

**RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO POR PRIVACIÓN
INJUSTA DE LA LIBERTAD
UNA MIRADA A LA JURISPRUDENCIA NACIONAL**

OSCAR DAVID RODRIGUEZ CASTELAR

**UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
DEPARTAMENTO DE INVESTIGACIONES
CARTAGENA DE INDIAS D.T. Y C.
2012**

**RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR PRIVACIÓN
INJUSTA DE LA LIBERTAD
UNA MIRADA A LA JURISPRUDENCIA NACIONAL**

OSCAR DAVID RODRIGUEZ CASTELAR

**Trabajo de Grado para optar el título de Abogado
Asesor: JORGE PALLARES BOSSA**

**UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
DEPARTAMENTO DE INVESTIGACIONES
CARTAGENA DE INDIAS D.T. Y C.
2012**

**A la memoria de Manuel Alejandro Mielés
González, porque los violentos no silenciarán jamás
las voces de la justicia y la esperanza.**

AGRADECIMIENTOS

Son tantas las personas que de alguna manera han contribuido a la consecución de este logro que los agradecimientos se tornan infinitos. Sin embargo, de manera especial agradezco primero que todo a mis padres y hermanos por su inconmensurable apoyo.

A Cécile, agradezco de manera especial los ánimos brindados para culminar esta tarea, sobre todo en aquellos momentos donde flaqueaban las fuerzas.

A mi tío Jorge Eliecer Rodríguez Herrera, quien reconozco como mi mayor maestro en las ciencias jurídicas.

A mis amigos que entre risas y regaños me instaron a culminar este trabajo.

A todos ustedes y demás personas que de alguna manera contribuyeron en mis estudios: GRACIAS, sin su ayuda este trabajo no habría sido posible.

CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCIÓN	7
1. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO	11
1.1. ANTECEDENTES GENERALES	11
1.2. ANTECEDENTES COLOMBIANOS – DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA AL CONSEJO DE ESTADO	21
1.2.1. La responsabilidad indirecta	23
1.2.2. Responsabilidad Directa	24
1.2.3. La Tesis Organicista	25
1.2.4. La Falla del Servicio	27
1.2.5. La Culpa Presunta	28
1.2.6. Primer periodo – Competencia residual	29
1.2.7. Segundo Periodo (1964-1991)	30
1.2.8. Tercer Período (1991-).	31
1.2.9. La Corte Constitucional	36
2. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO	41
2.1. El Daño Antijurídico	43
2.2. La Imputación	46

3. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD	51
3.1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS	51
3.1.1. Internacionales	51
3.1.2. Normatividad Nacional	60
3.2. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL	70
3.2.1. Jurisprudencia con anterioridad a la Constitución de 1991	72
3.2.2. Jurisprudencia Posterior a la Constitución de 1991	73
3.2.3. Jurisprudencia en vigencia de la Ley 270 de 1996	80
3.2.4. Jurisprudencia Actual	84
CONCLUSIONES	93
BIBLIOGRAFIA	99

INTRODUCCIÓN

DESCRIPCIÓN

El presente trabajo realizará una precisión histórica de la Responsabilidad del Estado desde su aparición en el derecho Colombiano hasta su situación actual, con base en la evolución jurisprudencial que han tenido la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado sobre la materia.

Por lo tanto, se tendrá en cuenta que ha existido una diferenciación en el tratamiento de la responsabilidad estatal a partir del cambio constitucional vivido en 1991 respecto de la Constitución de 1886. Así mismo, se destacará los aportes de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, en cuanto ha ampliado el espectro de la responsabilidad estatal, desarrollando diferentes regímenes especiales dentro del cual destacamos, la privación injusta de la libertad.

Así mismo, se abordará desde la jurisprudencia, cuál ha sido el desarrollo que con anterioridad a la Ley 270 de 1996, y con posterioridad a la misma, se le ha dado al régimen de Responsabilidad Estatal por Privación, para finalizar en el tratamiento que en la actualidad la jurisprudencia del Consejo de Estado da a esta temática.

OBJETIVOS

Analizar cuáles han sido los regímenes de imputación jurídica que el Consejo de Estado en desarrollo de su jurisprudencia ha aplicado para imputar al Estado el daño derivado de la privación injusta de la libertad.

Rastrear gran cantidad de sentencias proferidas por el Consejo de Estado en casos de privación injusta de la libertad para su posterior estudio.

Identificar los posibles cambios que haya tenido la posición del Consejo de Estado en torno al régimen de imputación aplicable a los casos de privación injusta de la libertad.

Agrupar sistemáticamente las eventuales posiciones que el Consejo de Estado ha tenido en torno al tema de la privación injusta de la libertad desde 1991 hasta nuestros días.

JUSTIFICACIÓN

El Estado colombiano caracterizado por instituciones débiles, sumado al conflicto armado que, impulsa a los organismos de control a desplegar una búsqueda exhaustiva de los actores de dicho conflicto, conllevan a frecuentes privaciones de la libertad.

Esta conjugación de debilidad de las instituciones investigadoras y búsqueda implacable de actores del conflicto, a menudo nos enfrenta con situaciones en donde se ha privado de la libertad a personas inocentes, sometiéndolas a vivir el calvario de las cárceles colombianas.

Vemos entonces como se encuentra en juego uno de los derechos más importantes consagrados por la Carta Política de 1991, cual es el derecho a la libertad. Por ello creemos oportuno revisar la posición de la jurisprudencia administrativa con relación a las consecuencias administrativas que debe asumir el Estado como consecuencia de privación de la libertad injusta de sus asociados.

Por otra parte, consideramos oportuno realizar una revisión de la situación actual de la Responsabilidad del Estado, pues desde que dicha responsabilidad se concibió por primera vez en nuestro país, no ha cesado de transformarse y ampliarse en beneficio precisamente de los ciudadanos.

Así mismo, estimamos que estas nuevas tendencias terminarán inexorablemente con aquel postulado de la irresponsabilidad del Estado, y forjarán nuevas relaciones entre la administración y los ciudadanos, fundadas en el respeto por los Derechos Fundamentales.

ALCANCE Y LIMITES

El presente estudio, se dedicará a hacer un análisis jurídico histórico desde la aparición de la Responsabilidad Estatal en Colombia aplicable únicamente al poder ejecutivo, hasta llegar a los nuevos criterios formulados en la Constitución Política de 1991, que han posibilitado extender dicha responsabilidad a los demás órganos del poder público, con el correspondiente análisis jurisprudencial y legal.

Centraremos dicho análisis en la responsabilidad derivada de la privación injusta de la libertad, para lo cual nos valdremos de la abundante jurisprudencia que ha producido en un primer momento la Corte Suprema de Justicia, y posteriormente el Consejo de Estado.

Lo anterior deja en evidencia la calidad de investigación analítica descriptiva, cuya metodología de estudio consistirá en la agrupación y sistematización de la jurisprudencia nacional sobre el tema antes indicado. Sin embargo, esa labor estará precedida por la elaboración de un marco conceptual previo, el cual consta

en una primer parte sobre las fuentes del derecho y la jurisprudencia como tal, y su segunda parte se abordará el tema de la responsabilidad del Estado tomando como fuente la doctrina, la ley y la jurisprudencia.

1. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO

1.1. ANTECEDENTES GENERALES

La noción de responsabilidad es enfocada por el JAIRO LOPEZ MORALES, partiendo de los planteamientos de CARLOS DUCCI CLARO, como una obligación de satisfacer un perjuicio. Afirma el autor que esta *“es el estar sujeto a responder a alguna cosa o por alguna persona”*.¹

Citando al jurista chileno EDUARDO SOTO KIOSS, plantea JAIRO LOPEZ MORALES que responder *“Es la obligación de reparar por sí o por otro, el daño ocasionado contra derecho en la persona o en el patrimonio de un tercero”*.²

El proceso de reconocimiento de la responsabilidad del Estado, de acuerdo a la posición del tratadista RAMIRO SAAVEDRA BECERRA, no ha sido un proceso fácil y mucho menos pacífico, sino lento, difícil y lleno de retrocesos y contradicciones que permanece en constante construcción.³

Sin embargo, de la mano del autor podemos afirmar que un primer antecedente de la noción de responsabilidad, está en Roma, con la expedición de la *ley Aquilea*, con la cual se procuró la protección de la vida y la propiedad mediante la concesión de una indemnización para los eventos en que estos derechos resultaban perturbados; no obstante su aplicabilidad era bastante limitada, pues se limitaba a situaciones específicas descritas previamente; además, otra limitante a

¹ LOPEZ MORALES, Jairo, “Responsabilidad patrimonial del Estado”, Tomo 1, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 1997. Pág. 7

² *Ibídem* Pág. 8

³ SAAVEDRA BECERRA, Ramiro: “La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública”, primera reimpresión, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, Colombia, 2003, Pág. 38

su aplicación se encontraba en que de esta acción solo eran titulares los ciudadanos romanos.⁴

De acuerdo a la *ley Aquilea*, para que procediera la reparación del daño causado, no era necesario que se probara la intensión del autor del mismo, bastaba con la prueba del daño en sí mismo, sin que fuera necesario entrar a dilucidar sobre la culpa del causante del daño. Una primera conclusión, es que la existía una especie de responsabilidad objetiva, la cual encontró fundamento en su pretensión de proteger la igualdad, y evitar la alteración del equilibrio de esta entre los ciudadanos.

No obstante lo anterior, el aspecto a resaltar de esta primera época de la responsabilidad es que "...la base, el fundamento, la causa, de la obligación de reparar no es la existencia de una falta, de culpa, de malicia en el autor del daño, sino el desequilibrio producido en las relaciones de los hombres, desequilibrio injusto, injuria, perturbación de una igualdad que es necesario proteger, y por ende, necesidad de reparar aquella, alterada por ese daño contrario a esa igualdad"⁵.

Este período se caracterizó por la responsabilidad individual del funcionario dejando de lado la responsabilidad colectiva.

Luego de este primer periodo de la responsabilidad, encontramos un segundo que se da en la Edad Media, en la que los señores feudales comienza a aceptar la

⁴ Ibídem. Pág. 34

⁵ SOTO KLOSS, Eduardo, "Derecho Administrativo", Tomo II, Editorial Jurídica, Chile, 1996, Pág. 249. Citado por SAAVEDRA BECERRA, Ramiro: "La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública", primera reimpresión, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, Colombia, 2003, Pág. 32

responsabilidad, solo de los hechos cometidos en tiempos de guerra, sin embargo esta aceptación de responsabilidad de reparar el daño, fue solo aceptada con relación a otro señor feudal, pues los siervos no gozaban del distintivo de sujetos de derecho.

Ya entrado el siglo XVI, comienza una progresiva desaparición de las instituciones feudales con "...el fortalecimiento y centralización de la autoridad que debilitara las estructuras disgregadas medievales y propiciará el nacimiento de los Estados nacionales, estará igualmente en el origen del absolutismo real y por ende en el no reconocimiento de responsabilidad alguna por los daños que provengan de la acción de las potestades públicas".⁶

Podemos concluir que tanto en la etapa de la *Ley Aquilea* como en la Edad Media, se mantuvo y consolidó la irresponsabilidad del Estado, teniendo como características principales: primero, la soberanía del Estado, que no acepta la igualdad del individuo frente al Estado. Otra característica es el Estado no aparece como violador del derecho organizado al ser este su representante; y finalmente los hechos de los funcionarios no son considerados hechos del Estado.⁷

En el periodo de los siglos XVI a XVIII, tiene origen la Administración Pública, la cual surge con la formación del cameralismo al interior del Estado. Este logró su mayor desarrollo inicialmente en los países Germánicos, en donde el poder del monarca fue reducido y en cambio se creó "la administración real central y

⁶ SAAVEDRA BECERRA, Ramiro: "La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública", primera reimpresión, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, Colombia, 2003, Pág. 34

⁷ CANASI, José, "Derecho Administrativo" Vol. IV, Ediciones Desalma, Buenos Aires, Argentina, 1997, Pág. 467 Citado por SAAVEDRA BECERRA, Ramiro: "La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública", primera reimpresión, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, Colombia, 2003, Pág. 35

territorial y una burocracia al servicio de la misma”⁸, la cual reconoce compensaciones al particular por el daño causado derivados del ejercicio del poder.

Con el surgimiento y consolidación de la Administración Pública, el Estado adquiere nuevos roles dentro de la sociedad, los cuales conllevaron una mayor injerencia e intervención de éste, en las relaciones de los ciudadanos, lo que originó, una mayor producción de daños en las personas y/o en los bienes de estas, y con ello el reconocimiento de algunas indemnizaciones.

Hacia finales del siglo XVIII un acontecimiento habría de cambiar el curso de toda la historia. Se trata de la Revolución Francesa ocurrida en 1789. En el ámbito de lo jurídico no sería ajeno a estos cambios. Es así como en el Derecho mismo se pasa de una concepción de la soberanía real, es decir, emanada del poder absoluto del rey, a una soberanía popular, cuyo fundamento y esencia procedía únicamente del pueblo.

No obstante la transformación aludida, en cuanto a la responsabilidad del Estado, se mantuvieron los postulados de la infalibilidad del Estado, por lo que si bien la Revolución Francesa significó un gran cambio en otros aspectos del Derecho, en materia de responsabilidad del Estado, no fue así.

El reconocimiento de la responsabilidad estatal en Francia, se produjo con posterioridad a la revolución. En efecto, no existió en el período revolucionario un

⁸ SAAVEDRA. Op. Cit. Pág. 35

solo texto general que consagrará la obligación resarcitoria a cargo del Estado por los daños producidos a los ciudadanos.⁹

Si bien la Declaración de los Derechos del Hombre, incluía entre sus postulados la igualdad de las cargas públicas, en ese momento la concepción de dicho postulado no fue entendida como en la actualidad, para aquellas calendas, la concepción de tal igualdad se refería al tema fiscal, es decir, solo una la igualdad de tributos frente a los ciudadanos en iguales condiciones.

Como ya se dijo, la irresponsabilidad del Estado se mantuvo en los mismos términos que la irresponsabilidad del rey que le precedió, no obstante en materia de servicios públicos, se dio un pequeño acercamiento a la responsabilidad, a pesar de ello esta estaba fundamentada no en que la labor sea ejercida por el Estado, sino porque la infracción se cometía con motivo de la prestación de un servicio a la propiedad privada, la cual era inviolable de acuerdo al texto de la Declaración de los Derechos del Hombre.¹⁰

Bajo el imperio de Napoleón III, surgió en 1870 la III República, en la cual se dio un avance paulatino hacia la democracia, permitiendo que la relaciones entre el Estado y los particulares adquiérela otra perspectiva.

