



**¿ES REALMENTE OBJETIVA LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO
FRENTE A LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD EN COLOMBIA?**

**JUAN PABLO GUIO MONJE
LUZ ANGELINA QUINTERO CHARRY
MARIO CESAR TEJADA GONZALEZ**

**UNIVERSIDAD LIBRE
FACULTAD DE DERECHO
INSTITUTO DE POSGRADOS
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTÁ, D. C.
2012**

Nota de Aceptación

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Bogotá D. C.

AUTORIDADES ACADÉMICAS
UNIVERSIDAD LIBRE

<i>Fundador:</i>	<i>General Benjamín Herrera</i>
<i>Presidente Nacional:</i>	<i>Dr. Luis Francisco Sierra</i>
<i>Rector Nacional</i>	<i>Dr. Nicolás Enrique Zuleta Hincapié</i>
<i>Censor Nacional</i>	<i>Dr. Antonio José Lizarazo Ocampo</i>
<i>Secretario General</i>	<i>Dr. Pablo Emilio Cruz Samboni</i>
<i>Presidente Seccional</i>	<i>Dr. Eurípides de Jesús Cuevas</i>
<i>Rector Seccional</i>	<i>Dr. Fernando Dejanón Rodríguez</i>
<i>Decano</i>	<i>Dr. Jesús Hernando Álvarez Mora</i>
<i>Secretario Académico:</i>	<i>Dr. Álvaro Aljure Moreno</i>
<i>Director Instituto de Posgrados</i>	<i>Dr. Carlos Bernardo Medina Torres:</i>
<i>Coordinador Derecho Administrativo</i>	<i>Dra. Mhimy del Pilar Guerrero</i>
<i>Director de Monografía</i>	<i>Dr. Ciro Nolberto Güecha Medina</i>

DEDICATORIA DE

MARIO CESAR TEJADA GONZALEZ

*A mi esposa y a mis hijos, que con tanta paciencia soportaron estos años de
investigación.*

*DEDICATORIA DE
LUZ ANGELINA QUINTERO
A mi esposo, compañero fiel en todo este proceso.*

*DEDICATORIA DE
JUAN PABLO GUIO MONJE*

A mis padres, quienes hicieron posible que este sueño se realizara.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I

1. PROBLEMA, JUSTIFICACIÓN Y OBJETIVOS

1.1. EL PROBLEMA

1.1.1. Descripción del problema

1.1.2. Formulación del problema

1.2. JUSTIFICACIÓN

1.3. OBJETIVOS

1.3.1. Objetivo General

1.3.2. Objetivos específicos

CAPITULO II

2. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

2.1. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL Y SU EVOLUCIÓN EN EL CONTEXTO COLOMBIANO

2.1.1. Responsabilidad extracontractual

2.1.2. Antecedentes Generales

2.1.3. Antecedentes en Colombia

2.2. CONSTITUCIÓN DE 1991 Y EL DAÑO ANTIJURÍDICO

2.2.1. Daño antijurídico

2.2.2. Imputabilidad

2.3. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA ESTATAL

2.3.1. Daño especial

2.3.2. Riesgo excepcional

2.3.3. Expropiación y ocupación de inmuebles en caso de guerra

- 2.3.4. Almacenaje de mercancías
- 2.4. RESPONSABILIDAD SUBJETIVA ESTATAL
 - 2.4.1. Falla del servicio
 - 2.4.1.1. No prestación del servicio
 - 2.4.1.2. Tardía prestación del servicio
 - 2.4.1.3. Deficiente o indebida prestación del servicio
 - 2.4.1.4. Falla Probada
 - 2.4.1.5. Falla presunta
 - 2.4.1.6. Falla anónima
 - 2.4.1.7. Falla Simple y Grave
 - 2.4.1.8. Falla Relativa
- 2.5. EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD
 - 2.5.1. Fuerza Mayor y Caso Fortuito
 - 2.5.2. Culpa exclusiva de la víctima
 - 2.5.3. Hecho determinante de un tercero
- 2.6. RESPONSABILIDAD POR LA ACTIVIDAD JUDICIAL

CAPITULO III

3. PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

- 3.1. JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO
 - 3.1.1. Primera interpretación
 - 3.1.2. Segunda interpretación
 - 3.1.3. Tercera interpretación
 - 3.1.4. Cuarta interpretación
 - 3.1.5. Quinta interpretación
 - 3.1.6. Expedición de la Ley 270 de 1996 estatutaria de la administración de justicia - análisis previo por parte de la corte constitucional

- 3.1.7. Interpretación del Consejo de Estado en vigencia de la ley 270 de 1996 estatutaria de la administración de justicia
- 3.1.8. Interpretación durante los años 2006 a 2009
- 3.1.9. Situación actual
 - 3.1.9.1. Responsabilidad objetiva plena
 - 3.1.9.2. Responsabilidad objetiva condicionada
 - 3.1.9.3. Responsabilidad subjetiva

CAPITULO IV

4. LA PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD EN COLOMBIA: UN CRITERIO DE RESPONSABILIDAD SUBJETIVA

- 4.1. PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD PERSONAL
- 4.2. CONDICIONES O REQUISITOS PARA LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD – DETENCIÓN PREVENTIVA
 - 4.2.1. Decreto Ley 2700 de 1991
 - 4.2.2. Ley 600 de 2000
 - 4.2.3. Ley 906 de 2004
- 4.3. LEGALIDAD E ILEGALIDAD EN LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD
 - 4.3.1. Privación Ilegal
 - 4.3.2. Privación Legal
- 4.4. JUSTA O INJUSTA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD
- 4.5. APLICACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SUBJETIVA FRENTE A LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD EN COLOMBIA
 - 4.5.1. Responsabilidad subjetiva
 - 4.5.2. Responsabilidad objetiva
 - 4.5.2.1. Inexistencia del hecho
 - 4.5.2.2. No comisión del delito por parte del sindicado

- 4.5.2.3. Atipicidad de la conducta
- 4.5.2.4. Absolución por aplicación del in dubio pro reo
- 4.5.2.5. Declaratoria del habeas corpus a favor del detenido
- 4.5.3. Planteamiento de una posición Mixta
- 4.5.4. Otras Absoluciones penales
- 4.6. LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD EN COLOMBIA
FRENTE A LOS EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD
- 4.6.1. Fuerza mayor
- 4.6.2. Culpa Exclusiva de la Víctima
- 4.6.3. Hecho determinante de un tercero

CAPITULO V

5. RECOMENDACIONES

- 5.1. LA IMPORTANCIA DE LA EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO COLOMBIANO AL ABORDAR EL ESTUDIO DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD
- 5.2. PARA LA DEFINICIÓN DE CASOS DE PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD, LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA DEBE BUSCAR EN PRINCIPIO LA EXISTENCIA DE ILEGALIDAD DE LA MEDIDA
- 5.3. APLICACIÓN DE DE UNA TEORÍA UNIFICADA POR PARTE DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA FRENTE AL TEMA DE RESPONSABILIDAD ESTATAL POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LBERTAD
- 5.4. SENDERO A TOMAR POR PARTE DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

- 5.4.1. Detenciones injustas acontecidas entre el 1 de julio de 1992 y el 23 de julio de 2001
- 5.4.2. Detenciones injustas acontecidas a partir del 23 de julio de 2001.
- 5.4.3. Expedición del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – Ley 1437 de 2011

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

Dentro del Estado social de derecho¹, en el cual se encuentra inmerso el Estado Colombiano, existen unas cargas que todos sus integrantes debemos soportar, tal es el caso de la detención personal en virtud de una investigación judicial, pues es la misma sociedad la que impone al conglomerado ciertos comportamientos en aras de proteger la comunidad y el interés general, por ende, no podría existir responsabilidad estatal² cuando en desarrollo de las cargas impositivas que la sociedad previamente a definido, se detenga una persona mientras se adelanta el trámite investigativo.

Bajo esta premisa, deberá surgir responsabilidad estatal cuando la detención resulte siendo *injusta* porque generó en el individuo objeto de la medida un daño que no estaba en la obligación de soportar, daño también denominado antijurídico³, que fue constitucionalizado en Colombia a partir del artículo 90 de la carta suprema de 1991.

¹ República de Colombia, Constitución Nacional de 1991, artículo 1. (...) *Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.* (...)

² República de Colombia, Constitución Nacional de 1991, artículo 90. (...) *El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.* (...)

³ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. *Curso de Derecho Administrativo. Tomo II.* Bogotá - Lima: Editorial Temis Palestra, 2008, pp 361.

Basados en lo anterior, el problema a desarrollar en este trabajo de investigación, gira en torno a determinar si el tipo de responsabilidad patrimonial aplicable al Estado colombiano, en casos de privación injusta de la libertad, debe ser objetiva, conforme lo ha venido planteando en los últimos años el Consejo de Estado Colombiano, o si por el contrario al presentarse estos eventos se deberá aplicar el criterio subjetivo de responsabilidad.

Describir el fundamento constitucional y legal de la responsabilidad patrimonial del estado colombiano; identificar la evolución de la línea jurisprudencial del Consejo de Estado – Sección Tercera frente a la responsabilidad patrimonial del Estado con ocasión a la privación injusta de la libertad 2000 – 2010 y determinar el alcance del concepto de injusticia en casos de privación de la libertad, fueron nuestros interrogantes principales, los que una vez desarrollados nos permitieron finalmente establecer que en los casos de privación injusta de la libertad en Colombia se hace necesario aplicar un criterio mixto de responsabilidad estatal, en donde se parta, por regla general, de la búsqueda de la falla de la administración de justicia y solo en casos específicos se aplique el criterio de responsabilidad objetiva.

Cada uno de los objetivos específicos planteados en procura de desarrollar el objetivo general fueron abordados y resueltos a través de los métodos histórico – descriptivo; descriptivo - documental y propositivo, respondiendo de esta manera cada uno de los interrogantes de investigación, extrayendo el sustento teórico de la legislación, la doctrina y la jurisprudencia, primordialmente esta última emitida por el Consejo de Estado.

En el primer capítulo de la obra se hace una especial referencia a problemática planteada, los objetivos emprendidos y la justificación en el propósito de investigación lo que permite al lector establecer de forma concreta la temática a desarrollar en el transcurso del trabajo investigativo, permitiendo contrastar lo propuesto con lo efectivamente desarrollado en las páginas siguientes.

El primer objetivo específico propuesto fue tratado y estudiado en el segundo capítulo de la monografía el cual denominamos *“Responsabilidad patrimonial del Estado”*. En este acápite se analizó todo el esquema de responsabilidad extracontractual del estado de manera genérica y, especialmente aplicado al caso colombiano, desde la expedición de la Constitución Nacional en el año de 1991. De igual manera se hace un recuento de los criterios de responsabilidad objetiva y subjetiva, exponiendo sus características, títulos de imputación y notas principales. Por último se hace referencia a las causales eximentes de responsabilidad, tales como la Fuerza Mayor; la culpa exclusiva de la víctima y el hecho exclusivo del tercero.

En el capítulo tercero es abordado el segundo objetivo específico planteado el cual se tituló *“Privación Injusta de la Libertad a la luz de la Jurisprudencia Colombiana”*. Allí se hace un recorrido histórico descriptivo de las diferentes interpretaciones que sobre el particular han surgido en Colombia, especialmente desde el seno del Consejo de Estado. Se identifican y precisan cada una de las etapas de interpretación jurisprudencial del máximo órgano de la justicia contenciosa, puntualizando el criterio de responsabilidad aplicable en cada una de dichas lapsos. En este capítulo se abordan también, las diversas posturas jurisprudenciales que surgieron en el contexto jurídico con la expedición de la Ley 270 de 1996 o Estatutaria de la

Administración de Justicia y el desaparecimiento del Código de Procedimiento Penal de la época o Decreto 2700 de 1991. Finalmente se precisa la postura jurisprudencial actual, que encuentra su mayor sustento en los pronunciamientos de la Sección Tercera del Consejo de Estado durante los años 2006 al 2009, en donde se puede observar que la tesis objetiva de responsabilidad marca la pauta a la hora de fallar conflictos provenientes de la privación injusta de la libertad.

Nuestros dos últimos objetivos específicos, consistentes en Determinar el alcance del concepto de injusticia en casos de privación de la libertad y Establecer un criterio de responsabilidad extracontractual estatal, jurídicamente aceptable, frente a la privación injusta de la libertad, fueron desarrollados de manera amplia en el cuarto acápite denominado *“La privación injusta de la responsabilidad en Colombia: Un criterio de responsabilidad subjetiva”*. En este segmento se analizan los requisitos que el ordenamiento colombiano ha exigido desde el año de 1991 para privar a las personas de su libertad en virtud de las investigaciones penales que adelanta la administración de justicia. Se pudieron identificar los condicionamientos exigidos por los diferentes códigos de procedimiento penal vigentes a través del tiempo desde el Decreto Ley 2700 de 1991 hasta el actualmente vigente Ley 906 de 2004. El tema de la injusticia en la privación de la libertad se analizó desde dos ejes principales, la legalidad y la ilegalidad de la medida, concluyéndose que siempre que se concluya la ilegalidad de la privación podremos afirmar que se ha tornado injusta y que solo de manera excepcional en determinados eventos podrá hablarse de injusticia cuando la medida ha cumplido con todas las ritualidades legales. Se analizan igualmente la procedencia de los eximentes de responsabilidad frente a la privación injusta de la libertad, determinándose que cada uno de ellos resulta aplicable, si se cumplen sus requisitos. Ya para finalizar este

segmento, pudimos concluir como criterio aplicable a la tema de responsabilidad por privación injusta en Colombia, una posición mixta que encuentra su principal sustento en la aplicación de la Teoría Subjetiva, bajo el entendido que el juez administrativo al efectuar el juicio de reparación directa deberá buscar en principio, la existencia de una falla o falta de la administración, y solamente en los eventos en que el hecho no existió; la conducta no constituía delito; el investigado no lo cometió; se presentó absolución por aplicación de la duda en favor del sindicado o se comprobó la existencia de un fallo previo de Habeas Corpus deberá aplicar, sin mayores análisis, la Teoría Objetiva de responsabilidad.

Al finalizar la obra se plantean unas recomendaciones encaminadas a resolver la problemática que vive el país respecto de las detenciones injustas acontecidas entre el 1 de julio de 1992 y el 23 de julio de 2001, periodo en el cual estuvo vigente el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, el cual consagraba de manera expresa un criterio de responsabilidad objetivo aplicable a las detenciones injustas. Sobre este particular se recomienda que la justicia contenciosa continúe aplicando tal disposición, a pesar de haberse expedido la Ley 270 de 1996, en virtud a la especificación taxativa de las causales de responsabilidad objetiva sobre el particular. De otro lado, se recomienda a la judicatura que para las privaciones injustas ocurridas después de la entrada en vigencia de la Ley 600 de 2000, es decir a partir del 23 de julio de 2001 se aplique la posición mixta aquí esbozada, en donde se analice, en principio, la posible responsabilidad por falta o falla y en eventos precisos aplique el criterio objetivo.

CAPITULO I

1. PROBLEMA, JUSTIFICACION Y OBJETIVOS

1.1. EL PROBLEMA

1.1.1. Descripción del problema.

Como consecuencia de la séptima papeleta promovida principalmente por los estudiantes del país y que fuera incluida en las elecciones presidenciales de 1990, se dispuso la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente que arrojó como resultado la benemérita constitución política de 1991, de la cual a través de su artículo 90 se desprende el principio general de responsabilidad patrimonial de estado, cimentado en la noción de daño antijurídico, entendido este como aquel que la víctima no se encuentra en la obligación de soportar y que abarca tanto la responsabilidad contractual como extracontractual, dentro de la cual se encuentra la responsabilidad estatal derivada de la inadecuada administración de justicia.

Tal precepto impregnó el estatuto punitivo, por lo que el Decreto – Ley 2700 de 1991, anterior Código de Procedimiento Penal⁴ estableció dos formas de responsabilidad patrimonial derivada de la actividad judicial, a saber:

⁴ Con posterioridad a este han regido en el país otros dos Códigos de Procedimiento Penal, por una parte la Ley 600 de 2000 y en la actualidad Ley 906 de 2004.

- Responsabilidad del Estado por error judicial derivado de la exoneración de responsabilidad penal a través de la acción de revisión (art. 242).
- Responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad (art. 414).

Esta última forma de responsabilidad del Estado es consecuencia de los daños producidos con la prisión provisional, cuando deviene injustificada por exoneración posterior del detenido por cualquiera de las siguientes causales: porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no constituía hecho punible, salvo en los casos en que sea la propia víctima la que los haya causado por su dolo o su culpa grave⁵.

Por su parte, la ley estatutaria 270 de 1996 “por medio de la cual se consagro tres tipos o eventos de responsabilidad estatal derivados del i) defectuoso funcionamiento de la administración de justicia (art. 69) ii) error jurisdiccional (art. 66 y 67) y iii) privación injusta de la libertad (art. 68).

Pese a tales antecedentes, tanto la ley 600 de 2000, como la ley 906 de 2004, se abstuvieron de reproducir el contenido del artículo 414 del antiguo código de procedimiento penal, el cual había consagrado legalmente los presupuestos objetivos para la procedencia de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad.

Consecuencia de la ausencia de regulación normativa, el Consejo de Estado a través de su evolución jurisprudencial (la cual a sufrido tres cambios importantes a través de su devenir histórico) ha considerada

⁵ <http://www.umng.edu.co/docs/revderecho/rev1d2006/RespEstado.pdf>

como objetiva la responsabilidad del estado por la privación injusta de libertad, diferenciándola del error judicial, se torna entonces como objetiva, en tanto no se requiera la demostración de la existencia de la falla en el servicio, por lo que no tiene ninguna incidencia la determinación de si en la providencia que ordeno la privación de la libertad hubo o no error judicial, por lo que no es posible la exoneración de la responsabilidad de la administración con la sola prueba de la diligencia que en esta caso se traduciría en la demostración de que la providencia se encontraba ajustada al ordenamiento legal.

Corresponde entonces determinar si a la luz del ordenamiento jurídico interno, tal presunción de responsabilidad, deviene legal o si por el contrario en la misma se parte de presupuestos equívocos que conducen a un detrimento patrimonial del erario público ante la indemnización de perjuicios en casos en que la providencias judiciales se encontraban ajustadas a la ley, en donde se verificó el cumplimiento de los requisitos establecidos para el efecto, tornando en consecuencia irrelevante el estudio de la conducta del operador jurídico (fiscal instructor, juez o magistrado) para tratar de definir si por parte de este hubo dolo o culpa.

Resuelto tal interrogante, se pretende entonces determinar si tal tesis jurisprudencial se encuentra ajustada a las normas que regulan la acción de repetición al interior de la acción de reparación directa, en tanto en aquella se encuentra proscrita la responsabilidad objetiva por parte del funcionario judicial contra el cual se erige, debiéndose acreditar por la existencia de dolo o culpa grave por parte del sujeto pasivo de la acción.

1.1.2. Formulación del problema.

¿El tipo de responsabilidad patrimonial aplicable al Estado colombiano en casos de privación injusta de la libertad deviene objetiva o por el contrario subjetiva?

1.2. JUSTIFICACION

Dentro del Estado constitucional, social y democrático de derecho⁶, en el cual se encuentra inmerso el Estado Colombiano, existen unas cargas que sus integrantes deben soportar, tal es el caso de la detención personal en virtud de una investigación judicial, pues es la misma sociedad que impone al conglomerado ciertos comportamientos en aras de proteger la comunidad y el interés general.

Partiendo de la premisa anterior, no podría existir responsabilidad estatal⁷ cuando en desarrollo de las cargas impositivas que la sociedad previamente a definido, se detenga una persona mientras se adelanta el trámite investigativo.

Siguiendo esta línea conductual, deberá existir responsabilidad en contra del Estado cuando esa detención resulte siendo injusta porque en su procedimiento se desconocieron valores, principios o derechos consagrados en la carta constitucional o en el ordenamiento supranacional⁸, ya sea por el querer del operador judicial o por el desconocimiento de tales consagraciones normativas.

⁶ República de Colombia, Constitución Nacional de 1991, artículo 1.

⁷ República de Colombia, Constitución Nacional de 1991, artículo 7.

⁸ Bloque de constitucionalidad consagrado en el artículo 93 de la Constitución Nacional de Colombia de 1991.

El fenómeno de violencia que vive el país desde hace más de cuarenta años⁹ ha llevado a que se capturen, detengan y encarcelen personas inocentes, que luego de un tiempo resultan siendo absueltas por las autoridades judiciales abriéndose el camino para demandar patrimonialmente al Estado por los perjuicios ocasionados por tal situación atentatoria del derecho a la Libertad¹⁰.

En la presente investigación se aborda el tema de la privación injusta de la libertad¹¹, para determinar el régimen de responsabilidad aplicable, pretendiendo demostrar que para este evento, por regla general, debe aplicarse el criterio subjetivo o falla del servicio y no el criterio objetivo, tal como lo viene aplicando el Consejo de Estado desde el año 2005¹², cuando modificó su postura jurisprudencial sobre el tema, abriendo camino a la responsabilidad objetiva, en donde basta que se demuestren unos supuestos para declarar la responsabilidad estatal, sin importar los elementos que enmarcaron la privación de la libertad del individuo.

⁹ Con el asesinato del abogado y líder del partido liberal JORGE ELIECER GAITAN, comienza en Colombia una violencia partidista entre liberales y conservadores, que daría origen a las guerrillas y grupos de autodefensa que aún persisten.

¹⁰ República de Colombia, Constitución Nacional, artículo 13.

¹¹ República de Colombia, Ley 270 de 1996, artículo 68.

¹² República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez, Rad. 25508, 25 de Febrero de 2009.

Casos como el acaecido con el primer capturado por el magnicidio de Luis Carlos Galán Sarmiento¹³ se cuentan por doquier, razón que nos motivó a adelantar el presente trabajo investigativo, por tratarse un asunto de gran trascendencia y actualidad jurídica nacional, que impone un estudio riguroso sobre la responsabilidad extracontractual del Estado, en especial sobre el tipo de responsabilidad que debe aplicarse en el caso concreto.

La Constitución de 1991, trajo consigo el Concepto de Daño Antijurídico, tomado del régimen constitucional español de 1978, bajo el entendimiento que los particulares deben soportar algunos daños de parte del Estado, pero otros que no están en la obligación de soportar, configurándose entonces tal antijuridicidad en el daño, el cual debe ser reparado de manera integral.

Consideramos que para el ámbito jurídico nacional, resulta de suma importancia que se estudie a profundidad el tema de la responsabilidad frente a la privación injusta de la libertad, entregándole al país un criterio claro respecto del régimen de responsabilidad que debe aplicarse en estos casos, evitando de ese modo que el valor máspreciado, después de la vida, resulte vulnerado por el aparato estatal, sin que exista una reparación integral por las transgresiones causadas con su actuación.

1.3. OBJETIVOS

1.3.1. Objetivo General.

¹³ Abogado y político colombiano, candidato a la presidencia de Colombia en dos ocasiones por el Partido Liberal Colombiano, asesinado en la población de Soacha – Cundinamarca el 18 de agosto de 1989.

Determinar si la responsabilidad patrimonial aplicable al Estado colombiano frente a la privación injusta de la libertad debe ser objetiva o subjetiva.

1.3.2. Objetivos específicos.

1.3.2.1. Describir el fundamento constitucional y legal de la responsabilidad patrimonial del estado colombiano.

1.3.2.2. Identificar la evolución de la línea jurisprudencial del Consejo de Estado – Sección Tercera frente a la responsabilidad patrimonial del Estado con ocasión a la privación injusta de la libertad 2000 – 2010.

1.3.2.3. Determinar el alcance del concepto de injusticia en casos de privación de la libertad.

1.3.2.4. Establecer un criterio de responsabilidad extracontractual estatal, jurídicamente aceptable, frente a la privación injusta de la libertad.

CAPÍTULO II

2. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

2.1. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL Y SU EVOLUCION EN EL CONTEXTO COLOMBIANO

Para abordar el tema de la responsabilidad patrimonial del Estado, debemos hacer alusión a la responsabilidad civil, pues de allí obtiene su principal sustento. Sin embargo debemos reconocer que a partir del famoso fallo “Blanco” del Tribunal de Conflictos Francés, el tema de la responsabilidad administrativa no ha cesado de progresar y cambiar, teniendo como referente la justa indemnización de las víctimas de los daños estatales.¹⁴

Estaremos frente a la responsabilidad civil cuando producto de una acción u omisión se ocasiona un daño a una persona o a su patrimonio, lo que implica de manera consecencial una obligación a cargo del autor, de resarcir las consecuencias económicas de ese menoscabo en favor del afectado, es decir, de quien sufrió las consecuencias del perjuicio.

Arturo Alessandri¹⁵ al referirse a la responsabilidad civil afirma que esta “(...) es la que proviene de un hecho o de una omisión que causa daño a otro. Puede ser contractual, delictual, cuasidelictual o legal (...)”

¹⁴ JACQUELINE MORAND – DEVILLER, Curso de Derecho Administrativo, traducción de Zoraida Rincón Ardila y Juan C. Peláez Gutiérrez, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 819.

¹⁵ ARTURO ALESSANDRI RODRÍGUEZ, De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil, Santiago de Chile, Imprenta Universal, 1981, p. 10.

(...) Para que exista responsabilidad es indispensable que se haya causado un daño en la persona o propiedad de otro (...)”.

En similar sentido los Hermanos Mazeaud¹⁶, consideran que “(...) *la responsabilidad civil no supone ya un perjuicio social, sino un daño privado. Por eso ya no es cuestión de penar, sino solamente de reparar. La responsabilidad civil es una reparación (...)*”

Consideramos que la responsabilidad en el campo civil puede variar, según su origen, de tal suerte que puede ser legal, contractual o extracontractual. De igual forma podemos afirmar que dicha responsabilidad puede tornarse objetiva o subjetiva, temas que constituyen el fundamento de esta investigación y que serán abordados con mayor detenimiento en el desarrollo de las presentes líneas.

El tema de la responsabilidad estatal está ligado a la existencia misma del Estado, cuando el individuo se despoja de parte de su libertad para entregársela a un ser superior, que garantice unas condiciones mínimas de subsistencia¹⁷, como la seguridad y libertad, surgen para éste unas obligaciones que debe cumplir, so pena de ser condenado por sus omisiones o sus acciones erradas.

Como origen de la responsabilidad estatal, al igual que la responsabilidad civil, podemos encontrar diversas fuentes, ya sea la convención, la manifestación unilateral de la administración tendiente a generar efectos jurídicos, o su actuar u omisión, fuente última que será el fin mediato de esta obra.

¹⁶ HENRI MAZEAUD, LEON MAZEAUD, JEAN MAZEAUD, “Lecciones de Derecho Civil. Parte segunda”, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960, Vol. II, p. 7.

¹⁷ República de Colombia, Constitución Política de 1991, Artículo 2.

2.1.1. Responsabilidad extracontractual

La Constitución Colombiana de 1991 fue explícita en consagrar una cláusula general de responsabilidad¹⁸, disponiendo que el Estado responderá por todos los daños antijurídicos que se ocasionen a las personas, ya sea por su acción, omisión o extralimitación de sus funciones, disposición que surge de la finalidad de su carácter de Estado Social de “*proteger la vida, honra, bienes y creencia y demás derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares*”¹⁹

Esta fuente genérica de responsabilidad ha sido acatada por el máximo órgano de la jurisdicción contenciosa al precisar que “(...) *La responsabilidad patrimonial del Estado encuentra su fundamento en principios y normas constitucionales que protegen y garantizan los derechos y libertades de los asociados. Es así como el artículo 90 de la Carta Política de 1991 establece la cláusula general de responsabilidad del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, tanto a nivel contractual como extracontractual (...)*”²⁰.

Además de los artículos 2 y 90 citados, la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia encuentra otros soportes constitucionales que llevan a concluir que actualmente se encuentra edificada toda una teoría sobre el particular. Es así como tenemos lo preceptuado en diversos apartes constitucionales como el artículo 13 que consagra la igualdad de las

¹⁸ República de Colombia, Constitución Política de 1991, Artículo 90.

¹⁹ República de Colombia, Constitución Política de 1991, Artículo 2.

²⁰ República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. 12 de noviembre de 1998. CP Juan de Dios Montes Hernández. Anales, Tomo CLXVII, 4 trimestre, 2ap, p. 82

personas; los artículos 58, 59 y 336 que establecen la obligación para el Estado de indemnizar a las personas que resulten afectadas por la ocupación de sus terrenos, por la expropiación de sus bienes y la constitución de monopolios que perjudiquen sus intereses.

Bajo esa misma línea conductual observamos que todas estas disposiciones se traducen en una obligación para la administración de proporcionar los medios necesarios para el cabal cumplimiento de tales compromisos a su cargo.

