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

ANDREA DEL PILAR RAMIREZ RIVAS

UNIVERSIDAD COOPERATIVA DE COLOMBIA
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES
PROGRAMA DE DERECHO
CALI
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

ANDREA DEL PILAR RAMIREZ RIVAS

TRABAJO DE GRADO PARA OBTENER DEL TÍTULO DE ABOGADA

ASESOR: JUAN FELIPE GONZÁLEZ RIOS

UNIVERSIDAD COOPERATIVA DE COLOMBIA
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES
PROGRAMA DE DERECHO
CALI
2019

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

1. EL PROBLEMA……..……07

2. JUSTIFICACIÓN……09

3. OBJETIVOS……11

3.1 Objetivo general y Objetivos específicos……..……..11

4. HIPÓTESIS……...…12

5. MARCOS DE REFERENCIA……...…16

5.1 Estado del Arte……...16

5.2 Marco Teórico……..22

5.3 Marco Conceptual……...26

5.4 Marco Jurídico……30

5.5 Marco Contextual……34

6. DISEÑO METODOLÓGICO……46

7. Resultados ……....47

8. Conclusiones……..……....50

9. Recomendaciones……51

10. Bibliografía……53

Resumen

El Estado Social de Derecho está fundado en la dignidad de la persona humana y es alimentado con la filosofía de solidaridad (Art. 1º C. N.) por lo que no puede estructurarse ni funcionar sobre el desconocimiento de los derechos de los particulares, afectando su honra y patrimonio, con daños y obligaciones que no tienen el deber jurídico de soportar. En Colombia se observa la problemática de las detenciones masivas; volviéndose cada vez más frecuentes las prácticas arbitrarias y la utilización inadecuada del poder al privar a un ciudadano de la libertad. Esto le está ocasionando al Estado problemas, entre ellos, las demandas por responsabilidad estatal, generando un detrimento patrimonial; La responsabilidad estatal debe declararse en todos los casos en que se dicte una sentencia absolutoria o su equivalente (preclusión de la investigación o cesación del procedimiento) porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no era constitutiva de un hecho punible. Si bien es cierto el Estado está en el deber jurídico de investigar, el ciudadano no está en la obligación jurídica de soportar la Privación Injusta de la Libertad.

ABSTRACT

The Social State of Law is founded on the dignity of the human person and is nourished by the philosophy that informs solidarity (Article 1 CN), so that it can not be structured or operate on the lack of awareness of the rights of individuals, affecting their honor and heritage, with damages and obligations that do not have the legal duty to support. In Colombia has been observed the problem of mass arrests, becoming increasingly frequent, arbitrary practices and the inadequate use of power by depriving a citizen of hes freedom. This is causing problems, as the demands for state responsibility, generating a patrimonial detriment; State responsibility must be stated in all cases in which an acquittal or its equivalent (estoppel of the investigation or cessation of proceedings) is issued because the fact did not exist, the accused did not commit it or the conduct did not constitute a punishable act ; although it is true that the State is in the legal duty to investigate, the citizen is not under a legal obligation to withstand the Unjust Deprivation of Liberty.

INTRODUCCIÓN

La responsabilidad patrimonial del Estado derivada de la privación injusta de la libertad se fundamenta Jurisprudencialmente en las sentencias de unificación proferidas por la sección tercera del Consejo de Estado a través de tres fases o etapas siendo ellas: "*la teoría de la tesis subjetiva o restrictiva"*, la segunda fase *"por Error Judicial"* en donde la victima debe demostrar lo injusto de su detención y por último la fase tercera el *"in dubio pro reo"* en donde se determina que la responsabilidad patrimonial del Estado por Privación Injusta de la libertad se puede derivar cuando el proceso penal termina con sentencia absolutoria.

La privación injusta de la libertad, como título autónomo de imputación de la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la administración de justicia, tiene por fuente primaria el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, el cual es aplicable, con o sin ley que desarrolle esta forma de responsabilidad; Inicialmente, el Consejo de Estado confundió el error judicial y el funcionamiento defectuoso de la administración de justicia con la privación injusta de la libertad; luego consideró objetiva la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad y la diferencia del error judicial, para considerar hoy que la reclamación de perjuicios se funda en la antijuridicidad del daño sufrido por la víctima, en tanto que ésta no tiene la obligación jurídica de soportarlo.

1. EL PROBLEMA

El Problema consiste en que el sistema judicial no debe buscar cárcel para todos, debe haber seguridad jurídica sin impunidad; una renovación de la política criminal. Una reforma judicial efectiva que permita el deber de reparación por privación injusta de la libertad como una exigencia constitucional directa, porque el actor pasivo no estaba en la obligación de soportar el daño que el Estado le irrigó, el cual debe ser considerado como antijurídico. Esta calificación determina lo consecuente para la Administración Pública de resarcir a la parte actora que sufrió el daño o ha sido víctima de este hecho, motivo por el cual resulta de extrema importancia identificar la 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.

1. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Qué tendencia Jurisprudencial actual ha tomado la sección tercera del Consejo de Estado frente a la privación injusta de la libertad en Colombia?

1.1 PLANTEAMIENTO PROBLEMA DE INVESTIGACION

Definir las líneas Jurisprudenciales y el alcance de la Responsabilidad Patrimonial en las acciones de reparación directa en procesos de privación injusta de la libertad en la Sección Tercera del Consejo de Estado, adquiere importancia desde el punto de la Ciencia Jurídica, por cuanto se requiere tener una claridad conceptual sobre el actual reconocimiento de los perjuicios extra patrimoniales en Colombia.

2. JUSTIFICACION

La Utilidad de esta investigación radica en que sirve de guía a los profesionales en Derecho que pretenden demandar o defender al Estado en los procesos de reparación directa ya que no hay un régimen propiamente dicho para la privación injustificada de la libertad. Se logra recopilando datos y resultados que den cuenta del éxito o fracaso de las demandas de reparación directa en materia de responsabilidad por privación injusta de la libertad, con el objeto de ilustrar a la comunidad jurídica la postura actual del Consejo de Estado frente a estos tipos de perjuicios materiales e inmateriales, así como también el detrimento patrimonial que sufre el Estado.

La Viabilidad se centra en que las estadísticas en cuanto a demandas administrativas por Responsabilidad estatal en procesos de privación injusta de la libertad hacen posible el análisis investigativo. Habiéndose presentado cambios en la tipología por causa del Medio de Control de Reparación Directa del artículo 140 de la ley 1437 de 2011 en materia responsabilidad patrimonial del Estado y de responsabilidad directa del mismo a través del daño antijurídico, cuando ese daño sea atribuible a un ente público verificándose el nexo de causalidad entre el daño y la actuación que a título de imputación objetiva y subjetiva permita declarar responsable al estado.

Es Pertinente porque es la oportunidad de conocer e identificar los criterios o sentencias de unificación jurisprudencial con el propósito de aclarar en qué momento es procedente declarar la responsabilidad *objetiva y subjetiva* del Estado, y como se ha venido desarrollando este tema, trascendiendo a una explicación más clara para evitar errores de interpretación al momento de solicitar dichos perjuicios tanto materiales como morales, dilucidando cuál es su verdadero alcance y su regla general y cuáles son las excepciones aplicables, de las cuales depende de su

validez dentro de un proceso, Es pertinente pues se observa contínua confusión en cuanto a las distintas categorías de daños extrapatrimoniales, especialmente el denominado daño antijurídico, que son imputables siempre que estén acreditados los elementos que estructuran la responsabilidad directa del Estado.

3.OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL

Establecer que tendencia jurisprudencial actual ha tomado la seccion tercera del consejo de estado con relacion a la privacion injusta de la libertad en colombia.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Determinar si el Daño Antijurídico por privación injusta de la libertad legalmente coincide con lo que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha conceptualizado al respecto.
2. Analizar la jurisprudencia HITO del Consejo de Estado en materia de perjuicios por causa de privación injusta de la libertad.
3. Conceptuar el alcance que le ha dado el Consejo de Estado a cada una de las cuatro líneas Jurisprudenciales.

