

JURIDICIDAD DEL DAÑO, PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD EN COLOMBIA CONFORME EL CAMBIO JURISPRUDENCIAL DEL CONSEJO DE ESTADO A PARTIR DE 2018

Por: JORGE LUIS MOSQUERA*

RESUMEN

El ejercicio de la actividad judicial involucra instituciones cuyo uso afecta derechos fundamentales que causan daños susceptibles de comprometer la responsabilidad patrimonial del Estado; es el caso de la privación injusta de la libertad, por ello el presente artículo estudia el concepto de daño resarcible dentro de este título de imputación desde el cambio jurisprudencial del Consejo de Estado en el 2018, para determinar la aplicación del régimen objetivo o subjetivo al momento de declarar dicha responsabilidad.

Palabras clave

Privación injusta de la libertad, daño antijurídico, detención preventiva, cambio línea jurisprudencial, Consejo de Estado, régimen de imputación.

ABSTRACT

The exercise of judicial activity involves institutions whose decisions can affect people's rights by the use of the law. These judgments can cause some torts and these ones hold State accountable. As a result, the State should compensate citizens for the torts caused by its institutions. This is an unfair deprivation of liberty case and the reason why this article is presented. This article studies the concept of torts within the existing legal basis of charging

* Abogado (*Grado de Honor*) por la Universidad Tecnológica del Chocó "Diego Luis Córdoba". Candidato a Especialista en Derecho de Daños, Responsabilidad Pública y Privada de la Universidad Libre, Seccional Pereira. Contacto: jeorge-1995pm@hotmail.com

from jurisprudential changes made by Council of State of Colombia in 2018. This determines the implementation of the objectivity or subjectivity of the legal regime when declaring such a responsibility.

Keywords

Unfair deprivation of liberty, torts, pre-trial detention, Jurisprudential line change, Council of State of Colombia, legal regime of charging.

INTRODUCCIÓN

Vivir en sociedad *per se*, involucra un sin número de situaciones, actividades o conductas de orden social, científico o material, denominados también como riesgos de la condición humana, que involucran por supuesto la actividad estatal, por demás encaminada a la consecución de unos fines legítimos y constitucionalmente trazados. Empero, en la determinación conducente hacia aquel propósito, es posible la causación de daños a sus administrados, surgiendo para este último el interrogante acerca del deber de soportar dicha desgracia bajo el concepto de “carga normal”, o si, por el contrario, hay lugar al traslado de las consecuencias patrimoniales a un bolsillo distinto del suyo; es el caso de la privación de la libertad dentro de un proceso penal como medida cautelar, cuando quiera que el mismo culmina mediante la absolución o preclusión de la investigación.

Así, se halla, una postura actual conforme a la facultad unificadora del órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa, la cual determina la juridicidad del daño irrogado desde una perspectiva peculiarmente distinta a la tradicional, en cuanto al calificativo de antijuridicidad contenido en el artículo 90 Superior como elemento integrante de la primera arista a verificar cuando de responsabilidad se trata: el daño.

Sin embargo, partiendo de una realidad palmaria consistente, que en materia de responsabilidad la verdad de ayer no es la verdad de hoy, ni mucho menos la del mañana, es procedente analizar la nueva línea jurisprudencial desde la doctrina del derecho de daños y el ordenamiento jurídico vigente, en especial la Norma Superior, partiéndose por ende de la pregunta problema: ¿Resulta jurídico el daño –privación de la libertad– conforme la actual línea jurisprudencial del Consejo de Estado, de cara al ordenamiento constitucional y la doctrina del Derecho de Daños?

Por lo anterior, la presente labor académico científica procede a analizar con un enfoque cualitativo y de tipo jurídico, mediante el método de estudio analítico-descriptivo y de síntesis, el cambio jurisprudencial en la responsabilidad extracontractual del Estado por privación injusta de la libertad mediante cuatro etapas, partiendo primero del concepto de daño antijurídico desde la norma Constitucional, la Ley Estatutaria de Administración de Justicia y la doctrina del derecho de daños, en segunda medida describir la evolución jurisprudencial del título legal en concreto en la jurisprudencia del Consejo de Estado, y tercero, analizar en concreto la nueva línea jurisprudencial, para finalmente formular algunas conclusiones en las que se propone un modelo de lectura y criterios a tener en cuenta al momento de establecer el régimen de imputación para declarar responsabilidad patrimonial del Estado, todo esto por cuanto, dentro del contexto actual del Estado de hacinamiento y sobrepoblación carcelaria, producto de las investigaciones penales adelantadas bajo el modelo procesal actual con tendencia acusatoria, parece ser, paradójicamente, que el principio de reafirmación de la libertad es la excepción y no la regla, pues la mayor parte de esta población se encuentra compuesta por sujetos en detención preventiva, cuyo proceso culmina en la absolución o archivo de la investigación con efecto de cosa juzgada, con una afectación palmaria de sus derechos fundamentales y perjuicios cuantificables.

En consecuencia, deviene en trascendental importancia el análisis del giro de la línea jurisprudencial de dicha corporación respecto de la privación injusta de la libertad.