Como es bien sabido para que podamos hablar de la existencia de responsabilidad extracontractual estatal, deben concurrir varios elementos como son la existencia de un daño, un título de responsabilidad o imputación de responsabilidad y un nexo de causalidad entre el daño ocasionado y la imputación de responsabilidad²¹. Respecto del primero de ellos no se hará un especial énfasis por no tratarse del objeto específico de este trabajo, interesándonos esencialmente los dos últimos elementos para el desarrollo de la responsabilidad del Estado colombiano frente a la privación injusta de la libertad.

En la jurisdicción contenciosa administrativa colombiana se pueden identificar varios momentos al abordar la responsabilidad extracontractual estatal, cada uno de los cuales ha tenido como finalidad aportar una solución al tema de la indemnización de perjuicios de las personas que se ven afectadas por la actuación u omisión del ente estatal.

²¹ CARLOS MARIO MOLINA BETANCUR, "El derecho administrativo y la responsabilidad patrimonial del estado colombiano" en Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo, Bogotá, Centro Editorial Universidad del Rosario, 2005, p.95

Como primer momento tenemos la responsabilidad explicada desde la falla o falta del servicio, entendiéndose que solo podía existir responsabilidad si se demostraba que la administración había faltado a sus deberes, ya sea porque su actuación fue tardía²², actuaba incorrectamente²³ o dejaba de actuar u omitía sus obligaciones²⁴.

Bajo el modelo la falla del servicio se hacía indispensable demostrar por parte del perjudicado o víctima que la administración había fallado en su actuar, lo que ponía al particular en gran desventaja frente a la administración, pues en muchas ocasiones, como el caso de la falla médica²⁵, le resultaba casi imposible acreditar tal falencia.

Con el paso del tiempo la jurisprudencia del Consejo de Estado entendió que en algunos eventos para el particular le era muy difícil reconstruir los hechos o probar las faltas administrativas, por lo cual se abrió paso la tesis de la presunción de la falla, en donde la carga de la prueba se invertía y le competía a la administración demostrar que había actuado con suma diligencia y cuidado o que sobre su actuar existía una fuerza mayor, caso fortuito, la culpa de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima, como eximentes de responsabilidad²⁶.

²² República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. 6 de octubre de 1977. C.P. Jorge Valencia Arango. Actor: Sociedad Constructora hispano colombiana de maquinarias Ltda.

²³ República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. 24 de junio de 1965. C.P. Alejandro Domínguez Molina.

²⁴ República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. 19 de septiembre de 1980. C.P. Carlos Betancur Jaramillo. Actor: Misael Ruiz.

²⁵ República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp.14786. 28 de abril 2005. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Actor: Dalila Duica De Pereira y Otros

²⁶ República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. 20 de febrero de 1989, C.P. Antonio José Irisarri Restrepo.

Se habló entonces de falla presunta para los perjuicios causados por accidentes con armas de fuego²⁷, en intervenciones médicas²⁸, vehículos automotores estatales²⁹, lesiones o muerte a personas privadas de la libertad en instituciones estatales³⁰ y daños a concriptos³¹.

Finalmente ha hecho carrera en el máximo tribunal de lo contencioso, la responsabilidad estatal desde el ámbito objetivo, bajo el cual no interesa la presencia de la falla o culpa de la administración sino simplemente, la existencia de un perjuicio y el nexo causal con la administración³²

Se empezó aplicar entonces, la tesis de responsabilidad objetiva a las actividades peligrosas, surgiendo la teoría del riesgo excepcional para daños provocados con armas oficiales, aeronaves y automotores³³.

²⁷ República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. 31 de julio de 1989, C.P. Antonio José Irisarri Restrepo. Actor: Arturo Herrera Velásquez.

²⁸ República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. 30 de julio de 1992, C.P. Daniel Suarez Hernández. Actor: Gustavo Eduardo Ramírez.

²⁹ República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. 19 de diciembre de 1989. C.P. Antonio José Irisarri Restrepo. Actor: Rosa Helena Franco Vda. de Bernal.

³⁰ República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. 5 de marzo de 1991. C.P. Antonio José Irisarri Restrepo.

³¹ República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. 25 de octubre de 1991. C.P. Daniel Suarez Hernández

³² República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. 6454. 31 de junio de 1991. C.P. Julio Cesar Uribe Acosta. Actor: Edgar Pérez Rodríguez y Otra.

³³ República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. 4655. 20 de febrero de 1989. C.P. Antonio José Irisarri Restrepo.

De igual forma la jurisprudencia ha empezado a reconocer que en la actuación legal y cotidiana de la administración también pueden generarse daños a los particulares, perjuicios que exceden el límite de las cargas públicas que deben soportar, como el renombrado caso del puente vehicular construido en la Calle 53 atravesando la carrera 30 de la ciudad de Bogotá, en donde el Distrito en desarrollo de una actividad perfectamente legal ocasionó a los moradores del sector, un detrimento en su patrimonio, el cual debió ser indemnizado. A esta modalidad de responsabilidad de objetiva se le denominó daño especial.³⁴

Resulta importante resaltar que el concepto de daño antijurídico, introducido por la nueva carta constitucional y entendido como aquel daño que lesiona el interés legítimo patrimonial o extra patrimonial y que los ciudadanos no se encuentran en la obligación de soportar³⁵, no constituye en sí mismo la fuente de la responsabilidad, pues debemos indagar cual es su origen para identificar el título o fuente de la imputación hacía la administración.

Sin pretender hacer una alusión histórica del tratamiento de las fuentes de responsabilidad extracontractual de la administración, pues no es el objeto de la presente investigación, podemos afirmar, siguiendo al maestro Álvaro Bustamante Ledesma³⁶, que en la actualidad existen, en especial, dos fuentes o títulos de imputación que se aplican al tema de la responsabilidad del Estado en Colombia. La responsabilidad objetiva, entendida como la responsabilidad exenta de culpa, es una de ellas, y la otra, la responsabilidad

³⁴ República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. 4493. 30 de enero de 1987. C.P. Carlos Betancur Jaramillo. Actor: Arturo Herrera Velásquez.

³⁵ MICHEL PAILLET, "La Responsabilidad Administrativa", traducción y estudio de Jesús María Ballesteros; Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 36.

³⁶ ÁLVARO BUSTAMANTE LEDESMA. Derecho Administrativo Colombiano, Bogotá, Librería Jurídica Sánchez, 2 edición, Bogotá, 1991, p. 38.

subjetiva, fuente última donde se analizará por sobre todo, la existencia de fallas en la actuación, que permitan adjudicar responsabilidad a la administración.

A pesar de la redacción objetivizante del artículo 90, podemos afirmar, siguiendo a Jesús María Carrillo Ballesteros³⁷, que todos los regímenes de responsabilidad alimentan el concepto de daño antijurídico, pudiéndose afirmar que tiene orígenes múltiples. Consideramos, siguiendo a Jacqueline Moran - Deviller³⁸ que la principal fuente de responsabilidad estatal la sigue constituyendo la falla del servicio, sin desconocer que en algunos eventos, como en la manipulación de armas y conducción de vehículos, se puede hablar de responsabilidad objetiva exenta de culpa.

Por tanto, los títulos de imputación, al contrario de lo que en un principio se creyó, no se contraponen al concepto de daño antijurídico, sino que constituyen en sí mismos la fuente primigenia de donde va resultar la responsabilidad estatal. Es así como actualmente la responsabilidad administrativa puede presentar diferentes orígenes, además de la falla en el servicio, tales como la teoría del riesgo o riesgo excepcional, el daño especial, el enriquecimiento sin justa causa, la privación injusta de la libertad, entre otras.

Así las cosas, *“(...) quedan de este modo incluidos en la fórmula legal no solo los daños ilegítimos que son consecuencia de una actividad culpable de la administración o de sus agentes, supuesto comprendido en la expresión*

³⁷ MICHEL PAILLET, ob. cit., p. 36

³⁸ JACQUELINE MORAND – DEVILLER. ob. cit., p. 836

*“funcionamiento anormal de los servicios públicos”, sino también los daños producidos en un actividad perfectamente lícita (...)*³⁹

La expedición de normas como la Ley 270 de 1996 y la Ley 446 de 1998, adicionales al primigenio artículo 86 del Código Contencioso Administrativo permitieron a la jurisprudencia del Consejo de Estado establecer responsabilidad extracontractual alejándose la noción de falla de la administración, haciendo de esta forma menos gravosa la posición del particular, que ya de por sí es víctima del actuar estatal.

Para el especial tema de la responsabilidad patrimonial del Estado por la privación injusta de la libertad de sus coasociados, resulta importante determinar cuál es el tipo de responsabilidad que debe aplicarse, ya sea la tesis subjetiva, demostrando en todo caso la falla de la administración de justicia o por el contrario aplicar la tesis objetiva donde solo debe demostrar la privación de la libertad y la posterior absolución del implicado o condenado.⁴⁰

El panorama se oscurece con la derogatoria del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, debido a que en los códigos de procedimiento penal posteriores, leyes 600 de 2000 y 906 de 2004, no se consagró expresamente disposición alguna al respecto

2.1.2. Antecedentes generales

A lo largo de la historia el hombre ha tenido que enfrentar disímiles situaciones generadoras de perjuicios, siendo estos imputables a las

³⁹ EDUARDO GARCÍA ENTERRÍA, TOMAS-RAMÓN FERNÁNDEZ, “Curso de Derecho Administrativo”, Madrid, Editorial Civitas SA; 1981, tomo II, pp 336 y 337.

⁴⁰ República de Colombia, Congreso de la República. Ley 600 de 2000, artículo 242.

acciones u omisiones provenientes de una forma de organización política y social como lo es el Estado,

El criterio de responsabilidad atribuible a éste y su consecuente obligación de reparar, ha dependido del tipo de Estado vigente para cada época, por cuanto cada uno de los regímenes impuestos se guían por los lineamientos y directrices evocados para el momento, entre los cuales se destacan dos puntos extremos: el desconocimiento pleno de cualquier tipo de responsabilidad imputable al Estado, y por otra parte, su reconocimiento casi total, como sujeto susceptible de causar perjuicios, naciendo para aquel la obligación de resarcirlos.

Basta recordar cómo en el Estado absolutista, el poder radicaba únicamente en el monarca encontrándose desvinculado de cualquier tipo de control o límite institucional, aplicándose de esta manera como principio "*The King can do not wrong*" (el rey no se puede equivocar), regla de la cual se derivaba la total irresponsabilidad del Estado, por cuanto aquí la soberanía se imponía a todos sin compensación. Esta concepción de irresponsabilidad, continuó adoptándose por parte del Estado Liberal basada en la teoría "*laissez faire, laissez passer*" (dejar hacer, dejar pasar), donde su política de intervención era mínima para que no se viera afectada su libertad, doctrina que inmunizó al Estado de toda clase de responsabilidad que le pudiera ser atribuida, dada su no intromisión en la mayoría de los asuntos.

Luego de considerarse durante varios siglos al Estado como irresponsable por sus actuaciones, solamente hasta el siglo XIX surgieron nuevas concepciones en torno al tema que insistían en frenar las agresiones derivadas del actuar del ente estatal, conllevando necesariamente a la creación de un nuevo principio de responsabilidad, planteándose como tesis que el Estado estaba sometido al orden jurídico y por lo tanto debía obrar

dentro de los parámetros impuestos por este, pero en presencia de un acto que lo extralimitase, era el funcionario a quien le correspondía responder en forma personal⁴¹.

De esta manera fue como empezó a aceptarse la responsabilidad personal de los funcionarios por el desempeño de sus funciones con vulneración de la Ley. Al respecto, ÁLVARO BUSTAMANTE manifestó que el ente estatal confería un mandato a sus servidores, y si en el cumplimiento de sus funciones, desbordaban las facultades otorgadas, dicha transgresión hacía incurrir al agente en responsabilidad, reconociéndose de esta forma aun inmunidad al Estado frente a los efectos dañinos que sus acciones pudieran generar⁴². A este tipo de responsabilidad le eran aplicables los principios consagrados en el Código Civil, motivo por el cual los funcionarios podían ser demandados por quien había sufrido el daño y ser condenados a la indemnización correspondiente.

No obstante lo anterior, finalmente se consideró que tanto el Estado como sus funcionarios, estaban regidos y sometidos a lo dispuesto por el orden jurídico vigente, por lo tanto la idea de que cuando se vulneraba la norma se responsabilizaba solamente al funcionario dejó de tener aplicación, reconociéndose por primera vez responsabilidad a la persona jurídica, denominada por los doctrinantes y la jurisprudencia como “Responsabilidad Indirecta del Estado”. Al respecto Yolanda Guerra García, afirmó que este tipo de responsabilidad fue la que inicialmente se reconoció a las personas jurídicas públicas y privadas, precisando que se fundamentaba en la culpa

⁴¹ ÁLVARO BUSTAMANTE LEDESMA. La Responsabilidad Extracontractual del Estado, Bogotá D.C., Grupo Editorial Leyer, 2008, p. 11.

⁴² *Ibíd.*, p. 11.

cometida por los dependientes de la persona jurídica cuando generaban perjuicios a terceros en ejercicios de sus funciones⁴³.

En similar sentido y coincidiendo en un mismo criterio, se pronunciaron algunos estudiosos del derecho como ÁLVARO BUSTAMANTE quien adujo que el tema hacía referencia a la “culpa in eligendo” y “culpa in vigilando”, significando que la persona jurídica se hallaba obligada a elegir a sus agentes y a vigilarlos cuidadosamente, ya que si incurrían en culpa en el ejercicio de sus cargos, se imputaba responsabilidad al ente, situación que podría ser desvirtuada acreditándose que fue acertada la escogencia y que hubo esmero en la vigilancia⁴⁴. Es preciso advertir, que las normas aplicables a este tipo de responsabilidad fueron las del Código Civil, en especial los artículos 2347 y 2349.

No obstante lo anterior, y teniendo en cuenta la poca aplicabilidad de la tesis de responsabilidad indirecta, dada su insuficiencia para resolver todas las situaciones, y el avance hacia un Estado intervencionista, comenzó a imponerse la tesis de la responsabilidad directa del Estado, basándose en que la culpa personal de un agente del Estado compromete a este de manera inmediata porque la culpa de este es su propia culpa, creándose entre estas dos personas una solidaridad para afrontar la obligación de reparar los daños y perjuicios causados a los asociados. Con este tipo de responsabilidad se cambió el fundamento normativo, estableciéndolo en el art. 2341 del C. Civil, bajo la consideración que la vinculación de la persona al ente estatal y su agente no permitían diferenciar la culpa del funcionario de su función oficial.

⁴³ YOLANDA GUERRA GARCÍA. Responsabilidad del Estado por el actuar de sus funcionarios, Bogotá D.C., editorial Universidad Libre, 2007, p. 41.

⁴⁴ ÁLVARO BUSTAMANTE, ob. cit., p. 11.

Sobre este particular se puede identificar que la teoría de la responsabilidad directa abarcaba dos variantes: una basada en la tesis organicista y la otra en la falla del servicio. Estas dos modalidades fueron empleadas paralelamente desde 1939, presentándose contradicciones y polémicas que fueron superadas solo hasta 1964 cuando se le atribuyó la competencia sobre la responsabilidad estatal a la jurisdicción contenciosa administrativa, estructurando el sistema de responsabilidad estatal fundado en la tesis de la falla del servicio. La primera consiste en que la persona jurídica se compromete a través de los agentes que son los depositarios de su voluntad y que por esa misma razón ostentan el carácter de órganos suyos. Esta teoría hace una diferenciación de los directores o representantes que son los depositarios de la voluntad estatal, de los auxiliares o simples dependientes que no tienen la facultad de expresar la voluntad del ente. En cuanto al tema relacionado con la segunda, se abordará con posterioridad.

Es fácil concluir de esta exposición, que con la aparición del Estado de Derecho se logró un avance significativo en la evolución de la responsabilidad estatal hasta crear conciencia en la actualidad que todos los Estados están obligados a reparar los perjuicios que le ocasionen a sus administrados.

Es importante destacar el aporte dado por el Estado Francés en torno al tema, por cuanto el famoso “fallo Blanco” dictado en ese mismo país en 1873, reconoce por primera vez que la administración es responsable por sus actuaciones, apartándose la concepción respecto a la irresponsabilidad estatal, además de romper con el concepto de responsabilidad del Estado bajo los principios del derecho civil, y admitir en consecuencia la responsabilidad directa del Estado con aplicación de reglas y normas de naturaleza administrativa.

2.1.3. Antecedentes en Colombia

Carlos Mario Molina Betancur aduce que: "...cuando en Colombia se busca el origen y el desarrollo de la responsabilidad patrimonial del Estado se encuentra que es un dominio casi exclusivamente jurisprudencial y que su avance ha dependido generalmente del avance del derecho administrativo de la noble iniciativa del Juez..."⁴⁵.

Sobre dicho aspecto es pertinente recordar, que la historia de la evolución jurisprudencial en el tema de la responsabilidad, está marcada por la dualidad de jurisdicciones que en su oportunidad obtuvieron facultades para proferir fallos al respecto, como lo fueron la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, hoy en día máximo órgano de la jurisdicción contenciosa administrativa. Desde el siglo XIX podemos encontrar pronunciamiento importante como la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de octubre 20 de 1898 referente a los actos que ejecutasen los funcionarios del Estado en época de guerra. Por el contrario el desarrollo legal de la materia para aquella época fue demasiado escaso.

La Corte Suprema de Justicia tuvo la competencia general sobre la materia hasta el año de 1964 por cuanto el art. 151 de la Constitución Política de 1886⁴⁶ le atribuyó la facultad de dirimir los conflictos en que tuviera parte la nación. No obstante atribuida la competencia general a la mencionada Corte, el Consejo de Estado conocía de algunos temas tales como la responsabilidad del Estado por declaratoria de Nulidad (Ley 130 de 1913) y por expropiaciones o daños en propiedad ajena (ley 38 de 1918).

⁴⁵ CARLOS MARIO MOLINA BETANCUR, ob. cit., p. 80.

⁴⁶ República de Colombia, Constitución Política de 1886, Artículo 151 Numeral 3. "Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia... 3. Conocer de los negocios contenciosos en que tenga parte la Nación o que constituyan litigio entre dos o más Departamentos..."

Posteriormente asume dicha competencia el Consejo de Estado, en virtud al Decreto Ley 528 de 1964, es decir, se radicó en cabeza de éste tribunal la competencia general para conocer de todos los casos de responsabilidad extracontractual del Estado.

Como lo expone el autor LUIS GUILLERMO ESCOBAR⁴⁷, ante la ausencia de un principio general de responsabilidad extracontractual del Estado Colombiano, tanto la Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado trataron de construirlo a través de sus pronunciamientos, tarea que fue apoyada en algunos principios constitucionales, normas especiales reguladoras de algunos eventos de responsabilidad extracontractual de la administración pública, normas del Código Civil y doctrina y jurisprudencia francesa.

Aunado a lo anterior, adujo que era importante resaltar frente a la evolución de la responsabilidad estatal, que las normas constitutivas del derecho privado fueron en un comienzo el soporte central y la herramienta jurídica fundamental tomada en cuenta para resolver las controversias suscitadas entre el Estado y los particulares, concepción totalmente revaluada por el máximo órgano de la jurisdicción contenciosa administrativa quien edificó el instituto de responsabilidad extracontractual estatal con reglas y fundamentos de derecho público.

Tanto la Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado contribuyeron con su jurisprudencia a que se formaran las raíces de lo que hoy se denomina Responsabilidad Patrimonial del Estado, basada inicialmente en el derecho privado, para terminar luego adquiriendo su propia

⁴⁷ LUIS GUILLERMO SERRANO ESCOBAR, Responsabilidad del Estado por Privación Injusta de la Libertad, Bogotá D.C., Ediciones Doctrina y Ley, 2005, p. 7.

identidad a partir de que se le radico de forma exclusiva la competencia de esta materia al contencioso administrativo.

2.2. CONSTITUCIÓN DE 1991 Y EL DAÑO ANTIJURÍDICO

En el artículo 90⁴⁸ superior, se fundamentan las fuentes de responsabilidad del Estado por cuanto éste se encuentra en el deber de garantizar y proteger la efectividad de los derechos reconocidos a los administrados, los cuales no pueden ser transgredidos por daños que lesionen su patrimonio y que alteren la igualdad que a todos cobija.

Sobre el tema la Asamblea Nacional constituyente de 1991 expresó:

“El régimen que se propone en materia de responsabilidad patrimonial del Estado no se limita a su mera consagración expresa a nivel Constitucional, sino que además incorpora los más modernos criterios sobre la materia, consistentes en radicar el fundamento de esa responsabilidad en el daño antijurídico y en su imputabilidad al órgano estatal...”⁴⁹.

Como se observa, el ordenamiento jurídico colombiano consagró en la carta constitucional de 1991 el único régimen general de responsabilidad estatal, estableciendo que la misma debe surgir de una omisión o acción, que estas deben ser imputables a una autoridad pública y que por último, deben causar un daño antijurídico, concluyéndose, que el artículo 90 constitucional instituyó como componentes fundamentales para la existencia de la responsabilidad,

⁴⁸ República de Colombia. Constitución Política de 1991, art., 90: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

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

⁴⁹ Gaceta Constitucional No 56 del 22 de Abril de 1991.

el daño antijurídico y la imputabilidad de éste al Estado, de los cuales a continuación se hace una breve ilustración.

2.3.1 Daño antijurídico

La inclusión de esta figura en la Constitución de 1991, en su artículo 90, consideramos que tuvo como propósito reconocer de manera amplia la posibilidad de imputar responsabilidad al Estado por la acción u omisión, lo cual complementa y reafirma el sentir garantista de la constitución actual. La constitucionalización del daño antijurídico permitió además el reconocimiento económico de carácter indemnizatorio hacia las personas que sufrieran daños por parte del Estado, mediante la utilización de los mecanismos judiciales tendientes a lograr dicho fin.

El máximo tribunal de la jurisdicción contenciosa administrativa, teniendo en cuenta la doctrina y jurisprudencia española, acogiendo la doctrina del profesor García Enterría, ha sostenido que el daño antijurídico es *“la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar..., por lo tanto el daño antijurídico puede ser 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”*⁵⁰.

Por su parte, el alto tribunal constitucional en Sentencia C-333 de 1996, consideró que el concepto de daño antijurídico adoptado por parte del contencioso administrativo, armonizaba con los principios y valores del Estado por cuanto la responsabilidad patrimonial de este se presentaba

⁵⁰ República de Colombia. Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa – Sección Tercera. Sentencia del 13 de Julio de 1993, Exp. 8163. C.P. Juan de Dios Montes Hernández.

como un mecanismo de los administrados frente a los daños que pudieran causarse por la actividad normal del poder público, argumentando frente al artículo 90 constitucional lo siguiente: “...*el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo el Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y este sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización...*”⁵¹

De los conceptos aludidos por las altas cortes, se deduce que nos encontramos frente a un daño antijurídico cuando la producción de ese daño no se encuentra justificado por título jurídico alguno y en consecuencia el administrado no está en el deber jurídico de resistirlo.

Como complemento de lo anteriormente expuesto, nos remitimos a lo manifestado por el doctrinante MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ⁵² en torno a los momentos en que el administrado debe soportar el daño, respecto a lo cual menciona que son dos: cuando exista una causa justificativa como la ley, el consentimiento de la víctima, etcétera, o cuando no se vulnere el principio de igualdad frente a las cargas públicas.

Por su parte, el profesor Juan Carlos Henao define el daño antijurídico como “*aquel que se subsume en cualquiera de los regímenes de responsabilidad suponiendo la aplicación del principio iura novit curia, el daño antijurídico se convierte así en un género que cobija varias especies, en donde el elemento*

⁵¹ República de Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-333/96, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

⁵² MARTIN BERMÚDEZ MUÑOZ. Responsabilidad de los Jueces y del Estado, Bogotá D.C., 1998, Ediciones Librería el Profesional, pp. 109 a 110.

daño que es el género sería el fundamento mediato de la responsabilidad, en tanto que las especies serían su fundamento inmediato”.

2.3.2 Imputabilidad

Esta figura hace referencia a que como no es suficiente que exista una relación causa efecto entre el daño y la acción estatal, se requiere además que exista una razón válida para que se le pueda atribuir al Estado el deber jurídico de indemnizar.

Según algunos estudios jurisprudenciales, la imputabilidad se visualiza desde un punto fáctico y otro jurídico, observado el primero en la existencia del nexo de causalidad entre el hecho dañoso y el daño ocasionado, y el segundo alude a las fuentes normativas de deberes y obligaciones en las cuales se plasma el derecho en reclamación, considerando esto, como la necesidad de la existencia de títulos jurídicos de imputación, es decir, las razones jurídicas por las cuales el Estado está obligado a reparar el daño.⁵³

Por su parte Martín Bermúdez Muñoz⁵⁴, en similares condiciones manifiesta, que la imputación no solo implica que el agente causante del daño haya obrado con ocasión de sus funciones, sino que comporta la existencia de un título jurídico de imputación.

Aquellos “títulos de imputación” son los comprendidos por los regímenes subjetivo y objetivo de responsabilidad, constituido el primero por la falla del servicio; y el segundo por el riesgo excepcional, el daño especial, ocupación

⁵³ República de Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 25 de Julio 2002, M.P. María Elena Giraldo Gómez.

⁵⁴ MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ. Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo, Bogotá D.C. Universidad del Rosario, p, 316

en caso de guerra, responsabilidad por trabajos públicos y por almacenaje, régimen objetivo que a continuación estudiaremos.

2.3. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA ESTATAL

En nuestro país los regímenes existentes en materia de responsabilidad extracontractual del Estado, son el de responsabilidad objetiva y el de responsabilidad subjetiva, los cuales se diferencian en la imputación del daño, componente esencial para que se configure la responsabilidad., en el presente acápite nos referiremos exclusivamente al régimen objetivo que se ha aplicado en Colombia en materia de responsabilidad del Estado.

El fundamento de la responsabilidad objetiva esta cimentado en el “daño antijurídico” que se ocasiona, sin importar si fue cometido con culpa o dolo por el agente estatal, requiriéndose solamente establecer el nexo causal entre el actuar o la omisión y el daño, imponiendo la obligación para el Estado de indemnizar.

Al respecto, la autora CATALINA IRISARRI BOADA manifiesta que la Responsabilidad Objetiva se produce con independencia de toda culpa y es ajena a la acción contractual porque al lesionado solo le basta con demostrar el daño y el nexo causal, teniendo el derecho a ser indemnizado.⁵⁵

Asimismo, el doctrinante ARTURO ALESSANDRI expresó: *“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 éste 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,*

⁵⁵ CATALINA IRISARRI BOADA. El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del Estado Colombiano, Bogotá D.C., Pontificia Universidad Javeriana, 2000.

*el hecho liso y llano y no el hecho culpable o doloso el que genera la responsabilidad*⁵⁶

Los títulos de imputación que se han manejado dentro de esta teoría de responsabilidad son el daño especial, el riesgo excepcional, la expropiación y ocupación de inmuebles en caso de guerra y el almacenaje de mercancías, procediendo a realizar una breve ilustración de los mismos.

2.3.1. Daño especial

Se presenta cuando el Estado en su actuar legítimo y en beneficio de la comunidad, causa un daño especial, anormal y superior al que normalmente deben soportar los administrados en contraprestación del servicio prestado.

Se exterioriza, cuando el Estado en el ejercicio de sus funciones y obrando dentro de su competencia y ceñido a la ley, produce con su actuación perjuicios a los administrados, perjuicios que son anormales en el sentido que implican una carga o sacrificio adicional al que normalmente deben soportar por el hecho de vivir en sociedad.⁵⁷

Esta teoría se plantea sobre el principio denominado “igualdad frente a las cargas públicas” y por regla general se considera que cuando una persona soporta un daño en igualdad de condiciones a los demás, el Estado no está obligado a indemnizar; pero si por el contrario, recibe un perjuicio y los demás no lo soportan en la misma medida, no está obligado a soportar el

⁵⁶ ARTURO ALESSANDRI RODRÍGUEZ. De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil. Santiago de Chile: Imprenta Universal, 1981. Pág. 92

⁵⁷ CATALINA IRISARRI BOADA. Ob. cit., p., 39.

daño si los otros no lo han sufrido, siendo consecuente en este caso la reparación.⁵⁸

Podemos concluir entonces, que la teoría del daño especial requiere de tres componentes para su presentación: una actividad legítima ejecutada por el Estado; que se produzca en cabeza de un particular la ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas; y que entre la actuación de la administración y el rompimiento de esa igualdad, exista un nexo de causalidad.

2.3.2. Riesgo excepcional

El Consejo de Estado en relación con el riesgo excepcional indicó: “...*El Estado compromete su responsabilidad cuando quiera que en la construcción de una obra o la prestación de un servicio, desarrollados en beneficio de la comunidad, emplea medios o utiliza recursos que colocan a los administrados, bien sus personas o sus patrimonios, en situación de quedar expuestos a un “riesgo de naturaleza excepcional” que, dada su particular gravedad, excede notoriamente las cargas que normalmente han de soportar los administrados como contrapartida de los beneficios que derivan de la ejecución de la obra o el servicio...*”⁵⁹.