Como consecuencia del proceso de industrialización, y consolidación del intervencionismo estatal, que derivó e la falta de reparación del daño cada vez más frecuente, se provocó un resentimiento hacia la administración que fue necesario detener. Por esta razón se hizo imperiosa la transformación de las

⁹ Ibíd. Pág. 71

¹⁰ Ibíd. Pág. 73.

entidades estatales, y fue así como en 1872, la jurisdicción administrativa se separa del poder ejecutivo.¹¹

La separación de la jurisdicción administrativa, significó en sus inicios una controversia con la jurisdicción ordinaria a la hora de determinar las competencias, pues ambas conocían procesos de naturaleza administrativa. La separación de la jurisdicción administrativa fue parcial. Conocía esta jurisdicción en los eventos en que había un acto administrativo, en cambio, conocía la jurisdicción ordinaria los casos en que se involucrara la gestión de bienes de las personas públicas; se exceptuaban los casos en que la ley consagrara expresamente la jurisdicción competente.

Durante todo este periodo se mantuvo una aplicación pareja del Código Civil, tanto para asuntos entre particulares, como para las relaciones con el Estado, lo que dejó en evidencia la necesidad de implantar un régimen jurídico propio para la Administración.

Posteriormente la actividad del Estado denominada “de gestión” que se asimilaba al comportamiento de un particular en la administración de su patrimonio, fue sometido al derecho privado y a la competencia de la jurisdicción ordinaria, mientras que de los “actos de autoridad” que fueron aquellos en que los órganos del Estado procedían por medio de órdenes, prohibiciones, reglamentaciones unilaterales, debían regirse por reglas especiales del derecho administrativo y eran de competencia de la jurisdicción administrativa.¹²

¹¹ *Ibíd.* Pág. 74.

¹² *Ibíd.* Pág. 76.

Fue así como surgió el que para muchos es el antecedente más importante de la autonomía del derecho administrativo, el célebre fallo Blanco francés. Este correspondió al incidente ocurrido a la niña Agnès Blanco en 1873.

Raamiro Saavedra Becerra, describe que “una niña, Agnès Blanco que trataba de atravesar los rieles que cortaban la calle en la ciudad de Burdeos fue atropellada por una vagoneta de la Compañía Nacional Manufacturera de Tabaco – de propiedad estatal- que transportaba materia prima para otro edificio. La accidentada sufre graves lesiones que culminarán con la amputación de las piernas.”¹³

Los familiares de la menor demandan ante los tribunales ordinarios a través de una acción civil e indemnización por daños y perjuicios contra el Gobernador del Departamento de Gironde.

A partir de la demanda, sostiene SAAVEDRA BECERRA se suscita un conflicto de competencias por lo que, “es al Tribunal de Conflictos a quien corresponde pronunciarse. En su condición de relator del caso, el Comisario de Gobierno David expresa: “Considerando que la responsabilidad que puede incumbir al Estado por los daños causados a los particulares por el hecho de las personas que él emplea en el servicio público, no puede regirse por los principios establecidos en el Código Civil, para las relaciones de particular a particular. Que esta responsabilidad no es ni general ni absoluta; que ella tiene sus reglas especiales que varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados. Que por ende, en los términos de las leyes arriba referidas, la autoridad administrativa es la única competente para conocer...”¹⁴

¹³ Ibíd. Págs. 82 y 83

¹⁴ Ibíd. Págs. 82 y 83

Con relación a la importancia y el alcance derivado del fallo Blanco en el Derecho Administrativo Francés y por consiguiente, su influencia en nuestro derecho, se puede decir lo siguiente:

- i. Se consagra el abandono definitivo del criterio de delimitación de competencias, fundado en los textos según los cuales corresponde solamente a los tribunales administrativos declarar al Estado deudor.
- ii. Los tribunales ordinarios son radicalmente incompetentes para conocer de todas las demandas entabladas contra la administración por causa de servicios públicos, cualquiera que fuere su objeto.
- iii. Los litigios así sustraídos del conocimiento de los tribunales ordinarios, no deben ser decididos en función de los textos del Código Civil. En consecuencia, la responsabilidad del Estado no puede ser regida por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular.
- iv. La competencia administrativa y la sustracción al derecho privado solo se aplican, sin embargo, al Estado poder público. Por el contrario, al Estado como propietario, es decir, en la administración del patrimonio privado y como persona civil capaz de obligarse en los términos del derecho común, está sometido al derecho privado y a los tribunales ordinarios.
- v. Se afirma el principio de la vinculación de la competencia y del fondo. Así, se establece un vínculo directo y recíproco entre la aplicación de reglas

autónomas, exorbitantes al derecho privado, y la competencia de la jurisdicción administrativa.

- vi. En el contencioso de responsabilidad, el fallo Blanco consagra la competencia administrativa sin basarse en ninguna noción de gestión privada, teniendo en cuenta que se trataba de una industria tabacalera muy parecida a una industria privada y que el causante del daño fue un obrero no perteneciente a la esfera administrativa.
- vii. El fallo Blanco preconiza la autonomía del derecho administrativo de la responsabilidad en relación a las reglas establecidas en el Código Civil. Esta autonomía conlleva el reconocimiento, cada vez más frecuente, de la responsabilidad de la administración en situaciones donde el derecho civil no habría permitido dar satisfacción a la víctima.¹⁵

El fallo Blanco constituye el primer antecedente del reconocimiento de la responsabilidad del Estado, fundamentado en normas y principios autónomos del derecho administrativo. Significó este pronunciamiento, la separación de la responsabilidad del Estado del régimen privado que se le venía aplicando, así, ahora la administración y los asuntos derivados de ella, como la responsabilidad, contaba con un régimen público autónomo. De igual forma se acabó con el principio de irresponsabilidad del Estado, el cual, conviene decir, no fue inmediato, sino que a partir de este fallo inició su progresivo su progresiva abolición, de mano del desarrollo jurisprudencial venidero.

¹⁵ LONG, MARCEAU y PROSPER, WEIL, “Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa Francesa”, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, Colombia, 2000, Págs. 2 a 4. Citado por SAAVEDRA BECERRA, Ramiro: “La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública”, primera reimpresión, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, Colombia, 2003, Pág. 34

Sin perjuicio de lo anterior, existe otra corriente doctrinaria que atribuye el origen del derecho administrativo en América Latina, al derecho Español, debido a que fue la Real Audiencia del siglo XVI, la primera institución que ejerció control administrativo en el continente americano.¹⁶

El tratadista y también Consejero de Estado, JAIME ORLANDO SANTOFIMIO, con relación a la influencia del derecho español en nuestro territorio sostiene que, “el derecho indiano, el formado en las necesidades de América y la voluntad política del monarca español, es la base indiscutible a partir de la cual se forman los derechos nacionales hispanoamericanos”¹⁷.

En cuanto al legado español en nuestro derecho público, y en especial en el área administrativa expresa el citado autor que: “uno de ellos, de trascendencia, es el control judicial de la administración pública. El derecho indiano desarrolló un interesante e importante sistema de carácter eminentemente judicialista que entregaba ese control básicamente a las llamadas reales audiencias. Anotamos que estos mecanismos de control, en nuestra opinión son los verdaderos antecedentes de contencioso administrativo colombiano, inicialmente en su versión judicialista que dominó durante el siglo XIX y los primeros años del siglo XX.”¹⁸

De esta manera, las Reales Audiencias por su naturaleza de: “órgano judicial destinado a la resolución de conflictos entre particulares o la imposición de penas

¹⁶ SAAVEDRA Op. Citada, Pág. 111

¹⁷ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime. “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo I, 3ª Edición, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2003, Pág. 288.

¹⁸ *Ibíd.* Pág. 288 y 289.

a los criminales estaba complementada con un claro y efectivo contencioso administrativo de evidente naturaleza subjetiva”.¹⁹.

Con relación al tema del origen del derecho administrativo colombiano, no existe uniformidad de criterio, un primer grupo de tratadistas plantea que los antecedentes del derecho público administrativo se encuentran en la tradición administrativa francesa importada a nuestras tierras, mientras que otro grupo de tratadistas ubican tal origen en los antecedentes de la Real Audiencia. Lo cierto, es que estas posiciones no son irreconciliables, bien podríamos concluir que nuestro derecho administrativo se nutrió de ambas fuentes, la francesa y la española.

En lo que al Estado de Colombia respecta, la institución de la responsabilidad encuentra su fundamento más remoto en la Ley 1ª de julio 31 de 1823, la cual se refería la compensación por daños producidos con ocasión de trabajos públicos.

1.2. ANTECEDENTES COLOMBIANOS, DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA AL CONSEJO DE ESTADO

Entrando en materia encontramos que durante el siglo XIX y hasta 1964 la Corte Suprema de Justicia era el organismo competente para resolver los conflictos judiciales trabados contra la Nación.

Este organismo produciría su primer cumulo jurisprudencial basándose, en principio, en regímenes especiales, consagrados taxativamente en la ley, para

¹⁹ Ibíd. Pág. 289.

luego ir paulatinamente ampliado el espectro de su jurisprudencia, en el sentido de cada vez hacer más general la declaratoria de responsabilidad del Estado.

En una primera época la responsabilidad del Estado, sostiene el jurista JUAN CARLOS HENAO, nació siendo una responsabilidad de naturaleza objetiva así dispuesta por el legislador.²⁰

Posteriormente la Corte Suprema de Justicia²¹, inició el reconocimiento de la responsabilidad en eventos no contemplados en la Ley, especialmente en aquellos perjuicios ocasionados en tiempos de guerra. Surge así el por primera vez, un principio de responsabilidad general del Estado.

Este inicio del reconocimiento de una tímida responsabilidad del Estado, bajo un principio general, fundamentó la obligación en los principios de responsabilidad consagrados en el Código Civil, ya que se traía la tradición de fundar la responsabilidad en una norma expresa.

Una característica de esta primera etapa de la jurisprudencia en cabeza de la Corte Suprema de Justicia, es que la teoría del organismo judicial se fundamentó en las normas del Código Civil, por lo que la responsabilidad del Estado, adoptó los criterios del derecho privado.

Bajo estos lineamientos la Corte Suprema de Justicia recurrió a dos regímenes de responsabilidad, a saber: la responsabilidad directa e indirecta.

²⁰ HENAO PEREZ, Juan Carlos. Presentación General de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en Colombia. Editorial Universidad Externado de Colombia, 1996. Pág. 736

²¹ Corte Suprema de Justicia en fallo del 20 de octubre de 1898, citado en HENAO, Juan Carlos: "Responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia" II Jornadas Colombo-Venezolanas de Derecho Público. Editorial Universidad Externado de Colombia, 1997 Pág. 735

1.2.1. Responsabilidad Indirecta. En el periodo que transcurre entre 1896 hasta 19941, la Corte Suprema de Justicia elabora una jurisprudencia más amplia sobre la responsabilidad del Estado, pues reconoce la obligación del Estado de responder frente a los perjuicios causados, sin que fuera necesaria la consagración expresa en la ley. Así el fundamento de la responsabilidad se ubicó en los artículos 2347 a 2349 del Código Civil, consagradorios de la responsabilidad indirecta. Nace así en materia pública, la teoría de la responsabilidad directa.

En aplicación de esta teoría se sostuvo que la responsabilidad de los funcionarios se proyecta a la persona jurídica en nombre de la cual actúan. Esto bajo una presunción, según la cual la culpa de los funcionarios es a la vez la culpa de la persona jurídica, la cual deberá asumir la responsabilidad, ya que es ella quien escoge sus agentes y vigila su proceder.²²

Si el Estado falla, le es atribuible la responsabilidad a la entidad porque esta escogió mal su personal o no lo vigiló adecuadamente, surge de esta manera una responsabilidad Estatal fundada en los principios de derecho privado de la culpa in diligendo y culpa in vigilando. No obstante el reconocimiento de esta presunción de culpa, esta podía ser desvirtuada demostrándose que la entidad conservó el cuidado y vigilancia de sus agentes.

La noción de la responsabilidad indirecta fue resistida por la doctrina, que la criticó señalando que no era posible aplicar este criterio a las entidades del derecho

²² Corte Suprema de Justicia sentencia del 26 de octubre de 1898, citada en HENAO, Juan Carlos: "Responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia" II Jornadas Colombo-Venezolanas de Derecho Público. Editorial Universidad Externado de Colombia, 1997 Pág. 735

público, ya que no aparecían enlistadas e las actividades enlistadas en el Código Civil²³ para la aplicación de este criterio.

1.2.2. Responsabilidad directa. Como consecuencia de las críticas, para dar solución a las mismas, surge en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia la teoría de la responsabilidad directa, la cual se aplicó de manera paralela a la teoría de la responsabilidad indirecta.

De acuerdo a este nuevo enfoque, se afirma que no hay razón para distinguir entre la persona jurídica y sus funcionarios, pues estos conforman un solo ente jurídico, de forma tal que la actuación de los agentes es al mismo tiempo la actuación de la persona moral que representan. Luego entonces la responsabilidad de los agentes es también la responsabilidad de la entidad, pero ya no porque se presuma esta en virtud del deber de vigilancia y cuidado, sino porque en realidad se trata de una misma persona.

El fundamento normativo de esta teoría lo encontró la Corte Suprema de Justicia en el artículo 2341 del Código Civil.²⁴

²³ Artículo 2347 Código Civil: "Toda persona es responsable no solo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado. Así, los padres son responsables solidariamente del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa; así, el tutor o curador es responsable de la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia y cuidado; así, los directores de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos mientras están bajo su cuidado, y los artesanos y empresarios, del hecho de sus aprendices o dependientes, en el mismo caso. Pero cesará la responsabilidad de tales personas, si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho." Artículo: 2349 Código Civil: "Los amos responderán del daño causado por sus criados o sirvientes, con ocasión del servicio prestado por éstos a aquellos; pero no responderán si se probare o apareciere que en tal ocasión los criados o sirvientes se han comportado de un modo impropio, que los amos no tenían medio de prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente; en este caso recaerá toda responsabilidad del daño sobre dichos criados o sirvientes."

²⁴ SAAAVEDRA BECERRA. Op. Citada Pág. 102

La teoría de la responsabilidad directa sea aplicó en dos modalidades, la primera: denominada tesis organicista, aplicable tanto a las personas privadas como públicas, y la segunda, solo aplicable a las personas públicas, fundada en los presupuestos de la falla en el servicio.²⁵

1.2.3. La Tesis Organicista. Bajo la modalidad de la tesis organicista, la responsabilidad de la persona jurídica, es examinada dependiendo de la calidad del agente que causó la lesión.

Se distinguen dos clases de agentes al interior de la persona jurídica: los que representan la voluntad de la entidad, es decir, aquellos que ejercen funciones de dirección y manejo, los cuales son denominados agentes-órganos; y los que no representan la voluntad de la entidad, denominados agentes-auxiliares.

Cuando el daño es producido por la actuación de un agente perteneciente al primer grupo (agente-órgano), como quiera que la voluntad de la entidad se ve comprometida, la responsabilidad ha de aplicarse en forma directa, es decir se imputa con base en el artículo 2341 del Código Civil, ya que estos agentes no se distinguen de la persona jurídica, sino que conforman un solo sujeto.