4. HIPOTESIS

La tendencia o postura Jurisprudencial que actualmente ha tomado la sección tercera del Consejo de Estado frente a la privación injusta de la libertad procede cuando quién ha sido privado de la libertad tiene derecho a ser indemnizado acreditando que el Estado obró inadecuadamente, esto es, cuando demuestra que la captura no debió decretarse o que la retención no debió ejecutarse; condenando al Estado a pagar una serie de daños y perjuicios morales por la detención de un ciudadano que no está en el deber legal de soportarlo a consecuencia de la falla en el servicio y el defectuoso funcionamiento de la administración de Justicia.

El problema de investigación se centra en que actualmente la sección tercera del Consejo de Estado ha venido desarrollando sentencias de unificación jurisprudencial en donde la responsabilidad del Estado se determina con fundamento en lo dispuesto en el artículo 90 de la Carta Política, sin limitarse a la falla en el servicio como presupuesto de la responsabilidad, por lo cual el derecho a la indemnización en estos casos no depende de acreditar que la captura fue ilegal. Entonces el Estado debe indemnizar, porque, cuando detiene a un ciudadano y luego lo absuelve del delito que le imputó, se estima que le causó un daño antijurídico: un daño que reviste especial gravedad ya que el ciudadano no está obligado a soportar como una carga pública normal impuesta a todos por vivir en sociedad.

El Consejo de Estado confunde el error judicial y el funcionamiento defectuoso de la administración de justicia con la privación injusta de la libertad.

En esta primera fase, el Consejo de Estado confunde los distintos títulos de imputación de la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la administración de justicia, lo que se advierte con el trato indiferenciado que le da a cada uno de estos, englobando en una misma definición las distintas especies de responsabilidad judicial, sin percatarse que son diferentes, pues una es la responsabilidad por error judicial y por funcionamiento anormal de la administración de justicia, y otra es la responsabilidad por privación injusta de la libertad, a la que somete impropiamente a los presupuestos subjetivos del error judicial, en el equivocado entendido, de que esta noción es el género, y de la cual la prisión provisional injusta es la especie.

En apoyo de mi aserto, tenemos jurisprudencialmente en Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 01 de octubre de 1992. Expediente No. 7058.

> *"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….*

Se puede observar entonces que en sus primeras posiciones, la responsabilidad por la actuación errada o injusta de los administradores de justicia, aún siendo consecuencia del obrar individual del funcionario, lleva inevitablemente a la responsabilidad y obligación del Estado, de reparar los daños generados por el actuar de quien le representa. Pero manifiesta claramente que las acciones o

decisiones del operador de justicia deben ser abiertamente contrarias a derecho, que se debe probar que tal decisión es errada y de esta manera se dará paso al reconocimiento de la obligación del Estado de reparar a quien estuvo privado de la libertad por causa de un proceso o sentencia errada. Esta obligación es un derecho para los asociados que puedan verse afectados o dañados por este actuar y el conocimiento de tal posibilidad es también un derecho para ellos.

El Consejo de Estado no solo exige una conducta fallida de la administración de justicia para el surgimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado, sino, también, la presencia de una decisión judicial abiertamente contraria a derecho, como requisito *sine qua non*, para que haya lugar al juicio de responsabilidad.

Esta confusión conceptual, lleva al Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo a exigir para la procedencia de la indemnización por la prisión provisional injusta, los presupuestos del error judicial, en el entendido equivocado, que esta es una especie de aquel.

En efecto, la Sentencia de septiembre 15 de 1994 del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Exp. 9391 en ella se hace depender la responsabilidad por privación injusta de la libertad en el Art. 414 del D. L. 2700 del error en la decisión judicial que ordena la detención, o dicho en otros términos, por el desacato del deber que tiene el funcionario judicial de proferir sus resoluciones conforme a derecho, posición que también que también se aparta de la regla, pues el título de imputación no está erigido sobre la ilegalidad de la conducta del Juez.

Esta interpretación, en mi sentir, salvo mejor criterio, sólo se explica por la novedad de la institución para entonces y por la tradición jurisprudencial que venía

del Consejo de Estado en vigencia de la Constitución Política de 1886. Pero tampoco podemos justificar tamaño desatino debido a la expedición de la Ley 270 de 1996 "*Estatutaria de la Administración de Justicia*", que diferenció los títulos de imputación; por lo que estimo que es cuestionable que después de esta reserva legal, el Consejo de Estado siguiera sosteniendo su tesis de la exigencia de decisiones contrarias a derecho o abiertamente arbitrarias como presupuesto para configurar la privación injusta de la libertad.

Si bien la expedición de la ley 270 de 1996 es posterior a la posición que utilizo para demostrar la confusión del colegiado administrativo, se esperaba del mismo una más profunda comprensión del verdadero fundamento de la responsabilidad objetiva frente a la privación injusta de la libertad. No sujetándo la injusticia de la privación, a la injusticia o errada decisión del juez en su sentencia.

5. MARCO REFERENCIAL

5.1ESTADO DEL ARTE:

5.1.1 Antecedentes que dieron origen a la utilización de La responsabilidad patrimonial por Privación Injusta de la Libertad.

La responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro país antes de la Constitución Política de 1991, se caracterizó por tener un origen pretoriano, pues ante la ausencia, tanto en la Carta Política de 1886 como en la ley, de un principio general de responsabilidad extracontractual del Estado, esta figura fue desarrollada por la jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia como del Consejo de Estado, que con base en principios constitucionales, en normas especiales y generales (código civil) que consagraban los eventos de responsabilidad extracontractual de la administración pública, y nutrida también de la doctrina y jurisprudencia francesa, se encargaron de fijar fundamentos y pautas para su procedencia, todo lo cual sirvió de antecedente a la consagración constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado en la Carta Política de 1991.

La responsabilidad patrimonial del Estado comprendía únicamente la de la administración pública, pero no así la de los demás poderes públicos del Estado, pues en relación con la responsabilidad por el funcionamiento de la administración de justicia, el Consejo de Estado adoptó la tesis de la irresponsabilidad del Estado-Juez, aduciendo la ausencia de reserva legal que permitiera la reclamación al Estado por error judicial, como si existía en relación con los jueces (Art. 40 del Decreto 1400 de 1970, que le atribuía una responsabilidad personal por esta causa) y además fundada en el respeto al principio de la intangibilidad de la cosa juzgada que impide que las decisiones judiciales ejecutoriadas sean cuestionadas por otros

jueces (principio de seguridad jurídica), razón por la que se estimó que el error judicial era un riesgo que los particulares debían soportar.

Pero a partir de 1991 se introdujo un cambio fundamental, ya que la Carta Política de ese año estableció en su artículo 90 un principio general de responsabilidad patrimonial del Estado, tanto de naturaleza contractual como extracontractual, fundamentado en la noción de daño antijurídico, que es aquel que la víctima no tiene la obligación de soportar.

Antes de adentrarme en el estudio de las normas internas que se ocupan de la regulación de la materia en nuestro ordenamiento legal positivo, debo indicar que éstas son expresión de la tendencia universal contenida en instrumentos internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, según los cuales se propende por la obligación estatal de reparar los perjuicios causados por la detención o prisión preventiva injusta.

Los autores Ricardo Hoyos Duque, Maria Victoria Zambrano y Luis Fernando Jaramillo Bedoya en su libro “Responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad, analizan la jurisprudencia del Consejo de Estado, identificando tres posiciones desarrolladas a través del tiempo.

La primera posición es de tipo subjetivo, exigiendo para la determinación de la responsabilidad, que haya una conducta fallida de la administración de justicia y que la sentencia o decisión judicial sea contraria a derecho.

La segunda posición de tipo objetivo, sujeta a lo que el código de procedimiento penal de 1991 determinaba siendo tres las causales establecidas para que proceda la declaración de Responsabilidad Estatal en los casos en que una persona habiendo sido privada de la libertad como consecuencia de una medida de aseguramiento posteriormente sea liberada por decisión judicial que determine :

- Que el hecho investigado no ocurrió,
- Que el imputado no lo cometió,
- Que el hecho investigado no constituye delito (atipicidad).