La adopción de este título por parte de la jurisprudencia, en un principio se limitó a los daños producidos por la prestación del servicio de energía, para luego extenderse a casos en los cuales se ocasionaban daños en virtud a la creación de diferentes tipos de riesgo como por ejemplo la utilización de armas de fuego, entre otros.

⁵⁸ WILLIAM RENÉ PARRA GUTIÉRREZ. Responsabilidad Patrimonial Estatal Daño Antijurídico, Pretexto Grupo Editorial, 2003, p. 72.

⁵⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 20 de Febrero de 1989. Exp. 4655).

El riesgo excepcional hace referencia a que en su actuar legítimo, el Estado crea una situación especial de riesgo que se materializa causando un daño, debiendo ser reparado por el mismo, es decir, que el daño es la concreción de los riesgos creados por la actividad lícita de la administración.

El riesgo excepcional surge cuando el Estado en adelantamiento de su actividad emplea instrumentos o recursos que colocan al particular en un riesgo fuera de lo común, que supera la igualdad frente a las cargas públicas, sin que tenga obligación de soportarlo.⁶⁰

2.3.3. Expropiación y ocupación de inmuebles en caso de guerra

Es un tipo de responsabilidad objetiva o sin culpa, fundamentada en los artículos 58 y 59 de la Constitución de 1991.

El artículo 58 preceptúa: "...Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa - administrativa, incluso respecto del precio".

Por su parte el artículo 59 de la misma obra dispone: "En caso de guerra y sólo para atender a sus requerimientos, la necesidad de una expropiación podrá ser decretada por el Gobierno Nacional sin previa indemnización.

⁶⁰ WILLIAM RENÉ PARRA GUTIÉRREZ. Ob. cit., p. 76

En el expresado caso, la propiedad inmueble sólo podrá ser temporalmente ocupada, para atender a las necesidades de la guerra, o para destinar a ella sus productos.

El Estado será siempre responsable por las expropiaciones que el Gobierno haga por sí o por medio de sus agentes”.

La anterior normativa constitucional permite al administrado obtener por parte del Estado la correspondiente indemnización, acreditando solamente el título y la expropiación o la ocupación del bien inmueble.

Se da aplicación a este régimen, cuando se demuestra que el hecho de la expropiación u ocupación temporal para el caso de guerra, es necesario para restablecer el orden público y constituye una típica responsabilidad objetiva porque no se entra a analizar la culpabilidad o falla del servicio en el caso, sino que una vez se demuestre la presencia de los elementos constitutivos establecidos por la constitución se indemnizarán los perjuicios a los afectados.⁶¹

Al igual que en los anteriores títulos de imputación estudiados, en este tipo de responsabilidad, persiste la aplicación del principio de igualdad ante las cargas públicas, siendo una necesidad de legítima defensa para el Estado y la sociedad, razón por la cual el proceder es legítimo, pero al causar el daño que sobrepasa la mencionada igualdad, nace la obligación para el Estado de reparar.

2.3.4. Almacenaje de mercancías

⁶¹ CATALINA IRISARRI BOADA. Ob. cit., pp. 40 a 41

Esta teoría de responsabilidad está consagrada en el artículo 2 del Decreto Ley 630 de 1942, y surge por la pérdida de la mercancía depositada en bodegas oficiales, por su entrega equivocada o por los daños que se le haya ocasionado.

La normativa anterior refiere, que el Estado responde por aquellos eventos a los propietarios de las mercancías, desde la fecha de su recibo hasta la fecha de su retiro en forma legal o su abandono voluntario, o hasta cuando se le considere legalmente abandonada por haber cumplido el término legal de almacenaje, pero se exonera de responsabilidad por pérdidas o daños por fuerza mayor, evaporación, deterioro natural o empaque defectuoso.

2.4. RESPONSABILIDAD SUBJETIVA ESTATAL

Como afirmamos en la parte introductoria, la principal fuente de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia ha sido la falla o falta del servicio, entendida como el incumplimiento de sus deberes esenciales que genera un perjuicio a las personas.

Para que se configure este tipo de responsabilidad en contra del Estado deberá probarse no solo la existencia de un perjuicio, sino también que la administración actuó con culpa para que resulte procedente la reparación. Tal como lo expone Alessandri ⁶² *“La teoría de la culpa afirma que no basta que un sujeto de derecho sufra un daño injusto en su patrimonio o en sus bienes, para que el autor del mismo llegue a estar obligado a repararlo; es menester que ese daño provenga de un hecho doloso o culpable: sin dolo o culpa no hay responsabilidad”*.

⁶² ARTURO ALESSANDRI RODRÍGUEZ. Ob. cit., p. 109

A pesar de la consagración del daño antijurídico en la nueva constitución de 1991, la base de la responsabilidad continuará siendo subjetiva⁶³, existiendo para algunos eventos responsabilidad de carácter objetivo.

2.4.1. Falla del servicio

2.4.1.1. No prestación del servicio

Podemos hablar de falla del servicio cuando la administración, teniendo el deber de hacerlo, no presta el servicio, como sería el caso de la falta de señalización de las vías públicas⁶⁴ o cuando no envía la fuerza pública a un lugar determinado del territorio⁶⁵.

La responsabilidad estatal en este evento surge debido a que el particular no recibió el servicio que el Estado estaba en obligación de prestar.

2.4.1.2. Tardía prestación del servicio

En la presente hipótesis, el servicio al que está obligada la administración es prestado de forma demorada o dilatada, lo que genera distorsión del mismo, ocasionando consecuentemente un perjuicio para el administrado.

⁶³ CRISTINA DÍAZ, LEONARDO CORREA. "Responsabilidad del Estado falla en la prestación del servicio médico" Revista de Responsabilidad Civil y del Estado No. 24, Medellín, editorial COMLIBROS, 2008, p. 97.

⁶⁴ República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. 15001. 6 de julio 2006. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Actor: Pedro Nel Díaz y Otros.

⁶⁵ República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp.213-01 AG 9273. 26 de enero 2006. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Actor: Jesús Emel Jaime Vacca y Otros.

Podríamos en esta tesis enunciar falla de la administración cuando no presta los servicios médicos y asistenciales de manera oportuna y el paciente presenta complicaciones en su salud o muere. También sería el caso en el cual se solicita auxilio al cuerpo docente de una institución educativa para la búsqueda de un menor desaparecido en un paseo escolar⁶⁶ pero la reacción de los docentes es tardía, resultando muerto un menor a su cargo, generándose un daño que con la reacción oportuna de la autoridad se hubiera podido evitar.

De manera reciente el Consejo de Estado colombiano⁶⁷ al estudiar la obligación del Estado de reparar su falla o falta esgrimió estos elementos como indispensables para proceder a su condena: 1) *la existencia para la Administración de un deber jurídico de actuar, es decir, la obligación legal o reglamentaria a cargo de la entidad demandada de ejercitar sus competencias y atribuciones en un plazo determinado por la propia ley o el reglamento, o en un tiempo razonable y determinable cuando se satisface el supuesto de hecho de las normas que regulan la actividad del órgano, acción con la cual se habrían evitado los perjuicios; 2) El incumplimiento de esa obligación, es decir, la expedición tardía de un acto administrativo que finalice la actuación, por la omisión de poner en funcionamiento los recursos de que se dispone para el adecuado cumplimiento del deber legal, atendidas las circunstancias particulares del caso. La demora debe ser injustificada, pues el solo transcurso del tiempo o incumplimiento de los plazos procesales para resolver no genera automáticamente un derecho a la indemnización; 3) Un daño antijurídico, esto es la lesión real y evaluable económicamente de*

⁶⁶ República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. 14998. 4 de julio 2005. C.P. María Helena Giraldo Gomez. Actor: Rubén Mosquera Hurtado y Otros.

⁶⁷ República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. 14721. 4 de junio 2008, C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Actor: Líneas Aéreas de los Libertadores Ltda.

un derecho o de un bien jurídico protegido al interesado o a un grupo de ellos, que no están en el deber jurídico de soportar; y 4) la relación causal entre la demora (funcionamiento anormal del servicio) y el daño.

2.4.1.3. Deficiente o indebida prestación del servicio

En este evento, se parte de la base que la administración presta el servicio, pero el mismo no es el adecuado, lo que comporta un perjuicio para quien se somete a ese servicio, que en últimas resulta fallido.

Tal sería el caso de los procedimientos médicos mal practicados⁶⁸, que ocasionan lesiones graves al paciente o incluso lo llevan hasta la muerte o el caso de la indebida prestación del servicio educativo, en donde los estudiantes sufren lesiones en las instituciones Educativas⁶⁹ o en algunas ocasiones pierden la vida, a pesar de estar bajo el cuidado y protección de tal servicio⁷⁰

Se presenta también, este tipo de responsabilidad cuando la administración de justicia detiene a una persona por la presunta comisión de un delito, pero luego se demuestra que no existía orden de captura judicial contra el individuo ni fue atrapado en flagrancia.

2.4.1.4. Falla probada

⁶⁸ República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. 18273. 29 de enero 2004. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Actor Mery Teresa Colmenares Tovar y Otros

⁶⁹ República de Francia. Consejo de Estado Francés, 14 de mayo de 1996, Caso “Commune de Cilaos”, muerte por ahogamiento en un río de menores al regresar de la escuela a su casa. Citado por, JACQUELINE MORAND-DEVILLER. Ob. cit., p. 865.

⁷⁰ República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. 14144. 20 de febrero 2003, C.P. Hoyos Duque. Actor: Manuel María Copte Hinestroza y Otros

Acudiendo al principio de *actori incumbit probatio*⁷¹ , corresponde al actor probar la falta o falla de la administración lo mismo que los perjuicios que tal falla le ha generado. Deberá entonces demostrarse que la actuación de la administración fue inexistente, tardía o deficiente.

Sin embargo lo anterior, con el transcurso del tiempo y el avance de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés⁷² y Colombiano⁷³, se fueron observando eventos de los cuales resultaba muy complicado al actor demostrar la culpa de la administración, haciéndose en algunos casos, como la responsabilidad médica, imposible tal demostración, surgiendo así la necesidad de establecer algunas presunciones de falta, que permitieran al ciudadano reclamar los perjuicios sufridos por culpa del Estado.

Resulta importante precisar que la principal vía de responsabilidad estatal por falla continúa siendo la culpa que logre demostrar el actor dentro del proceso judicial.

⁷¹ MICHEL PAILLET. Ob. cit., p. 155

⁷² “La presunción de la Falla es tomada en consideración a dos hipótesis, una de aplicación frecuente: los accidentes sufridos por los usuarios de la obras públicas ... y la otra más sutil, trata de ciertos accidentes sufridos por las personas en tratamiento en los hospitales públicos: cuando asistencias médicas corrientes han tenido consecuencias graves, desproporcionadas con esos cuidados médicos”. Citado por JACQUELINE MORAND- DEVILLER. Ob. cit., p. 843

⁷³ República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. 14400. 11 de mayo de 2006. C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Actor: Lino Antonio Amortegui Guzmán.

Así las cosas se deberán probar que el servicio no se prestó, que se prestó de forma indebida o que se prestó de manera tardía, para que el actor no vea truncada su pretensión indemnizatoria⁷⁴.

2.4.1.5. Falla presunta

Partiendo de la premisa que el particular se encuentra en una posición de desventaja ante el aparato estatal, ha venido haciendo carrera tanto en la jurisprudencia francesa⁷⁵, como en la colombiana la necesidad de presumir la responsabilidad de la administración para determinados eventos, que como se expresó con antelación, hacen casi imposible al actor demostrarlos.

Siguiendo la clasificación del autor Paillet⁷⁶, corresponde al Juez como supremo director del proceso precisar los eventos en los cuales se puede prescindir de la prueba por parte del actor y presumir que la falla ha existido en cabeza de la administración, dando paso a la denominada "*Teoría de Carga Dinámica de la Prueba*"⁷⁷.

Consideramos que la principal importancia de la teoría de la Falla Presunta radica en la inversión de la carga probatoria, pues mientras en la falla probada corresponde al actor demostrar la culpa de la administración, bajo el

⁷⁴ República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. 15470. 7 de diciembre 2005, C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Actor: Wilson Amaya Maestre.

⁷⁵ República de Francia. Consejo de Estado Francés, 23 de febrero de 1962, Caso "MEIER", inyección intravenosa que provocó la parálisis de un miembro. Citado por JACQUELINE MORAND-DEVILLER, obra citada, p. 843.

⁷⁶ MICHEL PAILLET, obra citada p. 158.

⁷⁷ República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp.6897. Sección Tercera 30 de julio 1992. C.P. Daniel Suarez Hernández. Actor: Gustavo Eduardo Ramírez y Otro.

esquema de la presunción corresponde es a la administración demostrar que su actuar fue el adecuado y que la falla no existió.

Creemos que esta posición resulta consecuente con las aspiraciones de los administrados, pues no se les puede someter a sufrir un perjuicio y luego obligarlos a que demuestren la falla de la administración como generadora de su padecimiento⁷⁸.

En casos como la utilización de armas de dotación oficial⁷⁹ la prestación del servicio médico⁸⁰, el Consejo de Estado colombiano aplicó la Falla Presunta facilitando para esa época la carga probatoria del actor, de tal suerte que competía a la administración demostrar la inexistencia de la falla en su actuar. Estas aplicaciones jurisprudenciales sirvieron de avance para que poco a poco fuera cambiando la visión sobre el tema, al punto que hoy los perjuicios generados por la manipulación de armas oficiales se considere una actividad peligrosa, aplicando la tesis objetiva de responsabilidad y en cuanto a la responsabilidad médica se haya avanzado a la teoría de carga dinámica de la prueba en donde cada una de las partes en contienda esta llamada a probar los hechos de acuerdo a la posición que se encuentren frente a los mismos.

⁷⁸ República de Francia. Consejo de Estado Francés, 9 de diciembre de 1988, Caso "COHEN", infecciones nosocomiales contraídas en los lugares de asistencia médica. Citado por JACQUELINE MORAND-DEVILLER. Ob. cit., p. 843.

⁷⁹ República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. 6426. 16 de marzo 1992. C.P. Daniel Suarez Hernández. Actor: Ginner Genner Jiménez Monterroza y Otros.

⁸⁰ República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. 6754. 24 de agosto 1992. C.P. Carlos Betancur Jaramillo. Actor: Henry Enrique Saltarín Monroy.

2.4.1.6. Falla anónima

Como punto esencial que diferencia el sistema de la culpa en el campo civil del ámbito administrativo, tenemos que para este último no se hace necesario demostrar la culpa del agente que ocasiona el perjuicio, simplemente que existe una falla de la administración entendida como un todo, tal como lo sostiene el tratadista García de Enterría, “...para que el daño se impute a la administración no es necesario localizar al agente concreto que lo haya causado. Puede tratarse – y así ocurre con frecuencia – de daños anónimos e impersonales, no atribuibles a persona física alguna, sino a la organización en cuanto tal...”⁸¹.

Resulta lógica tal apreciación, si partimos de la base que en muchas ocasiones el daño se produce sin saber cuál es el funcionario que ha actuado mal, tardíamente o ha dejado de actuar, existiendo el deber jurídico del Estado de resarcir dicho perjuicio no importando, en últimas, la identificación de la culpa del agente.

Se presenta falla anónima en el caso de la desaparición y muerte de una persona que se encuentra bajo el cuidado del Estado por que ha sido detenida⁸², no interesa en últimas que agente estatal cometió el hecho, sino que fue a cargo del cuidado del Estado que se encontraba tal ciudadano.

Tal posición ha sido acogida no solo por los tribunales nacionales, sino también por la jurisprudencia internacional, en especial dentro del sistema interamericano de derechos humanos, en donde se condena al Estado

⁸¹ EDUARDO GARCÍA ENTERRÍA, TOMAS-RAMÓN FERNÁNDEZ. Ob. cit., p 350.

⁸² República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp 16996. 20 de febrero 2008. C.P. Enrique Gil Botero. Actor: María Delfa Castañeda y Otros.

colombiano por los perjuicios ocasionados a las personas dentro de su territorio, sin importar mucho qué agente estatal cometió los hechos⁸³.

2.4.1.7. Falla simple y falla grave⁸⁴

Resulta importante precisar cómo en Francia de tiempo atrás se vienen utilizando los conceptos de falla simple y grave, para establecer la responsabilidad de la administración, dependiendo del servicio que se presta a los individuos.

Existirá responsabilidad estatal, así sea por una falla de poca entidad o falla simple cuando se demuestre que la misma generó un daño al administrado que debe ser reparado, tal sería el caso de los daños causados por acto médico en hospital público; los daños causados por actividades de reglamentación y control del servicio público de transfusión sanguínea; Aquellos debidos a la hospitalización de oficio de las personas afectadas por perturbaciones mentales; suicidio en prisión de un detenido, etc.

A pesar que en múltiples eventos basta con demostración de una falla simple para condenar patrimonialmente al Estado, en Francia subsisten algunas actividades⁸⁵ que exigen un actuar grave o complicado para exista declaración de condena. Dentro de las que se encuentran las actividades de policía administrativa; las actividades de control y de tutela y las actividades jurisdiccionales.

⁸³ Corte Interamericana de Derecho Humanos, Caso de las Masacres de Ituango Vs Colombia, Sentencia del 1 de julio de 2006.

⁸⁴ JACQUELINE MORAND – DEVILLER. Ob. cit., p. 844.

⁸⁵ IBIDEM, obra citada. p. 847.

Es de resaltar que poco a poco en Francia se ha ido perdiendo la inmunidad de la administración de justicia⁸⁶, para dar paso al análisis patrimonial de sus decisiones, sin embargo, debemos afirmar que el tránsito ha sido del todo lento, pues como uno de los últimos bastiones de la falla grave, se exigen como presupuestos para la declaración de responsabilidad en materia judicial una falla grave en la administración de justicia o la denegación de la misma, con lo cual podemos afirmar que el avance legal y jurisprudencial del Consejo de Estado colombiano en esta materia ha sido mucho más profundo⁸⁷.

2.4.1.8. Falla relativa

Por último resulta importante precisar que la falla o falta de la administración no puede estudiarse de manera aislada a la realidad, si bien es cierto que el Estado colombiano es un Estado Social de Derecho, establecido de manera clara en el ordenamiento constitucional, también lo es, que debemos ser conscientes de las condiciones socio-económicas en las que vivimos y de la herencia cultural de la cual no podemos escapar.

En el campo de la responsabilidad, debemos tener en cuenta las condiciones del obligado, para el caso de la responsabilidad extracontractual estatal, se debe observar la capacidad del Estado colombiano para asumir y responder por los daños que se imputan.

⁸⁶ República de Francia, Ley del 5 de Julio de 1972.

⁸⁷ República de Colombia, Congreso de la República. Ley 270 de 1996, Artículo 69.

No se puede obligar a nadie a lo imposible⁸⁸, y dentro de este razonamiento debemos incluir al Estado. No podemos pretender que el ente estatal sea omnipotente y omnipresente⁸⁹, para salvaguardar a todos y cada unos de los integrantes, pues ni siquiera los países desarrollados y archimillonarios lo han podido lograr.

Se debe establecer una línea media de prestación del servicio que al ser omitida o incumplida genere responsabilidad a la administración. Así lo ha entendido la jurisprudencia Consejo de Estado⁹⁰ en el sentido de revisar en cuales eventos puede atribuirse responsabilidad, teniendo en cuenta sus capacidades económicas y logísticas.

En reciente jurisprudencia al abordarse el tema de la responsabilidad por causa de los atentados terroristas⁹¹, se sostuvo la tesis consistente en que se debe revisar el deber de vigilancia y cuidado de la administración cuando estos eventos se materializan, partiendo de la base que siempre son generados por terceros, surgiendo la obligación de reparar únicamente cuando no se hayan tomado las precauciones adecuadas respecto del conocimiento de los posibles hechos o de la instalaciones que pueden ser objeto de este tipo de atentados.

⁸⁸ República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Exp AP00059. 20 de marzo 2003. C.P. Camilo Arciniegas Andrade Actor: Luis Gustavo Guzmán Neira y otros.

⁸⁹ República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp 13318. 18 de marzo de 2004. C.P., María Elena Giraldo Gómez. Actor: Rita Cecilia Rojas Rosado.

⁹⁰ República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp 11837. 8 de mayo 1998. C.P. Jesús maría Carrillo Ballesteros. Actor: Luis Miguel Fernández Vega.

⁹¹ República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp 14671. 22 de abril 2004. C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez. Actor: Natalia Silva.

Consideramos ajustada la posición jurisprudencial adoptada últimamente, en donde se reconoce que no somos personas perfectas, ni somos un país angelical, por el contrario somos un Estado en vía de desarrollo y conforme a esto debemos exigir al ente estatal. Sin embargo, resulta, del todo urgente, que se siga desarrollando el tema de la relatividad de la falla, para no incurrir en aspectos subjetivos del juzgador, quedando a su libre albedrío la definición de *prestación media del servicio*, inclinándose la balanza a favor o en contra de los administrados según el contexto psicosocial del juzgador.

No puede hacer carrera en nuestro medio la tesis de exonerar al Estado so pretexto de la falla relativa, para evitar el deterioro de las arcas públicas, debido a que si el Estado genera un daño, debe ser reparado integralmente, no importando el costo que tal reparación requiera, tal como ya lo exponía Sourdat desde 1872: *“No es admisible invocar el peligro del Tesoro público; este peligro no es real. Si las decisiones de los tribunales que declaran responsable a la Administración son tan numerosas que suponen una seria amenaza para el Tesoro público, significa que existe algo anormal en el funcionamiento de los servicios públicos. Contra esta anomalía no hay nada más que un remedio: obligar a la Administración, mediante una aplicación justa y severa por parte de los jueces de los principios de responsabilidad, a escoger mejor a sus funcionarios y a obligarles a respetar las leyes y el interés público.”*⁹².

⁹² LOUIS SOURDAT Citado por RICARDO HOYOS DUQUE en las dispositivas de la conferencia “Responsabilidad del Estado por Actividad Judicial” dictada en Barranquilla el 4 de junio de 2010 en el Instituto Colombiano de responsabilidad Civil y del Estado.

2.5. EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD

Se denominan eximentes de responsabilidad aquellos eventos que permiten exonerar al demandado de la responsabilidad imputada⁹³, para el caso específico de nuestra investigación constituyen eximentes aquellos sucesos que permiten romper el nexo de causalidad entre el hecho y daño, por lo que conducen a la exoneración de la responsabilidad estatal. Siguiendo al tratadista Pablo Rodríguez Grez⁹⁴ *“El vínculo de causalidad falta cuando el daño es resultado de una causa ajena; se entiende por ello un acontecimiento ajeno al demandado, un acontecimiento que no es hecho suyo”*.

Las causales eximentes de responsabilidad tienen su fundamento mediato en el Código Civil Colombiano, sin embargo la jurisprudencia⁹⁵ del máximo tribunal de lo contencioso administrativo de tiempo atrás las ha incorporado a sus decisiones, en especial tratándose de las acciones de reparación directa, es decir donde se debaten asuntos de responsabilidad estatal extracontractual.

Específicamente se han reconocido, siguiendo el citado Código Civil, tres causales constitutivas de exoneración la fuerza mayor o caso fortuito; la culpa de la víctima y el hecho determinante de un tercero. Sobre estas circunstancias haremos un breve pronunciamiento a efectos de precisar en lo

⁹³ República de Colombia, Código Civil, art. 64.

⁹⁴ PABLO RODRÍGUEZ GREZ. Responsabilidad extracontractual, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 399.

⁹⁵ República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena. Exp 0438-01(S). 30 de marzo de 2004. C.P. Ligia López Díaz. Actor: Licenia Rodríguez de Jiménez y Otros.

sucesivo si tales eximentes tienen aplicación en la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad.

2.5.1. Fuerza mayor y caso fortuito

Sin pretender profundizar en el debate sobre las diferencias y similitudes entre las figuras de la Fuerza Mayor y el Caso Fortuito, por no ser el fin específico de este estudio, consideramos de relevancia esgrimir cual es el tratamiento que la jurisdicción contenciosa ha tenido sobre el particular.

La fuerza mayor ha sido, en legislaciones como la Chilena, equiparada al caso fortuito *“Los conceptos referidos son sinónimos en la legislación chilena. Así se desprende de lo previsto en el artículo 45 del Código Civil que expresa: “Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”*⁹⁶. Sin embargo para la jurisprudencia del Consejo de Estado se trata de fenómenos distintos lo que hace que tengan bien demarcados sus campos de acción⁹⁷.

Siguiendo las pautas del Consejo de Estado, se tienen como diferencias entre las dos figuras las siguientes: *“(i) el caso fortuito es un suceso interno, que por consiguiente ocurre dentro del campo de actividad del que causa el daño; mientras que la fuerza mayor es un acaecimiento externo ajeno a esa actividad; (ii) hay caso fortuito cuando la causa del daño es desconocida; (iii) la esencia del caso fortuito está en la imprevisibilidad, y la de la fuerza mayor*

⁹⁶ PABLO RODRÍGUEZ GREZ. Ob. cit., p. 437.

⁹⁷ República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp 15494. 29 de agosto de 2007. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Actor: Luis Alberto Vega y Otros

*en la irresistibilidad, y (iv) el caso fortuito se relaciona con acontecimientos provenientes del hombre y la fuerza mayor a hechos producidos por la naturaleza.*⁹⁸

Así las cosas, tenemos que la fuerza mayor es una causa exterior, ajena al demandado, por tanto lo exonera totalmente de su responsabilidad, en cambio el caso fortuito es una causa desconocida pero no ajena al demandado, por tanto, inmediata a la causación del daño, razón que lleva a que sea imputable de todas formas a la organización de la actividad u objeto por el cual debe responder al demandado.⁹⁹

Tenemos entonces, como exigencias para que el Estado se libere de responsabilidad argumentando la fuerza mayor:

- **Que sea Imprevisible:** Esto es que el agente, dentro de los límites generales, no haya podido razonablemente prever su ocurrencia.
- **Que sea Irresistible:** Hace relación a la imposibilidad que tiene el presunto responsable de resistir o evitar el acontecimiento¹⁰⁰, lo que lleva a que no se le pueda reprochar una falta que él no podía evitar ya que se trata de una fuerza insuperable.¹⁰¹

⁹⁸ República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp 15494. 29 de agosto de 2007. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Actor: Luis Alberto Vega y Otros.

⁹⁹ JAVIER TAMAYO JARAMILLO. La Responsabilidad del Estado, Bogotá, Editorial Temis, 2000, p.171

¹⁰⁰ ÁLVARO BUSTAMANTE LEDESMA, Ob. cit., p. 48.

¹⁰¹ MICHEL PAILLET, Ob. cit., p. 95.

- **Que se trate de un hecho ajeno al Estado:** Sobre este particular tenemos que afirmar que la fuerza mayor no puede provenir parcial o totalmente de la administración, pues de serlo así se rompería el concepto de elemento o causa extraña que caracteriza los eximentes de responsabilidad.¹⁰² Se debe precisar que en Francia, no por el solo hecho de acaecer la fuerza mayor lleva consecuentemente a la exoneración total del Estado, de tal suerte, que cuando se demuestra que la administración *“ha agravado las consecuencias de la fuerza mayor podrá ser declarada responsable proporcionalmente por la parte causada por su comportamiento en el producción del daño”*¹⁰³.

2.5.2. Culpa exclusiva de la víctima

También se puede exonerar la responsabilidad del Estado cuando ha sido la propia víctima del daño quien ha ocasionado que este se cause, situación que en teoría resultaría fácil de aplicar pero que al momento de fallar las situaciones particulares representa para el juzgador uno de los temas más álgidos¹⁰⁴ al momento de atribuir responsabilidad de hechos perpetrados por la administración¹⁰⁵.

Sobre este particular se debe enfatizar que el hecho de la víctima debe ser de una magnitud tal, que en efecto rompa el nexo de causalidad de la

¹⁰² EDUARDO GARCÍA ENTERRÍA, TOMAS-RAMÓN FERNÁNDEZ, “Curso de Derecho Administrativo”, Bogotá – Lima, editorial Temis, 2008. p. 388.

¹⁰³ MICHEL PAILLET, Ob. cit., p. 97.

¹⁰⁴ República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. 15784. 20 de abril de 2005. C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Actor: Francisco Luis Vanegas Ospina y Otros.

¹⁰⁵ República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp 13744. 25 de julio de 2002. C.P. María Helena Giraldo Gómez. Actor: Gloria Esther Noreña.

administración. Bajo este entendido debemos partir de que el daño efectivamente se causó, pero que éste, por culpa de quien lo ha sufrido, no puede conectarse con el actuar estatal.

