inclina por la primera opción y el proceso culmina sin una condena en contra del procesado, se puede generar una acción de responsabilidad frente a la administración y, por consiguiente, hasta la posibilidad de que

se repita en contra suya, esto es, de quien impuso a medida y, en cambio, si acoge la segunda opción, pueden tanto él como la administración ser llamados a responder, esta vez por la omisión en el cumplimiento de sus funciones. (Consejo de Estado, 2018)

Hay que tener en cuenta como ya se ha recalcado en varias oportunidades y es que este daño antijurídico en el que se fundamenta la Responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad no deviene de la legalidad o ilegalidad de la conducta del funcionario judicial. Es decir y de acuerdo con lo expuesto por Serrano & Tejada, (2017), cuando no existe una sentencia condenatoria la legalidad de la competencia del funcionario jurídico de ordenar la privación provisional de la libertad justificará la actuación del funcionario debido a que este actuó bajo el cumplimiento de sus funciones, pero no justificará el daño sufrido por tal privación de la libertad que el sindicado inocente tuvo que pasar por varios días, meses y hasta años en muchas ocasiones en la realidad de la justicia penitenciaria en Colombia.

Entonces, conforme a lo planteado por esta Corporación con respecto al título o régimen de imputación aplicable en materia de privación injusta de la libertad, exigir la presencia de una determinada falla o error jurisdiccional para poder declarar la responsabilidad extracontractual del Estado por privación injusta de la libertad, atentaría contra lo consagrado en el inciso primero del artículo 90 constitucional, por cuanto mezclaría de forma indebida los presupuestos de la responsabilidad patrimonial del Estado con los de la responsabilidad personal de sus agentes, señalados en el inciso segundo de la misma disposición. Mal podría afirmarse, entonces, que la configuración de la responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad, dependerá siempre de la presencia de una determinada falla a cargo de la Administración de Justicia, ya que hacerlo sería pretender demandar requisitos diferentes a los consagrados en la cláusula general de responsabilidad, en donde la causación de un daño antijurídico a la persona

privada de su libertad y la imputabilidad del mismo a la acción o a la omisión de la autoridad judicial respectiva, son presupuestos suficientes para acceder al reconocimiento patrimonial a cargo del Estado, es entonces necesario procurar por la elección de un régimen de imputación objetivo, donde se pretenda garantizar la protección de los derechos de los administrados, donde la actuación acorde o no a derecho del juez pierde relevancia frente a la vulneración de estos derechos.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que en estudios producidos por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (2014) se ha llegado a la conclusión de que:

El daño antijurídico generado por la aplicación de la medida cautelar de detención preventiva, en gran medida tiene origen en deficiencias de la Administración de Justicia ligadas a procedimientos rutinarios, debilidad de las pruebas que la soportan, indicios erróneamente contruidos e incluso, abiertamente ilegales. (p. 4)

Estas “prácticas judiciales defectuosas”, como las denomina la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, son en gran parte, consecuencia de la labor malintencionada, con intereses desviados o simplemente deficiente de parte de los servidores públicos que participan desde los diferentes órganos administrativos o judiciales, directa o indirectamente, por ello el tema del error jurisdiccional debería ser juzgado a través de otra acción diferente a la de reparación directa. (Circular Externa, 2014)

3.3.3 El Principio de Presunción de Inocencia e In Dubio Pro Reo

Otro de los argumentos importantes para tener en cuenta para respaldar la aplicación del régimen de imputación objetivo en los casos de privación injusta de la libertad es la primacía de estos principios de rango constitucional que dan desarrollo y están altamente ligados al derecho fundamental a la libertad.

Por un lado, el principio de *in dubio pro reo* se refiere a la duda que se le presenta al funcionario judicial al momento de decidir sobre la responsabilidad del implicado, de manera que, si el material probatorio recaudado en el proceso no le ofrece una sólida convicción acerca de la autoría del delito y la responsabilidad del sindicado, el veredicto ha de ser exculpatorio.

Al respecto la Corte Constitucional en Sentencia 5515 del 2005 se refirió a este principio como una figura que acompaña al indiciado y que básicamente consiste en absolver al procesado cuando no exista plena prueba que demuestre su responsabilidad y por lo tanto también la existencia del hecho ilícito, carga procesal que está a cargo del Estado, puntualmente en la Fiscalía. Entonces, si en el caudal probatorio recogido por el ente fiscal en el proceso penal no logra darle al juez la certeza absoluta de que el procesado es responsable del delito, se activará el principio de inocencia que acompaña al procesado desde su detención y se deberá proferir sentencia absolutoria basada en el principio de *in dubio pro reo*, es decir dándole el beneficio de la duda al indiciado.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional en sentencia C-289 de 2012 señala:

El detenido preventivamente debe seguir siendo tratado como una persona inocente **en todos los ámbitos** pues el hecho de que en su contra se haya dictado una medida de aseguramiento privativa de la libertad no equivale en modo alguno a una condena... La persona detenida sigue gozando de la presunción de inocencia, pero permanece a disposición de la administración de justicia en cuanto existen razones, previamente contempladas por la ley, para mantenerla privada de su libertad mientras se adelanta el proceso, siendo claro que precisamente la circunstancia de hallarse este en curso acredita que el juez competente todavía no ha llegado a concluir si existe responsabilidad penal. (Corte Constitucional, 2012)

Cuando el juez de la responsabilidad desconoce el derecho del sindicado que califica de sospechoso a ser resarcido de los perjuicios que le genera la privación de la libertad, en realidad está desconociendo su presunción de inocencia en el *ámbito de un proceso judicial*.

Por otro lado, constitucionalmente hablando el principio de inocencia se encuentra establecido en el artículo 29 donde señala que “Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable” garantía que respalda la integridad del individuo judicializado al no considerarlo culpable o responsable de la comisión del delito por el que está siendo judicializado y esta deberá mantenerse en toda la duración del proceso, y hasta que el material probatorio logre desvirtuar esa inocencia y pueda ser declarado culpable.

Entonces si el juez de la responsabilidad estatal concluyera que la detención del demandante fue generada por su propia conducta y que por ende era una medida justificada, desconocería la decisión penal en firme que absolvió al demandante por considerar que la conducta que desarrolló no era constitutiva de delito. La decisión que declara que el sindicado *es inocente* porque su conducta no es constitutiva de delito no puede ser desconocida de ninguna manera por el juez de la responsabilidad porque atentaría contra la presunción de inocencia del sindicado que la sentencia del juez penal dejó intacta.

Así las cosas, cuando estas dos figuras procesales no logran ser desvirtuadas al no lograr demostrar la responsabilidad del procesado, el resultado de esta operación será la obtención de una sentencia absolutoria y en el caso de las detenciones preventivas deberá ponerse en inmediata libertad al procesado, ya que ha padecido un sufrimiento o daño que no estaba en el deber jurídico de soportar, y como se ha mencionado anteriormente es la existencia del daño que este ha padecido lo que se debe de recompensar y determinar o exigir si hubo falla o error jurisdiccional para poder declarar la responsabilidad del Estado por esa privación injusta de la libertad atentaría directamente

lo consagrado constitucionalmente, por cuanto estaría mezclando y confundiendo los presupuestos de la responsabilidad patrimonial del Estado con los de la responsabilidad personal de sus agentes, que son dos figuras jurídicas totalmente distintas.

3.3.4 El Derecho Fundamental a la Libertad

Finalmente, en esta sentencia el Consejo de Estado resalta el carácter excepcional de la restricción a la libertad de los ciudadanos, al asegurar que el derecho a la libertad es un bien jurídico que no tiene el carácter de absoluto, y que puede ser restringido si las medidas de aseguramiento encaminadas a la correcta administración de justicia cumplen con los presupuestos legales que la ley exija para aplicarlas.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la detención preventiva representa la más intensa afectación al derecho de la libertad se concuerda con que su aplicación debe ser excepcionalísima, pero se difiere cuando la corporación afirma que todos los presuntos transgresores de la ley deben soportar la carga de un castigo anticipado de la magnitud que contiene la detención preventiva mientras la administración de justicia resuelve su situación judicial, ya que existen otras alternativas, como la restricción de salir del país o la restricción de ejercer cargos públicos, y esta – la detención preventiva- no debe ser la regla general sino que se debe de aplicar de manera excepcional. Ya que como en varias ocasiones la jurisprudencia Constitucional y la de lo Contencioso Administrativo, al igual que convenios de índole internacional, han coincidido en afirmar que la detención preventiva constituye la intervención más delicada al derecho a la libertad personal, dado que aún no se cuenta en el proceso, con una sentencia en firme que declare la responsabilidad penal del sindicado.