1. MATERIALES Y METODOS

La unidad de análisis de la presente labor académica versará acerca de la juridicidad del daño –privación injusta de la libertad– tomando como fuentes primarias fichas jurisprudenciales que permitan revisar y analizar el título legal en comento en la jurisprudencia del máximo órgano de la jurisdicción contenciosa administrativa, para determinar cuál ha sido su tratamiento y principales cambios; igualmente, se usarán fuentes secundarias como la Constitución de 1991, la Ley 270 de 1996, la teoría de la justicia correctiva y gacetas del Congreso de la República de Colombia, todo esto partiendo concretamente del año 2018, por cuanto es aquí donde se produce una variación o cambio de marcada importancia en la línea jurisprudencial del Consejo de Estado.

En consecuencia, la presente investigación es de tipo jurídico, pues se concentrará en el estudio de la cláusula general de responsabilidad del Estado, en especial en lo que tiene que ver con la calificación del daño contenido en el artículo 90 Constitucional como antijurídico, pues se busca determinar el fundamento de la variación de la línea jurisprudencial haciendo uso del carácter cualitativo, mediante el estudio de las interpretaciones dadas a la norma superior en cita, así como a disposiciones legales antes referenciadas.

2. CONCEPTO DE DAÑO ANTIJURÍDICO A LA LUZ DEL ARTÍCULO 90 CONSTITUCIONAL

Como primer elemento verificable en el juicio de responsabilidad, cualquiera sea su ámbito, público o privado, resulta imperioso el estudio del presente elemento, el cual, como lo menciona MOSSET (1998), una vez superadas por lo menos tres concepciones a través de 2 mil años de juridicidad, pasando por la concepción clásica de los romanos, quienes lo concibieron como la ruptura del equilibrio entre las personas, y en su reparación la vuelta a la justicia; por la época moderna, impregnada por la idea de culpa, del moralismo propio del tiempo (siglos XVII, XVIII y XIX), incidido en gran manera por la religión judeo-cristiana, que entendía aquel como la violación de la ley, la constitución de un pecado que configuraba un crimen y un acto de responsabilidad civil, hasta llegar a la época actual –contemporánea–, caracterizada por la atipicidad de los supuestos y la variedad de factores de imputación, a lo que la doctrina alemana denominó derecho de daños, que apunta a la superación del factor de atribución subjetivo de culpabilidad, para poner el acento en este primer elemento, en el que toma mayor importancia el detrimento o perjuicio sufrido por la víctima y no la culpa (CONSEJO DE ESTADO, 1999).

Ahora, en tratándose de responsabilidad pública, este elemento principal (daño) reviste de un calificativo, antijuridicidad, el cual enmarcamos como efecto del fenómeno de la constitucionalización del derecho de daños, que establece que para que el mismo sea indemnizable debe estar revestido de dicho carácter, el cual es tomado de la teoría Española de la lesión antijurídica (GIL, 2014), que exige la verificación de si la víctima de la afectación se encontraba en el deber jurídico o en la obligación normativa de soportar o tolerar el menoscabo patrimonial o inmaterial causado.

Sin embargo, vale la pena señalar que en nuestro esquema de responsabilidad no basta la constatación del elemento antes referido, pues ello no implica de manera automática la obligación de reparar, luego entonces, con la expedición de la Constitución de 1991, se pretendió dar un giro en el fundamento de la responsabilidad estatal, en razón a que el daño pasó a ser contemplado desde su perspectiva misma, en otras palabras, desde el daño mismo, y no desde la conducta del agente causal, marcando con ello el inicio a lo que convencionalmente se le dio el nombre de objetivación (GARCÍA Y FERNÁNDEZ, 2004).

Con todo, nuestra Norma Superior, a diferencia de la legislación de la cual tomamos la figura, nada dijo respecto de tal calificativo, es decir no lo definió. Así, sin pretender ahondar en discusiones doctrinales eternas sobre este punto, como lo es la doctrina del profesor GARCÍA (citado por TAMAYO, 2012), para quien toda lesión imputable a un ente público será un perjuicio objetivamente injusto, es decir, aquel que no está expresamente justificado, generará un deber de reparación independientemente de su licitud o ilicitud; y sus críticos, entre los más destacados el profesor GARRIDO (citado por TAMAYO, 2012), para el cual daño antijurídico no es sinónimo de responsabilidad, pues “advierde que la falla en el servicio sigue jugando un papel importante como elemento de la responsabilidad estatal” (pp. 64-65), tesis de la que parece haberse nutrido en gran medida nuestra jurisprudencia contenciosa administrativa, a pesar de hacer alusión expresa de adoptar la primera tesis mencionada, a lo que autores como TAMAYO (2012), expresa coloquialmente que “el Consejo de Estado viste a GARRIDO FALLA con la ropa de GARCIA DE ENTERRIA” (p. 65) (mayúscula dentro del texto).

En tal sentido, en un intento de constatar los postulados referidos, valga la pena auscultar al Constituyente Primario para mayor claridad del sentido y alcance del precepto *sub examine*.

Así, según SERRANO (2011), se destaca la propuesta del delegatario Juan Carlos Esguerra Portocarrero, a quien se le reconoce la iniciativa de consagración del precepto superior (art. 90), pues así se evidencia del informe-ponencia presentado por la Subcomisión Tercera a la Comisión Primera sobre *Mecanismos de Protección del Orden Jurídico y de los Particulares*, de la que aquel era miembro, para lo cual tomó como referencia jurídica la Constitución Española de 1978 y la teoría de la lesión, constituida como una novedad y considerada el mayor avance ofrecido por el derecho comparado en su momento, proponiendo un régimen de responsabilidad patrimonial del Estado de carácter objetivo, que prescindiera de la falla del servicio como criterio subjetivo de atribución único, hasta ese entonces utilizado por la Jurisdicción Administrativa para endilgar responsabilidad.