El Consejo de Estado ha establecido de tiempo atrás las características que debe reunir el hecho de la víctima para que tenga la virtualidad de romper el nexo de su obligación de reparar y que se relacionan a continuación¹⁰⁶:

- **Que exista relación de causalidad entre el hecho de la víctima y el daño:** Lo que interesa aquí, es establecer si el hecho de la víctima es la causa del daño posterior. El hecho de la víctima debe concordar con la generación del daño, tal será el caso de quien conduce un vehículo a alta velocidad sin las debidas precauciones y choca con otro vehículo de propiedad del Estado que se encuentra debidamente estacionado. Si la actuación de la víctima es la única causante del perjuicio la exoneración del Estado será total, pero si tal actuación solo contribuye en parte a la generación del daño la exoneración deberá ser, consecencialmente, parcial hablándose en ese caso de concausalidad de culpas condenando a la entidad en la proporción del daño con el que participe¹⁰⁷.
- **Que el hecho de la víctima no sea imputable al Estado:** Esto significa que la administración no haya provocado el actuar de la víctima. Lo que debe demostrarse en este evento es que el Estado no haya incitado o instigado a la víctima a realizar el hecho, el cual posteriormente generó el daño. Resultaría improcedente entonces, exonerar de responsabilidad a la administración cuando ésta de manera indirecta ha ocasionado el daño,

¹⁰⁶ República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. 13262. 2 de mayo de 2002. C.P. Germán Rodríguez Villamizar. Actor: Héctor A. Correa Cardona y Otros.

¹⁰⁷ República de Colombia, Código Civil, art. 2357.

pues se rompería el principio de autonomía de la víctima quien no actúo a mutuo propio.

2.5.3. Hecho determinante de un tercero

Otro acontecimiento que en el campo de la responsabilidad viene a romper el nexo de causalidad de la administración es precisamente el actuar de un tercero, actuar que tenga la capacidad de desplazar de manera total o parcial de la obligación de reparar el daño.

Lo primero que se debe esgrimir sobre el particular es que debe tratarse de un hecho determinante y exclusivo de una persona ajena a la administración para que pueda exonerarse a esta última de responsabilidad.

En esta primera hipótesis la situación resulta del todo clara, al presentarse el hecho exclusivo y determinante de un tercero se exonerará de forma total a la administración. El problema surge para el juez cuando el hecho de aquel tercero no es la única causa del daño que se reclama por parte de la víctima, sino que concurre con el hecho de la administración.

La pregunta que surge de la hipótesis anterior es si el ¿Estado debe responder al perjudicado por todo el daño que se le ha causado? ó ¿debe únicamente condenársele en la proporción en que su actuar concurre en la generación del menoscabo? Las soluciones a estos interrogantes han sido diversas, para lo cual describiremos brevemente la solución que al tema se le ha dado en España, Francia, Chile y nuestro país

Para el caso español¹⁰⁸ se ha optado por establecer dos soluciones al respecto, en primer término por definición legal se ha establecido que la jurisdicción contenciosa administrativa pueda conocer de las conductas que han generado daño no solamente por las actuaciones del Estado, sino también de las de sus agentes y de los particulares. De otro lado, y como segunda forma de solucionar el intrínquilis de la concausalidad, se ha optado por acoger la tesis de la solidaridad entre la administración y el tercero, evitando así que la víctima tenga que recurrir a diversas jurisdicciones y lo más importante, creemos, que tenga la posibilidad de solicitar del Estado el resarcimiento de todo el perjuicio irrigado, sin importar el porcentaje en que haya participado al generarse el daño.

En Francia¹⁰⁹ la solución apunta a que la administración solo debe responder a la víctima por la parte del daño que le corresponde, dejando de lado la solidaridad entre tercero y Estado que se predica en España. Esta posición ha sido del todo criticada, en virtud a que somete al perjudicado a acudir a jurisdicciones diferentes, con la posibilidad, para empeorar el asunto, que los fallos sean contradictorios. A pesar de la fuerte posición que ha mantenido la jurisprudencia sobre el particular se pueden contar dos excepciones que permiten aplicar la figura de la solidaridad en beneficio del damnificado. La primera de ellas es cuando el tercero que con su actuar ha contribuido a la causación del daño sea otra entidad pública y la segunda es cuando concurren no solo la culpa de la administración sino también la culpa del agente estatal.

Es de anotar que en el ámbito francés el hecho del tercero solamente exime al Estado en los casos de responsabilidad subjetiva, es decir cuando se

¹⁰⁸ EDUARDO GARCÍA ENTERRÍA, TOMAS-RAMÓN FERNÁNDEZ, Ob. cit., pp. 393 a 394.

¹⁰⁹ MICHEL PAILLET, Ob. cit., p. 100

pretende la misma por su falla o falta, no sucediendo lo mismo en los casos de responsabilidad objetiva “...*La Administración no podrá ver atenuada su responsabilidad invocando el hecho de un tercero, deberá responder a la víctima por el perjuicio integral aunque ella podrá devolverse enseguida contra el tercero para obtener una compensación.*”¹¹⁰

En Chile la solución ha sido muy similar a la establecida por la jurisprudencia española, en el sentido de dar aplicación al artículo 2317 del Código Civil Chileno “*Pueden subsistir las culpas del demandado y del tercero, en cuyo evento puede sostenerse la aplicación del artículo 2317 del Código Civil y la víctima dirigirse contra cualquiera de los autores del daño reclamando la totalidad de los daños, y sin perjuicio de la acción que a cada uno de ellos pertenezca para repetir, en la parte que corresponda, en contra del otro autor del daño.*”¹¹¹

El Consejo Estado Colombiano¹¹² ha optado por aplicar la figura de la solidaridad en cumplimiento del artículo 2344 del Código Civil. Sobre el particular caso de la privación injusta de la libertad, en donde se debatió la responsabilidad de la Nación – Fiscalía General de la Nación¹¹³ por la detención injusta de unas personas, generadas por las falsas denuncias de un tercero, condeno *in solidum* a la entidad demandada haciendo el siguiente ordenamiento: “...*CONDÉNASE a LUZ CARMENZA BRAVO a restituir a la*

¹¹⁰ IBÍDEM. Ob. cit., p. 101

¹¹¹ PABLO RODRÍGUEZ GREZ, Ob. cit., p. 408

¹¹² República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp 11.499. 11 de noviembre de 1999. C.P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Actor Tito Ortiz Serrano.

¹¹³ República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp 15138. 1 de marzo de 2006. C.P. Dr. Ruth Stella Correa Palacio. actor Saúl Ordoñez Bravo y Otros.

Nación-Fiscalía General de la Nación el treinta por ciento (30%) del valor que la entidad le pague a los demandantes en cumplimiento de esta sentencia...”

Sobre el hecho determinante y exclusivo del tercero se pueden erigir los siguientes requisitos¹¹⁴:

- **Que sea la causa única del daño:** Tal como se ha venido expresando para que exista la exoneración total de responsabilidad en favor del Estado, el hecho del tercero debe ser exclusivo, pues si concurre con hechos de la administración se presentará una concausalidad procediendo la condena al Estado, con la posibilidad, eso sí, de repetir contra el tercero que en parte contribuyó a la generación del perjuicio.
- **Que el tercero se encuentre plenamente identificado:** No basta con esgrimir como defensa el actuar de la persona ajena al Estado para lograr la exoneración, será indispensable también, que se identifique de manera clara y precisa quien es dicho tercero, a fin que el perjudicado obtenga claridad del responsable de su perjuicio y pueda perseguirlo para obtener de él la indemnización pretendida.
- **Que no exista relación de dependencia entre el tercero y el presunto agente del daño:** Es característica fundamental que el sujeto causante del daño sea totalmente ajeno a la administración, en tal sentido no se podrá excusar el actuar estatal en las acciones de sus agentes en relación con el servicio, bajo el pretexto de la autonomía personal de los mismos, pues es de tiempo atrás entendido que la administración es una sola, no existiendo la posibilidad de separación de la función pública y sus agentes.

¹¹⁴ ÁLVARO BUSTAMANTE LEDESMA, Ob. cit., pp. 50 y ss.

- **Que el hecho del tercero no haya sido provocado por el presunto responsable:** El daño no debe ser producto de la incitación o coacción estatal, ya que en ese evento deberá responder la administración por los perjuicios causados, no importando que lo haya causado indirectamente.
- **Que sea irresistible e imprevisible:** Uno de los puntos más relevantes sobre esta causal de exoneración de responsabilidad tiene que ver con la irresistibilidad e imprevisibilidad que debe demostrarse cuando se alega tal eximente, debiéndose por tanto probarse que tal hecho no pudo ser atajado por la administración ya que no estaba en la capacidad de preverlo, o que pudiéndose prever no tuvo oportunidad de enfrentarlo o resistirlo. Tal sería el caso de la institución carcelaria que no toma las medidas necesarias para evitar la fuga de los reclusos, debiendo prever de manera lógica, que en algún momento pueden presentarse hechos que busquen tal cometido desde el interior o desde afuera del penal¹¹⁵.

2.6. RESPONSABILIDAD POR LA ACTIVIDAD JUDICIAL

Respecto a la responsabilidad por la actividad judicial, en principio se predicó la irresponsabilidad estatal, pues se sostuvo que los errores en que pudieran incurrir los funcionarios encargados de esa función constituían las cargas que lo asociados debían soportar como contribución suya a la existencia y funcionamiento del Estado. Como se expuso inicialmente, la responsabilidad del Estado no se afirmó sino hasta bien entrado el siglo XIX.

¹¹⁵ República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp 14686. 5 de junio de 2006. C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Actor Etelvina Mariela Romo y Otros,

Hasta antes de la Constitución de 1991, fue escaso el desarrollo legal que tuvo la responsabilidad del Estado por la actividad judicial. Podemos mencionar el artículo 16 de la Constitución de 1886 ya mencionado, la Ley 74 de 1968¹¹⁶ y la Ley 16 de 1972¹¹⁷.

Posteriormente con la expedición de la Constitución de 1991, se dio aplicación a la nueva concepción de que todas las ramas del poder público debían responder por sus actuaciones según los términos indicados en el art. 90 constitucional¹¹⁸, ya que hacía referencia a la autoridad pública incluyéndose dentro de ésta a los funcionarios de la rama judicial. A partir de esta nueva reglamentación que aborda la responsabilidad de Estado por actividad judicial, comienza a tener vigencia, mencionándose como regulación especial los artículos 242 y 414 del Decreto 2700 de 1991, para posteriormente dársele aplicación también a la Ley 270 de 1996, denominada “Ley Estatutaria de Administración de Justicia”.

La mencionada ley estatutaria consagró tres formas para aplicar dicha responsabilidad, como fueron el error jurisdiccional, la privación injusta de la libertad y el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, tal como lo establece en su artículo 65 que reza:

“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.

¹¹⁶ República de Colombia, Ley 74 de 1968, por medio de la cual se aprueban los pactos internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Derechos Civiles y Políticos, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de Diciembre de 1966.

¹¹⁷ República de Colombia, La ley 16 de 1972, por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre de Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica.

¹¹⁸ República de Colombia. Constitución Política de 1991. art. 90.

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”.

No obstante lo regulado por la Ley 270 de 1996, y al observar lo plasmado en el artículo 90 de nuestra carta magna, se debe dejar presente que este tipo de responsabilidad no se supedita a la reglamentación estatutaria , sino que por el contrario su base parte de la noción de daño antijurídico planteado por a disposición constitucional.

Es preciso recordar que la ley estatutaria en su artículo 66 define el error jurisdiccional como aquel ejecutado dentro de un proceso por la autoridad jurisdiccional por proferir decisión contraria a derecho¹¹⁹. Por su parte, el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia se predica de las actuaciones judiciales excluyendo las providencias judiciales, necesarias para adelantar un proceso o la ejecución de dichas providencias, es decir, hace referencia a la actividad meramente administrativa que ejerce el órgano jurisdiccional¹²⁰.

En relación al tema objeto de la presente investigación, la ley estatutaria de administración de justicia lo abordó en su artículo 68 disponiendo lo siguiente: “Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios”. Al respecto es importante destacar, que con anterioridad a la promulgación de dicho estatuto normativo, el Decreto 2700 de 1991 desarrollo el artículo 90 Constitucional, estableciendo dos formas de responsabilidad por actividad judicial, por un

¹¹⁹ República de Colombia, Ley 270 de 1996. Artículo 66.

¹²⁰ *Ibíd.* art. 69.

lado, el artículo 242 de dicho decreto¹²¹ que hace referencia a la responsabilidad del Estado por error judicial derivado de la exoneración de responsabilidad penal a través de la acción de revisión, y por otro lado, el art. 414 del mismo decreto¹²², que reguló la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad el cual otorgó facultad a quien hubiera sido objeto de dicha situación, pudiera demandar al Estado para que se le indemnizaran los perjuicios ocasionados, siempre y cuando se cumplieran los presupuestos allí enunciados, normativa que será analizada con posterioridad en el presente trabajo.

Con posterioridad fueron expedidas las leyes 600 de 2000 y 906 de 2004, disposiciones que olvidaron regular el tema de la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad, quedando esta materia en manos del desarrollo interpretativo elaborado por el máximo órgano de la jurisdicción contenciosa administrativa, quien aun continúa aplicando los parámetros establecidos por el Artículo 414 del Decreto 2700 de 1991.

¹²¹ República de Colombia, Decreto Ley 2700 de 1991. art. 242.

¹²² *Ibid.* art. 414.

CAPÍTULO III

3. PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

3.1. JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

A partir de la implementación del artículo 90 en la Constitución de 1991, empiezan una serie de interpretaciones acerca del tipo de responsabilidad del Estado en materia extracontractual, debido a que se establecía en tal ordenamiento supra legal una cláusula general de responsabilidad, en principio entendida como netamente objetiva bajo el supuesto que debía repararse todo daño que resultara antijurídico. De forma posterior se afirmó que la falta o falla de administración cabía dentro del concepto de daño antijurídico y seguiría siendo la fuente principal de la responsabilidad extracontractual¹²³.

El tema de la responsabilidad por la privación injusta de la libertad no ha sido ajeno a estas interpretaciones por lo que resulta enriquecedor hacer remembranza de las diversas interpretaciones que se han suscitado en el Consejo de Estado Colombiano.

3.1.1. Primera interpretación

Para el año de 1992, cuando la Sección Tercera del Consejo de Estado conocía recursos de apelación a sentencias proferidas por los tribunales, de

¹²³ CRISTINA DÍAZ, LEONARDO CORREA. Ob. cit., p. 97.

hechos acaecidos en 1989¹²⁴, se exponía que no se podía condenar al Estado por simples errores cometidos por los jueces al momento de dictar sus sentencias, sino que únicamente se podía exigir responsabilidad cuando se demostraran conductas abiertamente contrarias a derecho y generadoras de daño. Se debe tener presente que la posición jurisprudencial mayoritaria era no controvertir las decisiones judiciales, sin embargo empezaba a abrirse paso su estudio posterior ante los jueces administrativos.

En igual sentido en el año de 1994 se profieren diversos fallos sobre el tema, resaltándose en especial el dictado dentro del expediente 9734¹²⁵, donde se reafirma que el tipo de responsabilidad aplicable al Estado debe ser el régimen subjetivo. En aquel proveído se declaró la responsabilidad de la Nación por haberse demostrado la ilegalidad de la captura de que fuera objeto el demandante.

3.1.2. Segunda interpretación

En septiembre de 1994 con la sentencia del Consejo de Estado, expediente 9391¹²⁶, al estudiarse el caso de una persona que es acusada del homicidio de unos indigenistas y que luego resulta absuelta, el Consejo de Estado se detiene a enumerar los elementos que para tal época consideraba debían seguirse al estudiarse este tipo de casos:

¹²⁴ República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 1 de Octubre 1992, Consejero ponente: Daniel Suarez Hernández, Exp.7058, Actor: Carmen Aminta Escobar Mejía y otros.

¹²⁵ República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 30 de Junio 1994, Consejero ponente: Daniel Suárez Hernández, Exp. 9734, Actor: Nerio José Martínez Ditta.

¹²⁶ República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 15 de Septiembre 1994, Consejero ponente: Julio Cesar Uribe Acosta, Exp.9391, Actor: Alberto Uribe Oñate.

“(...) 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".

b) El error judicial puede responder a una errónea apreciación de los hechos, o a un desfasado 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".

*d) La responsabilidad de la Administración, dentro del ámbito que se estudia, no opera sólo 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 PRIVACION DE LA LIBERTAD**, sino en todos los eventos en que se demuestre, con fuerza de convicción, la existencia de una manifiesta equivocación. El mismo tratadista, en 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".

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

*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".

g) La reparación por el daño causado debe ser integral, esto es, se debe indemnizar tanto el daño emergente, como el lucro cesante y el daño moral. Ni la Constitución Nacional ni ley alguna han puesto limitaciones en este particular.

*h) La responsabilidad que se deduce del artículo 414 del C. de P. Penal, es **OBJETIVA**, motivo por el cual resulta irrelevante el estudio de la conducta del juez o magistrado, para tratar de definir si por parte de él hubo dolo o culpa.*

i) Como causales eximentes de responsabilidad operan la fuerza mayor, el hecho de un tercero y la conducta exclusiva del damnificado.

Nótese como ya en aplicación del Código de Procedimiento Penal de la época¹²⁷ se empieza hablar sobre el contenido objetivo que el legislador había implantado en el artículo 414, diciéndose que en los casos allí enumerados no habría lugar a razonamiento alguno tendiente a demostrar dolo o culpa del fallador, pese a tal apreciación, la responsabilidad que aplicaba el máximo tribunal era de carácter subjetiva.

3.1.3. Tercera interpretación

Ya en 1995¹²⁸ la posición de la Sección Tercera frente al tema la responsabilidad del Estado por privación injusta se desenvuelve bajo los

¹²⁷ República de Colombia. Decreto 2700 de 1991, que estuvo vigente en Colombia desde el 1 de julio de 1992 al 23 de julio de 2001

¹²⁸ República de Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 11 de noviembre de 1995, Consejero ponente: Carlos Betancur Jaramillo, Exp. 8666.

parámetros de la responsabilidad subjetiva, teniendo presente la falla del servicio, especialmente basada en el error judicial, no bastando la absolución del demandante para presumir tal error del juez, sino que se debía ahondar demostrando la falla de la administración ya sea que hubiere actuado con dolo o culpa al privar al ciudadano de su libertad.

Así las cosas, para que procediera la responsabilidad del Estado se debía demostrar la culpa o falla del administrador judicial, pues de no configurarse tales elementos se debía entender que la privación resultaba justificada, o dicho de otra forma la persona estaba en la obligación de soportar la medida no configurándose el daño antijurídico previsto en el artículo 90 constitucional.

3.1.4. Cuarta interpretación

En fallo de noviembre de 1995¹²⁹ a pesar de que se continúa con la figura del error judicial, la jurisprudencia presenta un giro significativo al reconocer que en los casos en que se muestra absolución por que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible debía considerarse que había existido un error, siguiendo una postura objetiva, y que para los demás casos en que el procesado resultaba absuelto, verbi gracia, por prescripción o por mediar una causal de antijuridicidad debía demostrarse el error jurisdiccional, aplicándose para estos últimos eventos la tesis subjetiva de responsabilidad. Así lo expresó la sección tercera: “(...) *habiéndose producido la detención preventiva por una providencia judicial, la fuente de responsabilidad no sería otra que el error jurisdiccional (...)*”.

¹²⁹ República de Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 17 de noviembre de 1995, Consejero ponente: Daniel Suarez Hernández, Exp.10056, Actor: Ferney Guateros y otros.

No obstante lo anterior, podemos afirmar que el tránsito de la tesis subjetiva a la objetiva en materia de responsabilidad estatal por el título de imputación estudiado, fue lento y difuso, pues un año después encontramos un fallo contrario a lo que en 1995 se había sostenido¹³⁰, afianzando el requisito de falla, diciéndose que: *“(...) Para configurar la responsabilidad reclamada en este proceso, la privación de la libertad ha debido ser injusta, es decir fruto de decisiones contrarias al derecho o abiertamente arbitrarias, con desconocimiento de disposiciones tanto constitucionales como legales, constitutivas de verdaderas garantías de ese derecho fundamental de las personas, las cuales en ningún momento se vieron vulneradas por la medida privativa de la libertad (...)”*. Nótese como en este proveído el Consejo de Estado continuando con la posición subjetiva de la responsabilidad le agrega dos elementos a la falla que debía demostrarse, en primer lugar que la decisión hubiese sido ilegal y en segundo término que la decisión hubiese sido abiertamente arbitraria, exigencias que se amoldaban al fallo proferido por la Corte Constitucional¹³¹ al estudiar el proyecto de Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

3.1.5. Quinta interpretación

A pesar del aparente viraje que se observaba en la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente 10293 de octubre de 1996, rápidamente se encaminó la interpretación en aras de aplicar una posición objetiva, de tal

¹³⁰ República de Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 2 de Octubre de 1996, Consejero ponente: Daniel Suarez Hernández, Exp.10293, Actor: Rafael Antonio Niño.

¹³¹ República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996, Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa, Revisión constitucional del proyecto de ley número 58/94 Senado y 264/95 Cámara, "Estatutaria de la Administración de Justicia".

suerte que en diciembre de 1996¹³² se retoma lo dicho en tal criterio, afirmándose: “(...) *Se reitera que es un tipo de responsabilidad objetiva en la medida en que no requiere la existencia de falla del servicio, razón por la cual no tiene ninguna incidencia la determinación de si en la providencia que ordenó la privación de la libertad hubo o no error judicial; y no es posible la exoneración de responsabilidad de la administración con la sola prueba de diligencia que en este caso se traduce en la demostración de que dicha providencia estuvo ajustada a la ley (...)*”.

En aplicación de la interpretación según la cual al presentarse los tres eventos descritos en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 no debía buscarse la falla o culpa de la administración de justicia, la posición jurisprudencial empezó hacer especial énfasis en la necesidad de demostrar un daño antijurídico, esto es, un daño que el ciudadano no estaba en la obligación de soportar, pues de existir, no procedería la declaratoria de responsabilidad, entendiéndose que las personas debían soportar ciertos tipos de incomodidades cuando de investigaciones se trata, pudiéndose exigir la indemnización de perjuicios solamente cuando el daño ha sido de tal magnitud que se pudiera considerar que no estaba en la obligación de resistir. Tal fue el caso¹³³ de una persona a quien se adelantó un proceso penal dictándose medida de aseguramiento pero nunca fue capturada, por el contrario evadió el accionar de la justicia, caso en el cual no hubo condena en contra de la Nación por considerarse una afectación que debía medianamente soportar:

¹³² República de Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 12 de Diciembre de 1996, Consejero ponente: Daniel Suarez Hernández, Exp.10299, Actor: José Ángel Zabala Méndez.

¹³³ República de Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 27 de Septiembre de 2000, Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Exp.11601, Actor: Ana Ethel Moncayo De Rojas y Otros.

“(...) Debe anotarse, adicionalmente, que no cualquier daño da lugar a la existencia de un perjuicio indemnizable. Los ciudadanos están obligados a soportar algunas cargas derivadas del ejercicio de las funciones administrativas, y sólo en la medida en que, como consecuencia de dicho ejercicio, se produzca un perjuicio anormal, puede concluirse que han sido gravados de manera excepcional. Y es claro que la anormalidad del perjuicio no surge de la ilegalidad de la conducta que lo causa; bien puede existir un daño antijurídico producido por una actuación cumplida conforme a derecho, o un daño no antijurídico producido por una actuación ilegal.

Así, si bien el hecho de que se adelante una investigación, de cualquier índole –penal, disciplinaria, fiscal, etc.– genera preocupaciones e incomodidades a las personas que resultan vinculadas a ella, no siempre se causará, por esa sola circunstancia, un perjuicio indemnizable a los afectados. Su existencia, en cada caso, deberá ser demostrada. (...)”¹³⁴

En esta interpretación se expone como base principal de la responsabilidad extracontractual por privación injusta de la libertad, el deber o no por parte del ciudadano de soportar la medida, dejando de lado la licitud o ilicitud de la actuación de la administración, por lo cual se puede afirmar que siguió aplicándose la tesis objetiva de responsabilidad, bajo el entendido que ya el actor no debía demostrar falla, falta o culpa en el accionar estatal, sino simplemente el daño antijurídico causado con su detención, cuando el motivo de la absolución se enmarcaba en los tres eventos del artículo 414 ya anotado.

¹³⁴ *Ibíd.*

3.1.6. Expedición de la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia¹³⁵ - Análisis previo por parte de la Corte Constitucional

La Constitución colombiana de 1991 al regular el régimen legislativo, estableció que los temas relacionados con la Administración de Justicia deberían ser tratados a través de una Ley estatutaria¹³⁶, razón por la cual cinco años más tarde se promulga la Ley 270 de 1996 que desarrolló tal ordenamiento superior.

Sobre el tema particular de análisis se consagraron tres disposiciones, los artículos 65¹³⁷, 68¹³⁸ y 69¹³⁹, con lo que se desarrolló el artículo 90 constitucional.

¹³⁵ Norma legal publicada en el Diario Oficial número 42.745 del 15 de marzo de 1996 y que, de acuerdo con lo dispuesto por su artículo 210, entró a regir a partir de la fecha de su promulgación.

¹³⁶ “(...) Así de acuerdo con el artículo 152 Superior, las siguientes materias deben ser reguladas mediante leyes estatutarias: Los derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección; la administración de justicia; la organización y régimen de los partidos políticos y movimientos, estatuto de la oposición y funciones electorales; las instituciones y mecanismos de participación ciudadana y los estados de excepción (...)”. Fragmento extraído del Diccionario Jurídico Colombiano, Bohórquez B. Luis F. y Bohórquez B. Jorge I, Editora Jurídica Nacional, Octava Edición, Bogotá, 2008. Pp. 1317-1318.

¹³⁷ “(...) 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. (...)”. Ley 270 de 1996.

¹³⁸ “(...) ARTÍCULO 68. PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios.(...)”. Ley 270 de 1996.

¹³⁹ “(...) 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. (...)”. Ley 270 de 1996.

Debemos precisar que el legislador en el artículo 65 abordó el tema de la responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad de manera separada al defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y el error jurisdiccional, lo que a nuestro juicio significaba que la privación injusta escapaba al tema de la falta o falla de la justicia, aplicándosele, por tanto, la teoría objetiva, sostenida por la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Corolario de lo anterior el legislador estipuló la falla de la administración de justicia en artículo aparte, que fue el 69, mientras que la responsabilidad por privación injusta de la libertad se regulo a través del artículo 68.

Por tratarse de una norma estatutaria, la Corte Constitucional de manera previa¹⁴⁰ procedió al estudio del articulado, condicionando la exequibilidad del precitado artículo 68 al campo de la responsabilidad subjetiva:

“(...) Este artículo, en principio, no merece objeción alguna, pues su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 6o, 28, 29 y 90 de la Carta. 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

¹⁴⁰ Conforme lo establecido en el artículo 153 de la Constitución de Colombia de 1991, se estudió el proyecto de Ley 58 de 1994 proveniente del Senado y 264 de 1995 proveniente de la Cámara.

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. (...)"¹⁴¹.

Tal posición de la Corte Constitucional de equiparar la injusticia en la privación de la libertad con las vías de hecho, en el sentido de exigir la demostración de falla de la administración al haber actuado abierta y desproporcionadamente en contra de las normas legales sumergía el tema al ámbito de la responsabilidad subjetiva neta.

3.1.7. Interpretación del Consejo de Estado en vigencia de la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia¹⁴²

A pesar de la expedición de Ley 270 en el año 1996, con la correspondiente declaratoria de exequibilidad condicionada ordenada por la Corte Constitucional respecto del artículo 68, el tema en el máximo tribunal de la justicia contenciosa no fue estudiado sino hasta el año 2007, cuando se empezaron a fallar casos de hechos ocurrido después del 15 de marzo de 1996.

¹⁴¹ Corte Constitucional, 5 de febrero de 1996, Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa, Sentencia C-037 Revisión constitucional del proyecto de ley número 58/94 Senado y 264/95 Cámara, "Estatutaria de la Administración de Justicia"

¹⁴² Norma legal publicada en el Diario Oficial número 42.745 del 15 de marzo de 1996 y que, de acuerdo con lo dispuesto por su artículo 210, entró a regir a partir de la fecha de su promulgación.

Debemos precisar que la situación luego de expedida la ley estatutaria era compleja, por un lado se encontraba vigente el Código de Procedimiento Penal y en especial su artículo 414, y por el otro, había un ordenamiento especial sobre el particular.

En sentencia de mayo de 2007¹⁴³ se enfrentó la problemática surgida, a propósito del estudio de una privación de la libertad ocurrida ya en vigencia de la Ley estatutaria, en la cual se apartó totalmente de la tesis subjetiva pregonada en 1996 por la Corte Constitucional, reafirmando que respecto de la responsabilidad estatal por la privación injusta de la libertad debería aplicarse la tesis objetiva.