Es por ello que la detención preventiva no puede considerarse como “una carga generalizada que todo individuo tuviere que soportar por el solo hecho de vivir en sociedad”. La

excepcionalidad es una característica que debe acompañar imperiosamente al instituto de la detención preventiva, por cuanto, coartar el derecho a libertad de cualquier individuo, no obstante, la legitimidad del acto significa alterar su desarrollo personal, familiar y laboral, lesionando su proyecto de vida y estigmatizando el resto de su existencia.

Es por esto, que el carácter excepcional de la medida de aseguramiento privativa de la libertad, ha sido distinguido y reiterado en jurisprudencia y leyes de orden nacional, entendiéndose que según la SU 23354 de 2013 “en modo alguno podría exigirse a un individuo que asuma como una carga social normal o jurídica una situación que por definición es excepcional” (Corte Constitucional, 2013), ya que hacerlo evidenciaría la antijuricidad del daño propiciado al detenido que posteriormente es exonerado de responsabilidad.

Por lo tanto, es importante resaltar la relevancia de la libertad en su triple condición de valor, derecho y principio, que debe de gozar de un inminente respeto, como en palabras del Consejo de Estado en sentencia 18960 del 2010, se determina que:

La libertad constituye el fundamento mismo de la declaración de derechos fundamentales que contiene la Carta Política; (sic) cada derecho constituye un ámbito de decisión del individuo y, por ende, un espacio de no intromisión por parte de otros sujetos públicos o privados en la esfera de la libertad de cada persona; por ello (sic) de los preceptos constitucionales mencionados se desprende que la libertad —artículo 13— se concibe como una condición inherente al ser humano, que sólo se garantiza con un trato igualitario y no discriminatorio, además de que supone —artículo 28— una garantía de no ser perturbado en los espacios en los cuales el individuo se desarrolla, así como de no ser reducido a prisión sin el cumplimiento de los requisitos legales y sin la existencia de un motivo previamente determinado por el legislador. Dicho tratamiento constitucional a la libertad evidencia que

en ella concurren las dos dimensiones clásicas de todo derecho fundamental, vale decir (i) una dimensión de carácter objetivo, que se manifiesta en la obligación de la autoridad pública cuando crea, interpreta y aplica el derecho, de tener presente la garantía de libertad consagrada en la Constitución y (ii) una dimensión subjetiva, que se traduce en el reconocimiento que el ordenamiento jurídico hace en favor del individuo del derecho a exigir, a través del concurso del propio aparato judicial, la protección de su libertad cuando sienta que la misma ha sido vulnerada con la acción u omisión de un sujeto público o privado, es decir, se trata de la consagración de un poder de reacción que garantiza la efectividad del derecho reconocido. (Consejo de Estado, 2010)

Las mencionadas características:

Que acompañan a la libertad constituyen las razones por las cuales, precisamente, es la excepcionalidad el rasgo distintivo y, al propio tiempo, el principio que informa tanto las regulaciones normativas como la aplicación de los supuestos en los cuales se encuentra jurídicamente avalada la privación de la libertad, en especial cuando a ello se procede, por parte de las autoridades judiciales, como medida precautelativa dentro un proceso penal, mientras se adelantan las etapas de investigación y/o de juicio y no se cuenta, por tanto, con sentencia condenatoria alguna que hubiere establecido, de manera cierta y más allá de toda duda razonable, la responsabilidad penal del respectivo sindicado. (Consejo de Estado, 2013).

En síntesis, el carácter excepcional de la figura de la detención preventiva como causante de la activación de la responsabilidad por privación injusta de la libertad, debe obedecer estrictamente a los parámetros establecidos en la ley para ordenar la restricción de la libertad del indiciado y se debe de procurar concientizar a los agentes judiciales sobre su excepcional

aplicación, y sobre el régimen adecuado que se debe de aplicar en estas situaciones que como se sostiene por parte de las suscritas debe ser el objetivo en aras de proteger el derecho a la libertad como base y fundamento de todos los demás derechos que un ciudadano posee.

3.4 Escenario Jurisprudencial Actual de la Privación Injusta de la Libertad

Una vez proferidas las sentencias que realizaron cambios jurisprudenciales en la materia en el 2018, que fueron principal objeto de estudio en este proyecto, en el panorama jurídico colombiano se ha abierto un gran debate respecto a que régimen de imputación es el más apropiado para declarar la responsabilidad del Estado en los casos de privación injusta de la libertad; es menester exponer entonces como se ha venido desarrollando la actividad jurídica en la materia y cuáles son los argumentos que han respaldado las decisiones de los jueces para este tipo de casos. Para ello se encuentra a continuación el análisis jurisprudencial de cuatro sentencias relevantes para entender cuál es el escenario actual y que soluciones se han planteado frente al problema.

3.4.1 Sentencia 49192 del 29 de noviembre del 2019

Dando continuidad con la sentencia 49192 del Consejo de Estado del 29 de noviembre del 2019, donde se resuelve el recurso de apelación de reparación directa interpuesto por el señor

Julián Andrés Belalcázar Ochoa, que es puesto a disposición del Fiscal 17 Penal Militar el 13 de mayo del 2003, sindicado por el delito de falsedad en documento público, el cual el 27 de enero del 2004 debido a un conflicto de competencias existente entre la Justicia Penal Militar y la Jurisdicción Ordinaria, es declarada la nulidad de las actuaciones adelantadas por el juez militar y se ordena la libertad inmediata del señor Belalcázar, consecuentemente el 12 de febrero del 2004 precluye la investigación a favor del actor, quien afirmó haber estado 9 meses en privación preventiva de la libertad; por ende en la presente sentencia del 2019 la Sala pretende resolver si el actor efectivamente sufrió por la privación injusta de la libertad, generando como consecuencia la

declaratoria de responsabilidad administrativa y patrimonial por los perjuicios ocasionados debido a la privación injusta de la libertad, o por el contrario si en este caso el Estado puede exonerarse de la responsabilidad por la culpa exclusiva de la víctima.

Antes de dar solución al problema jurídico, la Sala hace varias consideraciones sobre la responsabilidad del Estado y el régimen de responsabilidad por privación injusta de la libertad, las cuales son de interés directo para el trabajo de grado en desarrollo.

Para empezar el Consejo de Estado reitera que la Carta Política de 1991 estableció que, para declarar la responsabilidad extracontractual del Estado, es necesario que primero exista un daño antijurídico, que, es la lesión injustificada a un interés protegido por el ordenamiento, y por otro lado que la imputación del daño antijurídico sea al Estado, y de tal manera surgiría la indemnización a favor del administrado.

Continuando, la Corte hace mención sobre el régimen de responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad, en la cual hace énfasis en que el artículo 65 de la ley 270 de 1996 y en desarrollo del artículo 90 de la Constitución Política, el legislador instituyó la responsabilidad del estado por la actuación o funcionamiento de sus órganos jurisdiccionales o de sus funcionarios en los eventos de defectuoso funcionamiento de la administración de justicia; el error jurisdiccional; y por la privación injusta de la libertad.

Siendo así, se menciona que, con relación al modelo de responsabilidad aplicable a los casos de privación injusta de la libertad, la Constitución no privilegió ningún título de imputación, es decir que dejó en manos del juez la labor de establecer un título de imputación para cada caso en concreto. Seguidamente, hace principal énfasis en que, teniendo en cuenta la cláusula general de la responsabilidad contenida en la Constitución no existe fundamento para favorecer el régimen de responsabilidad objetivo como se establece en Sentencia De Unificación del 17 de octubre del

2013. Precepto que como se observa sigue el precedente establecido por las altas cortes en sentencias del 2018, y aunque de forma repetitiva se establece que el artículo 90 de la Constitución Política no estableció un título de imputación único y preferente, se contradice de igual manera que lo hace la Corte Constitucional en la sentencia de unificación del 2018, al recalcar que no se puede favorecer el régimen de responsabilidad objetivo, pero indirectamente favorecen el régimen de responsabilidad subjetivo.

En este sentido y recalcando lo expuesto por la Corte, establece que el análisis que se debe realizar para establecer si el Estado es responsable por la privación injusta de la libertad, en primera medida corresponde a si la orden de detención fue legal, ya que la Sala considera que si la misma tiene un apego a la normatividad, la afectación sufrida será jurídica, debido a que el Estado responde únicamente por los daños antijurídicos que cause en desarrollo del principio *alterum non laedere*, pero no de aquellos que hayan amparo en el ordenamiento jurídico; y claro está debe estudiarse la existencia del daño antijurídico atribuida a este; la corte también considera que es importante el estudio del tiempo en el cual la persona estuvo privada de la libertad, saber si el mismo fue excesivo; y finalmente saber si tal medida fue necesaria, razonable y proporcional.