Se tiene por objetiva ya que no se examina la conducta del operador judicial en el sentido de determinar si esta fue errada, injusta, arbitraria o abiertamente ilegal.

La tercera, posición objetiva también, cual es la que se aplica actualmente se fundamenta en el artículo 90 de la Constitución Nacional Vigente, identificando lo injusto de la detención de quien posteriormente fuera exonerado de responsabilidad en la ausencia de obligación legal en cabeza del imputado de soportar la vulneración de su derecho a la libertad. Esta no obligación se establece a partir de la no obligación de la generalidad de las personas de sujetarse a la privación de su derecho sin una causa justificada, esto es, ser responsables de la comisión de un hecho punible

El doctrinante Joaquín García Morillo en su libro Los derechos de la Libertad, refiriéndose a la libertad personal acertadamente expone que los motivos para privar una persona de la libertad deben ser establecidos no por cualquier vía sino por medio de una ley y acertadamente expone que *"No basta, sin embargo, cualquier norma: es preciso que la norma jurídica que determina los supuestos en que procede la privación de la libertad sea una ley. Esta exigencia tiene fundamento evidente: desde el momento en que la libertad individual es asumida por la sociedad como un principio básico de la organización de su convivencia social, es solo la propia sociedad la que puede determinar los casos que dan lugar a la quiebra de ese principio básico y esa expresión de la voluntad general de la sociedad tiene lugar a través de la ley. Constitucionalmente, esa exigencia se plasma en otra: la de*

que sean los representantes del pueblo libremente escogidos, los que determinen las causas de privación de libertad". "La determinación previa de las causas de privación de libertad tiene, además otra razón material, la de otorgar seguridad jurídica a los ciudadanos, esto es, que los ciudadanos sepan de antemano qué conductas pueden suponer la privación de un bien básico como la libertad. Se trata, con ello, de desterrar la arbitrariedad".

5.1.2 Sobre la tendencia sobre Resonsabilidad Estatal por privación injusta de la libertad en España.

La responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad en España esta regulada de manera específica en el art 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que se lee *" Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios".* Es claro entonces que se refiere estrictamente a esas personas que vieron vulnerado su derecho ala libertad pero que hayan sido absueltos por inexistencia del hecho imputado o que se haya dictado sobreseimiento libre (la fiscalía desiste de la investigación) por la misma razón.

Según lo anterior, son requisitos para que proceda la indemnización los siguientes:

1. Que el sujeto de la investigación haya sido privado preventivamente de su libertad
2. Que su situación jurídica se haya resuelto con sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre por inexistencia del hecho (en ambas decisiones)
3. Que el sujeto haya sufrido perjuicios con motivo de la privación de su libertad.

A través de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se ha buscado una interpretación más amplia de este literal normativo, en el entendido de reconocer la responsabilidad estatal y la obligación de indemnizar en los casos en que se declare inocente a quien hayas ido privado de su libertad, por no haberse podido probar su participación en el hecho investigado. Situación que no ha ocurrido, pues el Tribunal Supremo (sala tercera) estima que no corresponde con la intención del legislador, extender la aplicabilidad de la responsabilidad en estos casos (inexistencia subjetiva). Afirma, que para este tipo de situaciones, puede recurrirse a la Responsabilidad Administrativa General contenida en el artículo 121 constitucional.

Se observa así una diferencia bastante marcada, ya que la limitación para el reconocimiento de responsabilidad por la causal estudiada en este trabajo de grado en el Estado Español es mucho más estricta y cierra las puertas a masivas demandas contra ese Estado, limitando también la fuga de recursos a través de sentencias condenatorias que reconozcan la obligación de indemnizar los perjuicios causados por privación injusta de la libertad de un imputado que es declarado inocente.

5.1.3 Sobre la tendencia sobre Resonsabilidad Estatal por privación injusta de la libertad en Chile.

La responsabilidad Estatal propiamente dicha, fue incorporada a partir de la expedición de la Constitución Chilena, en el año 1980. Específicamente en su artículo 19 numeral 7 del cual se lee: *"Una vez dictado el sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiese sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia por resolución que la Corte Suprema de Justicia declare injustificadamente errónea o arbitraria, tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado de los perjucios patrimoniales y. morales que haya sufrido"*.

También se refere a la obligación de indemnizar en el artículo 38 inciso 2 por causa de la responsabilidad extracontractual.

Es pues de origen Constitucional la obligación del Estado Chileno de resarcir los daños causados, por el simple hecho de que en su favor y a causa de proceso judicial, se dictara sentencia aboslutoria o el organo de persecución e investigación criminal, desistiera de continuar con el proceso penal con sobreseimiento definitivo.

5.2 Marco Teórico:

Paradigma normativo

La responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad se encuentra enmarcada en los artículos 28 y 90 de la Constitución Política. El primero de ellos consagra el derecho fundamental a la libertad y prevé la posibilidad de su limitación o restricción, e incluso, la privación de este derecho, mediante la imposición de medidas cautelares de aseguramiento o penas restrictivas o privativas de la libertad, en tanto se cumplan los siguientes requisitos: (i) mandamiento escrito de autoridad judicial competente; (ii) cumplimiento de las formalidades legales, y (iii) la existencia de motivos previamente definidos en la ley.

El artículo 90 de la Constitución Política de 1991, indica que ***"…el Estado responderá por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas"***. Esto significa que para declarar la responsabilidad del Estado es necesario acreditar la existencia de un daño, entendido como la *"…aminoración patrimonial sufrida por la víctima"*, el cual debe revestir la característica de ser antijurídico; es decir, que quien lo sufre no se encuentre en el deber jurídico de soportarlo y, que ese daño antijurídico resulte imputable a la entidad pública demandada.

La Ley 906 de 2004 no contienen ninguna previsión relacionada con el Derecho a la indemnización por la privación injusta de la libertad, por lo que la normatividad vigente a dichos efectos está constituida por los artículos 28 y 90 constitucionales y por los artículos 65 y 68 de la Ley 270 de 1996; sin embargo, los eventos de responsabilidad objetiva consagrados en el derogado artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 continúan siendo aplicados por el alto tribunal de lo contencioso administrativo, como se explicara en la presente investigación.

Paradigma axiológico

Los valores que determinan una sociedad en la dimensión axiológica de esta investigación centran especial atención en que la privación legal e injusta de la libertad, causa un daño antijurídico; debido a que quien lo padece no está obligado jurídicamente a soportarlo, surgiendo para el Estado la obligación de indemnizar, ya que de no hacerlo desconocería su razón de ser. Se presenta una herramienta de investigación, la cual señala el verdadero significado de la responsabilidad extracontractual del Estado por la privación injusta de la libertad, con sus respectivos alcances.

Está investigación adopta un enfoque formativo o axiológico, con un alcance de carácter representativo, acudiendo a fuentes doctrinales, normativas, y a la unificación jurisprudencial. A partir del análisis de la información obtenida, determinando cómo desde la norma se establecen los lineamientos de la responsabilidad extracontractual del Estado por la privación injusta de la libertad, para con sus ciudadanos en Colombia.

Los siguientes autores hablan sobre el tema de la Privación injusta de la libertad:

- *"Se analiza sobre La Responsabilidad del estado por la privación injusta de la libertad en el entendido que la corporación del Consejo de Estado ha adoptado tres clase de posiciones"*; **Hoyos Duque, R., Zambrano, M. V., & Jaramillo Bedoya, L. F. (2006). Responsabilidad del estado por la privación injusta de la libertad.** ***Prolegómenos. Derechos y Valores*****,** ***9*****(17).**
- *"Desde el contexto de la Libertad en el Sistema Penal Acusatorio, esta Goza de una protección especial, su limitación se permite de manera excepcional tal es así que tiene de un control reglamentado por el Código de*

Procedimiento Penal"; **Camargo, E. M. (2015). RÉGIMEN DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO. *Revista Republicana*, (6).**

- *"…Como también los excesos en la Ejecución de la privación de la libertad, valdría la pena considerarse estos efectos devastadores para una persona que ha sido coartada en su derecho a la libre locomoción a título del defectuoso Funcionamiento de la administración de Justicia…";* **Mapelli Caffarena, B. (2013). El tratamiento penal de los excesos en la ejecución de la privación de libertad. *Revista de Estudios Penitenciarios*, (Extra 2), 177-197.**

5.2.1. LOS TÍTULOS DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD A CARGO DEL ESTADO

En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona podrá demandar directamente la reparación del Daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado.