En cuanto al argumento del posible enfrentamiento del Código de Procedimiento Penal con la nueva norma, se afirmó que la Ley 270 de 1996 resultaba aplicable en razón a que se trataba de una norma posterior; especial; los hechos estudiados sucedieron en vigencia de esta última y la que la demanda se había interpuesto y tramitado también bajo su vigencia¹⁴⁴.

Resulta muy enriquecedora la forma como la Sección Tercera aborda el condicionamiento ordenado al artículo 68 por la Corte, concluyendo que una

¹⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 2 de Mayo de 2007, Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez, Exp.15463, Actor: Adielia Molina Torres y Otros.

¹⁴⁴ “(...) Consecuencialmente, podría entenderse que el criterio que permite zanjar el asunto es el de la temporalidad, de acuerdo con el cual, como ya se ha dicho, procede resolver el caso con fundamento en la regulación contenida en la ley posterior, de suerte que el sub lite habría de fallarse a la luz de lo previsto por las disposiciones pertinentes de la Ley 270 de 1996. Esta Ley, por lo demás, tiene el carácter de Estatutaria, circunstancia que, desde el punto de vista de jerarquía normativa, también puede hacerla prevalecer en relación con el Decreto Ley 2700 de 1991, a lo cual se añaden las consideraciones de que bajo la vigencia de la nueva normatividad se formuló la demanda correspondiente, bajo el vigor de la misma se ha adelantado el juicio de responsabilidad en contra del Estado y, más importante aún, bajo la vigencia de la ley estatutaria se sucedieron en buena medida los hechos que sirven de fundamento a la demanda y bajo su imperio tuvo ocurrencia la consolidación del perjuicio cuya reparación se deprecia (...).” Ibidem.

norma infraconstitucional no puede desconocer lo expresado por el Constituyente en el artículo 90 constitucional al establecer la cláusula general de responsabilidad del Estado colombiano:

“(…) Así las cosas, para concretar el alcance del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 resulta imperioso conectarlo con el enunciado normativo contenido en el artículo 65 ídem, de acuerdo con el cual “el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales”. Esta norma no introduce limitación o condicionamiento alguno encaminado a impedir el juzgamiento o la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado como consecuencia de la actividad de la Administración de Justicia, distinto de la causación de un daño antijurídico. No podía preverlo, por lo demás, como quiera que con ello conculcaría la regulación efectuada por el artículo 90 de la Carta, que igualmente constituye el concepto de “daño antijurídico”, en el elemento central cuya concurrencia debe evidenciarse para que proceda el reconocimiento de la responsabilidad estatal —siempre, claro está, que ese daño pueda imputarse jurídicamente a una autoridad pública—. (…)

(…) Tal es la interpretación a la que conducen no sólo las incuestionables superioridad y preeminencia que le corresponden al citado canon constitucional, sino también una hermenéutica armónica y sistemática de los comentados preceptos de la misma Ley 270 de 1996, así como los razonamientos plasmados por la propia Corte Constitucional en la sentencia C-036 de 1997, mediante la cual los encontró ajustados a la Carta Fundamental. En consecuencia, los demás supuestos en los cuales el juez de lo contencioso administrativo ha encontrado que la privación de la libertad ordenada por autoridad competente ha conducido a la producción de daños antijurídicos, con arraigo directamente en el artículo 90 de la Carta, tienen

igualmente asidero tanto en la regulación que de este ámbito de la responsabilidad estatal efectúa la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, como en la jurisprudencia de la Corte Constitucional relacionada con este asunto. De manera que aquellas hipótesis en las cuales la evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado —a la que se hizo referencia en apartado precedente— ha determinado que concurren las exigencias del artículo 90 de la Constitución para declarar la responsabilidad estatal por el hecho de la Administración de Justicia al proferir medidas de aseguramiento privativas de la libertad, mantienen su aplicabilidad tras la entrada en vigor de la Ley 270 de 1996. (...)”

Resuelve entonces la justicia administrativa la disyuntiva que traía la interpretación de la Corte Constitucional, reiterando que las diversas hipótesis que se habían planteado sobre el particular resultaban totalmente viables, pues devenían directamente de la aplicación del daño antijurídico plasmado en artículo 90 constitucional, salvando de esta forma el obstáculo de carácter subjetivo incorporado en la Sentencia C-037 de 1996.

Se debe advertir que el punto de vista de la sección no fue unánime, debido a que la Consejera Ruth Stella Correa Palacio siempre fue del criterio de acoger la interpretación efectuada por la Corte Constitucional, bajo el entendido que tal interpretación hacía transito a cosa juzgada absoluta y traía una lectura condicionada por el supremo guardián de la Constitución en Colombia.¹⁴⁵

¹⁴⁵ República de Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 25 de Febrero de 2009, Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez, Exp.25508, Actor: Edgar Antonio Borja Silva y Otros. Salvamento de Voto Consejero Ruth Stella Correa Palacio.

3.1.8. Interpretación durante los años 2006 a 2009

Para los años subsiguientes la aplicación de la tesis objetiva, en el tema de privación injusta no representó mayores inconvenientes cuando la providencia absolutoria de la justicia penal se fundaba en la inexistencia del hecho; la no participación del autor en los hechos o la atipicidad de la conducta cometida, sin embargo surgieron dos inconvenientes que debían salvarse jurisprudencialmente, la desaparición del mundo jurídico del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, por un lado, y por otro, sí derogado el artículo 414 la posición objetiva podría aplicarse a eventos distintos a los enumerados en la norma suprimida.

Para resolver el primer entresijo la jurisprudencia optó por aplicar la vigencia de la ley al momento de la ocurrencia de los hechos¹⁴⁶, situación que no ha presentado mayores percances debido a que a la fecha de concluirse la presente investigación, marzo de 2011, el Consejo de Estado se encuentra resolviendo aún procesos de hechos acaecidos antes del año 2001¹⁴⁷.

La situación de mayor relevancia y que aún hoy, presenta fuerte disparidad de criterios¹⁴⁸, es la aplicación de la tesis objetiva a eventos diversos de los que consagraba el abolido artículo 414, por lo que resulta pertinente efectuar un recorrido a la postura de la Sección Tercera:

¹⁴⁶ República de Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 2 de Mayo de 2007, Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez, Exp.15463, Actor: Adielia Molina Torres y Otros.

¹⁴⁷ República de Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 19 de Junio de 2010, Consejero ponente: Enrique Gil Botero, Exp.19312, Actor: Martha Elsa Fonseca Pulido.

¹⁴⁸ República de Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 14 de Abril de 2010, Consejero ponente: Enrique Gil Botero, Exp.18960, Actor: Rogelio Aguirre López y Otros. Salvamento de Voto del Consejero Mauricio Fajardo Gómez.

En sentencia de diciembre de 2006¹⁴⁹ se analizó de manera detenida la posibilidad de condenar al Estado cuando la absolución de sindicado proviene de la falta de pruebas que lleven al fallador a obtener certeza sobre la comisión de un delito, por lo cual al presentarse duda esta deberá aplicarse siempre a favor del procesado¹⁵⁰, precisándose que efectivamente debía indemnizarse al afectado de tal situación:

“(...) Como quiera que la respuesta es claramente negativa, si se tiene en cuenta que la detención preventiva a nada condujo, pues el Estado no pudo desvirtuar la presunción de inocencia que ampara al individuo y en manera alguna se justificó la notable afectación a dichos derechos fundamentales, la medida no satisfizo las exigencias de la referida “ley de la ponderación” y resultó manifiestamente desproporcionada, de manera que supuso un sacrificio especial para el particular, que supera —con mucha diferencia— las molestias o cargas que cualquier individuo ha de asumir por el hecho de vivir en comunidad. (...).

No corresponde al actor, en casos como el presente, acreditar nada más allá de los conocidos elementos que configuran la declaración de

¹⁴⁹ República de Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 4 de Diciembre de 2006, Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez, Exp.13168, Actor: Audy Hernando Forigua Panche y Otros.

¹⁵⁰ República de Colombia, Congreso de la República. Ley 906 de 2004. art. 7. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA E IN DUBIO PRO REO. Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal.

En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado.

En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria.

Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda. (...)

responsabilidad: actuación del Estado, daños irrogados y nexo de causalidad entre aquella y éstos. Los tres aludidos extremos se encuentran suficientemente acreditados en el expediente, de lo cual se dará cuenta a continuación (...)”

A pesar de la gran argumentación sobre el derecho fundamental de la Libertad, fundamento primigenio de los Estados Sociales de Derecho¹⁵¹, la posición no fue unánime¹⁵², debido a la labor de protección social que debe cumplir la detención preventiva:

“(...) Por lo tanto, el establecimiento de un título de imputación privilegiado, en el cual el legislador calificó a priori la detención preventiva como injusta, tenía que significar que en los demás supuestos el demandante debía acreditar la injusticia de la medida, que no podía, por lo tanto, derivarse, exclusivamente, del hecho de que no hubiera sido condenado en el proceso. Entenderlo de otra manera implicaría desconocer el principio hermenéutico

¹⁵¹ “(...) Después de la vida, el derecho a la libertad constituye fundamento y presupuesto indispensable para que sea posible el ejercicio de los demás derechos y garantías de los que es titular el individuo. No es gratuito que, en el catálogo de derechos fundamentales contenido en el Capítulo 1 del Título II de la Constitución Política, inmediatamente después de consagrar el derecho a la vida —artículos 11 y 12— se plasme el derecho a la libertad. La garantía de la libertad es, a no dudarlo, el principal rasgo distintivo entre las formas de Estado absolutistas, totalitarias y el Estado de Derecho (...).” Consejo de Estado Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 4 de Diciembre de 2006, Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez, Exp.13608, Actor: Audy Hernando Forigua Panche y Otros.

¹⁵² “(...) Disiento del fallo porque, a mi juicio, a pesar de haberse considerado que el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal era aplicable en el caso concreto, la decisión no deviene de las consecuencias de esa premisa normativa, teniendo en cuenta la interpretación que de la norma ha hecho la Sala, ni se hizo explícita la existencia de una tercera posibilidad interpretativa, con fundamento en la cual fuera posible concluir que había lugar a indemnizar a quien estuvo privado de la libertad, siempre que no hubiera sido condenado, al margen de cualquiera otra consideración. (...)” Consejo de Estado Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 4 de Diciembre de 2006, Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez, Exp.13608, Actor: Audy Hernando Forigua Panche y Otros. Salvamento de Voto Ruth Stella Correa Palacio.

del “efecto útil”, según el cual el juez está llamado a leer la norma jurídica en el sentido en que produzca efectos.

Si se consideraba que en todos los casos en que la sentencia o providencia equivalente a la misma fuera absolutoria, la persona que hubiera sido sindicada del delito y sometida a detención preventiva, tenía derecho a la reparación, sin que fuera necesario establecer si la medida fue o no ilegal, errada, arbitraria o injusta, no tendría ningún efecto jurídico el hecho de que la decisión absolutoria se produjera bien con fundamento en que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no era constitutiva de hecho punible, o bien con un fundamento diferente. (...)”

Resulta importante para nuestro estudio la enumeración que se hizo en el salvamento de voto del fallo 13068 sobre las circunstancias que abrían la responsabilidad del Estado diversas a las que enunciara el tan citado artículo 414:

- Que se produjera por delitos cuya acción se encontrara prescrita;
- Por un delito que la legislación hubiera sustraído de tal medida;
- Que la detención se produjera en un proceso promovido de oficio, cuando el respectivo delito exigiera querrela de parte para el ejercicio de la acción penal;
- Que la medida cautelar se profiriera sin un fundamento legal o razonable, en consideración a las exigencias legales y a la prueba que obraba en el proceso;
- Que el juicio sobre su procedencia según los parámetros de la ley no correspondiera con la prueba que obraba en el proceso penal;
- Que se hubiera excedido el plazo razonable;
- Que fuera desproporcionada su duración en consideración al delito de que se trataba,

- Que la misma no fuera necesaria para el cumplimiento de los requisitos que fundamentaban la medida.

Otro punto importante de resaltar en la interpretación de la época, es la mezcla de conceptos de responsabilidad objetiva y subjetiva relacionados con la privación injusta de la libertad, especialmente los emitidos en el expediente 15138¹⁵³, al afirmarse que para la procedencia de indemnización, tal privación debía tornarse injusta¹⁵⁴; irrazonable¹⁵⁵; injustificada¹⁵⁶; desproporcionada¹⁵⁷ y antijurídica¹⁵⁸, exigiéndose además la demostración por parte del actor de tales elementos, exigencia que se a la noción de culpa de la administración.

Nótese cómo claramente se unen elementos propios de la responsabilidad objetiva como el hecho que el actor no estuviera en la obligación de soportar el daño, pero a su vez se le asigna la carga probatoria de demostrar que los perjuicios reclamados provenían de una medida injusta ilegal o irrazonable.

¹⁵³ República de Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 1 de Marzo de 2006, Consejero ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Exp.15138, Actor: Saúl Ordoñez Bravo y Otros.

¹⁵⁴ “(...) calificación que puede provenir, entre otros eventos, de cuando la medida se profirió desatendiendo las disposiciones que sobre la materia establece la ley o cuando el proceso termine con absolución o su equivalente, porque el hecho no existió, o el sindicado no lo cometió, o el hecho no era constitutivo de delito (...)”. Ibídem.

¹⁵⁵ “(...) porque el juicio sobre su procedencia según los parámetros de la ley no corresponda con la prueba que obraba en el proceso penal (...)”. Ibídem.

¹⁵⁶ “(...) porque aunque se hubiera proferido inicialmente conforme a los parámetros legales, excedió el plazo razonable (...)”. Ibídem.

¹⁵⁷ “(...) su duración en consideración al delito de que se trate; o porque, de acuerdo con las circunstancias específicas del asunto, al margen de la licitud o ilicitud de la decisión que le sirvió de fundamento, el particular que fue objeto de la medida privativa de la libertad (...)”. Ibídem.

¹⁵⁸ “(...) porque, de acuerdo con las circunstancias específicas del asunto, al margen de la licitud o ilicitud de la decisión que le sirvió de fundamento, el particular que fue objeto de la medida privativa de la libertad no estaba en el deber jurídico de soportarla (...)”. Ibídem.

Consideramos que lo que se hizo en la providencia no es otra cosa que reafirmar que el tipo de responsabilidad aplicable al tema de privación injusta de la libertad por regla general seguía siendo el Subjetivo, bajo el entendido que el actor debía demostrar un actuar anómalo de la administración de justicia, pero que para determinados eventos, se abría paso la aplicación de la concepción Objetiva de responsabilidad, interpretación que a nuestro juicio, retrocedía los avances que se venían logrando hacia la consolidación de una responsabilidad ciento por ciento objetiva.

Para el año 2007 la posición de la sección sufre un fuerte viraje¹⁵⁹ al abrirse la posibilidad de responsabilizar al Estado en tratándose de la privación injusta, no solamente por los tres eventos que preveía el extinto artículo 414 del Código de Procedimiento Penal y por la aplicación del Indubio Pro Reo¹⁶⁰, sino que se abría la posibilidad que siempre que la justicia penal no pudiera desvirtuar la presunción constitucional de Inocencia¹⁶¹ del procesado y éste hubiese sido detenido se condenaría a su reparación. Dicho de otra forma,

¹⁵⁹ “(...) En consecuencia, la antijuridicidad del daño irrogado al preventivamente detenido, que posteriormente es absuelto o de cualquier forma eximido de responsabilidad penal, no se derivará, en todos los casos, de la irregularidad del ejercicio mismo de la función de Administración de Justicia sino, en algunos supuestos, de la manifiesta desproporción entre la efectiva satisfacción del propósito buscado por la medida de aseguramiento y la afectación de la esfera de derechos fundamentales del individuo.(...)” (Subrayado fuera de texto original). Consejo de Estado Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 2 de mayo de 2007, Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez, Exp.15989, Actor: Fanny Ortegón Navarro y Otros.

¹⁶⁰ Evento adicionado el fallo del 4 de diciembre de 2006 dentro del expediente 13168.

Evento Adicionado por la sentencia del 4 de diciembre de 2006 dentro del expediente 13168.

¹⁶¹ “(...) Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. (...)” Artículo 29 Constitución Nacional de Colombia de 1991.

quien fuera absuelto penalmente tendría derecho a exigir una indemnización del Estado si durante el proceso fue privado de su libertad.

A pesar de la posición mayoritaria de la sección de ampliar la responsabilidad a cualquier evento de exoneración penal, la decisión mereció fuerte aclaración de parte de la Consejera Correa Palacio, en términos similares a los efectuados dentro del fallo 13168 de 2006.

En igual sentido el Consejo de Estado al estudiar el tan citado caso de la figura del futbol colombiano René Higuita adujo que el estado de necesidad como eximente de responsabilidad penal, a pesar de no estar incluido en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 originaba responsabilidad extracontractual: *“(...) y, respecto de los delitos de omisión de informe y favorecimiento, se afirmó que el acusado actuó bajo una causal eximente de responsabilidad como es el estado de necesidad, que excluye la culpabilidad del acusado, lo que permite concluir que la privación fue injusta y que la víctima debe ser indemnizada con fundamento en lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política. (...)”*¹⁶²

Debe resaltarse también, que el Consejo de Estado dejaba claro que la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad se generaba no solo por los fallos de la justicia ordinaria, sino también incluían las sentencias de la jurisdicción militar: *“(...) El procedimiento al cual se encontraba sujeto el proceso penal militar para la época de los hechos que dieron origen a esta demanda, es el previsto en el Decreto 2550 de 1998- Código Penal Militar-*¹⁶³

¹⁶² República de Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 20 de Febrero de 2008, Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra, Exp.15980, Actor: José René Higuita y Otros.

¹⁶³ La Ley 522 del 12 de agosto de 1999 expidió un nuevo Código Penal Militar. A su turno, dicha Ley fue modificada por la Ley 1058 de 2006.

el cual en su artículo 13 prescribe: “En aquellas materias que no se hallen expresamente reguladas en este código, son aplicables las disposiciones del Código Penal común”; para la época referida, dicha normativa correspondía al Decreto Ley 2700 de 1991. (...)”¹⁶⁴

Otro punto resaltable durante este periodo fue la posibilidad de condenar al Estado bajo el título de privación injusta de la libertad, no solo cuando la persona hubiese sido detenida físicamente, sino cuando la medida penal imponía algún tipo de limitación su libertad personal: *“(...) Para la Sala es claro que si se exonera a un sindicado bajo el supuesto de que quedó establecido en el plenario que él no cometió el hecho del que se le acusa, la restricción a la libertad de locomoción y de residencia a la que se le sometió, le produjo un daño antijurídico que no estaba obligado a soportar y, por consiguiente, hay lugar a indemnizarlo. Lo que a juicio de la Sala compromete la responsabilidad de la Administración en estos eventos es la antijuridicidad del daño padecido por la víctima, como que ésta no tiene el deber de padecerlo. (...)”¹⁶⁵.*

Es de precisar que el máximo tribunal aplica el concepto de libertad en un sentido amplio, propio de los estados liberales de occidente, nacidos en el siglo XVIII¹⁶⁶, dando paso a exigir indemnización cuando tal derecho fundamental fuera menguado en alguna medida.

Tal postura jurisprudencial no fue unánime sino que obtuvo fuertes reparos

¹⁶⁴ República de Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 23 de Abril de 2008, Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez, Exp.15843, Actor: Gabriel Camargo Bernal y Otros.

¹⁶⁵ República de Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 6 de Marzo de 2008, Consejero ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Exp.16075, Actor: Álvaro Delgado Cruz.

¹⁶⁶ Constitución de Estados Unidos de Norteamérica de 1787 y Constitución de Francia de 1791.

de parte del Consejero Ramiro Saavedra Becerra: *“(...) La privación injusta de la libertad es una institución que implica la detención material y efectiva de una persona, ordenada por la autoridad judicial competente, figura que se debe analizar desde el punto de vista restringido, toda vez que un sentido amplio, como el aplicado en la providencia objeto de este salvamento, desnaturaliza la privación injusta de la libertad como institución.(...)”*¹⁶⁷

Siguiendo los lineamientos de la responsabilidad Objetiva se aseveró que estaba llamado a responder el Estado cuando se había decretado a favor del investigado el mecanismo de protección de Habeas Corpus, sin que existiera la necesidad de demostrarse la falta o falla de la administración, debido a que la sola procedencia del amparo constitucional, daba lugar a que el juez administrativo considerara, en todo caso, injusta la privación de la libertad: *“(...) Por lo tanto, quien haya sido privado de la libertad y luego haya recuperado el disfrute de su derecho por orden judicial, como consecuencia de la acción de habeas corpus, habrá sufrido una detención injusta, que le dará derecho a reclamar la indemnización de perjuicios, habida consideración de que dicha vulneración constituye un daño antijurídico que debe ser reparado por la entidad estatal comprometida con la actuación del servidor público autor de la retención. (...)”*¹⁶⁸.

3.1.9. Situación actual

A la fecha subsisten en el Consejo de Estado tres posiciones sobre el tema de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, así:

¹⁶⁷ República de Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 6 de Marzo de 2008, Consejero ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Exp.16075, Actor: Álvaro Delgado Cruz: Salvamente de voto Ramiro Saavedra Becerra

¹⁶⁸ República de Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 16 de Julio de 2008, Consejero ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Exp.17174, Actor: Álvaro Vesga Sorzano.

3.1.9.1. Responsabilidad objetiva plena

Bajo esta óptica se pregona que existe responsabilidad del Estado en todos los casos en que adelantada la investigación penal esta termine con absolución, dejando de lado los eventos del derogado artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991.

Dentro de esta solución jurisprudencial también podríamos incluir la posibilidad de condena estatal no solo por la detención física de la persona, sino cualquier medida que limite su libertad, entendida como concepto amplio, perspectiva en la cual podría existir condena por la privación a la libertad de locomoción o fijación de residencia.¹⁶⁹

3.1.9.2. Responsabilidad objetiva condicionada

La segunda tesis que se puede identificar dentro del recorrido jurisprudencial consiste en aplicar una responsabilidad de tipo objetivo a los eventos que traía el artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991, es decir, cuando el hecho no existió, cuando el investigado no lo cometió ó cuando la conducta investigada no constituía delito. Tal interpretación surge de considerar que el legislador de la época había preestablecido una responsabilidad objetiva respecto de las circunstancias descritas en tal ordenamiento penal, por lo cual en presencia de otras causales de exoneración debían buscarse la falta o falla de la administración.

Adicional a los preceptos que traía el derogado artículo 414 dentro de esta interpretación se deben incluir como causales objetivas de privación injusta

¹⁶⁹ República de Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 6 de Marzo de 2008, Consejero ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Exp.16075, Actor: Álvaro Delgado Cruz.

de la libertad las absoluciones penal provenientes de la Aplicación del *Indubio Pro Reo*¹⁷⁰ y de la declaratoria de Habeas Corpus a favor del Investigado¹⁷¹.

3.1.9.3. Responsabilidad subjetiva

Por último encontramos la posición según la cual para que se pueda condenar al Estado se debe probar la Falta o Falla, bajo el entendido que la Privación sería Injusta cuando esta resulta de “(...) *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* (...)”¹⁷², la cual encuentra su principal sustento en la interpretación que máximo guardián de la Constitución hiciera la Corte Constitucional al efectuar el estudio previo de la Ley 270 de 1996 o Estatutaria de la Administración de Justicia.

Esta tesis ha sido especialmente defendida por la Consejera de Estado Dra. Ruth Stella Correa Palacio¹⁷³, bajo el argumento que la interpretación realizada por la Honorable Corte al artículo 68 de la citada ley 270 constituye cosa juzgada constitucional, por lo cual el conglomerado social y en especial los jueces de la república deben acatar el precedente jurisprudencial.

¹⁷⁰ Evento adicionado el fallo del 4 de diciembre de 2006 dentro del expediente 13168.

¹⁷¹ Sobre esta inclusión consultar sentencia del 16 de julio de 2008 dentro del expediente 17174.

¹⁷² República de Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996, Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa, Revisión constitucional del proyecto de ley número 58/94 Senado y 264/95 Cámara, "Estatutaria de la Administración de Justicia".

¹⁷³ Sobre ésta posición se pueden consultar los salvamentos y aclaraciones de voto efectuados por la Consejero Ruth Stella Correa Palacio en sentencias 13168 de 2006; 17188 de 2009; 25508 de 2009 y 19283 de 2010.

Enriquece ampliamente la discusión, permitiendo reafirmar la pertinencia de la presente investigación y los resultados que ella arroja, el salvamento del voto del actual presidente del Consejo de Estado Colombiano Dr. Mauricio Fajardo Gómez, a la sentencia del 14 de abril de 2010¹⁷⁴ donde se plantea abiertamente que ante la confusión en la determinación del tipo de régimen aplicable a la privación injusta de la libertad debe aplicarse sin miramientos el régimen objetivo, teniendo como fundamento la exoneración del investigado por parte de la justicia penal, sin importar que tal absolución provenga de la ausencia de tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad y la demostración que el investigado no estaba en la obligación de soportar la medida restrictiva de la libertad.¹⁷⁵

¹⁷⁴ República de Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 14 de Abril de 2010, Consejero ponente: Enrique Gil Botero, Exp.18960, Actor: Rogelio Aguirre López y Otros.

¹⁷⁵ Como fundamento de la aplicación de un régimen objetivo de responsabilidad el Dr. Mauricio Fajardo en el salvamento de voto de la sentencia 18960 del 14 de abril de 2010, expone se trata de un título proveniente directamente del artículo 90 de la Constitución y no de una norma legal, independiente del error judicial o el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia basado en el daño especial, en donde los eximentes de responsabilidad deben ser estudiados en cada caso concreto, analizándose si la víctima incidió en la privación de la libertad, resultando en forma mediata una responsabilidad por el hecho de la ley, en virtud a que ha sido el legislador quien ha ordenado que el juez penal investigue los delitos.

CAPÍTULO IV

4. LA PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD EN COLOMBIA: UN CRITERIO DE RESPONSABILIDAD SUBJETIVA

Una vez abordados los conceptos básicos de la responsabilidad extracontractual estatal en Colombia y de haber efectuado un recorrido de la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado desde el año 1991 sobre la privación injusta de la libertad, nos proponemos en este último capítulo armonizar tales conceptos y pronunciamientos judiciales, estableciendo serios fundamentos en la resolución de nuestro problema de investigación, concluyendo que la responsabilidad del Estado por los daños antijurídicos generados por la privación injusta de la libertad de los coasociados, deviene por regla general subjetiva, tomando en algunos eventos muy precisos, elementos de responsabilidad objetiva, por lo cual podemos afirmar que en Colombia debe aplicarse una posición mixta de responsabilidad, recurriendo de manera necesaria al caso concreto para determinar la fuente de responsabilidad aplicable al caso estudiado.

4.1. PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD PERSONAL

Sin pretender hacer un análisis profundo sobre la conceptualización de la libertad, entendida como valor, principio y derecho, pues no es el objeto específico de esta investigación, consideramos pertinente hacer una alusión sobre su consagración constitucional, específicamente referido a la detención personal.

Con la caída del Estado Absolutista¹⁷⁶ a finales del siglo XVIII en gran parte de Europa y la proclamación de la declaración de independencia de las colonias inglesas en América¹⁷⁷ el concepto de libertad emerge como la gran bandera que va guiar a los estados modernos, también llamados estados liberales, debido a que su fundamento parte del respeto a la vida y la libertad como valores supremos.

En las diversas declaraciones de derechos se consagra especial relevancia al tema de la Libertad¹⁷⁸, como elemento básico para el desarrollo de la sociedad, que de manera lenta¹⁷⁹, ha venido consolidándose hasta nuestros días.

En Colombia con la expedición de la Constitución de 1991 se establece como característica principal del Estado Social de Derecho la protección de la “(...) *vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para*

¹⁷⁶ “(...) La frase «L'État, c'est moi» («El Estado soy yo») se le atribuye frecuentemente, aunque está considerada por los historiadores como una imprecisión histórica (si se hace caso de las fechas, Luis tendría 1 mes de vida cuando lo dijo), ya que es más probable que dicha frase fuera forjada por sus enemigos políticos para resaltar la visión estereotipada del absolutismo político que Luis representaba. (...)” Fragmento extraído de la Biografía Luis XIV de la Página de Internet: http://es.wikipedia.org/wiki/Luis_XIV_de_Francia.

¹⁷⁷ Los Estados Unidos de Norteamérica declaran su independencia por medio del “Acta de Independencia de Filadelfia” expedida el 4 de julio 1776.

¹⁷⁸ Para el efecto puede consultarse la “Declaración de Derechos de Virginia” promulgada en los Estados Unidos de Norteamérica el 12 de junio de 1776 y la “Declaración de Derechos del Hombre” promulgada en Francia el 26 de agosto de 1789.