Lo anterior, por cuanto permitiría abarcar otro tipo de eventos dañosos para los cuales la falla en el servicio era insuficiente, tal era el caso del daño especial. Muestra de ello constituyen apartes del informe acogido por la Comisión Primera en Acta N° 34, al puntualizar:

(...) en otras palabras, se desplaza el soporte de la responsabilidad administrativa, del concepto subjetivo de la antijuridicidad de la acción del Estado al concepto objetivo de la antijuridicidad del daño producido por ella. Esta antijuridicidad habrá de predicarse cuando se cause un detrimento patrimonial que carezca de título jurídico válido y que exceda el conjunto de las cargas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social (...) (GACETA CONSTITUCIONAL, 1991, p. 14)

En suma, el esquema teórico en relación a la antijuridicidad del daño adoptado por Colombia, y por supuesto desarrollado por nuestra Jurisdicción Contenciosa Administrativa (Consejo de Estado, 1991) y Constitucional (Corte Constitucional, 1996), responde en principio a aquella cuya noción es

reconocida al profesor GARCÍA DE ENTERRÍA (citado por TAMAYO, 2012), soportada en la existencia del daño antijurídico mientras no exista justificación jurídica de su causación, ello con independencia de la licitud o ilicitud de la conducta del agente que lo produce, pues existen daños, v.gr los impuestos, la prestación del servicio militar obligatorio, etc., de los cuales es posible predicar juridicidad.

Colorario de lo anterior el máximo órgano de la Jurisdicción Administrativa (CONSEJO DE ESTADO, 1991) indicó que "(...) importa más reparar el daño causado, que castigar una acción u omisión administrativa culpable". De cualquier manera, la presente labor académica prohija un concepto un poco distanciando del esquema clásico español de objetivación, descansando en lo que se considera un ofrecimiento intermedio propuesto por SERRANO (2011), bajo el entendido que el daño antijurídico es un concepto genérico que, acompañado de sus especies (regímenes de imputación), permitirá establecer o no la obligación de reparar, pues en definitiva es posible establecer que nos hallamos frente a un concepto jurídico indeterminado (CONSEJO DE ESTADO, 2000) que, en cada caso en concreto, deberá ser dotado de contenido por el togado de la responsabilidad patrimonial del Estado, pues no existe una lista que indique qué daños deben ser soportados por los administrados y cuáles no, o lo que es lo mismo, cuáles son jurídicos y antijurídicos.

3. ANTECEDENTES DE LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

Sentado lo anterior, corresponde analizar la concepción del daño antijurídico dentro del título de imputación de privación injusta de la libertad.

En tal sentido, sea lo primero indicar que el título bajo estudio se ubica dentro del ejercicio de la actividad judicial como uno de los supuestos consagrados

por la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (Ley 270 de 1996), que, junto al error judicial y el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, dan lugar a la responsabilidad patrimonial del Estado.

De esta forma, resulta imperioso traer a colación sucintamente el devenir jurisprudencial del máximo órgano Contencioso Administrativo a través de los años, especialmente en vigencia de la Constitución de 1991, con el fin de ilustrar sus diversas posturas y fundamentos, agrupándolos en las siguientes etapas:

Una primera que establece la responsabilidad patrimonial por privación injusta de la libertad, con fundamento en la existencia de un error de la administración de justicia (error judicial), que erige como requisito *sine qua non* la acreditación de la violación del deber de todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, previa valoración, seria y razonada, de las distintas circunstancias del caso, es decir, en este primer momento nace la obligación de reparar siempre y cuando se esté ante un error ostensible del funcionario judicial, que causa perjuicios a sus coasociados.

Al respecto el máximo tribunal administrativo indicó:

(...) se trata de que los administrados conozcan que cuando sus jueces incurren en eventuales conductas abiertamente contrarias a derecho y generadores de daños y perjuicios materiales y morales, junto con su personal responsable, originan también en el propio Estado la obligación resarcitoria. Las situaciones, desde luego, tienen que ser muy especiales y corresponden a determinaciones también muy especiales, de aquellas en que por ser tan ostensible y manifiestamente errado el comportamiento del Juez, con su proyección hacia los asociados, ocasione perjuicios graves como el

fallecimiento de una persona y su significación patrimonial, económica y moral en su parentela (CONSEJO DE ESTADO, 1992).

Posteriormente se adopta una postura bajo el entendido que la investigación de un delito, cuando medien indicios serios contra una persona sindicada de haberlo cometido, es una carga que todas las personas deben soportar por igual, de manera que la absolución final no es indicativa de que hubo algo indebido en la detención (CONSEJO DE ESTADO, 1994).

Luego, con la entrada en vigencia del Decreto 2700 de 1991 (antiguo Código de Procedimiento Penal), específicamente el artículo 414, estableció el máximo tribunal, que en los supuestos de absolución, porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no estaba tipificada como punible, la responsabilidad del Estado se tornaba objetiva, por lo que era irrelevante el estudio de la conducta del juez, a efecto de definir si este incurrió en dolo o culpa, señalando también, entre otras cosas, que:

En la legislación colombiana éste es uno de los pocos casos en que el legislador ha resuelto, por ley, la situación fáctica, no dejándole al juez ninguna alternativa distinta de valoración jurídica. En otras palabras, a él no le está permitido manejar la faceta RELATIVA que tiene la falla del servicio, ora para indagar lo que podía demandarse de éste, ora para analizar las circunstancias variables en que ella se puede presentar, ora para hablar de la responsabilidad patrimonial, desde una CONCRETA REALIDAD (...) (mayúsculas en texto original) (CONSEJO DE ESTADO, 1994).