La exoneración de responsabilidad, procede cuando se demuestre el caso fortuito, la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima, o el hecho de un tercero.

²⁵ Al respecto pueden consultarse las siguientes providencias de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 27 de junio de 1941, Magistrado Ponente: HERNÁN SALAMANCA; sentencia de noviembre 30 de 1942, sentencia de abril 3 de 1943, sentencia de junio 9 de 1948, sentencia de octubre 18 de 1950, sentencia de agosto 13 de 1953, sentencia de junio 30 de 1962, Magistrado Ponente: JOSE J. GOMEZ.

Por otra parte, cuando el perjuicio es causado por un agente-auxiliar, al no tener este la dirección y manejo de la entidad, y, por consiguiente, no representar su voluntad, se aplicará la responsabilidad indirecta bajo las nociones de culpa in eligendo y culpa in vigilando consagradas, como hemos dicho, en los artículos 2374 a 2349 del Código Civil.

El 30 de junio de 1962, la Corte Suprema de Justicia profiere el famoso fallo Tinjacá, en el cual, entre otras cosas define las características de la tesis organicista así:

“1. En toda entidad jurídica, privada o pública, hay agentes representativos, depositarios de la voluntad de la persona moral y agentes auxiliares, no representativos ni depositarios de esa voluntad.

2. Solo la cual de los primeros repercute directamente sobre la entidad moral, dado el carácter representativo que ostentan; en tanto que la cual de los agentes auxiliares por carecer de dicho carácter no genera sino una responsabilidad del ente colectivo;

3. Subsiste el factor culpa como causa generadora de la responsabilidad, y debe por tanto, probarse el hecho dañoso concreto de un agente determinado;

4. Para exonerar, la persona jurídica de la responsabilidad por el daño se debe probar un factor extraño (caso fortuito, hecho de un tercero o culpa de la víctima); se (sic) de un agente auxiliar, le basta demostrar ausencia de culpa;

5. Prescribe la acción contra la persona moral, en el primer caso, conforme a las reglas comunes y en el segundo, en tres años. En este, contra el subalterno o auxiliar según las normas ordinarias; y

6. Se funda esta tesis, en lo que atañe a los agentes representativos, en el artículo 2341 del C.C., que ordena responder por el perjuicio causado a otro, y en lo que respecta a los demás, en los premencionados artículos 2347 y 2349, asiento de la responsabilidad indirecta.”²⁶

1.2.4. La Falla del Servicio. El nacimiento de esta teoría, es ubicado en el derecho francés en la noción *faute de service*, y en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra en la aludida sentencia del caso Tinjacá, proferida el 30 de junio de 1962.

La Corte Suprema de Justicia, en esta sentencia, estableció que la responsabilidad de las entidades públicas, debe aplicarse la teoría de la falla del ser vicio pública o culpa de la administración, con fundamento en el artículo 2341 del Código Civil y el artículo 16 de la Constitución Política de 1886, “porque entre los deberes sociales del estado sobresale el de prestar a la colectividad servicios públicos eficientes, así que fallando éstos, deja de cumplir el ordenamiento constitucional y debe reparar el daño”²⁷.

Según el fallo, las principales características de la falla del servicio son las siguientes:

²⁶ Corte Suprema de Justicia, sentencia de 30 de junio de 1962, Magistrado Ponente: JOSE J. GOMEZ. Actor: Reinaldo Tinjacá

²⁷ Revista JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA, Tomo IX, número 104, pág. 621 a 635 - Corte Suprema de Justicia, sentencia de 30 de junio de 1962, Magistrado Ponente: JOSE J. GOMEZ. Actor: Reinaldo Tinjacá.

- a) No es importante, al momento de analizar la responsabilidad, la culpa personal del agente, puesto que ésta es reemplazada por la noción de falla del servicio. Por tal razón no es necesario, al momento de pretender una indemnización, probar la acción u omisión del agente, pues para ello solo se necesita la prueba de la falla funcional, orgánica o anónima del servicio público;
- b) Hay presunción de culpa de la persona jurídica estatal, debido al deber primordial impuesto por la Constitución en lo que tiene que ver con la prestación de los servicios públicos;
- c) Los requisitos que la víctima debe demostrar son la falla del servicio y el daño originado por dicha falla, así como la relación de causalidad entre aquella y éste.
- d) El Estado se exonera de su responsabilidad probando el elemento extraño, puesto que esta es una responsabilidad subjetiva fundada en la noción de culpa o falla.
- e) La responsabilidad de la administración por falla del servicio se fundamenta en el artículo 2341 del Código Civil y en el artículo 16 de la Constitución Política de 1886.

1.2.5. La Culpa Presunta. Esta teoría es en realidad solo una variable a la teoría de la falla del servicio. Consiste en la presunción de la culpa del agente que causó el daño, por lo que para que proceda la declaratoria de responsabilidad basta con

acreditar “causación objetiva del daño y su conexión con una actividad reconocidamente peligrosa”²⁸.

El fundamento de esta teoría es el artículo 2356 del Código Civil, referido a la responsabilidad por actividades peligrosas.²⁹ El mencionado artículo del Código Civil, de acuerdo con el criterio del autor JAIRO LÓPEZ MORALES: “Estatuye una presunción aunque se exige la condición de que el daño pueda imputarse a malicia o negligencia de una persona. Ello, porque dada la naturaleza del daño y de su causa, hay que presumir que el agente debe repararlos...”³⁰

1.2.6. Consejo de Estado (Primer Periodo). En lo que respecta al Consejo de Estado, en el primer periodo de su existencia como órgano jurisdiccional, este solo tenía competencia residual con relación a la Corte Suprema de Justicia que abarcaba la mayoría de las competencias en controversias sobre temas de responsabilidad extracontractual.

Bajo la vigencia de la ley 130 de 1913, se le asignó el Consejo de Estado la competencia, para conocer de los procesos de responsabilidad del Estado derivados de la declaratoria de nulidad. Posteriormente con la expedición de la ley 38 de 1918, se amplió la competencia a los casos de expropiaciones o daños a la propiedad. Hacia 1941 se expide la ley 167, que le asignó la competencia sobre controversias derivadas de la ocupación de inmuebles en tiempos de guerra.

²⁸ SAAAVEDRA BECERRA, Ramiro “La responsabilidad extracontractual de la administración pública” Primera reimpresión, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Bogotá, Colombia, 2003. Pág. 107

²⁹ Artículo 2356 de Código Civil: “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por esta. Son esencialmente obligados a esta reparación: 1) El que dispara imprudentemente un arma de fuego. 2) El que remueve las losas de una acequia o cañería, o las descubre en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transiten de día o de noche. 3) El que obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente que atraviesa un camino, lo tiene en Estado de causar daño a los que transitan por el camino.”

³⁰ LOPEZ MORALES, Jairo, “Responsabilidad patrimonial del Estado”, Tomo 1, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 1997. Pág. 45

Sin embargo, solo fue en 1964, cuando con la expedición del Decreto 528, consagradorio del Código Contencioso Administrativo, que el Consejo de Estado adquirió plena y exclusiva competencia para conocer los procesos de responsabilidad del Estado.

En este primer periodo, el Consejo de Estado, mantuvo su jurisprudencia dentro de los lineamientos declarando la procedencia de responsabilidad del Estado solo en los eventos estrictamente consagrados en la ley, sin recurrir a la teoría de la falla en el servicio, la cual solo aparecería hacia los años 1960 – 1964.

1.2.7. Segundo Periodo (1964-1991). Inicia este periodo con el establecimiento de la competencia exclusiva del Consejo de Estado en materia de responsabilidad extracontractual del Estado, asignada por mandato del Decreto Ley 528 de 1964.

En este periodo empieza el órgano jurisdiccional, a recurrir a la teoría de falla del servicio, sosteniendo que si como consecuencia de un mal funcionamiento del servicio o del funcionamiento tardío del mismo se causa una lesión o un daño, “el Estado es responsable y por consiguiente está en la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados... esa responsabilidad se origina en último término en el deber primario del Estado de suministrar a los asociados los medios conducentes a la efectividad de sus servicios a la consecución de sus fines; en otras palabras, a la realización del bien común.”³¹

El Consejo de Estado desarrolló durante esta época la noción de falla del servicio, haciéndola el régimen general aplicable para determinar la responsabilidad del Estado por los daños producidos. Además, amplió su definición, llevándola más allá de la simple idea de mal funcionamiento o funcionamiento tardío, para afirmar

³¹ ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO, T. LXXII, pág. 257

que esta corresponde a “la violación del contenido obligacional que se impone al Estado, y que puede ser infringido, ya sea porque así se deduce nítidamente de una norma que estatuye con precisión aquello a lo cual está obligado el Estado frente al caso concreto, ya sea porque así se deduce de la función genérica del Estado, que se encuentra plasmada prioritariamente en el artículo 16 de la Constitución Política”³².

Durante este período, de igual forma se desarrollaron nuevos temas como lo son la falla presunta del servicio, la responsabilidad por riesgo excepcional, el daño especial, pero manteniendo siempre como régimen común o principal el de la falla del servicio.

1.2.8. Tercer Período (1991-). En el año 1991 la sociedad colombiana vivió una gran transformación en múltiples aspectos, siendo el principal y origen de todo el ámbito jurídico, pues en ese año se expidió una nueva constitución política.

Este suceso, obviamente, tuvo repercusiones en el ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado. La nueva constitución incorporó, por primera vez en un texto de rango constitucional, en su artículo 90, la cláusula general de responsabilidad del Estado. A partir de la cual se ha generado toda una lluvia de interpretaciones y discusiones sobre la naturaleza de la responsabilidad por ella consagrada.

Lo cierto es que este artículo, literalmente expresa que “el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas.”

³² ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO, T. CXVIII, pág. 789

A partir de esta primigenia consagración del principio de responsabilidad patrimonial del Estado, el concepto de daño antijurídico se erige como fundamento de la responsabilidad pública, apartándose la jurisprudencia del elemento subjetivo (culpa) para centrarse en el daño.

La primer reacción del Consejo de Estado frente la nueva legislación, fue que concluir que esta consagraba una responsabilidad del Estado absolutamente objetiva. Esta posición fue expresada en la sentencia del 31 de octubre de 1991, en la cual sostuvo que:

“Dentro del anterior perfil, la responsabilidad se torna objetiva, pues como lo enseña este último tratadista “no se trata de ningún perjuicio causado antijurídicamente, sino de un perjuicio antijurídico en si mismo”; por otra parte, se desvincula de la licitud o ilicitud de la actuación de la que se deriva la lesión, con lo que se hace capaz de abarcar la totalidad de supuestos de responsabilidad posibles... La jurisprudencia, por su parte, ha acogido ampliamente los términos en que está formulada la teoría, insistiendo especialmente en la idea de que la responsabilidad surge cuando un particular no está obligado a soportar un detrimento patrimonial...”³³

La anterior posición fue reiterada en la sentencia del 30 de julio de 1992, expediente 6941, con ponencia del Consejero, Carlos Betancur Jaramillo. En esta oportunidad insiste el Consejo de Estado que la responsabilidad desprendida del artículo 90 constitucional es directa y objetiva, surgida de la acción u omisión imputable a una autoridad que causa un daño antijurídico a una persona natural o jurídica. Señala además que “la entidad demandada solo podrá exonerarse o

³³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de Octubre 31 de 1991. Exp. 6515

exculpase alegando y probando la fuerza mayor; el hecho exclusivo de la víctima y el hecho, también exclusivo y determinante de un tercero”.

Sin embargo, agrega en esta oportunidad el Consejo de Estado, una aclaración, respecto a hipótesis donde no aplica la responsabilidad desde la perspectiva del daño antijurídico. Sostuvo la corporación:

“Se dice, en principio, porque pueden existir hipótesis que no permiten el manejo de la responsabilidad desde la perspectiva exclusiva de ese daño antijurídico. Piénsese por ejemplo en algunos casos de responsabilidad nacidos del incumplimiento de obligaciones de medio y en los cuales esa responsabilidad solo resultará comprometida cuando dentro de la infraestructura del servicio no se pusieron todos los instrumentos o elementos adecuados e idóneos para evitar la ocurrencia del servicio.”³⁴

Más adelante, la jurisprudencia sería modulada en su criterio inicial. El Consejo de Estado en sentencia del 12 de julio de 1993, señala que el artículo 90 de la Constitución Nacional, no convirtió en objetiva toda la responsabilidad patrimonial del Estado³⁵ y señala que la antijuridicidad del daño es siempre objetiva, pero: “...no sucede igual con la antijuridicidad de la conducta, la que siempre mostrará una actividad por fuera del ordenamiento. Esta es la razón para que se entienda porqué, en ciertos eventos, la administración resulta responsable pese a que actuó regularmente”³⁶

³⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de julio 30 de 1992, Exp. 6515

³⁵ SAAAVEDRA BECERRA, Ramiro “La responsabilidad extracontractual de la administración pública” Primera reimpresión, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, Colombia, 2003. Pág. 162.

³⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Julio 12 de 1993. Exp. 7622, C.P. Carlos Betancur Jaramillo

El cambio que el Consejo de Estado da a su jurisprudencia resulta más visible en la decisión del 5 de agosto de 1994, en providencia donde se reitera la vigencia de la falla del servicio.

“En casos como el presente, en los cuales se imputa la responsabilidad a la administración por el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de sus obligaciones, la determinación de si el daño causado al particular tiene el carácter de daño antijurídico, depende de acreditar que la conducta de la autoridad fue inadecuada. Si el daño que se imputa a ésta se deriva del incumplimiento de un deber que le legalmente le corresponde, o de su cumplimiento inadecuado, la antijuridicidad del daño surgirá entonces aquí de dicha conducta inadecuada, o lo que es lo mismo, de una falla en el servicio.

La noción de la falla del servicio desaparece, como lo ha señalado la sala, de la responsabilidad estatal fundada en el citado artículo 90 de la Carta. Cuando de ella se derive la responsabilidad que se imputa a la administración, se constituye en un elemento que debe ser acreditado por el demandante. Así lo ha repetido la sala:

En otros términos, el daño es antijurídico no solo cuando la administración que lo causa actúa irregularmente, sino cuando esa conducta lesiva esté ajustada al ordenamiento.

Pero decir antijurídico no quiere significar que la noción de falta o falla del servicio desapareció de la responsabilidad estatal y menos

que el acreedor de la indemnización ya no tenga que probar la falla si la hubo o la conducta irregular que lo lesionó.

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

En síntesis, la nueva Constitución, a pesar de su amplitud en materia de responsabilidad, no la hizo exclusivamente objetiva ni borró del ordenamiento la responsabilidad por falla del servicio. Las nociones de imputabilidad y de daño antijurídico así lo dan a entender.”³⁷

La anterior jurisprudencia en lo sustancia se ha mantenido a lo largo de los años posteriores, en los cuales se han ido afianzando los conceptos de daño antijurídico, los límites de la responsabilidad objetiva, sus regímenes, así como la naturaleza del mal funcionamiento o el riesgo como causales de imputación; se ha precisado la noción del nexo causal; y finalmente han surgido nuevos regímenes de imputación, como los consagrados en la Ley 270.

³⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de agosto 5 de 1994, Exp. 8.485 C.P. Carlos Betancur Jaramillo

1.2.9. La Corte Constitucional. La Corte Constitucional con ocasión de una demanda de inconstitucional interpuesta contra el artículo 50 de la Ley 80 de 1993, tuvo ocasión de pronunciarse sobre la cláusula de responsabilidad general consagrada en el artículo 90 de la Constitución Nacional. En esta oportunidad la Corte adoptó los planteamientos desarrollados por la Sección Tercera del Consejo de Estado, con relación al tema de la responsabilidad del Estado, esto se deja ver en el siguiente aparte de la sentencia aludida:

“(...) La Corte Constitucional coincide entonces con los criterios desarrollados por la Sección Tercera del Consejo de Estado, juez especializado en este campo. En efecto, según esa Corporación, los criterios lentamente construidos por la jurisprudencia en materia de responsabilidad del Estado han recibido una expresión constitucional firme en el artículo 90, que representa entonces "la consagración de un principio constitucional constitutivo de la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, tanto la de naturaleza contractual como la extracontractual"³⁸. Por ello ha dicho esa misma Corporación que ese artículo 90 "es el tronco en el que encuentra fundamento la totalidad de la responsabilidad patrimonial del Estado, trátese de la responsabilidad contractual o de la extracontractual"³⁹. (...)”⁴⁰

En la misma sentencia refiriéndose al concepto de daño antijurídico, planteó que este no tiene una definición constitucional expresa, y procedió a una

³⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 8 de mayo de 1995, Expediente 8118. Consejero Ponente Juan de Dios Montes Hernandez.

³⁹ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 13 de julio de 1993, Expediente 8163. Consejero Ponente Juan de Dios Montes Hernandez

⁴⁰ Corte Constitucional Sentencia C-333 del 1 de agosto de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero

interpretación sistemática de la Constitución y a los antecedentes de la norma para determinar los elementos centrales del concepto.

“(…) Así, desde el punto de vista histórico, en los antecedentes de la Asamblea Nacional Constituyente se observa la intención de plasmar en la normatividad constitucional esta noción de daño antijurídico, que es tomado a su vez del artículo 106 de la Constitución española que consagra la responsabilidad patrimonial del Estado en los siguientes términos:

”Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.”

Nótese que el sistema español consagra un sistema de responsabilidad patrimonial del Estado que no representa un mecanismo sancionatorio: la indemnización no es una pena que deba sufrir el agente del daño en razón de su culpa, sino que es un dispositivo que se funda en la posición de la víctima pues se busca garantizar que el menoscabo del orden patrimonial o extrapatrimonial que ésta haya sufrido sea adecuadamente reparado. Por ello puede haber daño antijurídico, sin que exista culpa de la autoridad o falla del servicio real o supuesta. (…)⁴¹

⁴¹ Corte Constitucional Sentencia C-333 del 1 de agosto de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero

Luego de hacer anotaciones sobre la doctrina de los profesores García de Entería y Tomás Ramón Hernández, continúa la Corte:

“(…) 6- La doctrina española ha definido entonces el daño antijurídico no como aquel que es producto de una actividad ilícita del Estado sino como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. Esta concepción fue la base conceptual de la propuesta que llevó a la consagración del actual artículo 90. Así, la ponencia para segundo debate en la Plenaria de la Asamblea Constituyente señaló lo siguiente sobre este tema:

"En materia de responsabilidad patrimonial del Estado, se elevan a la categoría constitucional dos conceptos ya incorporados en nuestro orden jurídico: el uno, por la doctrina y la jurisprudencia, cual es el de la responsabilidad del Estado por los daños que le sean imputables: y el otro, por la ley, la responsabilidad de los funcionarios.

La noción de daño en este caso, parte de la base de que el Estado es el guardián de los derechos y garantías sociales y que debe, por lo tanto, reparar la lesión que sufre la víctima de un daño causado por su gestión, porque ella no se encuentra en el deber jurídico de soportarlo.

La responsabilidad se deriva del efecto de la acción administrativa y no de la actuación del agente de la Administración causante material del daño, es decir, se basa en la posición jurídica de la víctima y no sobre la conducta del actor del daño, que es el presupuesto de la responsabilidad entre particulares.

Esta figura tal como está consagrada en la norma propuesta, comprende las teorías desarrolladas por el Consejo de Estado sobre responsabilidad extracontractual por falta o falla del servicio, daño especial o riesgo (subrayas no originales)⁴².”⁴³

Siguiendo su análisis manifiesta la Corte Constitucional que la concepción de daño ha sido admitida por la jurisprudencia del Consejo de Estado en múltiples oportunidades cuando lo ha definido como "la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar", por lo cual "se ha desplazado la antijuricidad de la causa del daño al daño mismo". Por consiguiente, concluye esa Corporación, "el daño antijurídico puede ser el efecto de una causa ilícita, pero también de una causa lícita. Esta doble causa corresponde, en principio, a los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva"⁴⁴.

Finalmente con relación a la imputación del daño al Estado, como elemento complementario consideró:

“(...) 10- Igualmente no basta que el daño sea antijurídico sino que éste debe ser además imputable al Estado, es decir, debe existir un título que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública. Esta imputación está ligada pero no se confunde con la causación material, por cuanto a veces, como lo ha establecido la doctrina y la jurisprudencia, se produce una disociación entre tales conceptos. Por ello, la Corte coincide con el Consejo de Estado en

⁴²Agusto Ramírez Ocampo. "Ponencia para segundo debate de la nueva Constitución Política de Colombia" en Gaceta Constitucional No 112, 3 de julio de 1991, pp 7 y 8.

⁴³ Corte Constitucional Sentencia C-333 del 1 de agosto de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero

⁴⁴ Consejo de Estado. Sentencia del 13 de julio de 1993. Loc-cit.

que para imponer al Estado la obligación de reparar un daño "es menester, que además de constatar la antijuricidad del mismo, el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un 'título jurídico' distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, la 'imputatiojuris' además de la imputatiofacti"⁴⁵.(...)"⁴⁶

Es claro que para la Corte Constitucional la inclusión del concepto de daño antijurídico en nuestro régimen jurídico, no conlleva la objetivación de la responsabilidad estatal, sino que por el contrario se siguen aplicando los diferentes regímenes ya sean subjetivos u objetivos según las circunstancias en que se presenten los hechos.⁴⁷

⁴⁵ Consejo de Estado. Loc- Cit.

⁴⁶ Corte Constitucional Sentencia C-333 del 1 de agosto de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero

⁴⁷ SAAVEDRA. Op. Cit. Pág. 173

2. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO

En esta oportunidad, nos detendremos solamente en los elementos constitutivos de la responsabilidad extracontractual del Estado, sin entrar en consideraciones sobre un régimen particular. Así nuestro punto de partida será la cláusula general de responsabilidad consagrada en el artículo 90 de la Carta Política, sumando el apoyo de la jurisprudencia y la doctrina.

Iniciaremos nuestro estudio subrayando algunas precisiones que sobre el tema ha desarrollado la Corte Constitucional en sentencia C- 430 de 2000, cuando sostuvo que:

“A pesar de que se ha considerado por algunos doctrinantes que la nueva concepción de la responsabilidad del Estado tiene como fundamento un criterio objetivo, no puede afirmarse tajantemente que el Constituyente se haya decidido exclusivamente por la consagración de una responsabilidad objetiva, pues el art. 90 dentro de ciertas condiciones y circunstancias también admite la responsabilidad subjetiva fundada en el concepto de culpa. Y ello es el resultado de que, si bien el daño se predica del Estado, es necesario tener en cuenta que se puede generar a partir de la acción u omisión de sus servidores públicos, esto es, de un comportamiento que puede ser reprochable por irregular o ilícito”⁴⁸.

⁴⁸ Corte Constitucional, sentencia C-430 de 12 de abril de 2000 Actor: Erich Guerra Caicedo. expediente D-2585 Magistrado Ponente: Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL

Agrega la Corte Constitucional en la misma sentencia que:

“La cláusula de responsabilidad consagrada en el artículo 90 de la Constitución supone la existencia de tres condiciones: a) Que se cause un daño; b) Que ese daño sea imputable a una autoridad pública (la Administración en sentido anónimo o a un agente determinado); c) Que exista un hecho generador, que puede ser irregular, o producido en desarrollo regular de un servicio”⁴⁹.

En síntesis la Corte Constitucional sostuvo que la nueva Constitución, a pesar de su amplitud en materia de responsabilidad, no la hizo exclusivamente objetiva ni borró del ordenamiento la responsabilidad por falla del servicio. Las nociones de imputabilidad y de daño antijurídico así lo dan a entender⁵⁰.

Así las cosas, son tres los requisitos que consagra el artículo 90 de la Constitución Política, para exigir del Estado la indemnización de los perjuicios que por su acción u omisión haya causado a los particulares, a saber:

- i) La existencia de un daño antijurídico
- ii) Que dicho daño haya sido ocasionado por la acción o la omisión de la autoridad pública,
- iii) Que dicho daño sea imputable al Estado.

⁴⁹ Corte Constitucional, sentencia C-430 de 12 de abril de 2000 Actor: Erich Guerra Caicedo. expediente D-2585 Magistrado Ponente: Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL

⁵⁰ Corte Constitucional, sentencia C-430 de 12 de abril de 2000 Actor: Erich Guerra Caicedo. expediente D-2585, Magistrado Ponente: Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL

2.1. El Daño Antijurídico.

Podemos iniciar el estudio de la definición del daño, utilizando el compendio doctrinal que ha diseñado el tratadista Juan Carlos Henao, cuando establece que

“...se considera que el daño en sentido jurídico reproduce el sentido común del término: La alteración negativa de un Estado de cosas existente.

“Para De Cupis, daño no significa mas que nocimiento o perjuicio, es decir, aminoración o alteración de una situación fáctica.

“Para el tratadista Hinostroza, daño es lesión del derecho ajeno consistente en el quebranto económico recibido, en la merma patrimonial sufrida por la víctima, a la vez que en el padecimiento moral que la acongoja. (...)

Para Javier Tamayo, el daño civil: (...) es el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial.

“A su turno Escobar Gil escribe que en el lenguaje corriente la expresión “daño” significa todo detrimento, menoscabo o perjuicio que a consecuencia de un acontecimiento determinado experimenta una persona en sus bienes espirituales, corporales o patrimoniales, sin importar que la causa sea un hecho humano, inferido por la propia víctima o por un tercero, o que la causa sea un hecho de la naturaleza.

“Para Bustamante Alsina, daño significa el menoscabo que se experimenta en el patrimonio por el detrimento de los valores económicos que lo componen (daño patrimonial) y también la lesión a los sentimientos, al honor o a las afecciones legítimas (daño moral)”.⁵¹

Finalmente, el mismo autor, presenta su propia definición reuniendo elementos comunes de las anteriores definiciones, cuando expone que daño es “la aminoración patrimonial sufrida por la víctima”.⁵²

Para el Consejo de Estado el daño en su sentido natural y obvio “es un hecho, consistente en el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia causado a alguien, en su persona, bienes, libertad, honor, afectos, creencias, etc. (...)” y “(...) supone la destrucción o disminución de ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo.”⁵³

A su vez la Corte Constitucional en concordancia con la jurisprudencia del Consejo de Estado⁵⁴ en su sentencia C-333 de 1996, consagró en sus principales apartes,

⁵¹ HENAO, Juan Carlos, “El Daño”, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, Pág. 84

⁵² HENAO, Juan Carlos, “El Daño”, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, Pág. 84

⁵³ Consejo de Estado, sentencia de 27 de enero de 2000, Magistrado Ponente: ALIER HERNÁNDEZ.

⁵⁴ Consejo de Estado, sentencia de 14 de marzo de 2002, Magistrado Ponente GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR, Exp. 12076 106 Al respecto puede consultarse las sentencias del Consejo de Estado, Sección Tercera, julio 13 de 1993, Exp. 8163; mayo 8 de 1995, Exp. 8118; febrero 13 de 1996, Exp. 11213; agosto 22 de 1996, Exp. 11046; septiembre 19 de 1996, Exp. 10460; febrero 5 de 1998, Exp. 13337; noviembre 11 de 1999, Exp. 11499; agosto 19 de 1999, Exp. 12.536; marzo 2 de 2000, Exp. 11945, septiembre 14 de 2000, Exp. 12.166; mayo 18 de 2000, Exp. 12129 y octubre 31 de 2000 Exp. 13288

la definición del daño antijurídico. Definiéndolo en concreto como “El perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo”.⁵⁵

En la citada sentencia la Corte Constitucional adopta la definición de daño antijurídico manejada por la doctrina española cuando expresa que:

“La doctrina española ha definido entonces el daño antijurídico no como aquel que es producto de una actividad ilícita del Estado sino como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. Esta concepción fue la base conceptual de la propuesta que llevó a la consagración del actual artículo 90”⁵⁶

Sobre el tratamiento que le ha dado el Consejo de Estado a lo señalado por la doctrina española, la Corte Constitucional ha determinado que:

“...esta concepción de daño antijurídico ha sido admitida por la jurisprudencia del Consejo de Estado en nuestro país. Así, en múltiples oportunidades ese tribunal ha definido el daño antijurídico como "la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar", por lo cual "se ha desplazado la antijuricidad de la causa del daño al daño mismo.

"el daño antijurídico puede ser el efecto de una causa ilícita, pero también de una causa lícita. Esta doble causa corresponde, en principio, a los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva.”⁵⁷

⁵⁵ Corte Constitucional Sentencia C-333 del 1 de agosto de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero

⁵⁶ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996, exp. D-1111, Actora: Emilse Margarita Palencia Cruz, Magistrado Ponente Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, 1º de agosto de 1996

⁵⁷ Ibídem

Por último, la Corte Constitucional concluye:

“Por ende, la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, por lo cual éste se reputa indemnizable. Esto significa obviamente que no todo perjuicio debe ser reparado porque puede no ser antijurídico, y para saberlo será suficiente acudir a los elementos del propio daño, que puede contener causales de justificación que hacen que la persona tenga que soportarlo”.⁵⁸

En síntesis podemos afirmar que, el daño en el ámbito de la responsabilidad estatal, corresponde al interés patrimonial o extrapatrimonial, que luego de haber sido vulnerado por un conducta, ya sea lícito o ilícita, de la Administración, puede ser compensado con el fin de restablecer el equilibrio del afectado dentro de la sociedad.

2.2. La Imputación.

La Imputación como elemento de la responsabilidad extracontractual del Estado, comprende dos dimensiones complementarias, a saber: la imputación fáctica o nexo causal, y la imputación jurídica.