¹⁷⁹ Recuérdese que en Colombia, para la época Nueva Granada, solo hasta el año de 1852 bajo la presidencia de José Hilario López se abolió de manera definitiva el esclavismo: “(...) **Artº 1º.**- Desde el día primero de Enero de mil ochocientos cincuenta y dos serán libres todos los esclavos que existan en el territorio de la República. En consecuencia, desde aquella fecha gozarán de los mismos derechos y tendrán las mismas obligaciones que la Constitución y las leyes garantizan e imponen a los demás granadinos. (...)”. Fragmento extraído de la Página de Internet: <http://www.todacolombia.com/etnias/afrocolombianos/libertadesclavos.html>.

*asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares (...)*¹⁸⁰, sin embargo también se definió que la libertad impone unas restricciones o límites, ya que no se puede considerar como un derecho absoluto debido a que *“(...) los derechos y principios reconocidos al ser humano no son absolutos y, por tanto, encuentran limitaciones derivadas, entre otras, de la propia naturaleza humana o de las imposiciones establecidas por la Constitución y la ley para mantener el Estado social de derecho dentro de un clima de convivencia social que implica la conciliación y regulación de intereses y derechos particulares (...)*”¹⁸¹.

Para nuestro caso específico, se ha entendido que el interés general en materia de la investigación y persecución del delito justifica la posibilidad de limitar el derecho de libertad de los coasociados, bajo el criterio que quien comete un delito en contra de la sociedad debe soportar las consecuencias previamente establecidas bajo la precisa consideración *“(...) que si en el seno de la sociedad libre es requisito de convivencia la adopción de medidas tendientes a limitar el ejercicio de ciertos derechos, resulta lógico que esas limitaciones existan, en mayor proporción, en los centros penitenciarios, con relación a algunos derechos de aquellas personas que por mandato judicial se encuentran privadas de la libertad (...)*”.¹⁸²

El problema no radica en limitar la libertad de aquellas personas que han infringido la norma penal, pues es una regla que de antaño ha fijado la sociedad como garantía de la vida en comunidad, sino en limitar dicha libertad, llegando hasta la detención personal, a personas que en un primer

¹⁸⁰ República de Colombia, Constitución Política de 1991, art. 2.

¹⁸¹ República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T- 317 de 1997. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁸² *Ibíd.*

momento resultan implicadas en la investigación punitiva, pero que luego de concluido el procedimiento resultan absueltas, declarándolas consecuentemente inocentes.

Así las cosas, el tema se circunscribe a la posibilidad de las personas en demandar de aquella sociedad una reparación por las detenciones de personas incurso en un procedimiento penal, pero que al final de la investigación resultan absueltas por tal jurisdicción.

Consideramos que, conforme los postulados del daño antijurídico consagrado en el artículo 90 constitucional, el Estado deberá responder, procediendo a indemnizar todos y cada uno de los perjuicios ocasionados al conglomerado en ejercicio de la investigación penal, cuando se compruebe que el afectado no estaba en la obligación jurídica de soportar tal medida restrictiva, basándose en todo caso, en un criterio subjetivo de responsabilidad, donde se tenga como premisa fundamental la demostración de falla de la administración de justicia.

De igual forma consideramos que resulta de vital importancia determinar de manera clara, ya sea de manera legal o jurisprudencial, cuales son los condicionamientos que permiten concluir cuándo una persona no está en la obligación de soportar la detención personal, o dicho de otra forma, cuando se debe considerar Injusta la Privación de la Libertad.

Una vez establecido un breve marco conceptual sobre la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia y de analizar la evolución jurisprudencial de la privación injusta de la libertad, tanto en la jurisdicción Constitucional como en la Contenciosa Administrativa, nos proponemos en las siguientes líneas, determinar en qué eventos debemos considerar que una persona no está en la obligación de soportar la privación de su libertad,

referida únicamente a la detención personal, con la consecuente condena estatal y en qué casos deberá soportar tal restricción, lo que nos llevará a resolver el problema de investigación planteado, concluyendo que la responsabilidad del Estado en materia de Privación Injusta de La Libertad deviene Subjetiva y solamente algunos eventos bien definidos deberá aplicarse la tesis Objetiva.

4.2. CONDICIONES O REQUISITOS PARA LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD – DETENCIÓN PREVENTIVA

4.2.1. Decreto Ley 2700 de 1991

Estatuto que estuvo vigente durante algo más de nueve años, del 1 de julio de 1992 al 23 de julio de 2001, y que sobre el tema específico de la detención preventiva fue modificado por la Ley 504 de 1999.

En el artículo 388 se establecía que eran medidas de aseguramiento entre otras la detención preventiva: “(...) *ARTICULO 388. Requisitos sustanciales. Son medidas de aseguramiento para los imputables, la conminación, la caución, la prohibición de salir del país, la detención domiciliaria y la detención preventiva, las cuales se aplicarán cuando contra del sindicado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad, con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso. (...)*”. (Subrayado fuera de texto original).

En cuanto a la procedencia de la detención domiciliaria el artículo 396 del Decreto Ley 2700 de 1991 preveía lo siguiente:

“ARTÍCULO 396. DETENCIÓN DOMICILIARIA. Cuando se trate de hecho punible cuya pena mínima prevista sea de dos años de prisión, o menos, el

funcionario judicial podrá sustituir la detención preventiva por detención domiciliaria si establece que el sindicado por sus características familiares, laborales y vínculos con la comunidad, comparecerá al proceso, y no coloca en peligro a la comunidad. En tal caso le impondrá caución y ordenará que la detención preventiva se verifique en el domicilio del sindicado. Adicionalmente podrá imponer la obligación de realizar trabajo social durante el término de la detención domiciliaria o los fines de semana.”

Y en torno a la detención preventiva el mismo código en su artículo 397 establecía:

- Para todos los delitos de competencia de jueces regionales, y con la modificación de la Ley 504 de 1999, artículo 35, quedo del siguiente tenor: “Para todos los delitos de competencia de los Jueces Penales de Circuito Especializados”.
- Cuando el delito que se atribuya al imputado tenga prevista pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de dos años.
- En los siguientes delitos contemplados en la Ley 100 de 1980: Cohecho propio (artículo 141); Cohecho impropio (artículo 142); Enriquecimiento ilícito (artículo 148); Prevaricato por acción (artículo 149); Receptación (artículo 177); Fuga de presos (artículo 178); Favorecimiento de la fuga (artículo 179); Fraude procesal (artículo 182); Incendio (artículo 189); Provocación de inundación o derrumbe (artículo 191); Siniestro o daño de nave (artículo 193); Pánico (artículo 194); Falsificación de moneda nacional o extranjera (artículo 207); Tráfico de moneda falsificada (artículo 208); Emisiones ilegales (artículo 209); Acaparamiento (artículo 229); Especulación (artículo 230); Pánico económico (artículo 232); Ilícita explotación comercial (artículo 233); Privación ilegal de libertad

(artículo 272); Constreñimiento para delinquir (artículo 277); Fraudulenta internación en asilo, clínica o establecimiento similar (artículo 278); Acceso carnal abusivo con menor de catorce años (artículo 303); Lesiones personales con deformidad (artículo 333); Lesiones personales con perturbación funcional (artículo 334); Lesiones personales con perturbación síquica (artículo 335); Lesiones personales con pérdida anatómica (art. 336); Hurto agravado (artículo 351); los contemplados en el Decreto 1730 de 1991¹⁸³

- Cuando en contra del sindicado estuviere vigente sentencia condenatoria ejecutoriada por delito doloso o preterintencional que tenga pena de prisión.
- Cuando se hubiere realizado la captura en flagrancia por delito doloso o preterintencional que tenga prevista pena de prisión.
- Cuando el sindicado, injustificadamente no otorgue la caución prendaria o juratoria dentro de los tres días siguientes a la notificación del auto que la imponga, o del que resuelva el recurso de reposición, o cuando incumpla alguna de las obligaciones establecidas en el acta de caución, caso en el cual perderá también la caución prendaria que hubiere prestado.
- En los casos de lesiones culposas previstas en los artículos 333, 334, 335, 336 del Código Penal (Ley 100 de 1980), cuando el sindicado en el momento de la realización del hecho se encuentre en estado de embriaguez aguda o bajo el influjo de droga o sustancia que produzca

¹⁸³República de Colombia, Presidencia de la República. Decreto Ley 1730 de 1991 Por el cual se expide el estatuto orgánico del sistema financiero

dependencia física o síquica demostrado por dictamen técnico o por un método paraclínico, o abandone sin justa causa el lugar de la comisión del hecho.

4.2.2. Ley 600 de 2000

Normatividad que fue promulgada el 24 de julio de 2000 pero que por disposición de su artículo 536 entró a regir el 23 de julio de 2001.

Debemos precisar que en ésta norma se limitaban, de manera expresa, cuales eran los fines de tal medida restrictiva, estableciendo como finalidades de la detención preventiva garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, la ejecución de la pena privativa de la libertad o 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.

Para la imposición de la detención preventiva¹⁸⁴, se estableció que sería procedente en los delitos que tuvieran prevista pena de prisión igual o mayor a cuatro (4) años.

Así mismo y siguiendo los preceptos del anterior Código de Procedimiento Penal y con ocasión de la expedición de la Ley 599 de 2000 se implantó un catálogo taxativo de delitos en los cuales se podía aplicar la medida: Homicidio culposo agravado (C.P., art. 110); Lesiones personales (C.P., art. 112, inc. 3º, 113, inc. 2º, 114, inc. 2º y 115, inc. 2º); Parto o aborto preterintencional cuando la base para calcular la pena sean los artículos 112 inciso 3º, 113 inciso 2º, 114 inciso 2º y 115 inciso 2º (C.P., art. 118);

¹⁸⁴ República de Colombia, Ley 600 de 2000, artículo 357.

Lesiones en persona protegida (C.P., art. 136); Obstaculización de tareas sanitarias y humanitarias (C.P., art. 153); Acto sexual violento (C.P., art. 206); Acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir (C.P., art. 207, inc. 2º.); Actos sexuales con menor de catorce años (C.P., art. 208); Acto sexual abusivo con incapaz de resistir (C.P., art. 210, inc. 2º); Hurto calificado (C.P., art. 240. num. 2º y 3º); Estafa, (C.P., art. 246); Invasión de tierras cuando se trate del promotor, organizador o director (C.P., art. 263, inc. 2º); Destrucción, supresión u ocultamiento de documento público por servidor público (C.P., art. 292, inc. 2º); Ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico (C.P., art. 312); Evasión fiscal (C.P., art. 313); Invasión de áreas de especial importancia ecológica cuando se trate del promotor, financiador o director (C.P., art. 337, inc. 3º); Tráfico, transporte y posesión de materiales radiactivos o sustancias nucleares (C.P., art. 363); Fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas (C.P., art. 366); Prevaricato por acción (C.P., art. 413); Sedición (C.P., art. 468).¹⁸⁵

Por último, el artículo 357 del citado estatuto procedimental penal establecía que procedía detención preventiva cuando en contra del condenado estuviere vigente sentencia condenatoria ejecutoriada por delito doloso o preterintencional que tuviera pena de prisión.

4.2.3. Ley 906 de 2004

Con la implantación en Colombia de un nuevo sistema penal de estigma acusatorio, la decisión de detener a una persona sale del resorte de la

¹⁸⁵ Debe Resaltarse que la Corte Constitucional en sentencia C-760 de 2001 declaró inexecutable de ese listado los siguientes delitos: Privación ilegal de la libertad, Hurto agravado, Estafa cuando excediera de (50) salarios mínimos, Tráfico de moneda falsificada, emisiones ilegales, acaparamiento, especulación, pánico económico, incendio y receptación.

Fiscalía General de la Nación, como se hacía en vigencia del Decreto 2700 de 1991 y la Ley 600 de 2000, para que sea exclusivamente un Juez de la República, denominado Juez de Garantías, quien decida sobre la libertad de los investigados, previa solicitud del ente acusador, papel que ahora cumple la Fiscalía.

Rompiendo la protección especial que la libertad ostenta como valor, principio y derecho¹⁸⁶, en el sentido de no ser coartada sino en virtud de mandamiento judicial, tenemos una excepción que se presenta cuando la persona es detenida en flagrancia o se lleva a cabo una captura administrativa¹⁸⁷.

El procedimiento así dispuesto terminó con la práctica en la cual la Fiscalía General de la Nación hacía las veces de juez y parte, investigando lo favorable y desfavorable y más grave aún resolviendo, por si fuera poco, la libertad de las personas.¹⁸⁸

En lo referente a la privación de la libertad se establecen dos medidas, la detención preventiva en establecimiento de reclusión y la detención

¹⁸⁶ República de Colombia, Constitución política de 1991, Artículo 28 “(...) ARTÍCULO. 28. Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

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

¹⁸⁷ República de Colombia, Ley 906 de 2004, artículos 300 301, modificado por la Ley 1453 de 2011.

¹⁸⁸ República de Colombia, Ley 600 de 2000, Artículo 20. “(...) ARTICULO 20. INVESTIGACION INTEGRAL. El funcionario judicial tiene la obligación de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable a los intereses del imputado. (...)”

preventiva en la residencia señalada por el imputado, siempre que esa ubicación no obstaculizara el juzgamiento¹⁸⁹.

Como requisitos de tales medidas, el artículo 308 de la Ley 906 de 2004 establece que el juez de control de garantías a solicitud de la Fiscalía verificará que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia; que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima y que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

En la actualidad se elimina el catálogo de delitos sobre los cuales procede la privación de la libertad previéndose simplemente que tal restricción procederá cuando los delitos investigados sean de competencia de los jueces penales de circuito especializados; se trate de delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años y respecto de los delitos a que se refiere el Título VIII del Libro II del Código Penal cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes y cuando la persona haya sido capturada por conducta constitutiva de delito o contravención, dentro del lapso de los tres años anteriores, contados a partir de la nueva captura o imputación, siempre que no se haya producido la preclusión o absolución en el caso precedente¹⁹⁰

¹⁸⁹ República de Colombia, Ley 906 de 2004, artículo 307.

¹⁹⁰ Esta última circunstancia fue incluida por medio del artículo 60 de la Ley 1453 de 2011, por medio de la cual se reformó el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictaron otras disposiciones en materia de seguridad.

4.3. LEGALIDAD E ILEGALIDAD EN LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD

4.3.1. Privación Ilegal

Basados en los anteriores ordenamientos, que establecen los requisitos, condiciones o formalidades para el ejercicio del *Ius Puniendi*¹⁹¹ estatal podemos afirmar que estaremos en frente de una privación legal de la libertad, cuando el operador judicial ha cumplido todas y cada una de las ritualidades impuestas por el legislador para la época en que se dicte la medida de aseguramiento en contra del coasociado¹⁹².

En caso de omitirse alguno de los requerimientos legales estaremos en frente, sin lugar a dudas, de una falla estatal, evento en el cual, para que se configure la responsabilidad de la Nación y sea procedente la reclamación de perjuicios, deberá demostrarse en el juicio de reparación además del daño y la relación causal, la falta en que incurrió el Estado.

Bajo este entendido, podemos afirmar que el tipo de responsabilidad aplicable a las privaciones ilegales será por regla general la Subjetiva, debiendo demostrarse cuál fue la norma legal que la autoridad administrativa o judicial desconoció o transgredió.

¹⁹¹ “(...) La potestad punitiva o “ius puniendi” es aquella facultad que corresponde a un determinado sujeto de imponer penas o medidas de seguridad ante la comisión de delitos. (...)” Tomado de la página de internet: www.derechopedia.com/derecho-penal/9-parte-general/55-ius-puniendi-potestad-punitiva-subjetivo.html

¹⁹² República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-621 de 1998. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

La anterior solución, consideramos, no constituye dificultades al juez administrativo en su aplicación, debido a que su juicio se delimitará a contrastar los hechos, en este caso la detención, con las exigencias que previamente ha fijado el legislador, llegando a la conclusión que ante el incumplimiento de tales ritos la privación de la libertad se ha configurado injusta producto de la violación de la ley por la falla de la administración. Tal sería el caso de quien es detenido sin que contra él exista medida de aseguramiento; orden de captura emanada de autoridad judicial competente o sea detenido en flagrancia¹⁹³.

4.3.2. Privación Legal

La situación adquiere otros matices cuando el juez de lo administrativo se enfrenta a solucionar litigios en donde la detención de la persona resulta desde todo punto de vista ajustada a la legalidad, pues es precisamente en ese umbral en donde radica la controversia sobre la imputación o exoneración de responsabilidad estatal.

Consideramos, bajo la firme convicción que es un tema álgido, que la solución la debe proporcionar la teoría de responsabilidad que deba aplicarse, es decir, el empleo que se haga de la tesis Objetiva o Subjetiva, ya que de esa definición se buscaran los elementos que permitan condenar al Estado, afirmando desde ahora que el criterio aplicable es el subjetivo en el cual se demuestre, reiteramos, la falla de la administración de justicia y solo en determinados eventos podrá abrirse paso al régimen objetivo.

¹⁹³ República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-344 de 1996. M.P. Jorge Arango Mejía.

Tal como se observó en el recorrido jurisprudencial, efectuado en el tercer capítulo de esta investigación, la aplicación de uno u otro régimen ha representado controversia, al punto que hoy se puede afirmar que existen tres teorías sobre la aplicación de este título de imputación, *Responsabilidad Objetiva; Responsabilidad Objetiva Condicionada y Responsabilidad Subjetiva.*

Tratándose de un tema tan trascendental, pues en él confluyen intereses públicos y privados, más aún cuando se encuentra de por medio el valor supremo de la libertad, la respuesta de la justicia administrativa, creemos, debe compadecerse de ambos intereses tratando de minimizar al máximo el sufrimiento de los particulares, debido a que ha sido el propio Estado, encargado en principio de velar por la primacía de sus derechos, quien con su actuar en pro de perseguir el delito ha causado daños a sus integrantes.

La solución no se muestra entonces sencilla, sin embargo, pensamos que la salida que permite reconciliar los diversos intereses no puede ser otra diferente a una posición mixta, que considere como fuente principal de la responsabilidad la falla o falta de la administración, estableciéndose, en este momento por vía jurisprudencial y posteriormente por conducto legal, unos eventos o causales en los cuales a pesar de la legalidad de la detención se pueda condenar al Estado al resarcimiento de perjuicios, bajo el estricto entendido que en estos eventos no se está en la obligación de soportar la restricción de la libertad.

Fundamento de esta postura que ahora exponemos al país, se basa en la necesidad de establecer, tanto para el conglomerado como para la administración de justicia, pautas claras de aplicación de criterios de responsabilidad, precisando que en principio el juez administrativo deberá auscultar la existencia de fallas en el procedimiento, aplicando por regla

general la tesis de responsabilidad subjetiva, limitando la aplicación del criterio objetivo a los eventos específicos que en lo sucesivo se expondrán.

4.4. JUSTA O INJUSTA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD

Definido el tema de la legalidad o ilegalidad de la detención debemos, necesariamente, abordar la cuestión de la justicia o injusticia de tal detención, o dicho de otro modo, cuándo la justicia administrativa debe considerar injusta o no la privación de la libertad.

Consecuentes con lo afirmado al abordar el tema de la legalidad de la privación de la libertad, debemos expresar que la injusticia debe ir ligada al tema de la ilegalidad. En este sentir cuando estamos en presencia de privación ilegal debemos concluir sin reparos que dicha privación se ha tornado injusta, procediendo a condenarse al Estado¹⁹⁴.

Tenemos entonces, que el primer análisis que deberá hacerse por parte del juzgador administrativo es determinar la injusticia de la detención buscando la falla o culpa de la administración, pues de hallar probada la ilegalidad de la detención deberá proferirse el reproche, bajo el entendido que la privación ha sido injusta, injusticia iteramos, que no proviene de otra fuente que la ilegalidad de la actuación penal.

Es así como podemos afirmar que el tipo de responsabilidad aplicable a la privación injusta de la libertad debe ser en principio subjetiva, bajo la premisa de indagar en primer término la legalidad de la medida, que conlleva, en

¹⁹⁴ República de Colombia, Consejo de Estado Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp.14408. 1 de marzo de 2006. C.P. Alir Eduardo Hernández Enríquez. Actor Germán Vanegas Sierra.

últimas, a deducir que si ésta no fue legal se convierte por sí misma en injusta la restricción, estudio primigenio que conduciría a no buscar más elementos de reproche estatal pues la falla adquiere tal magnitud que desecha cualquier otro análisis sobre el particular.

De otro lado, consideramos también, que podrá predicarse la injusticia de la detención cuando a pesar de haberse realizado el estudio del origen de la medida éste arroje que fue legal, es decir, ajustado a los presupuestos exigidos por el legislador de cada época, pero lleguemos a la conclusión que el procesado no estaba en la obligación de soportar tal padecimiento.

Resulta, entonces, apremiante precisar en qué eventos debemos considerar que el detenido no está en la obligación de soportar la privación de la libertad, dando paso a la configuración del daño antijurídico.

La definición que consideramos más acertada para la solución de esta encrucijada, es el establecimiento taxativo de circunstancias que lleven al juzgador simplemente a verificar su presencia para declarar la injusticia, lo que aunado a la existencia del daño y al nexo causal, se tenga como resultado la declaratoria de responsabilidad administrativa, aplicando para estos eventos el criterio objetivo.

Tendríamos así que el concepto de injusticia debería entenderse bajo dos connotaciones, la proveniente de la falla o falta de la administración de justicia, sería la primera, en estricta aplicación de la tesis subjetiva de responsabilidad, y una segunda, emergente de la constatación de precisos eventos en los cuales se dé por sentado la presencia de injusticia en la detención, aplicando para el efecto la tesis objetiva de responsabilidad.

4.5. APLICACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SUBJETIVA FRENTE A LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD EN COLOMBIA

4.5.1. Responsabilidad Subjetiva

Tal como se ha venido planteando consideramos que el tipo de responsabilidad que debe aplicarse al tema de la privación injusta de la libertad ha de ser la subjetiva, bajo la premisa que se debe indagar *prima face* la existencia de falla, falta o culpa de la administración de justicia en el campo penal.

Para el efecto consideramos que la posición de la Corte Constitucional al abordar el estudio previo de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia¹⁹⁵ resulta adecuada y desde todo punto de vista obligatorio¹⁹⁶, sin embargo consideramos que tal posición no abarca en su totalidad la problemática y resulta corta a la luz del artículo 90 constitucional.

Considerar, como lo hace la Honorable Corte, que la injusticia en la privación de la libertad debe circunscribirse únicamente a una actuación ilegal y abiertamente arbitraria, resuelve solo en parte la realidad que vive la justicia penal, cuando con sus decisiones se transgrede reiteradamente el derecho a la libertad de los administrados.

¹⁹⁵ República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-037. 5 de febrero de 1996, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa. Revisión constitucional del proyecto de ley número 58/94 Senado y 264/95 Cámara, "Estatutaria de la Administración de Justicia".

¹⁹⁶ República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. 25508. 25 de febrero de 2009. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Actor Edgar Antonio Borja Silva y Otros. Salvamento de voto Ruth Stella Correa Palacio.

Por lo anterior opinamos que la interpretación del máximo tribunal constitucional de Colombia, responde únicamente a la injusticia generada por el desconocimiento o violación de la ley, es decir reconoce únicamente la falla o falta de la administración, lo cual de acuerdo a nuestro estudio constituye solamente una parte del análisis que el operador judicial contencioso administrativo debe adelantar al abordar estos litigios.

4.5.2. Responsabilidad Objetiva

Estimamos indispensable que una vez agotado el estudio de legalidad y cumplimiento de las formas legislativamente impuestas para que proceda la privación de la libertad, y que podrá arrojar el carácter injusto de la detención desde la perspectiva de la falla, exista la posibilidad de condena en contra de la Nación, aún cuando se demuestre que la privación estuvo ajustada a la legalidad.

Proponemos por tanto, que una vez agotado el estudio de carácter subjetivo, cuya conclusión indica que la determinación estuvo ajustada a la formalidad previa, se pase a considerar si los hechos debatidos se enmarcan a los eventos de *Inexistencia del Hecho; No comisión del delito por parte del investigado; Atipicidad de la conducta; Absolución por aplicación del principio del in dubio pro reo o Declaratoria del habeas corpus en favor del detenido.*

Consideramos que al presentarse los sucesos enunciados estaremos en frente de un daño antijurídico, en el entendido que el detenido no estaba en la obligación de soportar la medida, procediendo consecuentemente a condenarse al Estado por los perjuicios que tal determinación causó al encartado.

4.5.2.1. Inexistencia del hecho¹⁹⁷

Consideramos que deberá indemnizarse al detenido cuando adelantada la investigación penal, el aparato estatal comprueba que el hecho por el cual se había ordenado la privación no existió, tal sería el caso de quien es privado de su libertad acusado de la muerte de una persona quien tiempo después aparece viva.

4.5.2.2. No comisión del delito por parte del investigado¹⁹⁸

En esta eventualidad creemos que se debe condenar a la Nación por los daños producidos a quienes son detenidos pero luego de la exhaustiva investigación o de adelantado el juicio se logra establecer con certeza que la infracción penal no fue cometida por los investigados, concluyendo el procedimiento con su absolución.¹⁹⁹

4.5.2.3. Atipicidad de la conducta²⁰⁰

De todos es sabido que uno de los elementos fundamentales para que pueda imputarse responsabilidad penal es que la conducta cometida por el

¹⁹⁷ Evento que ya fue había sido objeto de consagración legislativa, plasmado por primera vez que en el derogado artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991 o Código de Procedimiento Penal de la época.

¹⁹⁸ *Ibíd.*

¹⁹⁹ República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. 15138. 1 de marzo de 2006. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Actor Saúl Ordoñez Bravo y Otros.

²⁰⁰ República de Colombia. Presidencia de la República. Decreto Ley 2700 de 1991 artículo 414 o Código de Procedimiento Penal de la época

sindicado encaje en los tipos penales previamente establecidos por el legislador²⁰¹.

Si adelantado el juicio, en el cual se ha puesto a disposición de la justicia todo el equipamiento oficial, se llega a la total certeza que la conducta desplegada por el agente no resulta ajustada ninguna delito del catálogo descriptivo que ha efectuado la ley, podremos concluir que quien ha sufrido una detención no está en la obligación de soportar tal padecimiento.²⁰²

4.5.2.4. Absolución por aplicación del principio del In Dubio Pro Reo²⁰³

Acogiendo la posición esbozada por la Sección Tercera del Consejo de Estado en diciembre de 2006²⁰⁴ consideramos que si el poderío del Estado no logra desvirtuar la presunción constitucional de inocencia en el juicio adelantado, deberá asumir su ineficiencia ante la sociedad, de tal suerte, que utilizando todos los elementos que ésta, le ha proporcionado a la administración de justicia para la persecución del delito ella no obtiene el resultado esperado, esto es, hallar con certeza al infractor penal, la

²⁰¹ República de Colombia, Ley 599 de 2000, Artículo 10 “(...) Artículo 10. Tipicidad. La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal.

En los tipos de omisión también el deber tendrá que estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política o en la ley. (...)”.

²⁰² República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. 15498. 4 de diciembre de 2007. C.P. Enrique Gil Botero. Actor Martha Esperanza Ramos Echandia y Otros.

²⁰³ Evento adicionado en el fallo del 4 de diciembre de 2006 proferido por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado Colombiano, dentro del expediente 13168.

²⁰⁴ República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. 18960. 14 de Abril de 2010. C.P. Enrique Gil Botero. Actor Rogelio Aguirre López y Otros. Salvamento de Voto del Consejero Mauricio Fajardo Gómez.

consecuencia de tal despropósito no puede ser extensiva a quien ha sufrido la detención.

Debe el Estado, por tanto, asumir las consecuencias de la ineficacia del sistema, reparando los daños ocasionados con el actuar de sus agentes, que incumplieron el objetivo trazado de culpabilizar a los presuntos responsables de las faltas penales.

4.5.2.5. Declaratoria del Habeas Corpus en favor del detenido²⁰⁵.

Siendo la libertad un valor tan importante en nuestro ordenamiento constitucional, observamos cómo a diferencia de los demás derechos fundamentales, el constituyente de 1991 estableció una acción propia para su protección²⁰⁶, más expedita que la propia acción de tutela, reiterando así la suprema jerarquía que la libertad ostenta en nuestro medio.

Consideramos que en firme la declaratoria del Habeas Corpus en favor de una persona, debemos concluir que existió una actuación irregular por parte del aparato estatal, no existiendo necesidad de volver sobre tales acontecimientos, ya estudiados y fallados por un juez de la república, en donde se establece con absoluta certidumbre la ilegalidad de la detención de la persona.

²⁰⁵ Evento adicionado en el fallo del 16 de julio de 2008 proferido por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado Colombiano, dentro del expediente 17174.