A. Falla del servicio presunta: se debe acreditar que se ha sufrido un perjuicio indemnizable, la existencia de una relación causal con el hecho causante del perjuicio y es la entidad demandada a quien le queda la posibilidad de exonerarse de toda responsabilidad probando que aunque el perjuicio fue causado por un acto o hecho imputable a ella, obró de manera prudente y con tal diligencia que su actuación no puede calificarse como omisiva, imprudente o negligente en forma tal que dé lugar a comprometer su responsabilidad.

B. Daño especial: consiste en que la administración debe responder por los daños causados por una actividad completamente legítima, tanto desde el punto de vista sustancial como de procedimental. Así esos daños pueden ser calificado de especiales; Estos daños se fundamentan en el Art. 90 De la Constitución Política de Colombia 1991.

C. Riesgos excepcionales: son un supuesto de la responsabilidad objetiva en cuya declaración solo se exonera a la entidad comprometida por fuerza mayor, hecho exclusivo de la víctima o de un tercero; elementos que hacen desaparecer la relación entre la causalidad de la omisión o el hecho generador del daño causado.

Con estas causas, se abre paso a la posibilidad de que se demande la solicitud de reparación por parte del Estado, pero al mismo tiempo constituyen el lineamiento que tiene el mismo Estado para identificar la procedencia o no de tal reparación a manera de indemnización, para el efecto de esta investigación, en lo correspondiente a la privación injusta de la libertad.

5.3. MARCO CONCEPTUAL.

DAÑO ANTIJURIDICO

"El perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo".La Corte considera que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho, pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración.

Elementos Constitutivos

Falta o falla del servicio: Es el hecho dañoso causado por la violación del contenido obligacional a cargo del Estado; contenido obligacional que se puede derivar de textos específicos como los son las leyes, reglamentos o estatutos que establecen los deberes del Estado y sus servidores; también de deberes específicos impuestos a los funcionarios. Se encuentra consagrada en la Constitución Política.

Perjuicio: Consistente en el menoscabo que sufre el patrimonio de la víctima (perjuicio patrimonial) y/o en las lesiones que afectan sus bienes extrapatrimoniales y que pueden consistir bien en el daño moral, o en los daños fisiológicos o en las alteraciones en las condiciones de existencia que aunque no han sido todavía reconocidos por el Consejo de Estado colombiano, están latentes (perjuicios extrapatrimoniales). Esto se puede ver en Sentencia del Consejo de Estado de Noviembre 15 de 1995 MP. Jesús María Carrillo.

Nexo causal entre la falla y el perjuicio, es decir, que entre la falla alegada y demostrada y los perjuicios experimentados y probados, debe existir un vínculo de tal naturaleza directo, que no sea lógicamente posible suponer la existencia del daño sin la de la falla.

CAUSALES DE EXONERACIÓN

El Estado (la entidad demandada) para eximirse de la responsabilidad que se le imputa puede probar el rompimiento del nexo causal por medio de cualquiera de las siguientes causales: fuerza mayor, el caso fortuito, culpa exclusiva de la víctima; hecho exclusivo y determinante de un tercero:

Estas causales de exoneración deben ser exepcionadas por el Estado al defenderse frente a la demanda de indemnización por privación injusta de la libertad, para esto, se hace de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, quienes deberán buscar en cada caso, la configuración de alguno de los eximentes de responsabilidad Estatal.

FALLA PRESUNTA DEL SERVICIO

En este punto medio, convergen conceptos del sistema de falla probada y los régimenes de carácter objetivo. La característica fundamental radica en que la carga probatoria se invierte y recae en cabeza del Estado probar la ausencia de responsabilidad con el objetivo de no soportar la obligación de indemnizar al demandante. Con esto se iguala la fuerza, ya que en el sistema de falla probada, el Estado siendo la parte fuerte, tenía casi garantizado el éxito procesal pues los

requerimientos probatorios eran muy exigentes y en muchas ocasiones su aporte y cumplimiento era casi imposible. A partir de la evidente inequidad procesal en materia probatoria, el Consejo de Estado inicio un importante camino jurisprudencial para corregir y posibilitar procesos de reconocimiento responsabilidad e indemnización a partir de la verdadera justicia. Una liberada de sobrecargas en la parte más débil configurando el sistema de la falla presunta.

Para que se constituya la Falla Presunta se requieren los siguientes elementos constitutivos:

- **La falla del servicio**, como es presunta ya la carga probatoria se dirige a desvirtuarla y está en cabeza del demandado, así las cosas el demandante solamente requiere demostrar que existió un perjuicio y que hay un nexo de causalidad entre tal y un hecho de la administración.

- **Perjuicio**: Este debe ser demostrado y contenerse determinadamente en las pretensiones. El perjuicio puede ser patrimonial o extrapatrimonial.

- **Nexo causal** entre el perjuicio y el hecho de la administración, el demandante en el contenido de la demanda debe determinar claramente esa relación causal.

Causales de Exoneración: Cuando la entidad demandada demuestra que durante la actuación que da lugar a la demanda fue desarrollada de manera prudente y diligente (sujeta a las normas del ejercicio de la actividad Estatal) y que además no fue omisiva (ausencia de la actuación debida) y acredita que se adoptaron todas las medidas y actuaciones necesarias para la actuación específica, no compromete su responsabilidad. También habrá omisión de responsabilidad cuando la parte demandada demuestra que el perjuicio se debe a fuerza mayor ,

culpa exclusiva de la víctima o el hecho exclusivo y determinante de un tercero. Cuando se menciona la fuerza mayor, a diferencia de las exoneraciones civiles, no se aplica tal para el caso fortuito pues este se equipara a la ausencia de culpa y para que se aplique la ausencia de culpa es necesario que se demuestre que la actuación se realizó de la manera prudente y diligente que ya se mencionó.

Con base en lo anterior es fácil comprender por qué al administrador de justicia le corresponde demostrar que la privación injusta de la libertad no se corresponde a una falla presunta del servicio, probando la diligencia, prudencia en su actuar y desvirtuando cualquier omisión de quien haya decretado la medida privativa de la libertad. Esto será posible en mi sentir, si está de acuerdo con los procedimientos y actuaciones que indica la ley 906 de 2004.

5.4 MARCO JURÍDICO

Dentro de nuestra normatividad legal interna, se destacan:

El **Decreto – Ley 2700 de 1991** (anterior Código de Procedimiento Penal), desarrolló el precepto constitucional señalado en el Art. 90 Superior y destacó dos formas de responsabilidad por la actividad judicial:

(i) El Art. 242 señaló que a través de la acción extraordinaria de revisión procedía el error judicial cuando prosperaba dicha acción y devenía la exoneración de responsabilidad; y,

(ii) El Art. 414 fijo los criterios legales de Responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, estableciendo las siguientes causales: *(i)* porque el hecho no existió; *(ii)* el sindicado no lo cometió; o, *(iii)* la conducta no constituía hecho punible, salvo en los casos en que sea la propia víctima la que los haya causado dolo o su culpa grave.

La ley 270 de 1996, estatuaria de la administración de justicia, reguló lo referente a la responsabilidad del Estado, de sus funcionarios y empleados judiciales y consagró tres eventos de responsabilidad del Estado-Juez:

(i) Responsabilidad por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia (art. 69).
(ii) Responsabilidad por el error jurisdiccional (art. 66 y 67).
(iii) Responsabilidad por privación injusta de la libertad (art. 68).

Esta última es el tema del cual me ocuparé, y por ello, debo indicar que en lo relativo a la privación injusta de la libertad, el artículo 68 de la ley 270 de 1996 señaló:

"privación injusta de la libertad. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios."