A razón de lo anterior, la Corte en esta sentencia afirma que, si la detención se realizó de conformidad al ordenamiento jurídico, se entenderá que el daño carece de antijuridicidad y por ende quien sufrió tal daño no deberá ser indemnizado. Como se ha mencionado en repetidas ocasiones, la Sala en esta sentencia de nuevo considera que para que exista una indemnización por privación injusta de la libertad como primera medida y antes del debido estudio de antijuridicidad, debe existir una falla en el servicio o un error jurisdiccional, de tal manera que si este no existe, el administrado debe soportar esa carga impuesta, sin ningún tipo de indemnización, ya que el Estado

no es responsable si la detención se hizo de conformidad con el ordenamiento jurídico, es decir si la detención fue legal.

Y finalmente, establecen que si el detenido causalmente contribuyó y determinó con su actuar doloso o gravemente culposo a la detención, deberá asumir las consecuencias de su actuación, en este caso en concreto la privación preventiva de la libertad. Según lo cual se comparte la idea de que los hechos que generaron la investigación penal sobre el ciudadano no deberían considerarse como causantes de la detención preventiva, ya que como lo menciona la sala en sentencias posteriores en ese momento no se estaría hablando de una *causalidad material*, sino de una *causalidad jurídica o de imputación*. Por ende, cuando se hable de una culpa exclusiva de la víctima como causal de exoneración de responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad, esta debe generarse a raíz del hecho que el actor hace intencionalmente para entorpecer la investigación.

De tal manera y a raíz de lo expuesto, se concluye que esta sentencia sigue el precedente jurisprudencial establecido por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional en el 2018, es decir estamos ante la notable preferencia de un régimen de responsabilidad subjetivo.

3.4.2 Sentencia 53429 de junio de 2020

En esta ocasión la Sala se encarga de analizar el caso correspondiente al señor Orlando de Jesús Torres Manco que fue privado de la libertad en el marco de una investigación penal que se adelantó en su contra por el delito de fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas; que posteriormente resulto en una absolución de los cargos formulados, que, como consecuencia de la violación a sus derechos, la víctima considera que se le produjo un daño antijurídico susceptible de reparación teniendo en cuenta que fue privado injustamente de la libertad por parte de los entes administradores de justicia.

Una vez estudiado el material probatorio disponible en el expediente la Sala entra a realizar el trámite de segunda instancia correspondiente a la apelación haciendo un análisis de los hechos probados y de las actuaciones de la fiscalía y el juez penal para luego entrar a evaluar si existió o no un daño antijurídico a reparar. Concluye entonces que en el caso en mención si se probó que se adelantó proceso penal por el delito de fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas, dentro del cual se le privó de su libertad entre el 1 de mayo de 2006 y el 2 de diciembre de 2008 en contra Del señor Orlando. Y además, se corrobora que el 25 de noviembre de 2008, el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Riohacha profirió sentencia absolutoria, en virtud de la cual el 2 de diciembre de ese año Orlando de Jesús Torres Manco quedó en libertad, decisión que cobró ejecutoria el 7 de mayo de 2010.

Con respecto a la imputación, que es el tema que compete a este proyecto, se corrobora que una vez establecido el daño se debe de verificar si este es imputable a la fiscalía o no, para lo cual esta sentencia hace referencia a dos pronunciamientos jurisprudenciales hitos en el tema en cuestión. En primer lugar, menciona la sentencia C-037 de 2006 que ya se ha estudiado anteriormente en el segundo capítulo y hace especial referencia al análisis del artículo 68 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia y señaló que en los casos de privación injusta de la libertad se debe examinar la actuación que dio lugar a la medida restrictiva de este derecho fundamental, pues, en su criterio, no resulta viable la reparación automática de los perjuicios en dichos eventos. Es decir, resalta el amparo al título de imputación subjetivo, donde se señala como en repetidas ocasiones lo ha hecho la sala que el carácter injusto de la privación de la libertad debe analizarse a la luz de los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida de aseguramiento, de ahí que se deba determinar en cada caso si existía o no mérito para proferir decisión en tal sentido.

Y en segundo lugar, trae a colación la sentencia SU-072 de 2018 donde se reafirma la tendencia jurisprudencial que ha se ha venido manteniendo desde que esta sentencia se expidió donde se sostiene que ningún cuerpo normativo -a saber, ni el artículo 90 de la Constitución Política, ni el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, ni la sentencia C-037 de 1996- establecía un régimen de responsabilidad específico aplicable en los eventos de privación de la libertad, entonces, el juez será el que, en cada caso, deberá realizar un análisis para determinar si la privación de la libertad fue apropiada, razonable y/o proporcionada.

Así las cosas, para la Corte el hecho de que una persona resulte privada de la libertad dentro de un proceso penal que termina con sentencia absolutoria o con medida de preclusión, no resulta suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial al Estado, toda vez que se debe determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable a la administración.

Argumento que utilizó en esta ocasión el Consejo de Estado para denegar las pretensiones del demandante considerando que después de haber hecho un análisis exhaustivo a los hechos y actuaciones realizados por la Fiscalía y el Juez Penal en este caso, se ajustaron a los criterios establecidos en la legislación y, por lo tanto, para la sala no hay lugar a concluir que sus actos hayan sido irracionales, desproporcionados, ni ilegales. Pero deja en evidente desamparo los derechos del demandante al revocar lo que en primera instancia había otorgado el Tribunal Administrativo.

3.4.3 Sentencia 57984 de julio de 2020

Continuando con la sentencia 57984 del 6 de julio de 2020 del Consejo de Estado, en la cual la Sala decide sobre el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía General de la Nación contra la sentencia del 27 de junio de 2014, en la que se accede a las pretensiones del señor Roberto

Carlos Garrido Coronado, el cual fue privado injustamente de su libertad por el delito de apoderamiento de hidrocarburos; el señor Garrido se declaró inocente, alega que el día de su captura estaba trabajando como moto taxista y fue contratado para hacer un viaje hasta *Corozal (Sucre)*. La fiscalía encargada el 30 de abril de 2007 resuelve la situación jurídica del señor Garrido con medida de aseguramiento de detención preventiva, el 24 de agosto de 2009 el Juzgado Penal Especializado de Sincelejo absolvió de responsabilidad penal al acusado, por atipicidad de la conducta.

La Sala entra a estudiar la responsabilidad del Estado, como primera medida analiza la existencia del daño, el cual la sala encuentra acreditado, ya que el señor estuvo privado de la libertad alrededor de 2 años.

Continuando con el análisis que realiza la Sala en esta sentencia, corresponde estudiar si tal daño es imputable al Estado, trae a colación un análisis realizado por la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996, donde considera que “debe examinar la actuación que dio lugar a la medida restrictiva de este derecho fundamental, pues, en su criterio, no resulta viable la reparación automática de los perjuicios en dichos eventos” (Corte Constitucional, 2013), de igual manera resalta que la Corte en esa ocasión estableció que el carácter injusto debe estudiarse “a la luz de los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida de aseguramiento, de ahí que se deba determinar en cada caso si existía o no mérito para proferir decisión en tal sentido” (Corte Constitucional, 2013). Así mismo, trae a colación la sentencia SU-072 de 2018, donde recalca que ni la Constitución ni la ley ha establecido un título de imputación único aplicable en el caso de la privación injusta de la libertad y que es el juez el que debe realizar el análisis correspondiente para cada caso.

De tal manera, la Sala en esta sentencia afirma que:

El hecho de que una persona resulte privada de la libertad dentro de un proceso penal que termina con sentencia absolutoria o su equivalente, no resulta suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, toda vez que se debe determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable a la administración. (Corte Constitucional, 2013)

La Sala considera oportuno precisar que de conformidad con el artículo 355 de la ley 600 de 2000, vigente para la época, los indicios graves de responsabilidad necesarios para soportar las decisiones y medidas que adoptó la fiscalía en torno a la privación de la libertad en contra del señor Garrido no fueron suficientes, resalta que los informes de policía por sí solos no tienen valor probatorio alguno, ya que no han sido objeto de contradicción. Por otro lado, no hubo una “confesión expresa” de la participación del procesado en las actividades investigadas. Siendo así, es claro que la fiscalía no contaba con los elementos de convicción necesarios para sindicar al señor Garrido.