²⁰⁶ República de Colombia, Constitución Política de 1991, Artículo 30. “(...) ARTICULO 30º—Quien estuviere privado de su libertad, y creyere estarlo ilegalmente, tiene derecho a invocar ante cualquier autoridad judicial, en todo tiempo, por sí o por interpuesta persona, el habeas corpus, el cual debe resolverse en el término de treinta y seis horas. (...)”.

En este evento el juicio de injusticia ya se encuentra efectuado, precisando que tal injusticia resulta, como en líneas anteriores lo expresamos, de la ilegalidad de la detención, razón por la cual, consideramos que el operador judicial administrativo no está facultado para reabrir tal debate, debiéndose acoger simplemente a las resultas del mecanismo de protección constitucional²⁰⁷.

Sobre este particular, consideramos que se debe aplicar la responsabilidad objetiva, bajo el estricto entendido, que el juez administrativo al estudiar la responsabilidad estatal no deberá reabrir al análisis de los motivos que llevaron a declarar el amparo constitucional, pues se violaría el principio de cosa juzgada.

4.5.3. Planteamiento de una Posición Mixta

Luego de abordados y analizados los tipos de responsabilidad y su incidencia en el tema de la privación injusta de la libertad, consideramos pertinente que se aplique una posición mixta, en la cual se tenga como regla general la *Responsabilidad Subjetiva*, en la que se verifique, en principio, la legalidad de la detención, analizando si existió falla o falta del Estado.

Si efectuado este análisis arroja como resultado que la detención fue ilegal, deberá considerarse que tal medida fue injusta, bajo el entendido que la ilegalidad conlleva siempre a la injusticia, no estando el investigado en la obligación de soportar del Estado medidas ilegales.

²⁰⁷ República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. 17174. 16 de julio de 2008. C.P. Ruth Stella Corra Palacio, Exp.17174. Actor Álvaro Vesga Sorzano.

Si por el contrario agotado el razonamiento subjetivo, se evidencia que la detención estuvo enmarcada por los requisitos establecidos previamente por el ordenamiento legal, procederá el juez a revisar si dentro de los hechos puestos en su conocimiento concurren eventos que puedan dar lugar a la Responsabilidad Objetiva y que, consideramos, deben limitarse a los cinco anteriormente enunciados.

Se debe precisar que la condena a la Nación en aplicación de la Responsabilidad Objetiva resulta de concluir que en los sucesos enumerados existe una injusticia en la detención, injusticia que se traduce en la inexistencia de obligación de soportar tal restricción y que encuentra sustento mediato en el artículo 90 de la Constitución.

La posición interpretativa que ahora planteamos, encuentra soporte en la posición legislativa actualmente vigente, ya que la Ley 270 de 1996 o estatutaria de la administración de justicia diferenció de manera clara tres conceptos que si bien pertenecen al mismo género constituyen en realidad especies diferentes en el origen de la responsabilidad extracontractual del Estado en materia judicial.

El primera de ellos, el error jurisdiccional, entendido como la expedición por parte de los jueces de providencias contrarias a la ley. En segundo término, la privación injusta de la libertad, y por último, el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, cuando independiente de los dos primeros se genere daños antijurídicos a las personas.

Nótese cómo es el mismo legislador de 1996 quien plantea las bases para el entendimiento del concepto de injusticia, tal como ahora lo desarrollamos,

equiparando en el artículo 66 de la ley²⁰⁸ lo ilegal con lo injusto, llevando a concluir que el primer análisis que se debe realizar debe estar fundamentado en la Responsabilidad Subjetiva, para determinar si existió o no ilegalidad en los procedimientos jurisdiccionales.

En la misma línea de lo ahora propuesto, tenemos que el legislador fue muy precavido en separar el tema de la privación injusta de la libertad²⁰⁹ del error judicial, elevándolo, reiteramos, como otra especie de responsabilidad estatal en materia jurisdiccional. Sin embargo, a pesar de su expresa consagración, no se detiene en precisar qué debemos entender por injusticia, dejando abierta la interpretación conceptual, que con esta investigación resolvemos.

La interpretación de injusticia que ahora realizamos encuentra fundamento básicamente en dos circunstancias, la ilegalidad entendida como la falla o culpa de la administración, en aplicación directa de la Responsabilidad Subjetiva, que debe aplicarse a estos casos por regla general, y de manera subsidiaria, la presencia de eventos taxativos que permitan concluir, en una sentencia absolutoria o providencia equivalente, la injusticia de la medida restrictiva de la libertad tales como *la inexistencia del hecho; la no comisión del delito por parte del investigado; la atipicidad de la conducta; la absolución por aplicación del principio del In Dubio Pro Reo o la declaratoria del Habeas*

²⁰⁸ República de Colombia, Ley 270 de 1996, Artículo 66. "(...) 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. (...)".

²⁰⁹ República de Colombia, Ley 270 de 1996, Artículo 68. "(...) ARTÍCULO 68. PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios.(...)".

Corpus en favor del detenido, en aplicación de la tesis de responsabilidad objetiva.

De otro lado, el planteamiento propuesto, en concordancia con el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 270 de 1996²¹⁰, da cumplimiento a la interpretación que sobre el artículo 68 de la Ley estatutaria efectuara la Corte Constitucional en su estudio previo, pero bajo el entendido que a la luz del artículo 90 constitucional pueden existir eventos distintos en donde se puede hablar de injusticia, por lo que debe entenderse en un sentido amplio y no solo limitado a las decisiones ilegales o abiertamente arbitrarias, sino permitiendo que tal injusticia sea concluida también de los acontecimientos aquí formulados.

4.5.4. Otras Absoluciones Penales

Ahora bien, de lo hasta aquí analizado surge el interrogante de porqué no condenar al Estado en todos los eventos en que detenida una persona luego resulte absuelta por parte de la justicia penal y no solamente en las cinco circunstancias referidas en esta investigación.

²¹⁰ República de Colombia, Ley 270 de 1996, Artículo 48. “(...) ARTÍCULO 48. ALCANCE DE LAS SENTENCIAS EN EL EJERCICIO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL. Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:

1. Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. La interpretación que por vía de autoridad hace, tiene carácter obligatorio general. (...)”. (subrayado fuera de texto original).

Sin adentrarnos en el estudio de las causales de ausencia de responsabilidad que trae el actual estatuto penal colombiano²¹¹, donde encontramos entre otras la legítima defensa; el estado de necesidad; el cumplimiento de un deber legal; obrar con error invencible de la licitud de su conducta, etc., debemos precisar que todas estas causales parten del supuesto que la conducta se cometió, y que ésta en realidad constituía delito²¹².

Conforme lo anterior resulta, en nuestro sentir, ajustado que se exonere al Estado de cualquier responsabilidad cuando el motivo fundante de la absolución penal ha sido una causal eximente de responsabilidad, pues creemos que la privación de la libertad en ese contexto se convierte en una carga que debe soportar quien ha infringido las normas protectoras de la sociedad, no importando que luego de la pesquisa penal se determine que el delito se cometió, pero que no debe ser castigada.

Esta concepción de tiempo atrás ha sido entendida por el Estado colombiano pues desde el año 1991 al promulgarse el Código de Procedimiento Penal de la época²¹³, se precisaba de manera taxativa en que eventos podía solicitarse la indemnización de perjuicios por la privación de la libertad, reduciéndolos únicamente a tres circunstancias: “(...) *porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible* (...)”²¹⁴

²¹¹ República de Colombia, Congreso de la República. Ley 599 de 2000, Artículo 32.

²¹² República de Colombia, Consejo de Estado Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. 15980. 20 de Febrero de 2008. C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Actor José René Higuita y Otros.

²¹³ República de Colombia, Presidencia de la República. Decreto Ley 2700 de 1991, Artículo 414.

²¹⁴ *Ibidem*.

A pesar de tal consagración, actualmente desaparecida, creemos que debe ser retomada, tal como ahora se hace, agregando otras dos eventualidades en que sin necesidad de análisis de carácter subjetivo podamos concluir la responsabilidad extracontractual del Estado Colombiano.

4.6. LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD EN COLOMBIA FRENTE A LOS EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD

Tal como se afirmó en el segundo capítulo de esta investigación, en el tema de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia, resultan aplicables los eximentes de responsabilidad denominados fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima y hecho determinante de un tercero. Ahora analizaremos si tales eximentes resultan aplicables cuando de privación injusta de la libertad se trata.

4.6.1. Fuerza Mayor

Sea lo primero afirmar que en el caso de la fuerza mayor, cuando la detención de la persona resulte imprevisible, irresistible y totalmente ajena al actuar de la administración tal evento será de total aplicación al Estado, ordenándose su exoneración.

Es sobre los otros dos eximentes en donde se encuentra una mayor escala de dificultad al momento de verificar la responsabilidad estatal, por lo cual nos referiremos particularmente a cada uno de ellos.

4.6.2. Culpa Exclusiva de la Víctima

Cuando es el actuar de la persona que ha sufrido los perjuicios el que ha generado la privación de la libertad, procederá la exoneración del Estado, pues no estaríamos en frente de una privación injusta ya que ha sido su comportamiento el que ha llevado a la administración a tomar tal determinación.

Así se entendió desde la expedición de la Ley 270 de 1996²¹⁵, estableciendo que quien actuó con culpa grave o dolo, o no interpuso los recursos legales, no puede reclamar perjuicios de la administración.

El Consejo de Estado en varias ocasiones ha exonerado a la administración de justicia por el actuar doloso o gravemente culposo de quien posteriormente reclama perjuicios.

- **Sentencia dictada dentro del expediente 15463- 2007:**²¹⁶ En éste proceso el Consejo de Estado exonera a la Nación, Rama Judicial, de la privación de la libertad que sufriera una almacenista de la Fiscalía quien por su desorden e impericia en el manejo de los bienes encomendados, llevó a que se le impusiera la privación de su libertad, detención que se consideró justa y proporcional debido a las conductas desplegadas por la demandante: “(...) *Para la Sala no ofrece duda alguna el hecho de que la*

²¹⁵ República de Colombia, Ley 270 de 1996, Artículo 70. “(...) ARTÍCULO 70. CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA. El daño se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley. En estos eventos se exonerará de responsabilidad al Estado. (...)”.

²¹⁶ República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. 15463. 2 de mayo de 2007. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Actor Adiel Molina Torres y Otros.

señora Adielia Molina Torres no obró en la forma debida o, mejor, en la que le era jurídicamente exigible en el desempeño de sus funciones como almacenista. Por el contrario, actuando con negligencia e imprudencia máximas, dado el desorden, la impericia, el desgreño y la incuria con las cuales manejó los bienes y haberes a su cargo, dio lugar a que, cuando se practicó la experticia correspondiente dentro de la investigación penal, apareciera comprometida por los faltantes encontrados en el almacén, lo cual la implicaba seriamente en la comisión del presunto delito que se le imputaba y que dio lugar a que, con el lleno de los requisitos legales -se insiste- se profiriera la referida medida de aseguramiento en su contra. La reprochable conducta de la víctima, en el caso sub examine, hace que la decisión adoptada por la autoridad judicial aparezca como plenamente proporcionada como resultado del juicio de ponderación entre los intereses jurídicos colisionantes en el caso concreto: efectividad de las decisiones a adoptar por la Administración de Justicia (...)”

- **Sentencia dictada dentro del expediente 17741-2010:**²¹⁷ En este caso, a pesar de haberse exonerado penalmente al demandante, el Consejo de Estado consideró que el hecho de cobrar sumas en exceso a las personas que acceden a los servicios asistenciales justificaba el actuar del aparato estatal penal y la subsiguiente detención preventiva: “(...) *sin embargo, a juicio de la Sala, existe una causal eximente de responsabilidad, bajo el entendido de que la citada persona dio lugar con su conducta a que operara el aparato judicial del Estado, y que los*

²¹⁷ República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. 17741. 25 de marzo de 2010. C.P. Myriam Guerrero de Escobar. Actor Nelson Alzate Orozco y Otros.

funcionarios judiciales encargados de investigar y juzgar su comportamiento, adoptaran las medidas que estimaron necesarias, según las pruebas decretadas y practicadas en el curso del proceso penal. En efecto, el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 dispone, que el daño se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o con dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley. En estos eventos se exonerará de responsabilidad al Estado.(...)”

- **Sentencia dictada dentro del expediente 17188-2009:**²¹⁸ En éste asunto el alto tribunal exonera al Estado al encontrar que la omisión de las actividades que como miembro de la Policía Nacional se le exigían, en ejercicio de su cargo, fueron cometidas de manera dolosa, al no realizar las funciones propias de su cargo y mentir en la investigación penal: “ (...) *La privación de la libertad del señor Álvarez Rodríguez por parte los Agentes de Policía, ilegal o justificada, los compelió a registrar la captura, a ponerlo a disposición de las autoridades competentes y a garantizar su seguridad.*

Por lo tanto, el hecho de que el Agente Giraldo hubiera participado en la retención y omitido lo previsto en la ley para estos casos, fue determinante y exclusiva en la adopción de la medida que ordenó la privación de su libertad.

²¹⁸ República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. 17188. 13 de abril de 2009. C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Actor: José Reinaldo Giraldo Henao y Otros.

Ese comportamiento fue irregular, como lo fue el haber mentido durante la investigación.

Y si bien no se demostró su responsabilidad penal por la retención ilegal y muerte del señor Álvarez, lo cierto es que su conducta, desde la perspectiva de los elementos que estructuran la imputación del daño, fue causa determinante y exclusiva del daño que padeció. (...)”

Se puede concluir entonces, que la Culpa exclusiva y determinante de la víctima en el tema de la privación injusta de la libertad resulta del todo aplicable, siendo posible hablar de una compensación de culpas cuando la actuación del perjudicado solo contribuyó en parte a la causación del daño, siempre y cuando se demuestren los siguientes postulados:

- Que exista relación de causalidad entre el hecho de la víctima y el daño.
- Que el hecho de la víctima no sea imputable al Estado.
- Que la víctima haya actuado con dolo o culpa grave.
- Que la víctima no haya interpuesto los recursos de ley.

4.6.3. Hecho determinante de un tercero

Especial estudio nos merece la privación de la libertad frente a los hechos de terceros, tema que nos parece desde todo punto de vista crucial, más aún cuando en muchos casos se instauran denuncias o querellas con ánimo retaliatorio, que en la mayoría de los casos terminan con la detención de las personas siendo absueltas de manera posterior.

Imaginemos el siguiente escenario, personas que con pruebas al parecer legales denuncian a un individuo por la comisión de un delito. Sobre esta base la administración de justicia penal detiene de manera preventiva al

presunto delincuente. Luego de varios meses de estar detenida la persona, se logra demostrar que las probanzas soporte de las acusaciones son totalmente ajenas a la realidad, producto de la falsedad cometida por los denunciantes con el propósito de vengarse del investigado.

¿Procedería en este caso condena en contra de la Nación colombiana por la privación de la libertad del encausado, cuando han sido personas ajenas al Estado quienes han engañado a la administración de justicia?

Nuestra respuesta contundente sería que no debería existir condena en contra de la entidad estatal en el hipotético caso. Afirmación que fundamentamos en que se cumplen los requisitos generales para que se pueda aplicar el eximente de responsabilidad, a saber: que sea la causa única del daño; que el tercero se encuentre plenamente identificado; que no exista relación de dependencia entre el tercero y el presunto agente del daño; que el hecho del tercero no haya sido provocado por el presunto responsable; que sea irresistible e imprevisible.

No puede se pretender que el Estado, que actúa a través de personas humanas, sea omnipotente y omnipresente, descubriendo de manera inmediata e infalible los engaños que suministran los administrados.

Podemos afirmar que en este evento, si bien la privación de la libertad se torna injusta, debido a que el perjudicado no cometió el delito, también lo es, que la administración desplegó todas y cada una de las facultades que la sociedad le ha entregado en ejercicio del *ius Puniendi*, como es la valoración probatoria y el posible peligro que puede representar el investigado para la sociedad, para ordenar su detención.

El quid del asunto radica en que es la actuación del particular, ajeno al Estado, quien con su actuación dolosa y exclusiva ha llevado a la administración de justicia a operar conforme la normatividad vigente, aplicando las herramientas que estaban a su alcance, en aras de proteger a la sociedad.

No podrá hablarse de responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad cuando el Estado ha sido engañado por el particular, quien ha utilizado maniobras engañosas con el propósito de hacer daño a otro coasociado.²¹⁹

Situación distinta ocurre, cuando la privación de la libertad acaece por las denuncias de un tercero quien bajo el firme convencimiento de que el denunciado es el autor del delito indilgado²²⁰, pero que con el transcurso de la investigación se demuestra que no es el autor del delito o que la conducta no es típica.

Nótese que la diferencia en uno y otro caso radica en el actuar engañoso del tercero, por lo que consideramos que al igual que para el caso de la culpa exclusiva de la víctima, al Estado habrá de exonerársele si tal tercero actúo con dolo.

Así las cosas, consideramos que podrá aplicarse el hecho determinante de un tercero como causal eximente de responsabilidad, respecto de la

²¹⁹ Sobre este aspecto debemos resaltar que la Ley 1437 de 2011, en aplicación de lo que aquí se afirma, impone en el numeral 2 del artículo 6, especiales deberes a los administrados en sus actuaciones frente al Estado.

²²⁰ República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. 151238. 1 de marzo de 2006. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Actor Saúl Ordoñez Bravo y Otros.

privación injusta de la libertad, cuando en el juicio contencioso administrativo se demuestren los siguientes requisitos:

- Que sea la causa única del daño;
- Que el tercero se encuentre plenamente identificado;
- Que no exista relación de dependencia entre el tercero y el Estado;
- Que el hecho del tercero no haya sido provocado por el Estado;
- Que sea irresistible e imprevisible.
- Que el tercero haya actuado con dolo.

Puede acaecer de igual modo que concurren en la generación del daño el hecho del tercero y la responsabilidad de la administración, caso en el cual deberá hablarse de una concurrencia de culpas, siendo el Estado quien sufrague de manera solidaria los perjuicios, en aplicación del artículo 2344 del Código Civil Colombiano, evitando así imponer al perjudicado una carga adicional que consistiría en iniciar otros procesos judiciales para reclamar del tercero los perjuicios producto de su participación en el daño.

La solución anterior debe ir acompañada, eso sí, con la posibilidad para el Estado, que ha sufragado la totalidad de la indemnización, de repetir en contra del tercero en la proporción de su participación. Debemos resaltar que las posiciones en contra de este sistema que impone la solidaridad entre los causantes del daño, han propugnado por establecer en su remplazo un sistema de responsabilidad conjunta en donde el Estado solo respondería por la proporción del daño causado. Este sentido en la Ley 1437 de 2011, por medio de la cual se expide el nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, al redactarse de manera primigenia el artículo 140, que versa sobre la reparación directa se decía: *“En todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la*

*sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño. La obligación será conjunta y no se dará aplicación a la solidaridad prevista en el artículo 2.344 del Código Civil.*²²¹

²²¹ El aparte subrayado no fue incluido en el texto oficial de la Ley 1437 de 2011 y así lo ratificó la Corte Constitucional en sentencia C-644 de 2011 diciendo: "(...) **Primero.-** Declararse **INHIBIDA** para decidir en relación con los cargos formulados contra la expresión "La obligación será conjunta y no se dará aplicación a la solidaridad prevista en el artículo 2344 del Código Civil", citada por el actor pero que no hace parte del texto oficialmente publicado correspondiente al artículo 140 de la Ley 1437 de 2011.(...)"

CAPITULO V

5. RECOMENDACIONES

5.1. LA IMPORTANCIA DE LA EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO COLOMBIANO AL ABORDAR EL ESTUDIO DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD

Con el estudio de la línea jurisprudencial del Consejo de Estado, en especial de su Sección Tercera, frente a la responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad, se pudo observar su evolución, identificándose de manera precisa siete etapas interpretativas, encaminadas todas, a establecer un criterio genérico que sirviera de sustento al tema.

La primera etapa comprendida entre 1992 y 1994, se caracterizó, en principio, por no responsabilizar al Estado respecto de sus decisiones judiciales, y en los pocos eventos en donde se analizó su responsabilidad, esta efectuó a la luz de la responsabilidad subjetiva, es decir, buscando siempre la existencia de una falla de la administración o la presencia de decisiones abiertamente contrarias a derecho²²².

Una segunda interpretación²²³ ya en vigencia del Decreto Ley 2700 de 1991,

²²² República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 30 de Junio 1994, Consejero ponente: Daniel Suárez Hernández, Exp. 9734, Actor: Nerio José Martínez Ditta.

²²³ República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 15 de Septiembre 1994, Consejero ponente: Julio Cesar Uribe Acosta, Exp.9391, Actor: Alberto Uribe Oñate.

el Consejo de Estado pese a continuar con su postura subjetiva de responsabilidad basada en la falla, empieza a aceptar que los eventos del Artículo 414 de la citada norma, provienen de la responsabilidad objetiva, sin que pudiera existir en sede contenciosa administrativa ningún debate adicional, en el evento de comprobarse su preexistencia.

Para el año de 1995, ya en una tercera etapa interpretativa²²⁴ el supremo tribunal contencioso, afirmaba que para condenar al Estado se debía demostrar la culpa o falla del administrador judicial, pues de no configurarse tales elementos se debía entender que la privación resultaba justificada, o dicho de otra forma, la persona estaba en la obligación de soportar la medida no constituyendo daño antijurídico a la luz del artículo 90 constitucional.

Para finales del año 1995 la posición jurisprudencial da un viraje especial²²⁵, pues a pesar de continuarse hablando de la necesidad de comprobar un error judicial, se afirmó que al presentarse eventos como inexistencia de la conducta; la falta de autoría del implicado y la atipicidad de la conducta, se debía presumir que existía un error de la administración, debiéndose aplicar la tesis objetiva de responsabilidad.

Ya en el año 1996²²⁶, el Consejo de Estado se encaminó a la aplicación de un criterio objetivo de responsabilidad, en el cual no era necesario demostrar

²²⁴ República de Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 11 de noviembre de 1995, Consejero ponente: Carlos Betancur Jaramillo, Exp. 8666.

²²⁵ República de Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 17 de noviembre de 1995, Consejero ponente: Daniel Suarez Hernández, Exp.10056, Actor: Ferney Guateros y otros.

²²⁶ República de Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 12 de Diciembre de 1996, Consejero ponente: Daniel Suarez Hernández, Exp.10299, Actor: José Ángel Zabala Méndez.

ninguna falla de la administración cuando se presentaban los eventos del artículo 414 del Código de Procedimiento Penal o Decreto Ley 2700 de 1991. Para esta época se dio especial prelación a la responsabilidad bajo la demostración del daño antijurídico, dejando un poco de lado la licitud o ilicitud de la medida privativa.

A partir del año 2006, la aplicación de un criterio de responsabilidad subjetiva no presenta mayores inconvenientes, cuando se encuentran presentes los eventos que describía el artículo 414 del derogado Decreto 2700 de 1991, pues las demandas por detenciones que ha estudiado el Consejo de Estado hasta la fecha en que esta investigación se concluyó solo abarcan detenciones hasta el 2001²²⁷, cuando aún regía el decreto ley anotado. Lo que mayor controversia ha generado es la aplicación de una tesis objetiva a cualquier tipo de absolución penal²²⁸, situación con la que nos encontramos en total desacuerdo, bajo el entendido que no todas las absoluciones tienen el mismo origen y deben llevar a una Indemnización a costas de los contribuyentes.

Actualmente se pueden identificar tres posturas interpretativas respecto al tema, una que propugna por la aplicación de criterio objetivo total, sin

²²⁷ República de Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 19 de Junio de 2010, Consejero ponente: Enrique Gil Botero, Exp.19312, Actor: Martha Elsa Fonseca Pulido.

²²⁸ República de Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 14 de Abril de 2010, Consejero ponente: Enrique Gil Botero, Exp.18960, Actor: Rogelio Aguirre López y Otros. Salvamento de Voto del Consejero Mauricio Fajardo Gómez.

importar cuál fue el motivo de la absolución penal²²⁹; una posición objetiva condicionada a la existencia de los eventos que traía el artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991, adicionadas con el In dubio Pro Reo y la declaratoria del Habeas Corpus; y por último, un criterio subjetivo, en cual debe demostrarse la falla de la administración, postura, que como se dijo solo ha sido expuesta en el salvamento de voto de algunos magistrados²³⁰.

5.2. PARA LA DEFINICIÓN DE CASOS DE PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD, LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA DEBE BUSCAR EN PRINCIPIO LA EXISTENCIA DE ILEGALIDAD DE LA MEDIDA

Con el estudio de la temática propuesta pudimos determinar el alcance del concepto de injusticia en casos de privación de la libertad, estableciendo de manera precisa que dicho concepto se encuentra ligado de manera fuerte al concepto de ilegalidad y que en algunos eventos, especificados claramente, podremos ubicar la injusticia en el concepto de legalidad.

Siempre que en el juicio contencioso administrativo se logre demostrar la existencia de medidas privativas de la libertad que hayan desconocido o desbordado el ordenamiento legal se podrá concluir que tales medidas han sido injustas, partiendo de supuesto constitucional²³¹ que las autoridades

²²⁹ República de Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 6 de Marzo de 2008, Consejero ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Exp.16075, Actor: Álvaro Delgado Cruz.

²³⁰ Sobre ésta posición se pueden consultar los salvamentos y aclaraciones de voto efectuados por la Consejero Ruth Stella Correa Palacio en sentencias 13168 de 2006; 17188 de 2009; 25508 de 2009 y 19283 de 2010.

²³¹ República de Colombia, Constitución Nacional de 1991, artículo 6.

deben responder por su accionar errado, por la omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones encomendadas legalmente, o dicho de otro modo, siempre que se demuestre la violación, desconocimiento o extralimitación del ordenamiento legal, estaremos en frente de una falla de la administración, falla que debe ser reparada en aplicación del criterio subjetivo de responsabilidad.

De otro lado podemos sostener que si de manera posterior a la privación de la libertad se obtiene una absolución penal por haberse demostrado que el hecho no existió; que el implicado no cometió el delito; que la conducta desplegada por el investigado no constituía un delito; que se declaró en su favor un Habeas Corpus o se le absolvió en aplicación del Indubio Pro Reo, deberá condenarse al Estado a la reparación de los perjuicios ocasionados con su actuar, sin tener que buscarse falla alguna de la administración de justicia, aplicándose de esta forma un criterio de responsabilidad objetiva, en donde presumiremos la existencia de la culpa estatal.

Tenemos entonces, que la injusticia en la privación de la libertad habrá de buscarse en principio y por regla general en la ilegalidad de la medida y solamente, de manera excepcional en los casos antes expuestos, dicha injusticia se presumirá, procediendo una condena de carácter objetivo en contra del Estado.

5.3. APLICACIÓN DE DE UNA TEORÍA UNIFICADA POR PARTE DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA FRENTE AL TEMA DE RESPONSABILIDAD ESTATAL POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LBERTAD

Con la expedición de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en el año de 1996, a pesar de haberse consagrado de manera expresa tres tipos

de responsabilidad por el actuar judicial del Estado, lo cual representa un significativo avance en materia de responsabilidad extracontractual, consideramos que tal disposición no resolvió de fondo la problemática presentada sobre el particular, pues simplemente se limitó a expresar²³² que quien hubiese sido privado injustamente de su libertad podría demandar al Estado en reparación de perjuicios, dejando a la libre interpretación del operador judicial la definición del concepto de injusticia.

La Interpretación que sobre el artículo 68 de la citada ley efectuó la Corte Constitucional, consideramos que tampoco vino a resolver la problemática, pues se limitó a definir la injusticia como aquella actuación ilegal y abiertamente arbitraria al momento de imponer la medida, limitando la declaratoria de responsabilidad al criterio subjetivo de responsabilidad, dejando de lado situaciones especiales de donde podía también desprenderse la responsabilidad, tales como, las absoluciones que el Código de Procedimiento Penal y/o Decreto Ley 2700 de 1991, vigente para la fecha de expedición de la norma estatutaria, consagraba en el artículo 414.

Consideramos que este trabajo de investigación se resuelve de manera coherente la problemática surgida con la expedición de la Ley 270 de 1996 y la derogatoria del Decreto 2700 de 1991, pues plantea una respuesta razonada y uniforme al momento de estudiarse este tipo de responsabilidad estatal, acogiendo de manera genérica la tesis subjetiva de responsabilidad, basada en la falla de la administración de justicia, pero no olvidando que la Libertad como valor, principio y derecho constitucional debe ser reparada de manera objetiva, sin demostrar fallas, en las cinco (5) eventualidades aquí plasmadas y desarrolladas.

²³² República de Colombia, Ley 270 de 1996, artículo 68.