Indico como en la norma acabada de transcribir el legislador no determinó, como en su momento lo hizo el Decreto Ley 2700 de 1991, los supuestos en que la privación de la libertad se considera injusta; no obstante la Corte Constitucional en su revisión previa de constitucionalidad precisó:

"*…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 libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada, ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria…*

La Corte Constitucional incurrió en una imprecisión al confundir la vía de hecho con la privación injusta de la libertad, pues exige como presupuesto de ésta una decisión abiertamente arbitraria que, inclusive desborda los requisitos establecidos respecto del error judicial, esto es, que la providencia sea contraria a la ley. Por ello, el Consejo de Estado hizo caso omiso de tan inadmisible interpretación, hasta el punto de que en posteriores fallos ha seguido insistiendo en la objetividad de este tipo de responsabilidad, al margen de si la decisión que dió lugar a la privación de la libertad estuvo o no ajustada a la ley.

Luego contamos con la Ley 600 de 2000, por la cual se expidió el Código de Procedimiento Penal que aunque fue derogado por el actual que adoptó el sistema acusatorio, sigue vigente para algunos casos. Derogó en su artículo 535 el Decreto-ley 2700 de 1991, y no reprodujo el contenido del artículo 414 de esta última norma que, como ya se anotó, había consagrado legalmente los presupuestos objetivos

para la procedencia de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad.

No existe ninguna norma equivalente al derogado Art. 414, pero el Art. 356 de la mencionada Ley 600 señala los requisitos para que proceda una medida de aseguramiento de detención preventiva, indicando que se impondrá cuando aparezcan por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso y que no procederá la medida de aseguramiento cuando la prueba sea indicativa de que el imputado pudo haber actuado en cualquier de las causales de ausencia de responsabilidad.

No obstante, debo destacar el Art. 364 de la Ley 600 de 2000 que sobre las medidas de aseguramiento estipula, deben ser informadas a las direcciones de fiscalía pertinentes, por el servidor judicial a quien corresponda y a su vez, al sistema de información de la Fiscalía General de la Nación. Esta disposición permite inferir el interés que tuvo el legislador para llevar un control sobre las medidas de aseguramiento y ejercer una vigilancia en relación con la eventual responsabilidad de la administración por privación injusta de la libertad.

Finalmente, la ley 906 de 2004 que adoptó el actual Código de Procedimiento Penal, mediante el cual se impuso gradualmente el sistema penal acusatorio en todo el territorio nacional, en su artículo 533 trata de la derogatoria y vigencia, al señalar que "*el presente código regirá para los delitos cometidos con posterioridad al 1º de enero del año 2005…"*. En esta nueva ley de enjuiciamiento criminal tampoco se señalan las eventualidades de una privación injusta de la libertad como lo hizo en su momento el Art. 414 del Decreto-Ley 2700 de 1991; pero sí consagra en el Art. 308 los requisitos para que proceda una medida de aseguramiento al indicar que el juez de control de garantías, a petición del Fiscal, la decretará cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados

o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumplan estos requisitos: (i) Que la medida se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia; (ii) Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima; y, (iii) Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

Además, la nueva ley de enjuiciamiento criminal restringe el ámbito en que procede la detención preventiva intramural (en establecimiento carcelario), al ampliar el *quantum punitivo* del delito porque se proceda cuyo mínimo exceda de cuatro (4) años y otra serie de catálogos que por no ser objeto de la materia, debe consultarse expresamente en el artículo 313 del código procesal penal correspondiente (Ley 906 de 2004).

Debo precisar para todos los efectos jurídicos a que haya lugar, que en este momento se encuentran vigentes los dos estatutos procesales penales señalados anteriormente, dependiendo la fecha de comisión de los hechos que sean objeto de investigación y/o juzgamiento.

Denota vital importancia entonces, la consulta a la postura del Consejo de Estado frente a los lineamientos que se deben seguir para establecer la posible responsabilidad el Estado en demandas de Privación injusta de la libertad, sea cual sea la ley procesal que se aplique al caso en concreto, toda vez que aunque en la ley derogada pero vigente para agunos casos, la fijación de medida de aseguramiento requiere menos condiciones; la postura para la declaratoria de responsabilidad no tiene que ver en el cumplimiento o no de los requisitos fijados en uno u otro código procesal, como ya se ha venido explicando.

5.5 MARCO CONTEXTUAL.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD

5.5.1 La libertad personal como principio y derecho fundamental en el Estado de Derecho

La concepción de los derechos Fundamentales se inscribe en el ideario liberal como aquellos que por naturaleza corresponden al hombre de manera individual, razón por la cual el Estado de Derecho se justifica teóricamente como una organización política racional, cuyo fin último consiste en el respeto de la libertad individual, así es como se impone la necesidad de controlar el ejercicio del poder público, implementando una mínima injerencia y limitación del Estado de tales libertades.

Por ello, la libertad personal se constituye en uno de los derechos fundamentales que ameritan mayor protección por parte de los Estados considerados democráticos, lo que explica el catálogo de mecanismos de defensa que tiene este derecho frente al ejercicio punitivo del Estado, no sólo en las normas de derecho interno, en las Constituciones Políticas de los Estados, sino también en el derecho internacional de los derechos humanos.

De ahí la teoría moderna del derecho penal como *última ratio* para la protección de bienes jurídicos en un Estado liberal de derecho, como principio de intervención mínima.

Es entonces la Libertad un valor, un derecho y al mismo tiempo un principio, que se enfrenta constantemente a juicios de valor y procedimientos de ponderación frente a los principios de legalidad y a la ultima ratio no como limitante sino como principio procedimental también.

5.5.2. La detención preventiva

La detención preventiva es una medida cautelar ordenada en el curso de una investigación penal que da lugar a la privación transitoria de la libertad del imputado, con el fin de garantizar su comparecencia al proceso, la ejecución de la pena privativa de la libertad, impedir su fuga o la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir o deformar elementos probatorios importantes para la instrucción, o entorpecer la actividad probatoria.
La detención preventiva de una persona acusada de un delito restringe su derecho a la libertad personal. Esta limitación se justifica en aras de la persecución y la prevención del delito confiado a la autoridad y garantiza el juzgamiento y penalización de las conductas tipificadas en la ley, entre otras cosas para asegurar la comparecencia del acusado al proceso.

La detención preventiva se presume legitima, toda vez que se ampara en el principio de necesidad, mientras se ajuste a los requisitos del artículo 308 de a ley 906 de 2004 y el bloque de Constitucionalidad, para que el operador judicial pueda tener control sobre la conducta del imputado, en aras de la protección de la sociedad y o de la víctima. La permanencia de esta medida, conserva la misma legitimidad hasta que se le desvirtúe, alegándose alguna causal a partir de las misma normativas que le fundamentan.

5.5.3 El Consejo de Estado considera objetiva la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad y la diferencia del error judicial.

La naturaleza de este título de imputación no depende de la ilegalidad de la orden de detención preventiva sino de la absolución posterior del detenido, con fundamento en alguna de las causales contemplada en la norma, esto es, va decantando la jurisprudencia hacia el dicho "preso liberado, preso pagado", en cuanto a que la injusticia de la detención no se deriva de su ilegalidad sino del posterior sobreseimiento o absolución indicativo que la detención preventiva impuesta fue injusta.

Es expresión de esta segunda etapa, entre otras, la siguiente cita jurisprudencial del Consejo de Estado:

> *"(…) Como acertadamente lo señaló el aquo, el artículo 414 del C.P.P. consagra una acción indemnizatoria en contra del Estado a favor de quien ha sido privado injustamente de la libertad, cuando sea exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente por que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituya el hecho punible. Como en el sub- Júdice se determinó la inexistencia del hecho punible, el actor tiene derecho a reclamar del Estado Colombiano una indemnización por los perjuicios sufridos. Este articulo 414 es fiel desarrollo del artículo 90 de la carta política, solo que circunscrito al daño antijurídico proveniente de las precisas circunstancias allí previstas."*

Aparte de la sentencia anterior, se cuentan también con las sentencias del 15 de septiembre de 1994 (Exp. 9391 Actor Alberto Uribe Oñate, ponente Dr. Julio César Uribe Acosta); del 12 de diciembre de 1996 (Expediente 10.299, Actor José Ángel Zabala Méndez); y, del 27 de septiembre de 2001 (Expediente 11.601. Actor

Ana Ethel Moncayo), donde el Consejo de Estado concluyó 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 si en la providencia que ordenó 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.