Finalmente, concluye que en este caso en particular se pone en evidencia la falla en el servicio, expresando así que:

El presente asunto la sentencia absolutoria sí puso en evidencia el yerro en que se incurrió durante la instrucción cuando se dejó de practicar la prueba técnica que permitía establecer, con certeza, la composición del líquido incautado, lo cual se tornaba necesario para determinar el tipo penal del punible investigado -hurto de hidrocarburos-. (Corte Constitucional, 2013)

Para la Corte es claro que al dictar la medida de aseguramiento contra el señor Garrido se desconocieron los requisitos que la norma penal establece para que sea procedente, por ende, concluye que la privación de la libertad fue injusta, por falla en el servicio. Evidenciando así un

claro ejemplo del correcto uso de la falla en el servicio como criterio para declarar injusta la privación de la libertad, es claro que en este caso en particular hubo un error por parte del ente acusatorio, que fue clave en el momento de declarar la privación de la libertad, aun así, es notorio que se continúa confirmando el precedente de las Altas Cortes establecido en el 2018.

3.4.4 Sentencia T-045 de 2021

Continuando con la sentencia T-045 del 25 de febrero de 2021 de la Corte Constitucional, en la cual se debe determinar si el señor Yilmer Fernando Torres Erazo fue privado de su libertad injustamente a partir del 12 de julio de 2012 hasta el 24 de abril del 2013, por el delito de transporte de estupefacientes; el señor Torres presenta cuadriplejia como consecuencia de la enfermedad denominada “meningitis”. El 2 de julio de 2013 el juez absuelve al señor Torres de todos los cargos, ya que no se acreditó la responsabilidad del acusado ni el dolo.

Se considera importante traer a colación el precedente jurisprudencial de la corte Constitucional vinculante, es decir la sentencia SU 072/2018 y la definición de la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad derivada de providencias judiciales, en la cual resalta las conclusiones de mayor importancia a las que llega la Corte Constitucional en la sentencia de 2018, siendo así se enunciara de manera breve dichas conclusiones; la primera de ellas resalta que la corte estableció que la expresión “*injustamente*” se refiere a si la providencia la cual dicta la medida de aseguramiento es *proporcionada y razonada, además de ser legal*; en la segunda conclusión habla de la importancia de citar el artículo 308 de la ley 904 de 2004, la cual contiene los requisitos para dictar una medida de aseguramiento; continuando con la tercera conclusión, considera que en el proceso de reparación directa el juez debe hacer una correcta interpretación del artículo 68 de la ley 270 de 1998 para determinar si la privación de la libertad fue injusta o no; la cuarta conclusión se refiere a que la *razonabilidad, proporcionalidad y*

legalidad definen la actuación judicial, pero no el título de imputación. La quinta conclusión resalta que en la Corte Constitucional establece un régimen general de responsabilidad y además señala que la naturaleza del daño debe ser antijurídica; como sexta conclusión establece que la sentencia C-037 de 1996 no estableció un título de imputación específico para este tipo de responsabilidad; continuando con la séptima conclusión la Corte es clara al establecer que el juez administrativo podrá elegir cuál es el título de imputación más apto para cada caso en concreto. Finalmente la sala resalta varias reglas que la sentencia SU-072/2018 dispone, que de igual manera se enunciaran de manera breve, la sala determina que cuando se aplique el principio de *in dubio pro reo* o en otras situaciones, como por ejemplo cuando no se acredite el dolo, la responsabilidad automáticamente debe ser objetiva; y como segunda regla la Corte Constitucional considera de suma importancia que independientemente del régimen de responsabilidad que se aplique, la conducta de la víctima deberá valorarse.

Continuando con la sentencia de 2021, la Sala de igual manera considera importante traer a colación el estado de la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la privación injusta de la libertad, en donde expone que el Consejo de Estado en el año 2018 cambia su posición respecto al tema de estado, y entra a coincidir con la posición de la Corte Constitucional, es decir que:

No **es suficiente** que una persona sea privada de su libertad y, luego de ello, debido a la preclusión de la investigación o a la declaratoria de su inocencia alegue el derecho a ser indemnizado por reparación directa. En tal sentido estableció la necesidad de demostrar que el daño (la detención) fue antijurídico. Es decir, con base en estándares convencionales, constitucionales y/o legales el juez contencioso debe evaluar si la situación concreta se subsume en alguna de las excepciones que aceptan la restricción a la libertad personal. (Consejo de Estado, 2018)

Finalmente, para darle solución a este caso en concreto decide confirmar los fallos de instancia, reiterando lo dispuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-072/2018, ya que considera que la decisión tomada por el Tribunal accionado es acorde con el precedente establecido por las Altas Cortes en 2018, considera que:

El Tribunal accionado verificó la legalidad de la medida y concluyó que se ajustaba a derecho; adicionalmente advirtió que la prolongación de la medida de aseguramiento obedeció a las dilaciones de la defensa, quién, además, nunca solicitó modificar la medida de aseguramiento contra el señor Torres Erazo. (Corte Constitucional, 2021)

A modo de conclusión, de manera notoria se observa como la Corte Constitucional sigue el precedente establecido por la sentencia SU-072/2018, es decir continúan una notable preferencia ante el régimen de imputación subjetivo, con la necesidad de la verificación de la legalidad de la medida por la cual se le priva de la libertad como medida de aseguramiento.

3.4.5 Sentencia 47139 del 28 de abril 2021

Dando continuidad en orden cronológico, la sentencia del Consejo de Estado del 28 de abril del 2021 procede a resolver un recurso de apelación interpuesto por la parte demandante debido a que las pretensiones fueron negadas en la sentencia del 28 de febrero del 2013 por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander. Sentencia en la cual pretendían que se declarara responsable a la fiscalía general de la Nación debido al error jurisdiccional, por vincular injustificadamente al señor Jairo Antonio Gonzales Ortega a un proceso penal, por los delitos de concierto para delinquir, falsedad material de particular en documento público y estafa. Inicialmente el señor Gonzales es detenido por el Departamento Administrativo de Seguridad, y trasladado posteriormente a la cárcel distrital para varones de la ciudad de Barranquilla por órdenes de la Fiscalía, en la cual permaneció 3 días, pero continuó vinculado al proceso penal durante 93

meses más, hasta que finalmente se declara la extinción de la acción penal; razón por la cual la parte demandante considera que el daño antijurídico que le causó al señor Gonzales estar vinculado al proceso penal es irreparable, debido a que la Fiscalía no tenía motivos para iniciar la investigación contra el actor; la investigación se prolongó excesivamente y no se decretó la preclusión a pesar de las solicitudes de la defensa; perdió su empleo, y no logró ser contratado nuevamente en otro trabajo, el señor Gonzales quedó señalado como un delincuente, llevándolo a soportar injustamente la *inactividad y desidia del Estado*. En testimonios practicados en primera instancia se señaló que el actor Jairo Antonio González Ortega falleció en el transcurso del trámite, aunque manifiesta la sala que al proceso no se allegó registro de defunción ni se solicitó la sucesión procesal, y el apoderado de la parte actora no hizo alguna manifestación al respecto en sus actuaciones posteriores.

La Sala en primera medida aclara que no se estudiará los posibles perjuicios causados por la privación de la libertad de la víctima directa, debido a que la parte demandante no solicitó la indemnización de los perjuicios causados por esta clase de daño. Continuando la sala es clara al establecer que, por regla general, la vinculación de una persona a una actuación penal no causa un daño antijurídico que deba ser indemnizado por el Estado, pero podría llegar a reconocerse la configuración de un daño antijurídico si el actor demuestra que, en su caso particular, tal vinculación al proceso penal que causó una grave afectación, siendo sometido a una soportar una carga que no está en la obligación de padecer.

Siendo así, el Consejo de Estado al realizar el estudio del caso en particular considera que la parte actora no probó que se hayan producido un daño particular y grave:

Ya que las afirmaciones relativas al <<error>> de la Fiscalía al iniciar la investigación y la duración de esta constituyen reproches a la conducta del ente investigador, pero no

demuestran el daño generado a la víctima. La sala considera que, Era deber de la parte actora probar cuál fue la afectación concreta, especial y grave que se produjo como consecuencia de las actuaciones de la demandada. Incluso si la actividad de la Fiscalía fue cuestionable, esta no es suficiente para producir una obligación indemnizatoria a cargo del Estado. (Consejo de Estado, 2021)

Posición que se comparte en su totalidad, debido a que si la actuación de la fiscalía, un ente del Estado, es cuestionable en un proceso penal, si podría llegar a ser suficiente para generar la indemnización por parte del Estado, ya que, al no tener una actuación completamente eficaz, le podría generar al demandado una carga que no está en la obligación de soportar.