No obstante lo anterior, en los demás supuestos se debía demostrar la falla del servicio; en otras palabras, se consideró que en los primeros eventos la ley presume que se presenta una privación injusta de la libertad, y que en los casos no subsumibles en tales hipótesis normativas se debía exigir al

demandante acreditar el error jurisdiccional derivado del carácter injusto e injustificado de la detención (CONSEJO DE ESTADO, 1995).

Tres años después, en 1997, en lo que se podría llamar una tercera etapa, surge una tendencia que amplía además el espectro de este tipo de responsabilidad a los eventos en que el sindicato sea exonerado de responsabilidad en aplicación estricta del principio universal del *in dubio pro reo*.

En tal sentido señaló el máximo tribunal lo siguiente:

(...) aun que se trate de dicha hipótesis no debe olvidarse que el presupuesto de la aplicación de tal principio, supone una duda para el juzgador penal, lo cual evidencia, precisamente, la deficiencia de la actuación estatal en la labor probatoria, circunstancia que no puede servir de base, ni por asomo, para la exoneración del Estado por la privación injusta de la libertad, pues ha de tenerse presente que, como principio fundamental informador de toda la normativa penal, están los de buena fe y de inocencia, los cuales no pueden desvanecerse y mucho menos inobservarse, por una circunstancia meramente probatoria. La duda, en materia penal, se traduce en absolución y es ésta precisamente a la luz del art. 414 del C.P.P. la base para el derecho a la reparación (CONSEJO DE ESTADO, 1997).

Hasta aquí, una tendencia importante de la jurisprudencia contenciosa adscribe un criterio objetivo¹, que releva al juez de la responsabilidad del estudio de la conducta, o las providencias de las autoridades encargadas de

¹ Sin embargo, se encuentran sentencias como la del 9 de septiembre de 2015 (expediente 38.226), por medio de la cual la Subsección A de la Sección Tercera, al pronunciarse sobre la privación de la libertad de una persona que, posteriormente, fue absuelta con fundamento en que su actuación obedeció al estado de necesidad, negó las pretensiones por considerar configurada la causal eximente de responsabilidad del Estado, consistente en el hecho de la víctima.

administrar justicia a la hora de determinar la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad.

De igual manera, es posible además hallar dentro de su línea, específicamente en su Sección Tercera, aquella postura que niega el argumento de exoneración de responsabilidad, consistente en que todo ciudadano debe asumir la carga de la investigación penal y someterse a la detención preventiva, pues aquello comporta una contradicción de cara a los principios básicos consagrados en la Convención de Derechos Humanos (1969) y en la Constitución de 1991 (CONSEJO DE ESTADO, 2012), y acepta además que si el daño es causado por el obrar doloso o gravemente culposo de la propia víctima, no es posible que nazca el derecho indemnizatorio conforme lo previsto en el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 (CONSEJO DE ESTADO, 2012 y 2016), que consagra las causales de exoneración de responsabilidad, subregla contenida con énfasis especial en la providencia unificadora de octubre 17, que sobre este punto indica que:

(...) la *injusticia* de la privación de la libertad en éstos –como en otros– eventos no deriva de la antijuridicidad o de la ilicitud del proceder del aparato judicial o de sus funcionarios, sino de la consideración consistente en que la víctima no se encuentra en el deber jurídico de soportar los daños que le irroga una detención mientras se adelantan la investigación o el correspondiente juicio penal pero que a la postre culmina con la decisión absolutoria o pronunciamiento judicial equivalente que pone en evidencia que el mismo Estado que ordenó esa detención no pudo desvirtuar la presunción constitucional de inocencia que siempre al afectado: antes, durante y después de los aludidos investigación o juicio de carácter penal (CONSEJO DE ESTADO, 2013).

La postura jurisprudencial anterior estuvo vigente hasta la sentencia de unificación de agosto 15 de 2018, modificadora de la línea, que a continuación nos concentraremos a tratar.

4. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DE AGOSTO 15 DE 2018 DEL CONSEJO DE ESTADO (MODIFICADORA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL)

En cumplimiento del cometido anunciado, se establece una nueva tendencia jurisprudencial mediante la providencia en cita, diametralmente disímil con la inmediatamente predecesora (SU de octubre 17 de 2013), que refiere, como es natural, una serie de cambios que consita desacuerdos y debates en la academia, que por demás creara un impacto marcado en el comportamiento social, cuyo análisis se contrae en esta oportunidad en dos de sus aspectos de mayor relevancia:

- a) La exigencia al juez de la responsabilidad extracontractual del Estado de comprobar la existencia del daño (privación de la libertad), en el sentido de si es o no antijurídico a la luz del artículo 90 Superior.
- b) La verificación, incluso oficiosa, consistente en evaluar la conducta del que fue privado de la libertad a efecto de determinar si la misma estuvo impregnada de culpa grave o dolo de acuerdo con la legislación civil, que diera lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva.