Es este segundo momento en el que la luz se deja ver para los efectos de la solución a la naturaleza objetiva de la responsabilidad, dejando de lado la equívoca idea de la necesidad de demostrar tal responsabilidad a partir de la actuación del agente judicial en lo relacionado con el proceso como tal, buscando legalidad en el mismo o en el instrumento que le da fin.

El Consejo de Estado trasciende los presupuestos legales del Art. 414 del Decreto Ley 2700 de 1991 para fundamentar la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad en lo reglado por el Art. 90 de la Constitución Política.

En esta construcción jurisprudencial del Consejo de Estado frente al tema objeto de debate, se encuentra que la posición trasciende el contenido del Art. 414 del D. L. 2700, acudiendo a la noción de daño antijurídico que como fundamento general de la responsabilidad patrimonial del Estado establece el Art. 90 Superior, estimando que hay lugar a indemnización en tanto se haya causado un daño antijurídico que se configura cuando una persona es privada de la libertad en desarrollo de un proceso penal y posteriormente es liberado mediante providencia judicial en firme que lo desvincula de dicho proceso.

Hay, entonces, lugar a la indemnización por privación injusta de la libertad cuando, además de los supuestos legales que determinan su desvinculación de una investigación, se prueba la existencia de un daño causado por esa privación, daño que es ineludiblemente antijurídico y debe ser reparado por el Estado.

La sentencia que condenaría al Estado a pagar perjucios por privación injusta de la libertad al actor, contendría entonces claramente 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 devinculación es la que da lugar a la demanda y la que desvirtuadas las causales de exhoneración de responsabilidad da paso a la sentencia condenatoria, al haber sufrido el actor, un perjucio injusto, carga que no esta obligado a soportar.

El sostén jurisprudencial se puede encontrar en la Sentencia del 4 de abril de 2002 del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Expediente 13.606, Consejera Ponente María Elena Giraldo Gómez.

Considero que esta tercera fase jurisprudencial elaborada con base en el Art. 90 Superior, desborda las tres circunstancias referidas en el Art. 414 del D. L. 2700, pues consagra que la responsabilidad del Estado existe cuando se ha causado un daño antijurídico por la privación de la libertad de una persona liberada mediante fallo absolutorio o providencia de preclusión de la instrucción debidamente ejecutoriada. Dicho de otra manera, se radica en el concepto del daño antijurídico, motivo por el que es irrelevante la discusión si la decisión de privación de la libertad fue ilegal o errónea, pues incluso siendo esta legal, puede causar un daño antijurídico.

Ciertamente, ha dicho el Consejo de Estado, la injusticia de la privación de la libertad se valora al margen de la licitud o ilicitud de la decisión que le sirve de fundamento, pues esta se hace evidente con la decisión definitiva de carácter absolutorio.

Esta según mi consideración corresponde a la última posición jurisprudencial del Consejo de Estado al estimar que el juez administrativo debe velar, desde una óptica reparatoria, por los derechos de libertad en todas y cada una de sus ricas y múltiples facetas, y no sólo bajo el concepto importantísimo pero limitado, de la privación intramural, las decisiones en sede de reparación directa deben adoptarse ante la ausencia de regulaciones legales, en consonancia con los textos constitucionales que contengan verdaderas soluciones pretorianas. Sólo así será posible dar una genuina aplicación al artículo 90 Constitucional, pues sin lugar a duda, esta norma superior es un eficaz catalizador de los principios y valores que sirven de orientación política de nuestro Estado Social de Derecho y que deben irradiar todo nuestro sistema jurídico; catálogo axiológico dentro del cual ocupa especial importancia la garantía de la libertad.

La decisión respecto de la responsabilidad Estatal debe ser el resultado del tamizaje de los hechos con lo contenido en el art 90 de la Carta Política, para que la ponderación de los valores libertad, justicia, necesidad, ultima ratio y demás fundamentos involucrados en los casos de privación injusta de la libertad den como resultado no una obervancia subjetiva sino absolutamente objetiva de los hechos y la responsabilidad misma. Pero de acuerdo a los contenidos normativos vacilantes, el jusgador Administrativo deberá alimentarse obligatoriamente de las decisiones jurisprudenciales de las sentencias de unificación del Consejo de Estado. Hecho este que determina la importancia de esta investigación.

Muy elocuente resulta para respaldar esta última fase jurisprudencial, la reciente sentencia del 6 de marzo de 2008 del CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C. P. Ruth Stella Correa Palacio, Rad. No 73001-23-31-000-1997-05503-01(16075), Actor Álvaro Delgado Cruz, cuando hubo de expresar entre otras importantes consideraciones que se observa que la responsabilidad se extiende a los casos en que la medida cautelar no es privativa de la libertad en centro de reclusión; sino que también se aplica a cualquier afectación de los derechos el impetrado. Afectación esta que genera un perjuicio que la generalidad de las personas no están obligadas a soportar y que por tanto el actor tampoco debía padecer.

Las anteriores posiciones jurisprudenciales constatan que el alto tribunal no permaneciendo en una sola línea, sino que ha avanzado en la comprensión menos restrictiva de el reconocimiento de la responsabilidad Estatal en los caso de privación injusa de la libertad, en aras, sigo considerando, de aplicar la justicia cuando un sujeto ha debido soportar el desmedido peso de los operadores de la misma, sufriendo vulneración en su derecho fundamental a la libertad en medio de un proceso penal que termina en sentencia absolutoria o en preclusión.

Para el periódo que atañe a esta investigación, sirven de fuente algunas sentencias que deciden en su parte resolutiva acceder a las peticiones de los demandantes y declarar responsable a instituciones Estatales por la privacion injusta de la libertad.

Sentencia del 19 de Diciembre e 2017, Magistrado ponente, Guillermo Sánchez Luque. En apartados de su parte considerativa esgrime que *"La privación injusta de la libertad como escenario de responsabilidad está regulada en la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, en el artículo 68 que establece que quien haya sido privado de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios. La jurisprudencia tiene determinado, a partir de una interpretación del artículo 90 de la Constitución Política, que cuando una persona*

privada de la libertad sea absuelta (i) porque el hecho no existió, (ii) el sindicado no lo cometió, o (iii) la conducta no constituía hecho punible, se configura un evento de detención injusta en virtud del título de imputación de daño especial, por el rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas". A estas hipótesis, la Sala agregó la aplicación del principio in dubio pro reo, con fundamento en la misma cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado del artículo 90 CN. La privación de la libertad en estos casos se da con pleno acatamiento de las exigencias legales, pero la expedición de una providencia absolutoria, pone en evidencia que la medida de aseguramiento fue injusta y la persona no estaba obligada a soportarla. NOTA DE RELATORÍA**:** En relación con la responsabilidad patrimonial del Estado en caso de privación injusta de la libertad, consultar providencias de 2 de junio de 2007, Exp. 15463, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; de 17 de octubre de 2013, Exp. 23354, C.P. Mauricio Fajardo Gómez."

"Si el procesado es exonerado por cualquier causa distinta de las mencionadas, la reparación solo procederá cuando se acredite que existió una falla del servicio al momento de decretarse la medida de aseguramiento, es decir, que no se cumplían los requisitos legales para la restricción de la libertad."