Continuando, la sala establece que no basta con afirmar que las pruebas contra el demandado no eran suficientes, ya que la determinación de responsabilidad hace parte del objeto de la investigación penal. Y respecto al error jurisdiccional considera que la parte actora no identificó “la providencia en firme que contendría el error ni el cumplimiento de los requisitos previstos por los artículos 66 y 67 de la Ley 270 de 1996 para la indemnización de perjuicios por esta clase de daño”.

Finalmente, se considera, en principio, que el señor Gonzales haya perdido su empleo y no haya podido encontrar un trabajo nuevo se podría considerar como un daño antijurídico, por ser una afectación anormal derivada de la actuación penal. Sin embargo, la parte actora no probó que la víctima directa haya perdido su trabajo como consecuencia de la vinculación al proceso penal y que esto haya sido la causa de que no pudiese encontrar empleo nuevamente. Por ende, las pretensiones de la demanda no estarían llamadas a prosperar.

La anterior sentencia expone una situación bastante particular, donde se puede observar que la víctima principal si tuvo afectaciones que se pueden considerar como un daño antijurídico

generadas principalmente por un error jurisdiccional o una falla en el servicio, concluyendo así que los hechos de este caso en particular son un gran ejemplo del uso correcto de la responsabilidad del Estado aplicando la teoría de la imputación subjetiva, donde sí se debe entrar a estudiar de manera principal cuál fue la actuación del agente judicial que generó el daño antijurídico a la víctima, y que desniveló las cargas que está obligado a soportar como administrado.

3.4.6 Sentencia 47222 del 9 de julio de 2021

Como se puede observar en las anteriores sentencias la tendencia jurisprudencial que imperó después de emitidas las sentencias del 2018 por parte de las Altas Cortes ha sido fallar en razón a ellas y ha sostenido los mismos argumentos anteriormente expuestos para prevalecer el régimen de responsabilidad subjetivo, pero es a partir de julio del año pasado que el Consejo de Estado empezó a considerar que el régimen de imputación subjetivo en realidad no es el más adecuado considerando que este régimen perjudica los derechos de las víctimas y es así como en esta sentencia empieza a darle más prelación a los argumentos que respaldan la teoría de la imputación objetiva que se expondrán a continuación.

En esta oportunidad el Consejo de Estado se encarga de resolver una apelación de segunda instancia a una demanda de responsabilidad del Estado en razón a que el actor estuvo privado de su libertad por más de 1 año y cuatro meses, mientras se debatía en un proceso penal la imputación del delito de trata de personas donde la Fiscalía abrió investigación penal por la supuesta existencia de una organización que se dedicaba a buscar mujeres en Medellín para luego llevarlas a Guatemala a que trabajaran en un “*spa*” como trabajadoras sexuales. El demandante fue señalado como miembro de esta red, encargado de reclutar a las mujeres que viajarían a Guatemala, de ponerlas en contacto con la dueña del “*spa*”, y de ayudarlas en los trámites de visas y pasaportes. Donde posteriormente el juez de conocimiento resuelve absolver al procesado en razón a que

consideraba atípica su conducta, ya que el juez encontró probado que las mujeres enviadas fuera del país eran trabajadoras sexuales que decidieron libremente y por cuenta propia irse de Medellín a Guatemala. Dado que las mujeres no fueron constreñidas a viajar, el demandante no incurrió en la conducta tipificada como delito de trata de personas al ponerlas en contacto con la dueña del spa y ayudarlas en sus trámites de viaje. Tanto la Fiscalía declarada responsable por los daños ocasionados a la víctima y el demandante apelan la decisión tomada en la apelación de primera instancia en razón a que en primer lugar la fiscalía solicitó que se revoque integralmente y en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda. Su inconformidad se centró en que se debió aplicar un régimen subjetivo de responsabilidad y no se probó la falla del servicio debido a que el ente acusador contaba con dos indicios graves contra el demandante para dictar la medida de aseguramiento, y en segundo lugar el demandante apela considerando que no se le reconocieron justamente los perjuicios.

El Consejo de Estado entra a debatir este litigio y empieza a explicar la razón por la cual el régimen de imputación adecuado para estos tipos de casos es el objetivo, ya que es claro que el demandante sufrió un daño antijurídico debido a que fue privado de la libertad y posteriormente absuelto por atipicidad de la conducta por lo que debe condenarse al Estado sin estudiar la legalidad de la detención, para ello hace referencia a la sentencia SU – 072 de 2018 donde indicó que en los casos de *atipicidad objetiva de la conducta* era procedente aplicar un *régimen objetivo de responsabilidad*, siendo suficiente la demostración de este presupuesto para ordenar la reparación, se hace énfasis en el apartado que menciona que la Corte comparte la idea de que los casos de que el hecho no existió o la conducta era objetivamente atípica es posible predicar que la decisión de privar al investigado de su libertad resulta irrazonable y desproporcionada, luego, para esos eventos es factible aplicar un título de atribución de carácter objetivo en el entendido de que el

daño antijurídico se demuestra sin mayores esfuerzos, ya que considera que la Fiscalía debe tener claro que el hecho sí se presentó y que puede ser objetivamente típico, luego, en este tipo de casos el juez administrativo puede ser laxo desde el punto de vista probatorio y valorativo, en tanto en estas circunstancias es evidente que la Fiscalía, disponen de las herramientas necesarias para definir con certeza estos dos presupuestos y, en tal virtud, deberá ser la administración la que acredite que fueron causas ajenas e irresistibles a su gestión, las que propiciaron la imposición de la medida.

Es entonces, que, para el caso en mención, opera la atipicidad objetiva de la conducta donde se explica que esta se presenta en los eventos en los cuales en el proceso está probado que el sindicado participó en un hecho o desarrolló una conducta, pero esa conducta no estructura el delito imputado porque no reúne los elementos *objetivos* del tipo. Diferente de la atipicidad relativa que hace referencia a que, si bien los hechos investigados no se adecuan dentro de una específica conducta punible, sí encuadran dentro de otro delito.

En consecuencia, la Sala concluye que la privación de la libertad que padeció el demandante le generó un daño que no debía soportar porque superó las cargas públicas que los ciudadanos deben tolerar por el hecho de vivir en sociedad, en los términos del artículo 90 de la C.P. Y para llegar a esta conclusión basta tener en cuenta que fue absuelto de responsabilidad por atipicidad objetiva de la conducta. Entonces a criterio de la sala no resulta necesario estudiar la legalidad de la medida porque en el presente proceso se estudia la responsabilidad del Estado y no la del agente estatal que ordenó la detención; y para declararla es suficiente establecer la existencia de un daño antijurídico que genera una responsabilidad a cargo del Estado en los términos del artículo 90 de la C.P. Por lo tanto, no es procedente estudiar si la privación de la libertad se adoptó cumpliendo con los presupuestos legales para el efecto porque la demostración de que dicha

decisión estuvo ajustada a la legalidad no puede exonerar al Estado de responsabilidad porque, como lo señaló la Corte Constitucional y lo reitera el Consejo de Estado en esta providencia, este tipo de casos se deben de enmarcar siempre en el régimen de responsabilidad objetiva.

Ahora bien, es importante para la Sala señalar que la culpa exclusiva de la víctima que pueda llegar a generar la exoneración total de la responsabilidad del Estado explica que la implicación de un ciudadano con los hechos que dieron origen a la investigación penal no puede considerarse como causa de su detención: puede ser un antecedente o una condición necesaria para la producción del resultado, sin que pueda considerarse como causa. Es decir que la causa material de la detención es la decisión que se adopta en la resolución judicial. Esa es la causa tangible, inmediata del daño. El sindicado es detenido porque el fiscal o el juez, ordenan su privación de la libertad. Cuando se afirma que lo que causó la detención no fue tal decisión sino la conducta del propio sindicado no se está hablando de causalidad material sino de causalidad jurídica o de imputación. Estamos haciendo un juicio de valor para establecer -a la luz del derecho- quién debe ser considerado como causante del daño. Teniendo en cuenta que la causalidad material del daño (la decisión del juez que ordena la detención) deben existir pruebas y argumentos suficientes para considerar que, en el campo de la causalidad jurídica, quien causó la detención fue la propia víctima; que es a ella, de manera exclusiva, a quien debe imputársele su propia detención.