Así, el primer aspecto fuerza una breve alusión a lo consignado en la providencia bajo estudio, en cuanto al daño antijurídico y su verificación, que dada su relevancia se reproduce *in extenso*:

Con el ánimo de rescatar las bases de la cláusula general de la responsabilidad patrimonial del Estado, fuerza exigir la demostración de que el daño (la detención) cuya reparación se persigue en estos casos y en el que, por supuesto, se fincan las pretensiones de la respectiva acción jurisdiccional, resultó antijurídico, consultando entre otros criterios los estándares convencionales, constitucionales y/o legales que admiten excepcionalmente la restricción a la libertad personal. De así acreditarse, se entenderá configurado el primer elemento de la responsabilidad; de lo contrario, esto es, de no lograrse tal demostración, se estará frente a un daño jurídicamente permitido y, por tanto, desprovisto de antijuridicidad, lo cual impide hablar, bajo el artículo 90 constitucional y el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, de privación injusta de la libertad (Consejo de Estado, 2018).

El anterior argumento se hace extensivo a los supuestos de inexistencia del hecho, cuando el sindicado no lo cometió, atipicidad de la conducta o la aplicación del principio *in dubio pro reo*.

Sobre este punto se debe indicar que la exigencia del daño antijurídico antes de la nueva línea jurisprudencial no era ausente dentro de los elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado, como lo intuye el Juez Colectivo, pues se entendió que ante los supuestos establecidos por la legislación, que dan lugar a la preclusión de la investigación penal o la absolución, se estaba en presencia de un hecho que rompe las cargas públicas que debe soportar normalmente un ciudadano, un funcionamiento anormal en términos de la doctrina del profesor GARCÍA (2004), que constituía tal hecho –privación de la libertad–, como injusto y por tanto debía ser indemnizado por el Estado.

Ahora, en tal sentido, tal como lo ha expresado la jurisprudencia contenciosa administrativa y constitucional, por lo menos en dos de los casos resulta aplicable el régimen objetivo, esto es:

(...) cuando **la conducta era objetivamente atípica o el hecho no existió**-es factible predicar que la decisión de privar al investigado de su libertad resulta irrazonable y desproporcionada, por lo que es posible aplicar un título de atribución de carácter objetivo en el entendido de que **el daño antijurídico se demuestra sin mayores esfuerzos** (CORTE CONSTITUCIONAL, 2018).

Además, indica el máximo tribunal constitucional, que:

(...) estando en ciernes la investigación, el ente acusador debe tener claro que el hecho sí se presentó y que puede ser objetivamente típico, luego, en este tipo de casos el juez administrativo puede ser laxo desde el punto de vista probatorio y valorativo, en tanto en estas circunstancias es evidente que la Fiscalía, hoy los jueces², disponen de las herramientas necesarias para definir con certeza estos dos presupuestos y, en tal virtud, deberá ser la administración la que acredite que fueron causas ajenas e irresistibles a su gestión, las que propiciaron la imposición de la medida (Corte Constitucional, 2018).

Nótese que en el caso de que la conducta no existió es suficiente la realización de los actos urgentes y demás propios de esta primera fase, cuya ejecución corresponde al ente investigador, con el objeto de establecer si efectivamente hubo una modificación con relevancia jurídica desde el derecho penal en el mundo fenomenológico, es decir, que se trate de una conducta punible, por tanto “no puede, entonces, el juez o el fiscal imponer

² Artículos 39 y 306 de la Ley 906 de 2004.

una medida privativa de la libertad mientras constata esta información, dado que esta debe estar clara desde los albores de la investigación” (CORTE CONSTITUCIONAL, 2018), por cuanto esto resulta ser propio, como ya se dijo, de la fase de indagación que trajo el sistema penal con tendencia acusatoria adoptado por nuestro país.

En el segundo suceso, cuya objetividad se reclama, es aun más sencillo, por cuanto se trata de comparar la conducta que se predica punible con el supuesto de hecho que consagra la norma penal (Ley 599 de 2000) a efecto de establecer el funcionario judicial en audiencia preliminar, o el fiscal en indagación, si la conducta que se trata encuadra dentro de los tipos penales prescritos por el legislador o no, todo esto dentro de una lógica coherente a la concepción actual del derecho de daños de la que tratamos en líneas superiores, y al modelo de justicia correctiva de nuestro sistema de responsabilidad (CORTE CONSTITUCIONAL, 2018), en la que no se puede olvidar que el objetivo del tribunal es corregir la injusticia inflingida por una parte a otra (WEINRIB, 2013).

En este punto vale la pena indagar acerca de la razón que justifica la obligación de reparar, pues pareciera que la nueva postura jurisprudencial atiende a una concepción económica de la justicia correctiva, socialmente regresiva, que demanda la comparación del costo del daño causado con el involucrado para evitarlo.

Así, indica ROSENKRANTZ (2013), esta concepción es principalmente criticada por cuanto beneficia a los ricos, dado que los daños deben ser compensados, no por quienes los causan, sino por sus evitadores más baratos, por tanto “puede suceder que los pobres debar cargar con los costos de los daños, aun cuando ellos no sean quienes se benefician con las actividades que los causan, si son los evitadores más baratos” (p. 347).