Subsiste en el país la problemática de definir los fundamentos aplicables a las privaciones presentadas a partir del 23 de julio de 2001, fecha en la cual quedó derogado el Decreto 2700 de 1991, más aún cuando la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2010 o Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece la competencia de estos procesos hasta quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes²³³ en cabeza de los jueces administrativos en primera instancia, existiendo gran posibilidad de que las decisiones en cada tribunal regional sean disimiles, aún en tratándose de un mismo demandado como es la Nación – Rama Judicial representada legalmente por el Director Ejecutivo de Administración Judicial, sin que exista la posibilidad de conocimiento directo de parte del Consejo de Estado respecto de esos procesos.

Consideramos que para evitar la aplicación de justicia de forma federada, frente al tema de la responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad debe abrirse paso a la aplicación de la tesis mixta, planteada por nosotros en estas líneas, en donde el interprete judicial revise en principio la falla en el servicio, en observancia del criterio subjetivo y de manera subsidiaria convalide la existencia de los cinco (5) eventos específicos, abriendo paso a la declarar la presunción de responsabilidad de la administración y se aplique el criterio de responsabilidad objetiva.

Nuestras autoridades tienen entonces una inmensa tarea pendiente con el país, en el sentido sentar de manera clara, ya sea por vía legislativa o jurisprudencial, bases y criterios para la aplicación de la responsabilidad estatal por la privación injusta de la libertad, tarea que con este trabajo que ahora entregamos, consideramos queda bastante avanzada.

²³³ \$283.350.000.00 para el año 2012, teniendo como salario mínimo legal mensual \$566.700.00

5.4. SENDERO A TOMAR POR PARTE DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

5.4.1. Detenciones injustas acontecidas entre el 1 de julio de 1992 y el 23 de julio de 2001

Tomamos este lapso teniendo en cuenta que fue la vigencia del Decreto 2700 de 1991 o Código de Procedimiento Penal. Sobre este particular debemos expresar que la posición jurisprudencial respecto de las privaciones injustas acaecidas en ese lapso debe respetar lo consagrado sobre el particular en el artículo 414: *“(...) 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. (...)”*.

Lo anterior implica que al momento del fallo el juzgador deberá examinar, tal como en precedencia lo afirmamos, si en la privación de la libertad el Estado se puede encontrar alguna falla o falta de la administración de justicia, para descartar la responsabilidad de carácter subjetivo.

Efectuado tal análisis, descartándose la existencia de responsabilidad a título de culpa de la administración, deberá procederse a examinar cuales fueron los motivos de la absolución en el campo penal, pues si se observa que el delito no existió, que el implicado no lo cometió o que la conducta no era típica, resultará procedente la condena en perjuicios a la Nación Colombiana.

Debemos precisar de igual forma, que conforme los avances jurisprudenciales de la Sección Tercera del Consejo de Estado, además de los tres eventos enunciados, consideramos pertinente que se incluyan el *In dubio Pro Reo* y la *declaratoria del Habeas Corpus* a favor del procesado. Estas circunstancias, tal como se plantea en esta investigación, tienen la vocación de generar responsabilidad estatal, con la consecuente condena de reparación de perjuicios.

El juez una vez comprobada la existencia de alguna de las cinco (5) causales enunciadas, deberá proceder a descartar la presencia de eximentes de responsabilidad que puedan relevar la obligación estatal de reparar los perjuicios reclamados.

5.4.2. Detenciones injustas acontecidas a partir del 23 de julio de 2001.

Con la expedición de la Ley 600 de 2000, que derogó el hasta entonces vigente Código de Procedimiento Penal y que empezó a regir el 23 de julio de 2001, podemos identificar dos momentos cruciales para el tema de la responsabilidad estatal por privación injusta de la Libertad.

En primero de ellos comprende las privaciones injustas ocurridas desde la entrada en vigencia de la Ley 270 de 1996 o Estatutaria de la Administración de Justicia y la promulgación de la Ley 600 de 2000 o Código de Procedimiento Penal de la época, es decir entre el 15 de marzo de 1996 y el 23 de julio de 2001.

En este primer momento podemos concluir que el nuevo código de procedimiento penal no trajo normatividad especial que de manera previa estableciera eventualidades que pudieran llevar a concluir la responsabilidad estatal, por lo que podemos hablar de un vacío normativo frente al tema, que

consideramos debe ser resuelto por la jurisprudencia, tal como lo ha venido haciendo en sus providencias, continuando con la aplicación de las cinco (5) eventualidades enunciadas, como fundamentos de la responsabilidad, siguiendo de esta forma el precedente jurisprudencial aplicado a hechos ocurridos en vigencia del extinto Decreto 2700 de 1991.

El segundo momento comienza a partir de la entrada en vigencia de la ley Estatutaria de la Administración de Justicia, en sus artículos 65 al 74 se refirió expresamente sobre la responsabilidad de los perjuicios surgidos de la administración de justicia.

Consideramos que el sendero a seguir por parte de la justicia Contenciosa Administrativa, para la solución de estas controversias por responsabilidad extracontractual surgidas a partir del 7 de marzo de 1996 a la fecha, debe consistir en dar aplicación de la posición mixta aquí esbozada, en donde se analice en principio la posible responsabilidad por falta o falla y de manera posterior se verifique la presencia de las eventualidades de responsabilidad objetiva estudiadas.

5.4.3. Expedición del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – Ley 1437 de 2011

La entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 a partir del 2 de julio de 2012, va a traer sin duda nuevos retos jurisprudenciales sobre el tema de la responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad, por esta razón consideramos apremiante plantear nuestro criterio de interpretación a futuro, respecto de los desafíos que la implementación de un nuevo procedimiento judicial conlleva sobre este tema de responsabilidad.

El primer obstáculo que habrá de sortearse será el de la competencia. Debemos recordar que en la actualidad la competencia para conocer de las acciones de reparación directa por Privación Injusta de la Libertad está asignada a los Tribunales Contenciosos Administrativos en razón a la naturaleza de la entidad demandada, que no es otra que la Nación Colombiana, teniendo el Consejo de Estado y especialmente su Sección Tercera la facultad de ejercer la función jurisprudencial de cierre, al tener asignada la competencia de resolver la segunda instancia de tales controversias.

Con la entrada en vigencia de la nueva normatividad el factor de la competencia cambia de manera total pues asigna en los Jueces Administrativos, en primera instancia, el conocimiento del medio de control de reparación directa hasta la cuantía de (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, incluyéndose los que versen sobre privación injusta de la libertad²³⁴.

Esta nueva competencia, que excluye cualquier conocimiento al Consejo de Estado, a nuestro juicio, llevará a que puedan existir tantas posiciones jurisprudenciales como tribunales en el país, tal como en la actualidad viene sucediendo con otro tipo de acciones, en virtud a que la jurisprudencia, en palabras de la propia Constitución de 1991, constituye simplemente un criterio auxiliar para el funcionario judicial²³⁵.

²³⁴ República de Colombia, Ley 1437 de 2011, Artículo 155. “(...) ARTÍCULO 155. COMPETENCIA DE LOS JUECES ADMINISTRATIVOS EN PRIMERA INSTANCIA. Los jueces administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: (...) (...) 6. De los de reparación directa, inclusive aquellos provenientes de la acción u omisión de los agentes judiciales, cuando la cuantía no exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes. (...)”.

²³⁵ República de Colombia, Constitución Política, Artículo 230. “(...) ARTICULO 230°—Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.

El segundo gran compromiso que la entrada en vigencia del nuevo código trae, es la expedición e implementación de las sentencia de Unificación Jurisprudencial por parte del Consejo de Estado²³⁶. Para nuestro tema de análisis, ésta posibilidad de brindar unos criterios uniformes de interpretación al tema de la Privación Injusta se convierte en una gran herramienta, que permitiría establecer directrices a los jueces administrativos, ahora competentes para el conocimiento de estos asuntos, evitándose que existan fallos disimiles, según el ámbito de tribunal en el que nos encontremos.

Consideramos que el tema de la unificación jurisprudencial, es uno de los más, por no decir que el más, importante reto que tiene justicia administrativa con la entrada en vigencia del nuevo código, ya que permitiría adoptar pautas de interpretación unísonas, como el que en éste trabajo proponemos, que muy seguramente permitirán al operador judicial brindar un tratamiento digno e igualitario a las personas que se ven perjudicadas por el Estado Colombiano cuando las han privado de su libertad de manera injusta.

La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial. (...)

²³⁶ República de Colombia, Ley 1437 de 2011, Artículo 270. “(...) Artículo 270. Sentencias de unificación jurisprudencial. Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009. (...)”.

CONCLUSIONES

➤ Con la expedición de la nueva Constitución de Colombia el 4 de julio de 1991 se estableció una cláusula general de responsabilidad estatal, basada en el concepto de Daño Antijurídico, según el cual las personas solo están en la obligación de soportar de la administración algunos daños, considerados como daños jurídicos, existiendo la posibilidad de reclamar una indemnización por aquellos eventos considerados como antijurídicos. A pesar de la redacción de corte objetivo del artículo 90 constitucional, que en un principio llevo a pensar que la responsabilidad estatal en Colombia se ubicaba de manera única en el régimen objetivo, donde bastaba con la demostración de un daño causado por la administración y su contenido antijurídico, se llegó a la conclusión que si bien el Estado solo respondería por los daños antijurídicos causados a los coasociados, debía indagarse la causa que llevaba a la generación del daño, y que dentro de esas causas la falla o falta del servicio continuaría siendo el criterio principal de la responsabilidad. Se estableció entonces que la responsabilidad de carácter subjetivo continuaría siendo la fuente principal de responsabilidad en Colombia, sin dejar de lado la posibilidad de que en algunos eventos se presumiera la culpa de la administración, debiéndose aplicar el criterio objetivo de responsabilidad, en donde no se hace necesaria la demostración de falla alguna en el actuar administrativo.

Podemos afirmar que el Daño Antijurídico resulta ser el género y que los títulos de imputación son la especie que permiten para encuadrar la responsabilidad de la administración, existiendo por tanto títulos emanados del criterio subjetivo como la falla del servicio y títulos como el riesgo excepcional y el daño especial que encuentran su sustento en el criterio objetivo de responsabilidad.

➤ En cuanto a la responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad en Colombia pudimos identificar que ha sido un tema bastante debatido en el país, controversia que ha merecido varias regulaciones legales, extensas páginas de doctrina y multiplicidad de jurisprudencia, especialmente encabezada por el Consejo de Estado.

Establecida la teoría del Daño Antijurídico como clausula general de responsabilidad estatal en Colombia, frente al tema de la privación injusta observamos que con el fin de establecer parámetros claros el gobierno nacional, investido de facultades legislativas, promulgó el Decreto Ley 2700 en 1991 o Código de Procedimiento Penal, que estuvo vigente del 1 de julio de 1992 al 23 de julio de 2001, allí se consagró que todas aquellas personas que hubiesen sido privadas de la libertad podrían reclamar del Estado una indemnización, siempre y cuando tal privación se hubiese tornado injusta al haberse presentado una absolución penal por tres casuales allí definidas, la inexistencia del hecho; la inexistencia de la conducta; o la atipicidad de la misma. Se regulaba así, por primera vez luego de expedida la Constitución, la posibilidad de condenar a la administración por la privación injusta de los coasociados, previéndose causales precisas para tal reconocimiento.

Con la expedición de esta normativa se acogía frente al tema la tesis de responsabilidad objetiva, en la cual se presumía la culpa estatal, debiendo demostrarse únicamente la existencia de la detención; la existencia de la absolución penal por alguna de las causales establecidas y la existencia de una daño en cabeza de quien había sufrido la medida privativa.

Con la derogatoria del Decreto Ley 2700 de 1991, sobrevino en el país un vacío legal en cuanto a la regulación de la responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad, debido a que la Ley 600 de 2000 o Código de Procedimiento Penal subsiguiente guardó total silencio frente al tema. A

pesar de este vacío normativo, el Consejo de Estado continuó aplicando las causales de responsabilidad objetiva, bajo un argumento de temporalidad consistente en determinar la fecha de la privación para saber que norma estaba vigente, tesis que hoy aún se mantiene en la Sección Tercera de la corporación, de tal suerte que a las detenciones acaecidas entre 1 de julio de 1992 al 23 de julio de 2001 se les continuó aplicando las causales de responsabilidad objetiva del derogado artículo 414.

➤ En el año de 1996, el Congreso de la República expide la tan esperada Ley Estatutaria de la Administración de Justicia bajo el número 270, incorporando tres formas de responsabilidad en este campo, el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, el error jurisdiccional y la privación injusta de la libertad.

Resulta importante que se haya establecido un catalogo de posibilidades para enjuiciar al Estado por su actuación judicial, separando claramente la responsabilidad generada en el trámite jurisdiccional, la responsabilidad por las decisiones judiciales y la privación injusta de la libertad.

La Corte Constitucional al efectuar el análisis previo, propio de este tipo de normas estatutarias, del artículo 68 que preveía la posibilidad de demandar al Estado cuando alguna persona hubiese sido privada injustamente de su libertad, concluyó que solo podría hablarse de injusticia en la privación de la libertad cuando esta se tornara abiertamente arbitraria, incluyendo de esta forma la responsabilidad estatal en el criterio subjetivo, dejando por fuera cualquier viso de responsabilidad objetiva en este campo.

La posición adoptada por el máximo órgano de lo constitucional no tuvo mucho impacto en el contexto judicial, pues solo hasta el año 2007, fue cuando se estudiaron detenciones ocurridas después de la entrada en

vigencia de la Ley 270.

El condicionamiento esgrimido por el tribunal constitucional no fue bien aceptado por el supremo órgano de la jurisdicción contenciosa, quien en una interpretación amplia del artículo 90 de la Constitución Nacional reafirmó su criterio objetivo frente al tema, argumentando que una norma infraconstitucional como la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia no podía desconocer el mandato y alcance de la cláusula general de responsabilidad del Estado en Colombia.

Es así como el Consejo de Estado en materia de privación injusta de la Libertad continúa aplicando un criterio objetivo de responsabilidad, sin dejar de lado que se trata de una posición mayoritaria más no unánime, de tal suerte que magistrados como Ruth Stella Correa Palacio siempre sostuvo el criterio de acoger la interpretación efectuada por la Corte Constitucional, bajo el entendido que tal interpretación hacía transito a cosa juzgada absoluta y traía una lectura condicionada por el supremo guardián de la Constitución en Colombia.

BIBLIOGRAFÍA

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO. De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil, Santiago de Chile, Imprenta Universal, 1981

BERMÚDEZ MUÑOZ. MARTIN. Responsabilidad de los Jueces y del Estado, Bogotá D.C., 1998, Ediciones Librería el Profesional

BERMÚDEZ MUÑOZ, MARTÍN. Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo, Bogotá D.C. Universidad del Rosario

BUSTAMANTE LEDESMA, ÁLVARO. Derecho Administrativo Colombiano, Bogotá, Librería Jurídica Sánchez, 2 edición

BUSTAMANTE LEDESMA, ÁLVARO. La Responsabilidad Extracontractual del Estado, Bogotá D.C., Grupo Editorial Leyer, 2008

DÍAZ, CRISTINA. CORREA, LEONARDO. “Responsabilidad del Estado falla en la prestación del servicio médico” Revista de Responsabilidad Civil y del Estado No. 24, Medellín, editorial COMLIBROS, 2008

GARCÍA ENTERRÍA, EDUARDO. FERNÁNDEZ, TOMAS-RAMÓN. “Curso de Derecho Administrativo”, Bogotá – Lima, editorial Temis, 2008

GARCÍA ENTERRÍA, EDUARDO. FERNÁNDEZ, TOMAS-RAMÓN. “Curso de Derecho Administrativo”, Madrid, Editorial Civitas SA; 1981, tomo II

GUERRA GARCÍA, YOLANDA. Responsabilidad del Estado por el actuar de sus funcionarios, Bogotá D.C., editorial Universidad Libre, 2007

IRISARRI BOADA, CATALINA. El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del Estado Colombiano, Bogotá D.C., Pontificia Universidad Javeriana, 2000

KELSEN, HANS. Citado por ÁLVARO BUSTAMANTE LEDESMA en su obra Derecho Administrativo Colombiano, Bogotá, Librería Jurídica Sánchez, 2 edición

MAZEAUD, HENRI. MAZEAUD, LEON. MAZEAUD, JEAN. “Lecciones de Derecho Civil. Parte segunda”, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960, Vol. II

MOLINA BETANCUR, CARLOS MARIO. “El derecho administrativo y la responsabilidad patrimonial del estado colombiano” en Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo, Bogotá, Centro Editorial Universidad del Rosario, 2005

MORAND – DEVILLER, JACQUELINE. Curso de Derecho Administrativo, traducción de Zoraida Rincón Ardila y Juan C. Peláez Gutiérrez, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010

PAILLET, MICHEL. “La Responsabilidad Administrativa”, traducción y estudio de Jesús María Ballesteros; Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001

PARRA GUTIÉRREZ, WILLIAM RENÉ. Responsabilidad Patrimonial Estatal Daño Antijurídico, Pretexto Grupo Editorial, 2003

RODRÍGUEZ GREZ, PABLO. Responsabilidad extracontractual, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002

RODRÍGUEZ, LIBARDO. Derecho Administrativo General y Colombiano. 13ª ed., Bogotá D.C., Editorial TEMIS, 2002

RUIZ OREJUELA, WILSON. Responsabilidad del Estado y sus Regímenes, Bogotá, Ecoe Ediciones, 2010

SERRANO ESCOBAR, LUIS GUILLERMO. Responsabilidad del Estado por Privación Injusta de la Libertad, Bogotá D.C., Ediciones Doctrina y Ley, 2005

TAMAYO JARAMILLO, JAVIER La Responsabilidad del Estado, Bogotá, Editorial Temis, 2000

JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

República de Colombia, Consejo de Estado Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. 15980. 20 de Febrero de 2008. C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Actor José René Higueta y Otros.

República de Colombia, Consejo de Estado Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. 15463. 2 de mayo de 2007. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Actor Adiel Molina Torres y Otros.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 2 de Mayo de 2007, Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez, Exp.15463, Actor: Adiel Molina Torres y Otros.

República de Colombia, Consejo de Estado Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp.14408. 1 de marzo de 2006. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Actor Germán Vanegas Sierra.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. 12 de noviembre de 1998. CP Juan de Dios Montes Hernández. Anales, Tomo CLXVII, 4 trimestre, 2ap, p. 82

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. 6 de octubre de 1977. C.P. Jorge Valencia Arango. Actor: Sociedad Constructora hispano colombiana de maquinarias Ltda.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. 24 de junio de 1965. C.P. Alejandro Domínguez Molina.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. 19 de septiembre de 1980. C.P. Carlos Betancur Jaramillo. Actor: Misael Ruiz.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp.14786. 28 de abril 2005. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Actor: Dalila Duica De Pereira y Otros

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. 20 de febrero de 1989, C.P. Antonio José Irisarri Restrepo.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. 31 de julio de 1989, C.P. Antonio José Irisarri Restrepo. Actor: Arturo Herrera Velásquez.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. 30 de julio de 1992, C.P. Daniel Suarez Hernández. Actor: Gustavo Eduardo Ramírez.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. 19 de diciembre de 1989. C.P. Antonio José Irisarri Restrepo. Actor: Rosa Helena Franco Vda. de Bernal.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. 5 de marzo de 1991. C.P. Antonio José Irisarri Restrepo.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. 25 de octubre de 1991. C.P. Daniel Suarez Hernández

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. 6454. 31 de junio de 1991. C.P. Julio Cesar Uribe Acosta. Actor: Edgar Pérez Rodríguez y Otra.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. 4655. 20 de febrero de 1989. C.P. Antonio José Irisarri Restrepo.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. 4493. 30 de enero de 1987. C.P. Carlos Betancur Jaramillo. Actor: Arturo Herrera Velásquez.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. 9273. 2 de febrero 1995. C.P. Juan de Dios Montes Hernández. Actor: Rafael Antonio Barrios Chaparro.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. 15001. 6 de julio 2006. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Actor: Pedro Nel Díaz y Otros.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp.213-01 AG 9273. 26 de enero 2006. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Actor: Jesús Emel Jaime Vacca y Otros.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. 14998. 4 de julio 2005. C.P. María Helena Giraldo Gomez. Actor: Rubén Mosquera Hurtado y Otros.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. 14721. 4 de junio 2008, C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Actor: Líneas Aéreas de los Libertadores Ltda.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. 18273. 29 de enero 2004. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Actor Mery Teresa Colmenares Tovar y Otros

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. 14144. 20 de febrero 2003, C.P. Hoyos Duque. Actor: Manuel María Copete Hinstroza y Otros

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. 14400. 11 de mayo de 2006. C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Actor: Lino Antonio Amortegui Guzmán.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. 15470. 7 de diciembre 2005, C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Actor: Wilson Amaya Maestre.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp.6897. Sección Tercera 30 de julio 1992. C.P. Daniel Suarez Hernández. Actor: Gustavo Eduardo Ramírez y Otro.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. 6426. 16 de marzo 1992. C.P. Daniel Suarez Hernández. Actor: Ginner Genner Jiménez Monterroza y Otros.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. 6754. 24 de agosto 1992. C.P. Carlos Betancur Jaramillo. Actor: Henry Enrique Saltarín Monroy.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp 16996. 20 de febrero 2008. C.P. Enrique Gil Botero. Actor: María Delfa Castañeda y Otros.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Exp AP00059. República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp 13318. 18 de marzo de 2004. C.P.,

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp 11837. 8 de mayo 1998. C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros. Actor: Luis Miguel Fernández Vega.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp 14671. 22 de abril 2004. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Actor: Natalia Silva.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena. Exp 0438-01(S). 30 de marzo de 2004. C.P. Ligia López Díaz. Actor: Licenia Rodríguez de Jiménez y Otros.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp 15494. 29 de agosto de 2007. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Actor: Luis Alberto Vega y Otros

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. 15784. 20 de abril de 2005. C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Actor: Francisco Luis Vanegas Ospina y Otros.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp 13744. 25 de julio de 2002. C.P. María Helena Giraldo Gómez. Actor: Gloria Esther Noreña.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. 13262. 2 de mayo de 2002. C.P. Germán Rodríguez Villamizar. Actor: Héctor A. Correa Cardona y Otros.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp 11.499. 11 de noviembre de 1999. C.P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Actor Tito Ortiz Serrano.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp 15138. 1 de marzo de 2006. C.P. Dr. Ruth Stella Correa Palacio. actor Saúl Ordoñez Bravo y Otros.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp 14686. 5 de junio de 2006. C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Actor Etelvina Mariela Romo y Otros,

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 1 de Octubre 1992, Consejero ponente: Daniel Suarez Hernández, Exp.7058, Actor: Carmen Aminta Escobar Mejía y otros.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 30 de Junio 1994, Consejero ponente: Daniel Suarez Hernández, Exp. 9734, Actor: Nerio José Martínez Ditta.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 15 de Septiembre 1994, Consejero ponente: Julio Cesar Uribe Acosta, Exp.9391, Actor: Alberto Uribe Oñate.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. 25508. 25 de febrero de 2009. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Actor Edgar Antonio Borja Silva y Otros. Salvamento de voto Ruth Stella Correa Palacio.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. 15138. 1 de marzo de 2006. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Actor Saúl Ordoñez Bravo y Otros.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. 15498. 4 de diciembre de 2007. C.P. Enrique Gil Botero. Actor Martha Esperanza Ramos Echandia y Otros.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. 18960. 14 de Abril de 2010. C.P. Enrique Gil Botero. Actor Rogelio Aguirre López y Otros. Salvamento de Voto del Consejero Mauricio Fajardo Gómez.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. 17174. 16 de julio de 2008. C.P. Ruth Stella Corra Palacio, Exp.17174. Actor Álvaro Vesga Sorzano.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. 17741. 25 de marzo de 2010. C.P. Myriam Guerrero de Escobar. Actor Nelson Alzate Orozco y Otros.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. 17188. 13 de abril de 2009. C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Actor: José Reinaldo Giraldo Henao y Otros.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. 151238. 1 de marzo de 2006. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Actor Saúl Ordoñez Bravo y Otros.

República de Colombia, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 20 de Febrero de 1989. Exp. 4655).

República de Colombia. Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa. Sección Tercera. Sentencia del 13 de Julio de 1993, Exp. 8163. C.P. Juan de Dios Montes Hernández.

República de Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 11 de noviembre de 1995, Consejero ponente: Carlos Betancur Jaramillo, Exp. 8666.

República de Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 17 de noviembre de 1995, Consejero ponente: Daniel Suarez Hernández, Exp.10056, Actor: Ferney Guateros y otros.

República de Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 2 de Octubre de 1996, Consejero ponente: Daniel Suarez Hernández, Exp.10293, Actor: Rafael Antonio Niño.

República de Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 12 de Diciembre de 1996, Consejero ponente: Daniel Suarez Hernández, Exp.10299, Actor: José Ángel Zabala Méndez.

República de Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 27 de Septiembre de 2000, Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez,

República de Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 25 de Febrero de 2009, Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez, Exp.25508, Actor: Edgar Antonio Borja Silva y Otros. Salvamento de Voto Consejero Ruth Stella Correa Palacio.

República de Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 2 de Mayo de 2007, Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez, Exp.15463, Actor: Adielia Molina Torres y Otros.

República de Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 19 de Junio de 2010, Consejero ponente: Enrique Gil Botero, Exp.19312, Actor: Martha Elsa Fonseca Pulido.

República de Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 14 de Abril de 2010, Consejero ponente: Enrique Gil Botero, Exp.18960, Actor: Rogelio Aguirre López y Otros. Salvamento de Voto del Consejero Mauricio Fajardo Gómez.

República de Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 4 de Diciembre de 2006, Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez, Exp.13168, Actor: Audy Hernando Forigua Panche y Otros.

República de Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 20 de Febrero de 2008, Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra, Exp.15980, Actor: José René Higueta y Otros.

República de Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 23 de Abril de 2008, Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez, Exp.15843, Actor: Gabriel Camargo Bernal y Otros.

República de Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 6 de Marzo de 2008, Consejero ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Exp.16075, Actor: Álvaro Delgado Cruz.

República de Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 6 de Marzo de 2008, Consejero ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Exp.16075, Actor: Álvaro Delgado Cruz: Salvamente de voto Ramiro Saavedra Becerra

República de Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 16 de Julio de 2008, Consejero ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Exp.17174, Actor: Álvaro Vesga Sorzano.

República de Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 6 de Marzo de 2008, Consejero ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Exp.16075, Actor: Álvaro Delgado Cruz.

República de Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 14 de Abril de 2010, Consejero ponente: Enrique Gil Botero, Exp.18960, Actor: Rogelio Aguirre López y Otros.

Republica de Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 25 de Julio 2002, M.P. María Elena Giraldo Gómez.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-037. 5 de febrero de 1996, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa. Revisión constitucional del proyecto de ley número 58/94 Senado y 264/95 Cámara, "Estatutaria de la Administración de Justicia".

República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-344 de 1996. M.P. Jorge Arango Mejía.

República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-621 de 1998. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T- 317 de 1997. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

República de Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-333/96, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

Corte Interamericana de Derecho Humanos, Caso de las Masacres de Ituango Vs Colombia, Sentencia del 1 de julio de 2006.

Estados Unidos de América, Constitución de Estados Unidos de Norteamérica de 1787.

República de Francia, Constitución de Francia de 1791.

República de Francia, Ley del 5 de Julio de 1972.

República de Francia. Consejo de Estado Francés, 14 de mayo de 1996, Caso “Commune de Cilaos”, muerte por ahogamiento en un río de menores al regresar de la escuela a su casa. Citado por, JACQUELINE MORAND-DEVILLER. Ob. cit., p. 865.

República de Francia. Consejo de Estado Francés, 23 de febrero de 1962, Caso “MEIER”, inyección intravenosa que provocó la parálisis de un miembro. Citado por JACQUELINE MORAND- DEVILLER, obra citada, p. 843.

República de Francia. Consejo de Estado Francés, 9 de diciembre de 1988, Caso “COHEN”, infecciones nosocomiales contraídas en los lugares de asistencia médica. Citado por JACQUELINE MORAND- DEVILLER. Ob. cit., p. 843.

LEGISLACIÓN COLOMBIANA

Asamblea Nacional Constituyente de 1991, Gaceta Constitucional No 56 del 22 de Abril de 1991.

República de Colombia, Congreso de la República, Código Civil, art. 64.

República de Colombia, Congreso de la República, Código Contencioso Administrativo de 1984.

República de Colombia, Congreso de la República, Ley 1437 de 2011.

República de Colombia, Constitución Política de 1991.

República de Colombia, Decreto Ley 2700 de 1991.

República de Colombia, Congreso de la República, Ley 16 de 1972, por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre de Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”.

República de Colombia, Congreso de la República, Ley 270 de 1996.

República de Colombia, Congreso de la República, Ley 599 de 2000

República de Colombia, Congreso de la República, Ley 74 de 1968, por medio de la cual se aprueban los pactos internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Derechos Civiles y Políticos, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de Diciembre de 1966.

República de Colombia. Congreso de la República, Ley 80 de 1993.