Por lo tanto, la realización de una conducta que genera la apariencia de un delito y que se desarrolla antes de que se inicie la investigación no permite concluir que la detención se produjo por la culpa de la víctima y menos que fue la detención determinada por su culpa grave o dolo como lo exige la ley. Lo que aquí debe considerarse es que el juez, teniendo en cuenta este comportamiento, adoptó la decisión de detenerlo porque consideró que la situación se adecuaba a

los parámetros legales que le correspondía aplicar: pero no es razonable concluir que fue la conducta de la víctima la que lo generó. En palabras de la Corte:

Después que se desarrolla esa conducta (antecedente 1) hay una decisión razonada que la analiza, que tiene en cuenta las normas aplicables y en un acto jurídico se ordena la detención (antecedente 2). Lo que genera el daño es el segundo antecedente: la decisión se toma por el juez; el imputado incurre en una *conducta* que es apreciada y contrastado con las normas aplicables por el juez para tomar la determinación que corresponde. Si el juez toma la decisión de detener a una persona a partir de su valoración autónoma de los elementos de conocimiento y esa valoración no está *distorsionada* por una conducta atribuible a la víctima y realizada por ella con ese propósito, no puede concluirse que la realización por el sindicado de una conducta que genera la *apariencia* de un delito sea la *causa de* la detención para exonerar al Estado de la responsabilidad por la adopción de esta providencia. Estar involucrado es apenas una *condición* para que el juez adopte - autónomamente- la decisión de detenerlo preventivamente, si considera que se cumplen los requisitos legales; es un antecedente necesario, pero no puede considerarse como la *causa* de la detención. (Corte Constitucional, 2021)

La Sala expone algunos ejemplos, como el de una persona que acepta la comisión de un delito para encubrir a otro, o presenta versiones contradictorias o contrarias a la realidad, o cualquier actuación que desvíen el curso de la investigación, o por el simple hecho de abstenerse de comparecer ante las autoridades, si como consecuencia de esas conductas, que son ajenas a los hechos objeto de investigación y que tienen como finalidad distorsionarla, el juez resuelve detenerlo, estaremos claramente ante eventos de culpa de la víctima que exoneran de responsabilidad al Estado. El caso en el cual la decisión del juez que ordena la detención resulta

determinada, provocada o inducida por la conducta de la víctima, puede entenderse como un caso en el que el *daño* es causado exclusivamente por ella, que es la que *instiga* la conducta de quien materialmente causa el daño (juez que adopta la decisión).

En conclusión, las conductas que determinan la detención del sindicado, que ocurren cuando el comportamiento por la cual se adelanta la investigación y con base en el cual se le imputa la comisión de un delito y se ordena su detención, no pueden estructurar la culpa exclusiva de la víctima porque tales conductas no pueden tener como finalidad hacer incurrir al juez en equivocación cuando adopta tal decisión. Y adicionalmente se debe de considerar que, son las actuaciones dirigidas a que el juez incurra en equivocación (como hacer afirmaciones falsas u ocultar las verdaderas, confesar conductas en la que no incurrió para favorecer a un tercero, o eludir los llamados para que comparezca al proceso) las que pueden estructurar la culpa exclusiva de la víctima, en la medida que están dirigidas, intencionalmente o con una negligencia tal que hace presumir tal intención, a distorsionar la investigación o impedir su normal desarrollo y pueden resultar determinantes de la decisión de detener al sindicado que adopta el juez penal. Es frente a estas conductas, ajenas y distintas a aquellas que determinaron la imputación del delito, que puede estructurarse la culpa exclusiva de la víctima.

Al respecto, clarifica la sala que:

Si nos encontramos en un régimen *objetivo* de responsabilidad, el Estado no puede ser exonerado demostrando que la medida de aseguramiento proferida en contra del sindicado se ajustó a la ley. Decir primero que estamos en un régimen objetivo de responsabilidad y luego concluir que el Estado no deber reparar porque la víctima era *sospechosa* de la comisión del delito y por ende su detención se produjo sin incurrir en “falla del servicio” equivale a negar el carácter *objetivo* de esta responsabilidad. En este caso, toda vez que el

sindicado fue absuelto por atipicidad de la conducta, esa constatación le genera el derecho a ser indemnizado, así su detención haya cumplido con las reglas legales y así al momento en que ella se dispuso existieran pruebas que permitieran *sospechar* fundadamente que había participado en la comisión de un delito. En la medida en que en el proceso penal se declaró que la conducta que desarrolló el sindicado *no era constitutiva del delito que se le imputó al detenerlo*, considerar ahora que resultaba *justificado* detenerlo implica desconocer tal decisión. (Corte Constitucional, 2021)

3.4.7 Sentencia SU – 363 de 2021 – Comunicado 39

Y por último, se considera que es importante traer a colación el comunicado numero 39 expedido por la Corte Constitucional donde se refiere al caso de la Sentencia del Consejo de Estado 46.947 del 15 de agosto de 2018 (Sentencia objeto de estudio de esta investigación), donde formularon medios de control de reparación directa en el que solicitaron que se declarara patrimonialmente responsable a la Nación, Rama Judicial, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y a la Fiscalía General de la Nación, por los perjuicios derivados de la privación de la libertad de la que fue objeto Martha Lucía Ríos Cortés al considerar que fue injusta. Y que como se expuso anteriormente la Sección Tercera del Consejo de Estado eximió de responsabilidad a la fiscalía general de la Nación y, por tanto, negó las pretensiones de la demanda, al considerar que la privación de la libertad es atribuible a culpa exclusiva de la víctima, como eximente de responsabilidad del Estado, en cuanto actuó con culpa grave al realizar la conducta que dio lugar a la apertura del proceso penal.

Posteriormente a ello, los accionantes formularon acción de tutela en contra de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, por considerar que la sentencia del 15 de agosto de 2018 desconoció sus derechos a la igualdad y debido proceso, al negarles las pretensiones dentro

del proceso de reparación directa por privación injusta de la libertad, originada en una medida de aseguramiento con detención preventiva intramuros a Martha Lucía Ríos Cortés por una conducta que fue calificada como atípica.

La Corte Constitucional entra a evaluar este caso y empieza por reiterar lo señalado en la sentencia SU-072 de 2018 y manifestó que la responsabilidad del Estado se deduce de tres elementos esenciales, a saber: a) el daño; b) la antijuridicidad de éste y; c) su atribución a una actuación u omisión estatal. Y reitera de igual forma que en los casos donde la atipicidad es objetiva “es posible predicar que la decisión de privar al investigado de su libertad resulta irrazonable y desproporcionada, para esos eventos es factible aplicar un título de atribución de carácter objetivo en el entendido de que el daño antijurídico se demuestra”.

El aspecto más importante de esta providencia es que la Corte se vio en la obligación de crear una nueva regla que definió la forma en cómo debe de interpretarse el concepto de Culpa Exclusiva de la víctima. En primer lugar, indicó que no toda medida de aseguramiento impuesta a una persona que es declarada posteriormente inocente conlleva a una responsabilidad estatal pues, en cada caso, es necesario tener en cuenta las razones por las cuales se impone esa medida. En ese sentido, no puede predicarse como regla general una responsabilidad objetiva por el hecho de privar a una persona de su libertad precautelativamente, y luego ordenar su libertad, sino que es necesario revisar, si la medida fue manifiestamente irrazonable y desproporcionada.

Además, como se ha mencionado antes la sala hace énfasis en la importancia de respetar los principios constitucionales como el debido proceso y la presunción de inocencia. Esto significa, en términos concretos, que el juez de la responsabilidad del Estado no puede juzgar la conducta objeto de investigación y juzgamiento penal, al ser de reserva del juez ordinario —penal—. Desconocer esa configuración implicaría, por una parte, reabrir el debate sobre circunstancias

fácticas y elementos probatorios que ya fueron evaluados por dicho juez (el juez natural); y, por otra parte, implicaría tratar de nuevo a quien fue procesado penalmente, ahora en el proceso administrativo, como sospechoso, así como la aplicación de un criterio peligrosita que compromete de nuevo la presunción de inocencia, situaciones proscritas a la luz de la Constitución Política de 1991.