Con todo, la concepción económica entiende las reglas de la responsabilidad extracontractual como instrumentos al servicio de la eficiencia, esta última, entendida como instituciones y normas jurídicas que permitan ganar más de lo que pierden quienes se perjudican con ellas (ROSENKRANTZ, 2013), lo que para el caso de la responsabilidad por privación injusta se traduce en que resulta más beneficioso el sacrificio del bien jurídico libertad de algunos pocos, para asegurar un bien jurídico mayor, como la seguridad, la economía del Estado o el logro cabal de los fines estatales, concretamente el pronto, cumplido y eficaz funcionamiento de la Administración de Justicia, en la comparecencia de los sindicatos a los correspondientes procesos penales, y en la eficacia de las sentencias penales condenatorias, como lo deja ver la sentencia de unificación del órgano colegiado, en consecuencia resulta entonces viable abandonar la objetivización del daño.

Sin embargo, esta concepción, como lo indica ROSENKRANTZ (2013) "(...) solo tienen sentido si creemos que no importa la forma en la que se producen los daños" (p. 348), así como tampoco importaría quién lo causó, que como lo hemos indicado en el título legal de privación injusta, sí importa la forma y por supuesto el agente causador; el primero en cuanto al real fundamento jurídico que permita dicho sacrificio y que establezca su obligación de soportarlo, y el segundo en cuanto a la especial condición del sujeto que lo causa –Estado–, razón por la cual se considera que la concepción que resulta más aplicable por su idoneidad y coherencia normativa a la responsabilidad por privación injusta de la libertad es la llamada concepción compensatoria propuesta por ROSENKRANTZ (2013), la cual disocia la obligación de compensar con la culpa del agente, es decir, es de carácter objetivo, que indica que "para que exista la obligación de compensar basta con que hayamos causado un daño" (p. 362).

Así, estamos en la obligación de reparar los daños con independencia de los contenidos subjetivos de nuestras acciones, esto es, en consideración a la

exigencia de la culpa, del comportamiento intensional, pues “la compensación es la única manera en que un sistema social respete la relevancia de nuestras acciones es si se impone la obligación de compensar las consecuencias dañosas de ellas” (p. 373).

De esta forma, partiendo del concepto que “dañar a alguien es entorpecer un interés legítimo de esa persona” (COLEMAN, 2013). Con todo, indica el autor en cita que “para determinar la responsabilidad es necesario la preexistencia de la misma frente al sujeto demandante, es decir, una responsabilidad constituida por la obligación de no dañarlo” (p.182), contrario *sensu*, ROSENKRANTZ (2013) discrepa de dicha postura, señalando que la obligación de compensar o su fundamento radica en que “los daños no dependen de los derechos sino que tenemos derechos justamente porque podemos ser dañados” (p. 365), es decir que los daños son anteriores a los derechos, y existe la obligación de reparar aun cuando no exista el derecho de la víctima de que no se realice la acción dañadora, superando de esta manera el problema marcado en la responsabilidad extracontractual del Estado de la reparación por daños producto del actuar lícito, pues la no correlación de la obligación de reparar con la existencia de un derecho de la víctima a que no se afecte su expectativa legítima, dado que sus intereses están protegidos, deviene intrascendente la valoración de si la conducta que causa el daño es correcta o incorrecta.

De cualquier forma, bajo la teoría de COLEMAN (2013), igualmente de justicia correctiva, existe el derecho de los ciudadanos a exigir del Estado, además de la garantía efectiva de sus derechos, la obligación de su no afectación, conforme las disposiciones convencionales, constitucionales y legales, que reglamentan y limitan el ejercicio del poder del Estado, esto frente a la lesión al derecho fundamental de libertad, cuando quiera que se afecta mediante la imposición de la medida cautelar de detención preventiva, y al finalizar el proceso sea absuelto el asegurado, cuando menos, se itera, en los dos

supuestos referidos en los que se entendía que la responsabilidad era de tipo objetivo, pues no es posible desconocer la afectación al derecho a la libertad su triple dimensión de valor, principio y derecho fundamental en sentido estricto, que reconoce al individuo “la capacidad de actuar sin sobrepasar el marco de los límites fijados por el derecho positivo vigente” (GIL, 2017, p. 524), o lo que es lo mismo, actuar conforme se desee siempre y cuando se respeten los parámetros legales.

Ahora, bajo la teoría de la justicia correctiva propuesta por ROSENKRANZT (2013), como salida a la concepción retributiva y económica, la cual establece principalmente:

Primero, si una conducta causó un daño y, segundo, si existen razones que aconsejan limitar la obligación de compensar en virtud de la necesidad de preservar una práctica o institución cuya existencia no pueda ser preservada a menos que se adopten limitaciones a la obligación de compensar (p. 375)

Sería, para el caso de responsabilidad por privación injusta de la libertad mediante detención preventiva, se acredite en primera medida el daño, como quiera que el proceso penal culmine con la absolución del individuo que lo sufre, y en segunda medida, a pesar de existir un beneficio mutuo para la sociedad y el Estado, como lo es la consecución de los fines estatales que en últimas benefician a la sociedad en general, no es posible el uso de la institución –detención preventiva– sin la obligación de compensar, pues los valores y derechos que resultan afectados, aun cuando sean de contenido particular, en especial la libertad, que justifica y explica la existencia misma de la Constitución de 1991, que señalaba además la línea jurisprudencial cuyo cambio se efectuó, “constituye uno de sus principales cometidos y fines esenciales –como que la limitación al ejercicio del poder público sólo cobra sentido en función de asegurar la efectividad real de la **libertad** de los

asociados—³ (negrilla en texto original) (CONSEJO DE ESTADO, 2013), también merecen por supuesto una garantía dentro del contrato social, pues de no ser ello así, y permitirse la alteración sin derecho a compensación, no existiría un equilibrio entre el ejercicio de la acción estatal y los beneficios recibidos por aquellos sujetos a aquella, es decir, no sería posible su subsistencia en razón a que no valdría la pena el sacrificio de aquel valor, so pretexto de un beneficio social derivado de la observancia y aplicación de las normas penales que regulan esa clase de procesos.