El aspecto medular de la imputación consiste en la atribución a un sujeto determinado del deber de reparar el daño causado a un tercero, no desde la

⁵⁸ *Ibíd*em

perspectiva sancionatorio, como en el derecho penal, sino desde la óptica eminentemente patrimonial. Así, en definitiva lo que se pretende con la imputación es hallar un patrimonio sobre el cual descontar la reparación de un daño causado, a partir de una relación jurídica y fáctica.

Para el tratadista GARCIA DE ENTERIA, citado por la Corte Constitucional en la emblemática Sentencia C-333 de 1996, “para que surja la responsabilidad es preciso que esa lesión pueda ser imputada, esto es, jurídicamente atribuida, a un sujeto distinto de la propia víctima”. Luego explica la importancia de la noción, cuando dice que: “la imputación es así un fenómeno jurídico consistente en la atribución a un sujeto determinado del deber de reparar un daño, en base (sic) a la relación existente entre aquél y este”⁵⁹.

Por otra parte la parte fáctica de la imputación consiste en una relación de causalidad, lo cual significa en palabras del profesor LIBERDO RODRIGUEZ que “...entre la actuación imputable a la Administración y el daño causado, debe existir una relación de causalidad, lo cual quiere decir que el daño debe ser efecto o resultado de aquella actuación. Para que exista esa relación de causalidad, el hecho o actuación debe ser actual o próximo, debe ser determinante del daño y debe ser apto o idóneo para causar dicho daño”⁶⁰.

A su turno, El Consejo de Estado refiriéndose a la temática de la imputación, en particular a la noción de imputación fáctica ha señalado que el nexo causal “nexo causal, se entiende como la relación necesaria y eficiente entre la conducta imputada y probada o presumida, según el caso, con el daño demostrado o

⁵⁹ GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. “Curso de Derecho Administrativo”, Editorial Civitas, Octava Edición, Madrid, 2002, Tomo II, Pág. 386 Citado por Corte Constitucional, sentencia C- 333 de agosto de 1996, Magistrado Ponente ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, actora: Emilse Margarita Palencia Cruz

⁶⁰ RODRIGUEZ R., Libardo “Derecho Administrativo. General y Colombiano” Décima Edición. Editorial Temis, Bogotá, 1998, Pág. 373

presumido. La jurisprudencia y la doctrina indican que para poder atribuir un resultado a una persona como producto de su acción o de su omisión, es indispensable definir si aquel aparece ligado a ésta por una relación de causa a efecto, no simplemente desde el punto de vista fáctico sino del jurídico”⁶¹.

En la misma sentencia, el Consejo de Estado ahonda acerca de la significación del elemento causal, cuando sostiene que:

“Sobre el nexo de causalidad se han expuesto dos teorías: la equivalencia de las condiciones que señala que todas las causas que contribuyen en la producción de un daño se consideran jurídicamente causantes del mismo, teoría que fue desplazada por la de causalidad adecuada, en la cual el daño se tiene causado por el hecho o fenómeno que normalmente ha debido producirlo. Dicho de otro modo la primera teoría refiere a que todas las situaciones que anteceden a un resultado tienen la misma incidencia en su producción y, en consecuencia, todas son jurídicamente relevantes, pues “partiendo de un concepto de causalidad natural, todas las condiciones del resultado tienen idéntica y equivalente calidad causal.

“Y sobre la teoría de la causalidad adecuada, la acción o la omisión que causa un resultado es aquella que normalmente lo produce. De estas teorías en materia de responsabilidad extracontractual se aplica la de causalidad adecuada, porque surge como un correctivo de la

⁶¹ Consejo de Estado sentencia del 11 de noviembre de 2002, Magistrado Ponente: MARIA ELENA GIRALDO. Exp. 13818

teoría de la equivalencia de las condiciones, para evitar la extensión de la cadena causal hasta el infinito”⁶²

Finalmente, el Consejo de Estado en esta importante sentencia expone acerca de las diferencias entre la imputabilidad fáctica y la jurídica cuando afirma que:

“En relación con los hechos que participan en la producción de un daño es importante diferenciar, como lo ha explicado la Sala, las imputaciones fácticas y jurídicas, entendidas las primeras como las indicaciones históricas referidas a los hechos en los cuales el demandante edifica sus pretensiones; o el simple señalamiento de las causas materiales, en criterio de quien imputa, que guardan inmediatez con el hecho y que, se considera, contribuyeron desde el punto de vista físico a la concreción del daño. En tanto que las segundas imputaciones, las jurídicas, aluden a la fuente normativa de deberes y de obligaciones (constitucionales, legales, administrativas, convencionales o contractuales) en las cuales se plasma el derecho de reclamación”⁶³

A modo de conclusión podemos afirmar que bajo los lineamientos del artículo 90 de la Constitución Política, son necesarios tres requisitos para que sea declarado el Estado administrativa y extracontractualmente responsable por unos perjuicios. Estos elementos son: (i) un daño antijurídico sufrido por un sujeto que no estaba obligado a soportarlo; (ii) relación de causalidad material o imputación fáctica, es decir, que el daño sea resultado de una acción u omisión de la Administración; y

⁶² Consejo de Estado, sentencia 11 de noviembre de 2002, Magistrado Ponente: MARÍA ELENA GIRALDO. Exp. 13818

⁶³ Consejo de Estado, sentencia 11 de noviembre de 2002, Magistrado Ponente: MARÍA ELENA GIRALDO. Exp. 13818

(iii) la imputación jurídica, o sea, la posibilidad de atribuir jurídicamente el daño al Estado, en cualquiera de sus representantes.

3. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD

3.1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

Precisaremos en este aparte de nuestro trabajo los antecedentes normativos, tanto del orden nacional como internacional, que permitieron la consagración de la responsabilidad extracontractual del estado por privación injusta de la libertad.

En ese orden de ideas partiremos por señalar los antecedentes internacionales.

3.1.1. Internacionales

La libertad como derecho, principio y valor de todo ciudadano, reviste una importancia mayor en los ordenamientos jurídicos de corte democrático, como resultado de la herencia de un liberalismo que funde sus inicios en los postulados de la revolución francesa. En sintonía con esta importancia, los diferentes organismos internacionales velan por la protección de este importante derecho.

Ahora, velar por la protección de la libertad, va más allá de solo declarar que todo ciudadano tiene derecho a esta. La protección de este derecho incluye la regulación de toda medida o mecanismo que le ponga límites. Luego entonces, siendo la privación de la libertad el más radical de los mecanismos que limitan la libertad, los organismos internacionales han expedido diferentes cuerpos normativos que de manera directa o indirecta se refieren a este mecanismo.

En virtud de la trascendencia internacional de la libertad como derecho, existen en la actualidad tratados, acuerdos, pactos y convenciones internacionales, sobre el

tema, los cuales en virtud del artículo 93 de la Constitución Nacional, se entienden incorporados a la legislación nacional.⁶⁴

Dentro de estos instrumentos internacionales que desarrollan lo concerniente a la privación de las personas y su consecuente reparación a través de una indemnización, se encuentran los siguientes:

- **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**

El Pacto Internacional fue sancionado mediante Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General de la Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966, y posteriormente fue aprobado por nuestro país mediante la Ley 74 de 1968.⁶⁵

Con relación al tema de la privación de la libertad, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, realiza una consagración expresa del derecho a la libertad, cuando sostiene en su artículo 9º que: “Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.”

Más adelante consagra la garantía de información al momento de la detención, y la garantía de juicio y puesta a disposición del juez:

⁶⁴ ARTICULO 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

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

⁶⁵ Artículo Único. Apruébense los “Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este último”, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación Unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966,

“2.- Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.

3.- Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales, y en su caso, para la ejecución del fallo.

4.- Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que este decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.

Y en el artículo 5º hace la consagración expresa del derecho a la reparación cuando la persona haya sido ilegalmente detenida o presa, diciendo además que esta reparación es un derecho efectivo.⁶⁶

De la normatividad anterior, se infiere el alcance que a la protección de la libertad se ha dado, al precisar la norma que esta solo podrá ser limitada en los casos previstos en la ley, y siempre conforme a un procedimiento previamente establecido. Esto en atención al principio de legalidad. El reconocimiento de este

⁶⁶ 5.- Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.”

principio pretende evitar la ocurrencia de privaciones de la libertad arbitrarias, sin respaldo legal, que den un poder desbordado al Estado. En definitiva el Estado podrá privar de la libertad a un ciudadano, pero siempre en atención a la normatividad previa que regule tanto las causas como el procedimiento.

Advertimos que si bien la norma prohíbe la detención ilegal, no precisa en que consiste la esa ilegalidad. No se define este concepto. Sin embargo deducimos de la redacción de las normas en su conjunto que se refiere a la privación de la libertad que se da fuera de los casos previstos por la ley o sin atención al procedimientos establecido por la misma.

- **Convención Americana de Derechos Humanos**

La Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, fue signado el 22 de noviembre de 1969 y aprobado por Colombia mediante la Ley 16 de 1972.⁶⁷

El Pacto de San José de Costa Rica, desarrolla una extensa regulación relacionada con el derecho a la libertad, destacando entre su texto lo preceptuado por el artículo 7º, que a la letra dice:

“Artículo 7o. Derecho a la libertad personal.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

⁶⁷ LEY 16 DE 1972 (Diciembre 30) por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", firmado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969".

2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes y por las leyes dictadas conforme a ellas.

3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueron ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarios.”

Siguiendo el texto de la Convención Americana de Derechos Humanos, encontramos que esta ha sido más enfática en el reconocimiento de la reparación a cargo del Estado como consecuencia de una privación de la libertad, regulando de manera particular el tema de la indemnización en un artículo separado, el cual establece:

“Artículo 10. Derechos de Indemnización.

Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial.”

Este cuerpo normativo avanza sustancialmente en materia de indemnización por privación injusta de la libertad, pues a diferencia de la convención anterior, en esta se consagra de manera expresa el error judicial como título de imputación, para procurar la reparación del daño derivado de la privación injusta de la libertad.

La Convención Americana de Derechos Humanos, al referirse a la competencia y funciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos consagró en su artículo 63 que: “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos de esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho a libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha

configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.”.

Más allá del aporte legislativo logrado con la Convención Americana de Derechos Humanos, sobre la protección preferente que debe brindarse al derecho a la libertad, gracias a este pacto internacional se ha construido una extensa doctrina y jurisprudencia, a través de sus dos órganos constitutivos, la Comisión y la Corte Interamericana, que desarrollan y fijan los criterios básicos para la declaratoria de la responsabilidad internacional atribuible al Estado por la privación de la libertad de sus ciudadanos.

En esta sintonía, la Comisión Interamericana elabora consultas y recomendaciones a los Estados miembros de la Convención, sobre la protección del derecho a la libertad, y sobre las reglas para la limitación de este derecho.

Un caso particular que nos sirve de ejemplo es el caso de la detención de Waldemar Gerónimo Pinheiro por el Estado Paraguayo, en el cual se probó que el ciudadano fue detenido por las autoridades paraguayas en 1985, permaneciendo detenido por el término de 11 años, sin que mediara una resolución judicial que justificara su detención.

Como consecuencia de esta situación la Comisión Interamericana señaló que,

“la exigencia que impone la Convención Americana es que únicamente se recurra a la prisión preventiva para garantizar el proceso, esto es, que el único fin de la misma es garantizar las actuaciones procesales, como la preservación de evidencia o asegurar la presencia del acusado en todas las actuaciones, siempre que los mismos objetivos no puedan alcanzarse por cualquier otro

medio menos restrictivo. Siendo la garantía del proceso la única finalidad de la prisión preventiva, cualquier otro objetivo que se persigue con la privación de la libertad, como la prevención de nuevos delitos, es característico de la imposición de la pena y por ello su utilización sin que exista una condena resulta contraria a la Declaración Americana y a la Convención Americana, en particular al principio de presunción de inocencia.”⁶⁸

En este mismo sentido, la Corte Interamericana ha manifestado que el Estado está obligado a no restringir la libertad del detenido, cuando describe:

“(…) más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no se impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva”⁶⁹

De esta forma, si la privación de libertad no obedeció a necesidades propias del proceso sino que se aplicó como sanción, previa a la existencia de una sentencia, la Comisión concluye que se sancionó penalmente a Waldemar Jerónimo Pinheiro y a José Víctor Dos Santos presumiendo su culpabilidad, en contravención del principio de presunción de inocencia establecido por el artículo 8(2) de la Convención y por el artículo XXVI de la Declaración Americana.(…)”⁷⁰

Finalmente, la Comisión recomendó al Estado del Paraguay, con base en el análisis de los hechos y las violaciones probadas sobre el accionante, por privarlo

⁶⁸ En Internet: <http://www.cidh.org/annualrep/2002sp/paraguay.11506a.htm>

⁶⁹ Corte IDH, Caso Suárez Rosero, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, Serie C N° 35, párr 77.

⁷⁰ En Internet: www.cidh.org/annualrep/2002sp/paraguay.11506a.htm

injustamente de la libertad, “reparar plenamente al señor Waldemar Gerónimo Pinheiro, lo que incluye la correspondiente indemnización”.⁷¹

Además de las recomendaciones de la Comisión, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha trazado una jurisprudencia en la cual plantea las consecuencias indemnizatorias de la privación injusta de la libertad.

La sentencia del 8 de diciembre de 1995, en un caso cuyo origen fue en Colombia, nos sirve de ejemplo. Conociendo este caso la Corte Interamericana señaló que:

“la República de Colombia ha violado en perjuicio de Isidro Caballero Delgado y María del Carmen Santana los derechos a la libertad personal y a la vida contenidos en los artículos 7 y 4 en relación con el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, y en consecuencia decide que: “la República de Colombia está obligada a pagar una justa indemnización a los familiares de las víctimas y a resarcirles los gastos en que hayan incurrido en sus gestiones ante las autoridades colombianas con ocasión de este proceso.”⁷²

De todo lo anterior, se desprende que en materia de responsabilidad del Estado por privación de la libertad en nuestro país, un importante antecedente se encuentra en el desarrollo que la legislación internacional realizó sobre este tema, a través de los tratados y convenios a los que hemos hecho referencia, los cuales fueron incorporados posteriormente a la legislación nacional, e integran el llamado bloque de constitucionalidad, en virtud de lo señalado en el artículo 93 de la Constitución Nacional.

⁷¹ En Internet: www.cidh.org/annualrep/2002sp/paraguay.11506a.htm

⁷² En Internet: www.cidh.org/countryrep/colombia81sp/capitulo3.htm

Es oportuno agregar que el artículo 93 de la Constitución Nacional, reviste a la Convención Americana y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticas de una mayor importancia y jerarquía normativa al interior de nuestro ordenamiento jurídico, cuando sostiene que “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”.

3.1.2. Normatividad Nacional

Pasando al plano nacional, procederemos a enlistar los antecedentes normativos que dentro de nuestra legislación han servido de fundamento a la responsabilidad Estatal por privación de la libertad.