Hace énfasis la Corte en que se debe de determinar la Culpa exclusiva de la víctima basándose en el artículo 70 de la Ley 270 de 1996, es decir definir si existió culpa grave o el dolo de la víctima, que no corresponden a los hechos por los cuales la víctima fue procesada, sino a una conducta con incidencia procesal directa, necesaria y determinante, que tenga efecto durante la tramitación del proceso, por la cual se reemplaza la decisión del juez como causa material del daño (privación de la libertad), por la propia conducta de la víctima, que indujo, provocó o determinó la privación de la libertad. Este supuesto se apoya, a su vez, en la interpretación de esta Corporación, según la cual, todo ciudadano tiene el deber de colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia según el Art. 95-7 C.P, pues no sólo se trata de guardar el debido respeto hacia los funcionarios judiciales, sino que también se reclama de los particulares un mínimo de interés y compromiso en la atención oportuna y diligente de los asuntos que se someten a consideración de la Rama Judicial.

En conclusión, la Corte establece que la Culpa Exclusiva de la víctima se determina por la conducta que ésta despliega y que tiene incidencia en la respectiva actuación penal y no por la conducta que originó la investigación. Esto significa que el juez de lo contencioso administrativo deberá comprobar en primer lugar si existió un comportamiento doloso por parte de la persona, o un actuar a título de culpa grave.

Una vez analizada la recopilación de este acervo jurisprudencial es evidente que las sentencias SU-072 de 2018 y la sentencia 46.947 del 2018, han sido de alto impacto en la tendencia actual que manejan los organismos judiciales para darle solución a los casos referentes a la privación injusta de la libertad, estableciendo entre sus principales conclusiones que no hay un régimen único y preferente para determinar el título de imputación. Aunque es notoria la inclinación hacia el título de imputación subjetivo al momento de estudiar la responsabilidad del Estado, ya que constantemente hace llamado a estudiar el comportamiento del agente judicial a la hora de proferir la medida cautelar de privación preventiva de la libertad. Desconociendo que, lo que realmente se debe de amparar son los derechos fundamentales del administrado, y que como se menciona en la Constitución de 1991, lo importante es determinar si el daño realmente existió o no.

Conclusiones

Como resultado de este proyecto, se han podido analizar los principales elementos presentes en el ordenamiento jurídico sobre la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia, específicamente cuando se habla de la privación injusta de la libertad. En este sentido, el desarrollo jurisprudencial es fundamental, bajo el entendido que esta figura tal y como se conoce es eminentemente jurisprudencial y ampliamente desarrollada por las Altas Cortes al no existir legislación concreta que regule la materia, esto podría explicar de cierta forma el gran número de condenas hacia el Estado por violación de derechos fundamentales a sus administrados. Sin embargo, como se ha podido demostrar en el desarrollo de estos planteamientos, ha sido necesario analizar aspectos de tipo conceptual, doctrinal, normativo e incluso, históricos, como mecanismos de ayuda para abordar este tema desde una perspectiva mucho más amplia, pues, por ejemplo, las posturas cambiantes del Consejo de Estado manifestadas en ciertas tendencias, que se han fundamentado en múltiples aspectos que merecen ser evaluados. En este sentido, y como conclusión de los objetivos planteados, se presentan los siguientes aspectos:

- Se destaca que el artículo 90 de la Constitución Política es la base fundamental de la responsabilidad del Estado, es decir que consecuentemente las demás normas del ordenamiento jurídico deben estar en armonía con esta norma constitucional. El mencionado artículo 90 constitucional no define un único título de imputación, lo cual sugiere que tanto el régimen subjetivo de la falla del servicio, coexiste con títulos de imputación de carácter objetivo como el daño especial y el riesgo excepcional, lo que genera ambigüedad en la actividad judicial a la hora de establecer cuál título de imputación es pertinente en cada caso.

- Se demuestra que, en razón a la incongruencia entre los distintos pronunciamientos, el desarrollo jurisprudencial sobre la responsabilidad del Estado hasta la fecha no ha sido de carácter concreto, es decir, no se ha establecido de manera estricta e imperativa un régimen de responsabilidad del Estado, pues solo se ha pretendido a juicio de las Altas Cortes establecer la posibilidad de definir el sistema de responsabilidad que mejor convenga a una persona en cada caso concreto. Siendo así se considera que la investigación de la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad debe estar enfocada a determinar si se cumplieron los presupuestos establecidos para la imputación objetiva, es decir la existencia de un daño antijurídico y la imputación de este al Estado, independientemente de la actuación conforme a derecho o no del juez.

- Se estima entonces, que la responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad no debe depender de la existencia de una falla o error a cargo de los agentes administradores de justicia, ya que se estarían llamando a juicio requisitos diferentes a los consagrados en la cláusula general de la responsabilidad estatal, desconociendo así la norma contenida en la Ley 270 de 1996 y precedentes jurisprudenciales, es decir que las actuaciones o prácticas judiciales defectuosas no deben ser llamadas a juicio por medio de una reparación directa, ya que se estaría tratando de una responsabilidad personal del agente jurídico, restándole importancia a la investigación del daño causado, que es el punto relevante en este asunto. Por lo cual se difiere abiertamente con lo expuesto por las Altas Cortes en las sentencias en las que se sostiene que para que exista una responsabilidad atribuible al Estado, debe existir una falla en el servicio; lo que podría tornarse en una falta al deber de cuidado ajustado al ordenamiento jurídico, el cual los jueces deben tener en

cuenta al proferir sus sentencias, y esto a razón de que estarían encontrando un respaldo para ello dentro del título de imputación subjetivo.

- Se concluye también que la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad surge cuando al Estado no le es posible probar la culpabilidad del sindicado, razón por la cual se le debe indemnizar, ya que se le impuso una carga que este no debía soportar, es decir existe un rompimiento de las cargas públicas, aclarando que tal responsabilidad estatal nada tiene que ver con que el procedimiento penal haya sido legal o ilegal, premisa que permite concluir nuevamente que el régimen de imputación debe ser el objetivo mediante la configuración de la modalidad del daño especial donde se debe demostrar que el daño que sufrió la víctima fue causada mediante una actuación legítima del Estado en virtud de procurar el beneficio del colectivo social, de tal forma que se rompió el principio de igualdad de las cargas públicas.

- Se demuestra mediante el principio de inocencia que cuando el Estado no logra desvirtuar la condición de inocente del procesado y este termina por medio de una sentencia absolutoria, se debe indemnizar a la persona que mantuvo su condición de inocente en virtud del daño causado, daño que no estaba en el deber jurídico de soportar, y que genera un perjuicio irreparable a la imagen e integridad del procesado ante el juicio social. Además, cuando el juez de la responsabilidad desconoce el derecho del procesado a ser resarcido de los perjuicios causados generados por la privación injusta de la libertad, en realidad estaría desconociendo el principio de presunción de inocencia en el ámbito del proceso judicial.

- Respecto a la culpa exclusiva de la víctima, se comparte la idea del Consejo de Estado que cuando se hable de culpa exclusiva de la víctima como causal de exoneración de

responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad, esta debe generarse a raíz de los hechos que el actor hace intencionalmente para entorpecer la investigación, es decir si él mismo, causalmente, contribuyó y determinó con su actuar doloso o gravemente culposo a la detención, por consiguiente los hechos que dieron origen a la investigación penal no deberían contemplarse como los causantes de la privación preventiva de la libertad.

-Se evidencia que en los pronunciamientos jurisprudenciales emitidos a partir del 2018 hasta la actualidad, han sido altamente influenciados por el cambio de la tendencia jurisprudencial en las sentencias SU-072 de 2018 de la Corte Constitucional y 46.947 del Consejo de Estado, criterios que son afines conjuntamente, ya que la Corte reitera lo establecido por el Consejo de Estado, donde afirman que no debe haber un título de imputación único para los casos de privación injusta de la libertad, señalando que debe ser tarea del Juez enmarcar cada caso en concreto en el título de imputación objetivo o subjetivo dependiendo de los hechos fácticos que hayan generado la actuación, pero la realidad es que en el ejercicio judicial se está acogiendo la aplicación preferente del título de imputación subjetivo, y esto a raíz de que estas Altas Cortes en repetidas ocasiones establecen que el título de imputación preferente es el subjetivo. Lo que ha generado una serie de tensiones dogmáticas y jurisprudenciales que han puesto a la víctima en evidente desamparo de sus derechos fundamentales al no tener un régimen adecuado que regule la materia, obstaculizando así el idóneo acceso a la justicia.

- Finalmente se plantea que la solución más adecuada para el procesado es que en primer lugar las Altas Cortes reconozcan que el título de imputación más garantista para este, es el título de imputación objetivo, y con base a esto se realice una labor investigativa

exhaustiva para cada caso en concreto, ya que la detención preventiva debe ser concebida como una medida excepcionalísima, que se debe de aplicar solo en circunstancias extremas, y nunca como procedimiento regular.