5. DAÑO ANTIJURÍDICO DESDE LA CONDUCTA DEL PRIVADO DE LA LIBERTAD

De otra parte, en relación con el segundo entendimiento (análisis de la conducta del investigado), indica la nueva postura que:

(...) si el operador judicial encuentra que el actor- quien se aduce víctima directa del daño en el proceso de reparación directa- incurrió en una conducta constitutiva de la causal exonerativa de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima deberá declararlo en el proceso, lo cual permitirá establecer, además, que el daño padecido (la restricción a su derecho fundamental a la libertad) no reviste la condición de antijurídico, por la sencilla razón de que si fue la propia actuación del demandante –dolosa o gravemente culposa– la que dio lugar a la existencia del proceso penal en su contra y a la

³ Sobre este punto, vale la pena traer a colación nota a pie de página de la providencia en mención, en el que se expresa que “en los regímenes absolutistas, no democráticos, en los cuales no existe –en el verdadero sentido de su expresión–, **libertad** para los individuos y en los cuales, por tanto, no existe propósito real de garantizarla de manera efectiva, tampoco existe una verdadera Constitución Política, por elemental sustracción de materia, en la medida en que carecería de sentido limitar el ejercicio del Poder, porque su abuso frente a los individuos no desencadenaría consecuencia alguna para el Estado y, por ello mismo, tampoco se requeriría una separación de poderes porque en esa misma línea dejaría de tener sentido un sistema de pesos y contrapesos que sólo se justifica y se explica en función de la protección de los Derechos de los asociados, amén de que la consagración de una Carta de Derechos en esos escenarios no tendría más propósito que el de cumplir un papel puramente formal y teórico”.

medida restrictiva de la libertad, ello comportó una carga que estaba en el deber jurídico de soportar (CONSEJO DE ESTADO, 2018).

Sobre este punto se advierte una confusión del elemento daño e imputación, pues se obliga al juez de la responsabilidad patrimonial a realizar el estudio del daño antijurídico tomando como base la conducta del reclamante del perjuicio, cuando este último elemento en mención implica efectuar un juicio de atribución que difiere del juicio de causalidad, de allí que el análisis de la imputación requiere abordar dos niveles: uno fáctico y otro jurídico, para establecer el fundamento normativo que permita endilgar la obligación de reparar.

En consecuencia, la imputación fáctica se ocupa del nexo de causalidad como “concepto estrictamente naturalístico que sirve de soporte o elemento necesario a la configuración del daño, que no admite ningún tipo de presunciones” (CONSEJO DE ESTADO, 2014), o lo que es lo mismo, que el daño se produzca como consecuencia directa de la actuación de la administración, bien por acción u omisión, de allí que la legislación señale con claridad los supuestos en que se exime de responsabilidad el Estado, que no son otros que fuerza mayor o caso fortuito, culpa exclusiva de la víctima, o el hecho de un tercero, denominados en la doctrina como causa extraña, que como lo ha venido decantando la jurisprudencia contenciosa evitan la atribución jurídica del daño al demandado, mas no rompen el nexo de causalidad (CONSEJO DE ESTADO, 2009).

Ahora, en el segundo nivel, esto es la imputación jurídica, el análisis o estudio se concentrará en la determinación del fundamento del deber de reparar, es decir, si en el caso concreto la autoridad pública demandada puede ser declarada responsable de acuerdo con los títulos de imputación (CONSEJO DE ESTADO, 2012), los cuales son: falla en la prestación del servicio, daño especial y riesgo excepcional, el primero dentro del régimen subjetivo, y los

dos últimos tratándose del régimen objetivo, de los que hará uso el juzgador conforme el principio *iura novit curia*.

De esta forma, exigir el estudio de la antijuridicidad del daño, desde el que soporta la medida cautelar, denota una intrusión en el juicio de imputación, específicamente en su dimensión fáctica, pues de hallarse acreditada su participación determinante y exclusiva en la producción del daño, a pesar del Estado haberlo causado desde el punto de vista causal, no sería posible la atribución a este, pues fue la propia víctima quien con su comportamiento se expuso a sufrirlo (PATIÑO, 2011), sin que lo anterior permita su mutación de antijuridicidad, pues la confluencia de la víctima en la producción del daño será un aspecto propio a analizar dentro de las causales de exoneración de responsabilidad inherente al juicio de imputación, que para el título *sub examine* difiere de la norma general establecida en el artículo 2357 del Código Civil (1873), pues ante la constatación de la conducta gravemente culposa o dolosa de la víctima, la exoneración de responsabilidad al Estado ha de ser total (Ley 270 de 1996, art. 70), y no podrá valorarse la reducción en la apreciación del daño (PATIÑO, 2011).

CONCLUSIONES

Como se observa, a pesar de la variación de la línea jurisprudencial es posible predicar la antijuridicidad del daño como concepto jurídico indeterminado, constituido por el efectivo quebrantamiento de las disposiciones constitucionales y legales, mediante la aplicación de un régimen objetivo dentro del título de privación injusta, por lo menos en los supuestos de que el hecho no existió, o resulta ser atípica la conducta.