- **Código de Procedimiento Civil de 1971**

El artículo 40 del Código de Procedimiento Civil, con relación a los eventos en los cuales procedía la responsabilidad del juez, disponía:

“Responsabilidad del juez. Además de las sanciones penales y disciplinarias que establece la ley, los magistrados y jueces responderán por los perjuicios que causen a las partes en los siguientes casos:

“1. Cuando procedan con dolo, fraude o abuso de autoridad.

2. Cuando omitan o retarden injustificadamente una providencia o el correspondiente proyecto.

3. Cuando obren con error inexcusable, salvo que hubiere podido evitarse el perjuicio con el empleo de recurso que la parte dejó de interponer.”

Sobre la materia la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, tuvo oportunidad de pronunciarse, aclarando el concepto de error contenido en el numeral 3º del artículo 40 del Código de Procedimiento Civil citado. Indicó la Corte que, este ha de entenderse como una equivocación o desacierto que puede proceder de un falso concepto sobre lo que una cosa es realmente, o de ignorancia de la misma.

Así mismo, agregó la Corte Suprema de Justicia que

"(...) es claro que la simple equivocación no es fuente de responsabilidad, desde luego que exigiese que el desatino sea de aquellos que no pueden excusarse, que quien lo padece no pueda ofrecer motivo o pretexto válido que sirva para disculparlo.

"Y, además, como antes se insinuó, la mera demostración de que el funcionario obró con error inexcusable no es base suficiente para deducir la responsabilidad civil de quien lo cometió. Para que esta pueda imputarse, menester es también que se haya causado perjuicio a una de las partes y que exista relación de causa a efecto entre el error inexcusable y el daño sufrido por el litigante. Por esto mismo, debe aparecer acreditado que ese error fue determinante de la decisión, en el sentido que causó el perjuicio, ya que si ésta, aún en

el evento de que no se hubiera conocido dicho error, se hubiera pronunciado con idéntico contenido, entonces no habría lugar a responsabilidad del fallador, pues el factor determinante del pronunciamiento no sería el yerro inexcusable. Del mismo modo, si la causa exclusiva de ésta dimanara de acto u omisión de quién luego lo invoca como fuente de indemnización en su pro, siendo su obrar o su omitir lo que dio causa a que el juez incurriera en él, en tal caso tampoco se podría deducir responsabilidad judicial, pues nadie puede sacar provecho del error a que éste fue inducido por aquél (...)"⁷³

El artículo 40 del Código de Procedimiento Civil, fue considerado por la Corte Constitucional como el principal antecedente del inciso 1º del artículo 71 de la ley 270 de 1996, ley Estatutaria de la Administración de Justicia, el cual dispone que:

“Art. 71.- De la responsabilidad del funcionario y del empleado judicial.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial por un daño antijurídico que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa (C.C., 63 párrs. 1º, 5º) de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este (Const. Pol., 6º, 90º párr. 2º, 124º; C.C.A., 77).

Para los efectos señalados en este artículo se presume que constituye culpa grave o dolo cualesquiera de las siguientes conductas:

⁷³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 26 de octubre de 1972, Magistrado Ponente: GERMAN GIRALDO ZULUAGA.

1. La violación de normas de derecho sustancial o procesal, determinada por error inexcusable. (...)"

En este orden de ideas, la Corte Constitucional en sentencia C-037 de 5 de febrero de 1996, sostuvo que "Respecto de las conductas bajo las cuales se presume la existencia de culpa grave o dolo debe establecerse que el error inexcusable de que trata el numeral 1, tiene como antecedente el artículo 40 del Código de Procedimiento Civil.⁷⁴

Consecuencia de lo anterior es que en vigencia del artículo 40 del Código de Procedimiento Civil, la legislación nacional permaneció inmersa en la teoría según la cual el Estado no es responsable por los daños causados por los órganos judiciales en el proceso de administración de justicia. Así, la responsabilidad reconocida por esta normativa se limitaba a la responsabilidad personal del agente judicial cuando obraban con error inexcusable.

Este artículo fue posteriormente subrogado por la ley 270 de 1996, Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, en particular por el texto de los artículos 65 a 74, sobre los cuales hablaremos más adelante.

- **Código de Procedimiento Penal – Decreto 2700 de 1991-**

El Código de Procedimiento Penal o Decreto-Ley 2700 de 1991, consagró en los artículos 242 y 414, normas relativas a la responsabilidad del Estado por motivo de la Administración de justicia en materia penal.

⁷⁴ "El artículo será declarado exequible bajo la condición de que en lo que respecta al numeral 1, la definición del error inexcusable se tramite con sujeción a lo dispuesto en el artículo 40 del Código de Procedimiento Civil." Corte Constitucional, sentencia C-037 de febrero 5 de 1996, Magistrado Ponente: VLADIMIRO NARANJO MESA. Exp. PE- 008

El artículo 242 del Código de Procedimiento Penal, estableció en relación con el recurso de revisión de las sentencias, que:

“Artículo 242. Si la decisión que se dictare en la actuación fuere cesación de procedimiento o sentencia absolutoria, el sindicado o sus herederos podrán demandar la restitución de lo pagado, sin perjuicio de las demás acciones que se deriven del acto injusto. Habrá lugar a solicitar responsabilidad del Estado.”

Por su parte el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, consagró textualmente la responsabilidad del Estado como consecuencia de la privación injusta de la libertad, en los siguientes términos:

“Artículo 414. Indemnización por privación injusta de la libertad. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios.

Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave.”

Este par de artículos consagraron la responsabilidad del Estado como consecuencia de la cesación de procedimiento o sentencia absolutoria, y la responsabilidad por privación injusta de la libertad. Constituyen estas normas el

principal antecedente normativo, en la legislación nacional, para el reconocimiento de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad.

El artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, afirma el jurista GILBERTO MARTINEZ, “[e]stablece la posibilidad de demandar al Estado por falla en el servicio, para que se indemnicen todos los daños y perjuicios tanto morales como materiales que haya sufrida una persona que fue absuelta porque el hecho no existió, porque el sindicado no lo cometió o porque la conducta es atípica y había sido privada de la libertad.”⁷⁵

Como consecuencia de esta normativa el Consejo de Estado, fundamentó sus decisiones en materia de responsabilidad patrimonial del Estado por privación de la libertad en las reglas en ella plasmadas. Fue así, como en 1 de octubre de 1992, con ponencia del Magistrado DANIEL SUAREZ HERNANDEZ, refiriéndose a la forma en quedó incluida la facultad indemnizatoria a cargo del Estado por la privación de la libertad, dijo que esta:

“A pesar de que el anterior precepto no lo incluyó el ejecutivo en el proyecto inicial del Código de Procedimiento Penal, posteriormente el propio Gobierno lo agregó con miras a desarrollar los artículos 2 y 90 de la Carta Política vigente, el último de los cuales, en forma expresa consagró la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos causados por la acción u omisión de las autoridades públicas. Quedó entonces, instituida legalmente en el nuevo Estatuto de Procedimiento Penal la posibilidad de ejercer la acción indemnizatoria frente al Estado, por aquellas personas que por causa

⁷⁵ MARTÍNEZ RAVE, Gilberto, “Procedimiento Penal Colombiano”, Novena Edición, Editorial Temis, Bogotá, 1996, Pág. 378.

de alguna decisión judicial se hubiere visto ilegítimamente privada de su libertad.”⁷⁶

Más adelante, en sentencia del 15 de septiembre de 1994, con ponencia del Magistrado Julio Cesar Uribe, el Consejo de Estado determinó los fundamentos normativos para reconocer la responsabilidad derivada del poder judicial, al sostener que, “Hoy en día es posible determinar la responsabilidad administrativa y patrimonial del Estado como consecuencia de las actuaciones judiciales, tal y como se desprende del contenido del artículo 414 del C. de P. P.”⁷⁷

Igualmente, el Consejo de Estado a través del fallo proferido el 30 de junio de 1994, con ponencia del Magistrado DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ, precisó los alcances y características del artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, en los siguientes términos:

“Como acertadamente lo señaló el a-quo, el artículo 414 del C. de P. P. consagra una acción indemnizatoria en contra del Estado y en favor de quien ha sido privado injustamente de la libertad, cuando sea exonerado por sentencia absolutorio definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible. Como en el sub-júdice se determinó la inexistencia de hecho punible, el actor tiene derecho a reclamar del Estado Colombiano una indemnización por los perjuicios sufridos. Este artículo 414 es fiel desarrollo del artículo 90 de la Carta Política,

⁷⁶ Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Consejero ponente: Daniel Suarez Hernández Santafé de Bogotá, D.C., primero de Octubre de mil novecientos noventa y dos. Radicación número: 7058

⁷⁷ Consejo de Estado, sentencia de 15 de septiembre de 1994, Magistrado Ponente Julio Cesar Uribe Acosta, Exp. 9391

solo que circunscrito al daño antijurídico proveniente de las precisas circunstancias allí previstas.”⁷⁸

Con ponencia de la Magistrada MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ, el Consejo de Estado mantuvo su posición en la sentencia de 4 de abril de 2002, respecto de la responsabilidad derivada de la aplicación del Código de Procedimiento Penal, en la que manifestó que la responsabilidad patrimonial del Estado por detención preventiva procede cuando se cumplen los siguientes supuestos:

- que una persona sea detenida preventivamente por decisión de autoridad;
- que sea exonerado mediante sentencia absolutoria definitiva o mediante su equivalente;
- que la decisión absolutoria se haya fundado en que el hecho no existió, en que el sindicado no lo cometió o en que el hecho que realizó no era punible; y
- que el sindicado y los demás demandantes en el juicio de responsabilidad hayan padecido daños.
- que el sindicado no haya determinado su detención con su conducta dolosa o gravemente culposa.⁷⁹

⁷⁸ Consejo de Estado, sentencia de 30 de junio de 1994, Magistrado Ponente DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ, Exp. 9734

⁷⁹ Consejo de Estado, sentencia de 4 de abril de 2002, Magistrada Ponente María Elena Giraldo Gómez, Exp. 13606

Cuando se produce la exoneración del sindicado, por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente, porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no constituía hecho punible la privación de la libertad, para el Consejo de Estado, resulta siempre injusta, puesto que quien estuvo detenido sufrió un daño que no estaba en la obligación de soportar.⁸⁰

- **Constitución Política**

Como ya anotamos anteriormente, la consagración de la cláusula general de responsabilidad en el artículo 90 de la Constitución de 1991, significó un gran avance en materia de responsabilidad del Estado, tanto contractual como extracontractual. En área que nos ocupa, un primer avance es el reconocimiento general de la responsabilidad en todas las ramas del Estado, superándose de una vez por todas, la discusión sobre la responsabilidad de la función judicial.

Otro aporte de esta norma, según el jurista GUSTAVO PENAGOS, consiste en que de acuerdo a la interpretación del artículo 90 Constitucional, “la responsabilidad del Estado por una privación injusta de la libertad no debe reducirse a los casos señalados por el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal...El Estado puede ser condenado a responder por el error judicial originado en una manifiesta equivocación del juez”⁸¹.

Si bien el artículo 90 de la Constitución de 1991 constituye la principal fuente consagratória de la responsabilidad del Estado, otros artículos de la Carta complementan la teoría de la responsabilidad extracontractual del Estado por privación injusta. En ese sentido, encontramos los artículos 28 y 29 de la

⁸⁰ Consejo de Estado, sentencia de 4 de abril de 2002, Magistrada Ponente María Elena Giraldo Gómez, Exp. 13606

⁸¹ PENAGOS, GUSTAVO, “El Daño Antijurídico”, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, 1997, Pág. 170

Constitución Nacional, consagradorios de la presunción de inocencia y garantía del debido proceso de los asociados. El primero de estos artículos establece de manera expresa el derecho a la libertad como un derecho de todo persona. Refiriéndose a la limitación de la misma expone que “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.”.

Por su parte la Corte Constitucional como intérprete de la Carta Política, ha reiterado la función del operador judicial de protección del derecho a la libertad.⁸²

- **Ley Estatutaria de la Administración de Justicia**

Bajo la vigencia de la nueva Constitución, el legislador expide la ley Estatutaria de la Administración de Justicia, a través de la Ley 270 de 1996. Esta norma que organiza y establece los principios de la función judicial en Colombia, instauró separadamente la responsabilidad estatal derivada de la función judicial en tres diferentes títulos de imputación, tales son el (i) error judicial, el (ii) indebido funcionamiento de la administración de justicia y la (iii) privación injusta de la libertad.

El título de imputación particular de la privación injusta de la libertad, se estableció en el artículo 68 de este cuerpo normativo, expresándose que “Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios.”

⁸² Corte Constitucional, sentencia C-626 del 4 de noviembre de 1998, Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz.

Conociendo sobre la exequibilidad del citado artículo 68 de la Ley 270 de 1996, la Corte Constitucional dio alcance al mismo, y señaló que el fundamento constitucional del mismo se encuentra en los artículos 6, 28, 29 y 90 de la Constitución. En cuanto al alcance del término “injustamente” contenido en la norma expresó que éste “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 conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria”⁸³

3.2. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD

Como punto de partida para el análisis de la jurisprudencia elaborada por el Consejo de Estado sobre la responsabilidad estatal derivada de la privación de la libertad, debemos considerar que, en un primer momento este órgano judicial fue reacio a reconocer este tipo de responsabilidad, pues el reconocimiento de la misma implicaba que los principios de cosa juzgada y discrecionalidad interpretativa del juez, perdían su carácter absoluto, pasando a tener límites.

Sin embargo, con el correr del tiempo esta posición fue lentamente transformándose, adquiriendo mayor transformación a partir de la consagración de la cláusula general de responsabilidad en el artículo 90 de la Constitución, y con la expedición de la Ley Estatutaria de Justicia ya no quedó duda, respecto a la procedencia de la responsabilidad patrimonial del Estado por aquellos daños causados por la actividad judicial. Gracias a la evolución de la jurisprudencia y la legislación, hoy en día toda la actividad estatal, en todos sus organismos, sin

⁸³ Corte Constitucional: Sentencia C-037 de febrero 5 de 1996, Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa, Ref.: P.E.-008

distinción de la actividad es susceptible de responder patrimonialmente frente a un daño causado.

En ese orden de ideas, para nuestro trabajo es oportuno posar la mirada sobre el proceso a través del cual la jurisprudencia ha construido precedentes sobre el alcance de la responsabilidad del Estado cuando ejerce funciones judiciales, considerando que es en cabeza del juez se ha colocado la labor de protección de las garantías y derechos fundamentales de los asociados.