Sentencia del 12 de Octubre de 2017, Magistrado ponente Carlos Alberto Zambrano Barrera. *"Respecto de las normas transcritas, la Sala ha considerado en varias oportunidades que, a pesar de la entrada en vigencia de la Ley 270 de 1996, cuando una persona privada de la libertad es absuelta por alguna de las circunstancias previstas en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, se configura un evento de detención injusta y, por tanto, procede la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado, en virtud del artículo 90 de la Constitución Política"*

Respecto de las normas transcritas, la Sala ha considerado en varias oportunidades que, a pesar de la entrada en vigencia de la Ley 270 de 1996, cuando una persona privada de la libertad es absuelta por alguna de las circunstancias

previstas en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, se configura un evento de detención injusta y, por tanto, procede la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado, en virtud del artículo 90 de la Constitución Política.

Al respecto, en sentencia de 2 de mayo de 2007, precisó:

"Como corolario de lo anterior, ha de entenderse que la hipótesis precisada por el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, en la cual procede la declaratoria de la responsabilidad extracontractual del Estado por detención injusta, en los términos en que dicho carácter injusto ha sido también concretado por la Corte Constitucional en el aparte de la sentencia C-036 (sic) de 1996 en el que se analiza la exequibilidad del proyecto del aludido artículo 68 —y que se traduce en una de las diversas modalidades o eventualidades que pueden generar responsabilidad del Estado por falla del servicio de Administración de Justicia—, esa hipótesis así precisada no excluye la posibilidad de que tenga lugar el reconocimiento de otros casos en los que el Estado deba ser declarado responsable por el hecho de haber dispuesto la privación de la libertad de un individuo dentro del curso de una investigación penal, siempre que en ellos se haya producido un daño antijurídico en los términos del artículo 90 de la Constitución Política."

"En la actualidad y para aquellos casos en los cuales resulta aplicable el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, por haberse configurado la libertad de una persona bajo los supuestos previstos en dicha norma, la Sala ha venido acogiendo el criterio objetivo, con fundamento en que la responsabilidad del Estado se configura cuando se ha causado un daño antijurídico por la privación de la libertad de una persona a quien se le precluye la investigación o es absuelta 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."

Igualmente, la Sala ha precisado que el daño también puede llegar a configurarse en aquellos eventos en los que la persona privada de la libertad es exonerada por razones distintas a las causales previstas por el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal. Así ocurrió, por ejemplo, en sentencia de 20 de febrero de 2008, donde se declaró la responsabilidad de la Administración por la privación injusta de la libertad de una persona que fue exonerada en el proceso penal por haberse configurado una causal de justificación de estado de necesidad.

En sentencia del 21 de septiembre de 2016, Magistrado ponente, Carlos Alberto Zambrano Barrera. *"A pesar de la entrada en vigencia de la Ley 270 de 1996, cuando una persona privada de la libertad es absuelta por alguna de las circunstancias previstas en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, se configura un evento de detención injusta y, por lo tanto, procede la declaratoria de la responsabilidad extracontractual del Estado, en virtud del artículo 90 de la Constitución Política. (…) las hipótesis establecidas en el artículo 414 antes citado, al margen de su derogatoria, continúan siendo aplicables a hechos ocurridos con posterioridad a su vigencia, sin que ello implique una aplicación ultractiva del citado precepto legal, sino de los supuestos que se regulaban de manera específica en el mismo, pues, en virtud del principio iura novit curia, el juez puede acoger criterios de responsabilidad objetiva o subjetiva para respaldar su decisión (…)* "

"En torno a la privación injusta de la libertad varias han sido las líneas jurisprudenciales de la Sección Tercera de esta Corporación: una primera, que podría calificarse de restrictiva, parte del entendido de que la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad de las personas se fundamenta en el error judicial, que se produce como consecuencia de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, previa valoración, seria y razonada, de las distintas circunstancias del caso. En ese sentido, la responsabilidad del Estado subyace como consecuencia de un error ostensible del juez, que causa perjuicios a sus coasociados. Posteriormente, se dice que la

investigación de un delito, cuando medien indicios serios contra una persona sindicada de haberlo cometido, es una carga que todas las personas deben soportar por igual, de manera que la absolución final no es indicativa de que hubo algo indebido en la detención. Una segunda línea entiende que, en los tres eventos previstos en el artículo 414 del C.P.P. -absolución cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible-, la responsabilidad es objetiva, por lo que resulta irrelevante el estudio de la conducta del juez para tratar de definir si éste incurrió en dolo o culpa. Se consideró que, en tales eventos, la ley presume que se presenta una privación injusta de la libertad y que, en aquellos casos no subsumibles en tales hipótesis normativas, se debe exigir al demandante acreditar el error jurisdiccional derivado no sólo del carácter "injusto" sino "injustificado" de la detención".

*"En el marco de esta segunda línea, el artículo 414 del derogado Código de Procedimiento Penal contenía dos preceptos: el primero, previsto en su parte inicial, señalaba que "quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios", disposición que vendría a constituir una suerte de cláusula general de responsabilidad del Estado por el hecho de la privación injusta de la libertad, la cual requiere su demostración bien por error o bien por ilegalidad de la detención; el segundo, en cambio, tipificaba los tres precitados supuestos -absolución cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible –, los cuales, una vez acreditados, dan lugar a la aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva, evento en el que no es menester demostrar la ocurrencia de error judicial o de ilegalidad en la adopción de la medida privativa de la libertad".*NOTA DE RELATORIA: Sobre la irrelevancia de estudiar la conducta del juez para tratar de definir si éste incurrió en dolo o culpa, consultar sentencia de 15 de septiembre de 1994, exp. 9391. En relación con la acreditación del error jurisdiccional derivado no sólo del carácter "injusto" sino "injustificado" de la detención, ver sentencia de 17 de noviembre de 1995, exp. 10056.".

"Una tercera tendencia jurisprudencial morigera el criterio absoluto conforme al cual la privación de la libertad es una carga que todas las personas deben soportar por igual, pues ello implica imponer a los ciudadanos una carga desproporcionada; además, amplía, en casos concretos, el espectro de responsabilidad por privación injusta de la libertad, fuera de los tres supuestos de la segunda parte del artículo 414 del citado código y, concretamente, a los eventos en que el sindicado sea exonerado de responsabilidad en aplicación del principio universal del in dubio pro reo."

Conforme a esta última y novedosa fase jurisprudencial, se podría concluir que definitivamente la tesis predominante es la que considera que esta es una forma de responsabilidad objetiva del Estado y que el fundamento de la responsabilidad por privación injusta de la libertad no lo constituye el cuestionamiento a la legalidad de la decisión que ordena la detención, sino la demostración que esta medida era inmerecida o equivocada que se evidencia con la absolución posterior del aforado. Es más, la solución pretoriana va más allá para significar que hasta las medidas cautelares diferentes a la privación de la libertad, también quedan cobijadas bajo este molde jurisprudencial, tal como lo reseño en la anterior trascripción.

6. DISEÑO METODOLOGICO:

El método utilizado para realizar este trabajo, fue de tipo Histórico Jurídico usando el método deductivo de conocimiento para analizar la jurisprudencia del Consejo de Estado. Se aplicó ingeniería de reversa a partir de sentencia arquimédica que remitió a las demás sentencias de las que se deducen las posturas del Consejo de Estado respecto al tema de análisis.

7. RESULTADOS

Sobre privación injusta de la libertad como generadora de perjuicios y causal de demandas administrativas, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha sido fuente jurisprudencial evolutiva, iniciando con una tesis restrictiva de carácter subjetiva, en la que reconoce la obligación del Estado de indemnizar los perjuicios cuando tal privación de la libertad haya sido producto de una “falla del servicio judicial” esto es que por decisión judicial a la persona se le haya vulnerado injustamente su derecho a la libertad, esto se ajustaba a lo que la Constitución antecedente de la de 1991 contenía al respecto.