De otra parte, y bajo la teoría de la justicia correctiva, es posible determinar la obligación de compensar dentro del límite de la existencia propia de la figura de la detención preventiva bajo un régimen objetivo de

responsabilidad, pues de esta manera estarían asegurados los derechos de los sujetos sometidos al ejercicio del poder punitivo del Estado, que, de terminar mal, aseguraría una compensación que equilibraría el soporte de dicha carga impuesta permitida por el ordenamiento jurídico interno e internacional, así como también, limitaría el poder del Estado, asegurando un efectivo derecho de defensa del ciudadano frente aquel, propio de los Estados constitucionales, que haga gala del sacrificio de aquellas porciones de derechos y libertades de todos, soslayando cualquier intención del Estado de volver a zonas de irresponsabilidad.

En consecuencia, la actual postura jurisprudencial no expresa ni en su forma ni contenido la obediencia lógica a alguna de las teorías de la justicia correctiva estudiadas, que permitan determinar sin mayores elucubraciones cuál es el fundamento de la obligación de reparar.

Con todo, también en cada caso en concreto deberá valorar el juez de la responsabilidad patrimonial la decisión restrictiva del derecho a la libertad, en cuanto a su finalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad, pues como enseña la jurisprudencia interamericana “una detención puede ajustarse a los requisitos legales y aun así ser arbitraria” (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2016).

En suma, serán todas las circunstancias anteriormente vistas las que deberá tener en cuenta el juez contencioso al momento de definir los elementos: daño antijurídico e imputación, ya que en aplicación del principio *iura novit curia* corresponde a este la elección del régimen y título más idóneo, como quiera que ni la Constitución de 1991 ni la ley establecieron privilegio alguno entre los regímenes de imputación, como tampoco la jurisprudencia constitucional (CORTE CONSTITUCIONAL, 1996).

BIBLIOGRAFÍA

CONGRESO DE LA REPÚBLICA (2004). Ley 906. Bogotá: Imprenta Nacional.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA (1996). Ley 270. Bogotá: Imprenta Nacional.

CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN A. (2015). Sentencia de septiembre 9. Exp. 38.226. C.P.: Hernán Andrade Rincón.

CONSEJO DE ESTADO (2016). Sentencia de febrero 1°. Exp. 41.046. C.P.: Guillermo Sánchez Luque.

CONSEJO DE ESTADO (2000). Sentencia de marzo 2. Exp. 11.945. C.P.: María Elena Giraldo Gómez.

CONSEJO DE ESTADO (2012). Sentencia de mayo 9. Exp. 22.569. C.P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA (1994). Sentencia de julio 25. Exp. 8666. C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA (1992). Sentencia de octubre 1°. Exp. 7058. C.P.: Daniel Suarez Hernández.

CONSEJO DE ESTADO (1991). Sentencia de octubre 31. Exp. 6515. C.P.: Julio César Uribe Acosta.

CONSEJO DE ESTADO (1999). Sentencia de noviembre 11. Exp. 11.499. C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

CONSEJO DE ESTADO (1991). Sentencia de noviembre 22. C.P.: Julio César Uribe Acosta.

CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA (1994). Sentencia de septiembre 15. Exp. 9391. C.P.: Julio César Uribe Acosta.

CONSEJO DE ESTADO (2018). Sentencia de Unificación de agosto 15. C.P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN A. (2014). Sentencia de marzo 27. Exp. 30561. C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA (2009). Sentencia de febrero 11. Exp. 17145. C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

CONSEJO DE ESTADO (2012). Sentencia de enero 18. Exp. 19920. C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA (1995). Sentencia de noviembre 17. Exp. 10056. C.P.: Carlos Betancur Jaramillo.

CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA (1997). Sentencia de septiembre 18. Exp. 11754. C.P.: Daniel Suárez Hernández.

CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN B (2012). Sentencia de julio 26. Exp. 24.688. C.P.: Stella Conto Díaz Del Castillo.

CORTE CONSTITUCIONAL (2018). Sentencia de Unificación SU-072. C.P.: José Fernando Reyes Cuartas.

CORTE CONSTITUCIONAL (1996). Sentencia C-037. M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

CORTE CONSTITUCIONAL (1996). Sentencia C-333. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2016). Caso Yarce y otras vs. Colombia. Sentencia de noviembre 22.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. (1999). *Curso de derecho administrativo II*. 6ª ed. Madrid: Edit. Civitas.

GIL B. (2014). *Constitucionalización del derecho de daño*. Bogotá: Edit. Temis.

GIL B., E. (2017). *Responsabilidad Extracontractual del Estado*. 7ª ed. Bogotá: Edit. Temis.

MOSSET, J. (1998). *Responsabilidad por daños*. Tomo I. Santa fe: Edit. Rubinzal Culzoni.

PATIÑO, H. (s.f.). *Las causales exonerativas de responsabilidad extracontractual*. Héctor Disponible en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/download/2898/2539/>

SERRANO E., L.G. (2011). *Imputación y causalidad en materia de responsabilidad por daños*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

TAMAYO J. (2012). *La responsabilidad del Estado*. Reimpresión. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké.

WEINRIB, E. (2013). "Responsabilidad extracontractual como justicia correctiva". En: *La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.