Al respecto, el Consejo de Estado en sentencia de 14 de marzo de 2002, con ponencia del Magistrado GERMAN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR, manifestó que tratándose de la responsabilidad extracontractual:

“el Estado tiene la obligación de indemnizar todo daño antijurídico que produzca con su actuación, lícita o ilícitamente, voluntaria o involuntariamente, ya sea por hechos, actos, omisiones u operaciones administrativas de cualquiera de sus autoridades, o de particulares especialmente autorizados para ejercer función pública, pero que la víctima del mismo no está en el deber jurídico de soportar, cuya deducción puede ser establecida a través de distintos títulos de imputación, tales como la falla del servicio, el daño especial, el riesgo, la ocupación temporal o permanente de inmuebles, el error judicial, el indebido funcionamiento de la administración de justicia, la privación injusta de la libertad, entre otros.(...)”⁸⁴

Posicionándonos en la evolución jurisprudencia de la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la responsabilidad del Estado derivada de la privación injusta de

⁸⁴ Consejo de Estado, sentencia de 14 de marzo de 2002, Magistrado Ponente Germán Rodríguez Villamizar, Exp. 12076

la libertad, identificamos como un primer periodo, correspondiente a las decisiones judiciales adoptadas con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1991.

3.2.1. Jurisprudencia con anterioridad a la Constitución de 1991

Muy a pesar que con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 ya existían normas de rango internacional que permitían la declaratoria de responsabilidad del Estado por actuaciones judiciales, y de manera particular por la privación injusta de la libertad; lo cierto es que antes la jurisprudencia para aquellas calendar no aplicó tales normas, por el contrario la regla general era la irresponsabilidad del Estado por los daños derivados de las actuaciones del poder jurisdiccional.

Sobre la irresponsabilidad del Estado por la actividad judicial, se pronunció el Consejo de Estado en sentencia de 14 de marzo de 2002, con ponencia de German Rodríguez Villamizar, cuando manifestó que:

“(...) hasta la década de los años ochenta la jurisprudencia del Consejo de Estado siempre afirmó que no era posible deducir responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado a partir de los actos jurisdiccionales, porque los daños que se produjesen por error del juez -se decía-, era el costo que debían pagar los administrados por el hecho de vivir en sociedad⁸⁵, en orden a preservar el principio

⁸⁵ Ver: Sentencia del 14 de febrero de 1980, expediente 2367 y auto del 26 de noviembre de 1980, expediente 3062. No obstante, en sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación del 16 de diciembre de 1987, se estableció que la responsabilidad patrimonial del Estado sí resultaba comprometida con ocasión de la actividad jurisdiccional, cuando quiera el juez aún actuando dentro del ejercicio de sus funciones acudiera o incurriera en vías de hecho o irregulares, porque, en tales eventos –se dijo- no se le podía exigir a la víctima del desborde público individualizar al autor mismo de la función mal prestada para poder obtener de éste la reparación del perjuicio sufrido.

de la cosa juzgada y, por ende, el valor social de la seguridad jurídica; por manera que la responsabilidad en tales eventos era de índole personal para el juez, en los términos previstos en el artículo 40 del Código de Procedimiento Civil, bajo el presupuesto de que éste haya actuado con “error inexcusable” (...)”⁸⁶

A partir del contenido de la sentencia citada, podemos concluir que soporte normativo existente con anterioridad a la Constitución Política de 1991, para el reconocimiento de responsabilidad del Estado por los daños generados como consecuencia de una privación injusta de la libertad, lo conformaban el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos, y en el ámbito nacional el numeral 3º del artículo 40 del Código de Procedimiento Civil de 1971.

En virtud de lo anterior, una primera conclusión a la que arribamos antes de la Carta Política de 1991, sólo existía en nuestro orden jurídico el reconocimiento de la responsabilidad personal del juez, por los daños causados con una detención ilegal, pero aun no existía una jurisprudencia que consagrara la responsabilidad del Estado como tal, por estos eventos. La responsabilidad se limitaba al patrimonio personal del Juez.

3.2.2. Jurisprudencia Posterior a la Constitución de 1991

Ya entrada en vigencia la Constitución Política de 1991, se viene consigo la consagración de la cláusula general de responsabilidad del Estado, haciéndose posible la atribución de responsabilidad al Estado por los daños derivados del

⁸⁶ Consejo de Estado, sentencia de 14 de marzo de 2002, Magistrado Ponente Germán Rodríguez Villamizar, Exp. 12076

ejercicio de la actividad jurisdiccional del poder público. De igual forma con la expedición del Código de Procedimiento Penal del mismo año, el cual en los artículos 242 y 414 consagraron las normas relativas a la responsabilidad del Estado como consecuencia de la administración de justicia en materia penal, se conforma un doble fundamento normativo, que servirán de base para imputar la responsabilidad al Estado por los daños producidos por la privación injusta de la libertad.

Es así como encontramos la sentencia del Consejo de Estado de 1 de octubre de 1992, en la cual se abre paso a un reconocimiento jurisprudencial de la responsabilidad derivada de la administración de justicia, al sostener que:

“(…) Si bien, el Consejo de Estado se ha mostrado renuente a declarar la responsabilidad del Estado por falla del servicio judicial, considera la Sala que tal posición [jurisprudencia] no puede ser tan inflexible ni volver la espalda a determinadas realidades de equidad y justicia en cuanto se trata de resarcir los perjuicios ocasionados con acciones u omisiones escandalosamente injurídicas y abiertamente ilegales, ocurridas en la prestación de dicho servicio. Desde luego, no se trata de reconocer responsabilidad administrativa a cargo del Estado como consecuencia de un fallo, sentencia o providencia definitivas y con efectos de cosa juzgada, por la simple equivocación conceptual en que pueda incurrir el juzgador. Al contrario, se trata de que los administrados conozcan que cuando sus jueces incurren en eventuales conductas abiertamente contrarias a derecho y generadores de daños y perjuicios materiales y morales, junto con su

personal responsable, originan también en el propio Estado la obligación resarcitoria. (...)”⁸⁷

En este periodo, se reconoció la responsabilidad estatal por privación de la libertad, con fundamento en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, enmarcándose, en un primer momento, dentro del concepto de daño antijurídico, sin embargo, con posterioridad, se aplicó un carácter restrictivo, en el sentido de solo reconocer la actuación ilegal del Estado, y la consecuente responsabilidad solo en los casos señalados en el citado artículo.

Esta posición fue sostenida por el Consejo de Estado en la sentencia del 30 de junio de 1994, cuando manifestó que:

“(...) el artículo 414 del C. de P. P. consagra una acción indemnizatoria en contra del Estado y en favor de quien ha sido privado injustamente de la libertad, cuando sea exonerado por sentencia absolutorio definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible. Como en el sub-júdice se determinó la inexistencia de hecho punible, el actor tiene derecho a reclamar del Estado Colombiano una indemnización por los perjuicios sufridos. Este artículo 414 es fiel desarrollo del artículo 90 de la Carta Política, solo que circunscrito al daño antijurídico proveniente de las precisas circunstancias allí previstas.(...)”⁸⁸

⁸⁷ Consejo de Estado, sentencia de 1 de octubre de 1992, Magistrado Ponente Daniel Suárez Hernández, Exp. 7058

⁸⁸ Consejo de Estado, sentencia de 30 de junio de 1994, Magistrado Ponente Daniel Suárez Hernández, Exp. 9734

Posteriormente, el Consejo de Estado señaló que la responsabilidad contenida en el artículo 414 de Código de Procedimiento Penal, era de carácter objetivo y que la misma, tenía como fundamento el error judicial.

Fue así como en sentencia del 15 de septiembre de 1994, el Consejo de Estado sostuvo, relacionado con esta nueva interpretación de la norma contenida en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, que la misma: "...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."

En este sentido, en la citada sentencia, se reconoció que:

"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."

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, como lo enseña el Profesor TOMAS RAMON FERNANDEZ.”⁸⁹

Atendiendo la nueva interpretación del artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, concluyó el órgano judicial que la responsabilidad del Estado “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.”⁹⁰

Más adelante, la declaratoria de responsabilidad abiertamente objetiva fue abandonada, condicionándose la posibilidad de obtener la reparación del daño derivado de la privación injusta de la libertad, a la demostración del error jurisdiccional, no siendo suficiente la prueba de alguna de las hipótesis contempladas en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto se consideró que la privación de la libertad en el marco de una investigación penal, es una carga que todos los ciudadanos están en la obligación de soportar.

En ese sentido encontramos la Sentencia del 25 de julio de 1994, con ponencia del Consejero CARLOS BETANCUR JARAMILLO. Esta sentencia sostiene que:

“(…) cuando medien indicios serios contra la persona sindicada, es una carga que todas las personas deben soportar por igual. Y la absolución final que puedan éstas obtener no prueba, per se, que

⁸⁹ Consejo de Estado, sentencia de 15 de septiembre de 1994, Magistrado Ponente Julio Cesar Uribe Acosta, Exp. 9391

⁹⁰ Consejo de Estado, sentencia de 15 de septiembre de 1994, Magistrado Ponente Julio Cesar Uribe Acosta, Exp. 9391

hubo algo indebido en la retención. Este extremo, de tan delicado manejo, requería pruebas robustas y serias y no meras inferencias o conjeturas.

“...predicar como lo hace la demanda que por este hecho de retener se puede derivar perjuicios morales y económicos, no tiene auspicio porque de serlo, toda aprehensión que finalmente no se concretare con una sindicación o una condena, valdría para deducir responsabilidad del estado.

“La indebida retención de la joven Claudia Patricia, tampoco resultó demostrada. Ella fue retenida en el curso de la investigación relacionada con el aludido secuestro; y del hecho de que hubiera sido absuelta al final no puede inferirse que fue indebida su retención. La justificación de la medida aparece plausible y nada hace pensar que en ella mediaron circunstancias extralegales o deseos de simple venganza.(...)”⁹¹

Posteriormente, El Consejo de Estado, volvió a moderar su posición, en el sentido de relevar de probar el carácter injusto de la detención, o de la demostración del error jurisdiccional, a aquellos casos que correspondieran a las previsiones del artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, es decir, cuando que se exoneraba por sentencia absolutoria, porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, el carácter injusto de la privación estaba ya dispuesto por mandato de la ley, por lo tanto la detención de configuraba injusta, resultando procedente la reparación. Mientras tanto, para los

⁹¹ Consejo de Estado, sentencia de 25 de julio de 1994, Magistrado Ponente Carlos Betancur Jaramillo, Exp. 8666

eventos diferentes a los previstos en el artículo 414, sí era necesario acreditar el error jurisdiccional.⁹²

Esta posición jurisprudencial la defendió el Consejo de Estado en sentencia de 17 de noviembre de 1995⁹³, con ponencia del Magistrado CARLOS BETANCUR JARAMILLO, cuando explicó que, el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal “...consagra tres casos en los cuales se dispone que la detención preventiva decretada en un proceso penal, mediante sentencia absolutoria definitiva o su equivalente, debe tenerse como injusta y por ende, da lugar a la indemnización de quien la sufrió, salvo los casos en que sea la propia víctima la que la haya causado por su dolo o culpa grave.”

En esta misma dirección se profirió el fallo del 17 de noviembre de 1995, en el cual se sostuvo que:

“...la responsabilidad estatal no se deducirá, entonces, en forma automática de la sola revocatoria de la detención preventiva impuesta, pues como también lo ha dicho la Sala, cuando no haya nada que evidencie ilegalidad en la retención y existan motivos que la justifiquen ella es una carga que deben soportar los ciudadanos.

“...en este orden de ideas, fuera de los casos señalados en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal en los cuales la ley presume que se presenta la privación injusta de la libertad, cuando se pretenda obtener indemnización de perjuicios por esta causa, el demandante debe demostrar que la detención preventiva que se dispuso en su contra fue injusta e injustificada. Así, habiéndose producido la

⁹²

⁹³ Consejo de Estado, sentencia de 17 de noviembre de 1995, Magistrado Ponente Carlos Betancur Jaramillo, Exp. 10056

detención preventiva por una providencia judicial, la fuente de la responsabilidad no será otra que el error jurisdiccional.”⁹⁴

A partir de los anterior pronunciamientos podemos establecer que en este periodo, el Consejo de Estado, manejó como su criterio jurisprudencial que la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, en los eventos enlistados en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal opera de manera objetiva, en la medida que no se hace necesario la existencia de falla del servicio, tornándose irrelevante la determinación de si la providencia privativa de la libertad fue expedida con error judicial o no.⁹⁵

Sin embargo, los eventos restantes, no enlistados en el artículo 414 del Código de Procedimiento penal seguían siendo estudiados bajo la óptica de la responsabilidad subjetiva, es decir, se hacía necesario para la procedencia de la declaratoria de responsabilidad, la acreditación de un error jurisdiccional. Se aplicaba la falla del servicio, pues se partía de la idea que la detención preventiva era una carga que todo ciudadano estaba en la obligación de soportar.

3.2.3. Jurisprudencia luego de la expedición de la Ley 270 de 1996

Cuando entra en vigencia la Ley 270 de 1996, y comienza su influencia en la jurisprudencia del Consejo de Estado, se sostuvo que el Estado no está siempre obligado a indemnizar todo daño sufrido por los particulares, sino, solo aquellos causados por el estado sin ninguna justificación jurídica, es decir, solo responde frente al daño antijurídico.⁹⁶

⁹⁴ Consejo de Estado, sentencia de 17 de noviembre de 1995, Magistrado Ponente Carlos Betancur Jaramillo, Exp. 10056

⁹⁵ Consejo de Estado, sección tercera, sentencia de 12 de diciembre de 1996, Exp. 10229

⁹⁶ Consejo de Estado, sentencia de 14 de marzo de 2000, Magistrado Ponente German Rodríguez Villamizar, Exp. 12076

En esa senda, figura la sentencia del 27 de septiembre de 2000, en la cual se manifestó que los ciudadanos deben soportar algunas cargas provenientes de la Administración. Bajo esta concepción se consideró que el perjuicio causado con motivo de la investigación penal no será siempre indemnizable.⁹⁷

Con relación a las restricciones a la libertad individual, causadas en el ejercicio de la función de administración de justicia en materia penal, asentó el Consejo de estado que:

“No puede considerarse, en principio, que el Estado deba responder siempre que cause inconvenientes a los particulares, en desarrollo de su función de administrar justicia; en efecto, la ley le permite a los fiscales y jueces adoptar determinadas decisiones, en el curso de los respectivos procesos, en aras de avanzar en el esclarecimiento de la verdad, y los ciudadanos deben soportar algunas de las incomodidades que tales decisiones les causen. Sin embargo, tampoco pueden hacerse afirmaciones categóricas, para suponer que, en determinados casos, será siempre inexistente el daño antijurídico, mucho menos cuando ha habido lugar a la privación de la libertad de una persona, así sea por corto tiempo, dado que se trata de la vulneración de un derecho fundamental, cuya injusticia, al margen de la licitud o ilicitud de la decisión que le sirvió de fundamento, puede hacerse evidente como consecuencia de una decisión definitiva de carácter absolutorio.⁹⁸ He aquí la demostración

⁹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de septiembre de 2000, expediente 11.601. En similar dirección, véase la sentencia del 25 de enero de 2001, expediente 11.413

⁹⁸ Sobre la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad, se pronunció esta Sala en sentencia del 18 de septiembre de 1997, expediente 11.754, actor Jairo Hernán Martínez

de que la injusticia del perjuicio no se deriva de la ilicitud de la conducta del agente del Estado.”⁹⁹

En este período del reconocimiento de la responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad, fundada en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991, el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal y el artículo 68 de la ley 270 de 1996, el Consejo de Estado se mantuvo en un criterio restrictivo, bajo el cual la privación de la libertad causada en el marco de una investigación penal es una carga que todos los ciudadanos están en el deber de soportar.