La segunda tesis en la línea jurisprudencial es de tipo objetiva y se fundamenta en el artículo 414 del código penal de 1991, y de acuerdo a este, para el cuerpo colegiado, la indemnización procede cuando el hecho encuadre en una de las tres causales que el enunciado normativo determina, cuales son, que se decrete absolución porque el sindicado no cometió el hecho, que el hecho no existió o que no constituía delito, en este sistema, sin importar de manera alguna el actuar del funcionario judicial pues lo que se pretende no es verificar solo o culpa de su parte; en este sistema el demandante tenía la carga probatoria y tenía que demostrar el error judicial sobre la base del injusto de la detención (el no cumplimiento de los requisitos del art 414);

La tercera, que se considera de carácter amplio, determina que la responsabilidad del Estado en demandas por privación injusta de la libertad no se establece de manera limitada por el cumplimiento de alguno de los tres supuestos del mencionado artículo 414, sino que hace viable tal responsabilidad cuando el sindicado es absuelto en aplicación al principio “indubio pro reo”. Finalmente el Consejo de Estado estableció un cuarto sistema en el que dejando de lado el

análisis de cualquier error en el actuar del funcionario judicial y alejándose de la limitación enumerativa de los requisitos contenidos en el artículo 414 del derogado Código de Procedimiento Penal o de la aplicación del indubio pro reo, determinó que cualquier proceso de investigación penal en el que se haya privado de la libertad al sindicado y que este no sea condenado, dará lugar a la declaración de la responsabilidad Estatal y abrirá las puertas a la obligación del Estado de reparar el perjuicio causado por una detención injusta.

Si bien es cierto 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 de mayor protección en el Estado Social de Derecho.

Es oportuno recalcar que la sanción reparatoria de la sentencia condenatoria por responsabilidad frente a la privación injusta de la libertad no deslegitima ni el actuar del agente judicial, ni el proceso judicial en si mismo; sino que establece la configuración de un perjuicio o afectación injusta, en la medida en que los ciudadanos no están obligados a soportar la vulneración de sus libertades personales en el desarrollo de los procesos judiciales que tienen como desenlace la desvinculación o absolución del procesado.

En principio el Régimen aplicable es el objetivo, así lo ha precisado la Subsección del Consejo de Estado, por lo que no es necesario establecer si hubo falla en la Prestación del servicio.

De manera que no se tendrá en cuenta que la declaratoria de responsabilidad por privación injusta provenga de la ilegalidad, falla o yerro en la decisión que ordena la privación preventiva de la libertad, sino que se fundamentará en el

sobreseimiento a posteriori, por lo que no es necesario realizar un análisis de la actuación defectuosa de las entidades demandadas, sino que basta con verificar si:

- Se impuso en contra de los accionantes una medida restrictiva de la libertad en el marco de un proceso penal
- El proceso culminó con decisión favorable a la inocencia.
- El daño y los consecuentes perjuicios surgidos de la restricción de la libertad originan obligación de reparar.

Sobre el particular, la jurisprudencia de las diferentes subsecciones de la Sección Tercera no ha sido pacífica. Recientemente se han conocido sentencias en las que se aplica el régimen subjetivo bajo el título de imputación de falla del servicio, donde incluso, en algunos casos, se ha exonerado de responsabilidad al Estado por "culpa exclusiva de la víctima", aun cuando los procesos penales han terminado con absolución.

Esto indica, que el análisis del tema de la referencia es tan amplio que se vislumbran futuras sentencias hito, con posiciones más específicas y enriquecedoras para la solución de los casos en que se demande del Estado la reparación por la limitación de los derechos, sobretodo el de la libertad, de quien se ha visto vinculado a una investigación criminal y que termina siendo exonerado de responsabilidad bien sea por desvinculación anticipada a sentencia o por la sentencia absolutoria resultante del proceso penal.

8. CONCLUSIONES

Se puede resumir la tendencia jurisprudencial del Consejo de Estado Sección tercera sobre la Responsabilidad Estatal en casos de Privación injusta de la libertad con los siguientes conceptos a saber:

1. Exoneración de responsabilidad estatal en casos de Privación Legal y justa de la libertad, cuando por captura legal y con la verificación de los supuestos requeridos para decretar la medida de aseguramiento privativa de la libertad esta es impuesta y hay una posterior condena del indiciado.

2. Responsabilidad Estatal por falla del servicio, por ejemplo cuando sin la observancia de los requisitos legales, se impone medida preventiva privativa de la libertad. Esto considera defectuoso el funcionamiento de los entes judiciales.

3. Responsabilidad estatal a título de falla del servicio o daño especial, cuando se absuelve al indiciado por no haber cometido el delito, por no haber existido el ilícito o por no constituirse en delito la acción investigada, después de haber permanecido privado de la libertad. Privación esta que se considera una carga que no debía soportar.

4. Responsabilidad Estatal a causa de Privación Legal e injusta: El juez impone la medida de aseguramiento privativa de la libertad con total observancia de los requisitos legales, pero con el resultado de absolución del indiciado por no poder probarse su responsabilidad en la acción investigada.

9. RECOMENDACIONES

La sujeción de los procedimientos legales a los principios fundamentales del Derecho son la vía más segura para evitar fallas o vulneraciones de derechos que a posteriori generen la obligación Estatal de asumir responsabilidades y reparar daños por vía de indemnización de perjuicios, bien sean estos patrimoniales o extrapatrimoniales.

Los sujetos procesales siempre esperan el menor desgaste y más si se trata del sujeto pasivo de un proceso penal, quien espera la aplicación más justa de los principios y garantías. Asì las cosas, no será paciente frente a excesos o errores que le signifiquen soportar cargas que el conglomerado social no está en obligación de soportar. El ente acusador debe restringirse a la aplicación estricta de las medidas que limiten los derechos fundametales conforme a los requisitos normativos y a la sujeción rigorosa de los principios que los protegen.

Podría presumirse desconocimiento o falta de capacitación de los funcionarios judiciales, de tal manera que la recomendación principal consistiría en la implementación de capacitaciones, actualizaciones de los tales en los temas que les preparen para actuar diligente, cuidadosa y oportunamente con atención a la protección de los derechos fundamentales del indiciado, a fin de observar el régimen de responsabilidad objetiva, prevenir el daño antijurídico y disminuir los índices de demandas y condenas de responsabilidad Estatal por causa de la Privación injusta de la libertad. La disminunción de estos procesos y condenas se traducirá en menor gasto de los recursos Estatales para asumir las indemnizaciones y podrán usarse más provechosamente en inversión social.

La recomendación es también un cambio de cultura en los funcionarios judiciales, para que prevengan los mencionados daños antijurídicos como el de la privación injusta de la libertad, haciendo uso de las otras medidas de aseguramiento, es dejar atrás la cultura carcelaria que entre otras cosas ha generado saturación de los centros penitenciarios más allá de su capacidad.

10. BIBLIOGRAFÍA:

BERMÚDEZ, Martín. *Privación injusta de la libertad*. Ediciones Librería del Profesional en 1998.

SERRANO ESCOBAR, Luís Guillermo. *Responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad.* Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá, 2005.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Tratado de Derecho Administrativo*, cuatro tomos, Universidad Externado de Colombia, tercera reimpresión, Bogotá, 2007.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo,* Dos Tomos, Décima Edición, Editores Thomson Civitas, Decimotercera edición, Madrid, 2006.

OSUNA PATIÑO, Néstor Iván, *Apuntes sobre el concepto de Derechos Fundamentales*, Temas de Derecho Público No. 37, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad Externado de Colombia, reimpresión, septiembre de 1997

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD, artículo de los profesores Ricardo Hoyos Duque. María Victoria Zambrano, Luís Fernando Jaramillo Bedoya de la Universidad Militar Nueva Granda, publicado en la Revista PROLEGÓMENOS, Derechos y Valores, Volumen IX, No. 17, Enero-Junio de 2006.

Jurisprudencia del Consejo de Estado: entre otras, sentencias del 4 de diciembre de 2006, Consejo Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, Expediente 13168; sentencia de 5 de diciembre de 2007. Expediente 15128, C. P. Ramiro Saavedra Becerra; y del 5 de diciembre de 2002, Expediente 15128, C. P. Ramiro Saavedra Becerra; Sección Tercera, C. P. Ruth Stella Correa Palacio, sentencia del 6 de marzo de 2008, Rad. No 73001-23-31-000-1997-05503-01(16075), actor: Álvaro Delgado Cruz.