Referencias

Normativa:

Congreso de Colombia. (1996). Ley 270 de 1996 “*Por la cual se expide la Estatutaria de la Administración de Justicia*”. 15 de marzo de 1996. Diario Oficial No. 42.725.

Congreso de Colombia. (2000). Ley 599 Del 2000 “*Por la cual se expide el Código Penal*”. 24 de julio del 2000. Diario Oficial No. 44.097.

Congreso de Colombia. (2011). Ley 1437 De 2011 “*Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*”.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=41249>

Constitución Política de Colombia. (1991). *Gaceta Asamblea Constituyente de 1991 N° 85*. <http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/constitucion-politica>

Presidencia de la República de Colombia. (1991). Decreto 2700 de 1991 “*Por medio del cual se expiden y reforman las normas de procedimiento penal*” [Derogado]. 30 de noviembre de 1991. Diario Oficial No. 40.190, de 30 de noviembre de 1991.

Jurisprudencia Consejo de Estado

Consejo de Estado. Exp. 367.371. (Anales del Consejo, Tomo LXIII. 30 de septiembre de 1949).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 6805. (C.P. Julio Cesar Uribe Acosta, 9 de abril de 1992).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 7058. (C.P. Daniel Suarez Hernández, 1 de octubre de 1992).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 8163. (C.P. Juan De Dios Montes Hernández, 13 de julio de 1993).

Consejo De Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 9734. (C.P. Daniel Suarez Hernández, 30 de junio de 1994.).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 9391. (C.P. Julio César Uribe Acosta, 15 de septiembre de 1994).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 10056 (C.P. Carlos Betancur Jaramillo, 17 de noviembre de 1995).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 10.299 (C.P. Carlos Betancur Jaramillo, 12 de diciembre de 1996).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 13.258. (C.P. Ricardo Hoyos Duque, 14 de agosto de 1997).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 11.754. (C.P. Daniel Suárez Hernández, 18 de septiembre de 1997).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 11643. (C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, 21 de octubre de 1999).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 11.601. (C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, 27 de septiembre de 2000).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 13.606 (C.P. María Elena Giraldo Gómez, 4 de abril del 2002).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 14882. (C.P. Ramiro Saavedra Becerra, 27 de noviembre de 2006).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 16902. (C.P. Enrique Gil Botero, 26 de marzo de 2008).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 18.960. (C.P. Enrique del Jesús Gil Botero, 14 de abril de 2010).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 20042. (C.P. Hernán Andrade Rincón, 7 de marzo de 2012).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 23.354 (C.P. Mauricio Fajardo Gómez, 17 de octubre de 2013).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 26161. (C.P. Ramiro Pazos Guerrero, 26 de junio de 2014).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 32912. (C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 28 de enero de 2015).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 46.947. (C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, 15 de agosto de 2018).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 49.192 (C.P Nicolas Yepes Corrales. 29 de noviembre de 2019).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 53.429 (C.P Marta Nubia Velásquez Rico. 19 de junio de 2020).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 57.984 (C.P Marta Nubia Velásquez Rico. 6 de julio de 2020).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 47.139 (C.P Martin Bermúdez Muñoz. 28 de abril de 2021).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 47.222 (C.P Martin Bermúdez Muñoz. 9 de julio de 2021).

Jurisprudencia Corte Constitucional

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-037 de 1996. (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. 5 de febrero de 1996).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 333 de 1996. (M.P. Alejandro Martínez Caballero. 1 de agosto de 1996).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-430 de 2000. (M.P. Antonio Barrera Carbonell. 12 de abril de 2000).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-100 de 2001. (M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez. 31 de enero de 2001).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-832 de 2001. (M.P. Rodrigo Escobar Gil. 8 de agosto de 2001).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-528 de 2003. (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. 3 de julio de 2003).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-403 de 2004. (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. 27 de enero de 2004).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-338 de 2006. (M.P. Clara Inés Vargas. 3 de mayo de 2006).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-644 de 2011. (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. 31 de agosto de 2011).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-957 de 2014. (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. 10 de diciembre de 2014).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-222 de 2016. (M.P. María Victoria Calle Correa. 4 de mayo de 2016).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-072 de 2018. (M.P. José Fernando Reyes Cuartas. 5 de Julio de 2018).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-045 de 2021. (MP. José Fernando Reyes Cuartas. 25 de febrero de 2021).

Corte Constitucional. Comunicado 39. (22 de octubre de 2021).

Doctrina

Bermúdez-Cárdenas, L. (2017). *Responsabilidad del Estado colombiano por daños antijurídicos causados a los particulares por el hecho del legislador*. [Trabajo de Grado]. Universidad Católica de Colombia. Facultad de Derecho. Bogotá, Colombia.

Cabrera-Ortiz, V. L. (2018). *Análisis dogmático de la teoría de la conducta punible aplicable a imputables en el marco del derecho penal colombiano*. [Monografía]. Universidad Católica de Colombia. Facultad de Derecho. Bogotá, Colombia.

Corte IDH. (2010). El análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de integridad personal y privación de libertad (artículos 7 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). San José. Disponible en:
<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/privacion-libertad.pdf>

García de Enterría, E., y Fernández, T. R. (1993). *Curso de Derecho Administrativo*. Civitas.

Garzón Diazgranados, T., & Guerra Tamara, A. (2000). *Privación de la Libertad y Responsabilidad del Estado*. Bogotá.

Henao, J. C. (2015). Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: Hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado. *Revista de Derecho Privado*, 28, 277–366. <https://doi.org/10.18601/01234366.n28.10>

Hoyos Duque, R. (2006). Responsabilidad del Estado por la Privación Injusta de la Libertad.

Prolegómenos. Derechos y Valores, 9, 11–21.

Irisarri Boada, C. (2000). *El Daño Antijurídico y la Responsabilidad Extracontractual del*

Estado Colombiano. (Bogotá, D.C.). [Monografía].

<https://1library.co/document/ynx5j4pq-dano-antijuridico-responsabilidad-extracontractual-colombiano-catalina-irisarri-boada.html>

Nader Orfale, R. (2010). Evolución jurídica de la responsabilidad extracontractual del Estado en

Colombia. *Advocatus*, 15, 55–71.

Orejuela, W. R. (2016). *Responsabilidad del Estado y sus regímenes* (4th ed.). Ecoe Ediciones.

Ortiz, V. L. C. (2018). Análisis Dogmático De La Teoría De La Conducta Punible Aplicable A Imputables En El Marco Del Derecho Penal Colombiano.

Pacheco Reyes, R. (2021). La jurisprudencia sobre la responsabilidad estatal por la prisión

provisional en España y en Colombia: ¿hacia extremos problemáticos? *Revista Derecho Del Estado*, (51), 313–358. <https://doi.org/10.18601/01229893.n51.10> (Original work published 7 de diciembre de 2021).

Patiño, H. (2011). Las causales exonerativas de la responsabilidad. *Revista de Derecho Privado*,

Vol.20, 371-398.

Pérez Sánchez, G. (2014). Evolución del estado y evolución de derechos. *Civitas Europa*, 33(2),

205. <https://doi.org/10.3917/civit.033.0205>

Prato Ramírez, L. J. (2016). La Responsabilidad del Estado por la Privación Injusta de la

Libertad en Colombia. (Bogotá, D.C.). [Monografía]. [https://doi.org/10.5151/cidi2017-](https://doi.org/10.5151/cidi2017-060)

060

- Ramírez Rivas, A. D. P. (2019). Tendencia actual de la responsabilidad estatal en procesos de privación injusta de la libertad proferidos por la Sección Tercera del Consejo de Estado en los años 2016 a 2017. *DIXI*, 21(30), 1-16. <https://doi.org/10.16925/2357-5891.2019.02.04>
- Rivera, A.M. (2003). *La responsabilidad extracontractual del Estado: análisis del daño fisiológico o a la vida de relación*. (Bogotá, D.C.). [Monografía]. Universidad Javeriana. Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas. <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS19.pdf>
- Rivero, J. (1984). Derecho Administrativo. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela. (Olejnik).
- Rodríguez, A. A. (1981). *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil*. In Editorial jurídica de Chile.
- Serrano, L., y Tejada, C. (2017). *La Responsabilidad Patrimonial del Estado* (Segunda Ed). Ediciones Doctrina y Ley
- Tejada González, M. C. (2017). Responsabilidad objetiva y subjetiva del Estado por privación injusta de la libertad. *Revista Jurídica Piélagus*, 16(1), 89. <https://doi.org/10.25054/16576799.1447>