Sin embargo, en los eventos contemplados en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal se sostuvo un criterio objetivo de responsabilidad, es decir, que cuando la privación de la libertad cesaba debido a que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible, la responsabilidad era objetiva. En los demás casos no lo era, tornándose en una carga que todo ciudadano estaba en el deber de soportar, pero no se cerró la puerta a que la responsabilidad fuera imputada por el régimen de la falla del servicio.

Este criterio sería posteriormente modificada por una tercera tendencia jurisprudencial, que moderó la tesis según la cual la privación de la libertad era una carga que todo ciudadano estaba en obligación de soportar, sosteniendo que tal postulado resultaba desproporcionada para el ciudadano frente al Estado. De igual forma se amplió el espectro de responsabilidad más allá de las situaciones enlistadas en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, incluyéndose de

Nieves, extendiéndola a casos en que la absolución se ha producido por razones distintas a las previstas en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, y concretamente por aplicación del principio *in dubio pro reo*.

⁹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de septiembre de 2000, expediente 11.601.

manera concreta los eventos en los cuales el detenido era absuelto en virtud del principio de in dubio pro reo.

Un ejemplo de este criterio lo encontramos en la sentencia del 18 de septiembre de 1997, cuando se expresó:

“(…) En lo que hace a la aplicación en el proceso penal que originó el presente asunto del principio In dubio pro reo y la posibilidad de responsabilizar al Estado cuando la absolución es consecuencia de dicha aplicación, cree la Sala que, tal como se manifestó anteriormente, no se trató de duda sino más bien de falta de prueba incriminatoria. Sin embargo aunque se tratase de dicha hipótesis no debe olvidarse que el presupuesto de la aplicación de tal principio, supone una duda para el juzgador penal, lo cual evidencia, precisamente, la deficiencia de la actuación estatal en la labor probatoria, circunstancia que no puede servir de base, ni por asomo, para la exoneración del Estado por la privación injusta de la libertad, pues ha de tenerse presente que, como principio fundamental informador de toda la normativa penal, están los de buena fe y de inocencia, los cuales no pueden desvanecerse y mucho menos inobservarse, por una circunstancia meramente probatoria.

La duda, en materia penal, se traduce en absolución y es ésta precisamente a la luz del art. 414 del C.P.P. la base para el derecho a la reparación (…)¹⁰⁰

¹⁰⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de septiembre de 1997, C.P. Dr. Daniel Suárez Hernández, expediente 11.754, actor Jairo Hernán Martínez Nieves.

3.2.4. Jurisprudencia Actual

En la actualidad, la tesis mayoritaria del Consejo de Estado sostiene que se puede establecer la responsabilidad patrimonial del estado por la privación de la libertad de un ciudadano cuando el proceso penal termina con sentencia absolutoria (o preclusión de la investigación) u opera por equivalencia la aplicación del in dubio pro reo, pese a que en la detención se hayan cumplido todas las exigencias legales, ya que se entiende que es desproporcionado, inequitativo y rompe con las cargas públicas soportables que una persona en el Estado Social de Derecho debe asumir, máxime cuando se compromete el ejercicio del derecho fundamental a la libertad.¹⁰¹

La jurisprudencia que rige estos días abandonó por completo la teoría que sostenía que la detención preventiva de un asociado era una carga que éste debía soportar. Así encontramos el pronunciamiento del 3 de febrero de 2010 con ponencia de la Magistrada MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR, en el cual sostuvo “que no puede tenerse como exoneración de responsabilidad el argumento según el cual todo ciudadano debe asumir la carga de la investigación penal y someterse a la detención preventiva, pues ello contradice los principios básicos consagrados en la Convención de Derechos Humanos y en la Constitución Política.(...)”¹⁰²

Sin embargo, ya desde la sentencia del 4 de diciembre de 2006 con ponencia del Magistrado MAURICIO FAJARDO GOMEZ, la máxima Corporación había dado un giro en su posición respecto a la obligación de soportar la carga de ser privado de

¹⁰¹ Consejo De Estado Sección Tercera Subsección C Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa Bogotá, D.C., treinta (30) de marzo de dos mil once (2011) Radicación número: 66001-23-31-000-2004-00774-01(33238)

¹⁰² Consejo De Estado Sección Tercera Consejera ponente: Myriam Guerrero De Escobar Bogotá D. C., tres (3) de febrero de dos mil diez (2010) Radicación número: 76001-23-31-000-1996-03203-01(17123)

la libertad, pasado a sostener que esta es una carga que los ciudadanos no están en obligación de soportar. Ello por cuanto con la privación de la libertad se limitan importantes derechos fundamentales como la vida y la libertad. Así razonó el Consejo de Estado en la sentencia aludida:

“(…) Esta Corporación ha sostenido que a los asociados corresponde soportar la carga pública que implica participar, por voluntad de la autoridad, en una investigación. Sin embargo, ahora la Sala considera oportuno recoger expresiones en virtud de las cuales algunos sectores de la comunidad jurídica han llegado a sostener, sin matiz alguno, que el verse privado de la libertad ocasionalmente es una carga pública que los ciudadanos deben soportar con estoicismo.

(…)

Definitivamente no puede ser así. Lo cierto es que cualquiera que sea la escala de valores que individualmente se defienda, la libertad personal ocupa un lugar de primer orden en una sociedad que se precie de ser justa y democrática. Por consiguiente, mal puede afirmarse que experimentar la pérdida de un ingrediente fundamental para la realización de todo proyecto de vida, pueda considerarse como una carga pública normal, inherente al hecho de vivir dentro de una comunidad jurídicamente organizada y a la circunstancia de ser un sujeto solidario. Si se quiere ser coherente con el postulado de acuerdo con el cual, en un Estado Social y Democrático de Derecho la persona —junto con todo lo que a ella es inherente— ocupa un lugar central, es la razón de la existencia de aquél y a su servicio se hallan todas las instituciones que se integran en el aparato estatal, carece de asidero jurídico sostener que los individuos deban soportar

toda suerte de sacrificios, sin compensación alguna, por la única razón de que resultan necesarios para posibilitar el adecuado ejercicio de sus funciones por las autoridades públicas.

(...)

Ciertamente resulta difícil aceptar que, con el fin de satisfacer las necesidades del sistema penal, deba una persona inocente soportar dos años en prisión y que sea posible aducirle, válidamente, que lo ocurrido es una cuestión “normal”, inherente al hecho de ser un buen ciudadano y que su padecimiento no va más allá de lo que es habitualmente exigible a todo individuo, como carga pública derivada del hecho de vivir en sociedad. Admitirlo supondría asumir, con visos de normalidad, la abominación que ello conlleva y dar por convalidado el yerro en el que ha incurrido el sistema de Administración de Justicia del Estado. (...)”¹⁰³

Con relación al derecho fundamental a la libertad sostuvo el Consejo de Estado que este después del derecho a la vida, constituye el presupuesto indispensable para el ejercicio de los demás derechos y garantías. Esta concepción exige “la máxima cautela antes de calificar cualquier limitación a la libertad, como una mera carga pública que los individuos deben soportar por el hecho de vivir en comunidad. (...)”¹⁰⁴

¹⁰³ Consejo De Estado Sección Tercera Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez Bogotá D.C. cuatro (4) de diciembre de dos mil seis (2006) Radicación número: 25000-23-26-000-1994-09817-01(13168)

¹⁰⁴ Consejo De Estado Sección Tercera Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez Bogotá D.C. cuatro (4) de diciembre de dos mil seis (2006) Radicación número: 25000-23-26-000-1994-09817-01(13168)

Se tiene entonces que, el criterio actual se mantiene en una responsabilidad objetiva para los eventos contemplados en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal de 1991.

Ese criterio de responsabilidad objetiva ha sido reiterado en varias providencias, entre ellas la proferida el 27 de octubre de 2.005¹⁰⁵; más recientemente en las sentencias de 5 de abril de 2.008¹⁰⁶ y 17 de junio de 2.008¹⁰⁷.

Se concluye, entonces, que en aplicación del artículo 414 del Decreto 2.700 de 1991, la responsabilidad patrimonial del Estado procede cuando se cumplen los siguientes supuestos: i) que una persona sea detenida preventivamente por decisión de autoridad judicial competente; ii) que sea exonerada mediante sentencia absolutoria definitiva o mediante su equivalente; iii) que la decisión absolutoria se haya proferido como consecuencia de que el hecho no existió, que el sindicado no lo cometió o que el hecho que realizó no era punible; iv) que el sindicado y los demás demandantes en el juicio de responsabilidad hayan padecido daños.

Así las cosas, cuando se produce la exoneración del sindicado, por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente, porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no constituía hecho punible, entre otros, la privación de la libertad resulta siempre injusta, puesto que quien estuvo detenido sufrió un daño que no estaba en la obligación de soportar.

¹⁰⁵ Sección Tercera, expediente 15.367

¹⁰⁶ Sección Tercera, expediente 16.819

¹⁰⁷ Sección Tercera, expediente 16.388.

Según el mismo artículo, la indemnización no es procedente cuando el daño proviene de la culpa grave o del dolo de la propia víctima.

Ahora, es oportuno recabar que el Decreto 2700 de 1991 ya no se encuentra vigente, pues fue derogada por la Ley 600 de 2000, la cual fue a su vez derogada por la Ley 909 de 2006. Esto nos conduce a analizar la posición actual de la jurisprudencia tomando como referente normativo la Ley 270 de 1996 y el artículo 90 de la Constitución Nacional, los cuales constituyen las normas vigentes que consagran la responsabilidad del Estado por los perjuicios derivados de la privación injusta de la libertad.

A propósito, según el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado la correspondiente reparación de perjuicios. En relación con este precepto, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-037 de 1996 sostuvo lo siguiente:

“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 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.

“En virtud de lo anterior, y a propósito de lo explicado en torno al artículo 66 del presente proyecto, debe entenderse que es propio de la ley ordinaria definir el órgano competente y el procedimiento a seguir respecto de la responsabilidad proveniente del error judicial en que incurran las demás autoridades judiciales.

“Bajo estas condiciones, el artículo se declarará exequible”

No obstante el análisis restrictivo que hace la Corte Constitucional al encuadrar la responsabilidad dentro de un sistema subjetivista o restrictivo, en el cual es fundamental analizar el actuar del operador judicial, para determinar si se presenta una falla o falta en el servicio, concretado en un obrar erróneo, el Consejo de Estado se ha apartado de esta posición, considerando que no es admisible una interpretación que restrinja los lineamientos trazados por el artículo 90 constitucional.

Al respecto, El Consejo de Estado, mediante sentencia de 25 de febrero de 2009¹⁰⁸ señaló lo siguiente:

¹⁰⁸Expediente 25.508

“(…) En definitiva, no resultan compatibles con el artículo 90 de la Constitución, interpretaciones de normas infraconstitucionales que restrinjan la cláusula general de responsabilidad que aquél contiene. Partiendo de la conclusión anterior, la Sala determinó que en el artículo 90 de la Constitución Política tienen arraigo, aún después de la entrada en vigor de la Ley 270 de 1996, todos los supuestos en los cuales se produce un daño antijurídico imputable a la Administración de Justicia que no están contemplados –más no por ello excluidos, se insiste en el premencionado artículo 68 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia– , entre ellos, como en los eventos en los cuales se impone a un ciudadano una medida de detención preventiva como consecuencia de la cual se le priva del ejercicio del derecho fundamental a la libertad pero posteriormente se le revoca tal medida al concluir que los aspectos fácticos por los cuales el investigado fue detenido no constituyeron hecho delictuoso alguno, supuesto que estaba previsto en el artículo 414 del C. de P. P., y que compromete la responsabilidad de la Administración, pues con su actuación causó un daño antijurídico consistente en la privación de la libertad en contra de quien no cometió el hecho delictuoso imputado, circunstancia que torna injusta la medida y que debe ser reparado por la autoridad que produjo el hecho. (...)”

Mediante sentencia de 20 de febrero de 2008¹⁰⁹, el Consejo de Estado precisó, igualmente, que el daño también puede llegar a configurarse en aquellos eventos en los que la persona privada de la libertad es absuelta por razones distintas a las causales previstas por el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal. En dicha oportunidad se declaró la responsabilidad del Estado por la privación injusta

¹⁰⁹ Sentencia de 20 de febrero de 2008, expediente: 15.980.

de la libertad de una persona que fue absuelta porque se configuró la causal de justificación de estado de necesidad. Sobre el particular, la providencia aludida manifestó:

“...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”¹¹⁰.

En el mismo sentido, el Consejo de Estado, en sentencia de 26 de marzo de 2008¹¹¹ señaló:

“(...) Debe tenerse en cuenta que la privación de la libertad que se discute en este proceso, ocurrió entre el primero de octubre de 1996 y el 30 de octubre de 1997, cuando había entrado a regir la ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, promulgada el 15 de marzo de 1996, y en cuyo artículo 68 se establece: “Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios”

“Respecto del mismo artículo, la Sala ha considerado que su interpretación no se agota en la posibilidad de declarar la responsabilidad del Estado por detención injusta, cuando ésta sea ilegal o arbitraria. En jurisprudencia reciente¹¹², se ha determinado que las hipótesis de responsabilidad objetiva, también por detención

¹¹⁰ Sentencia de 20 de febrero de 2008, expediente: 15.980.

¹¹¹ Sentencia de 26 de marzo de 2008, expediente: 16.902.

¹¹² Sección Tercera, sentencia de 2 de mayo de 2007, expediente: 15.463

injusta, contempladas en el derogado artículo 414 del decreto 2700 de 1991, mantienen vigencia para resolver, de la misma forma, la responsabilidad del Estado derivada de privaciones de la libertad en las cuales se haya arribado a cualquiera de los tres supuestos a los que hacía referencia la citada disposición. Es decir, que después de la entrada en vigencia de la ley 270 de 1996, cuando una persona privada de la libertad sea absuelta “porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible”, se configura un evento de detención injusta. (...)”¹¹³

Todo lo anterior ha llevado a la Honorable Corporación a sostener que, “en los eventos en los que se demuestre que la privación de la libertad fue injusta, y ésta lo será siempre que se acredite que el afectado con la medida no tenía por qué soportarla, estaremos frente a un daño imputable al Estado, que debe ser indemnizado con fundamento en lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, así las razones de absolución o de preclusión de la investigación no obedezcan a ninguna de las causales previstas por el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal ya derogado.”¹¹⁴

¹¹³ Sentencia de 26 de marzo de 2008, expediente: 16.902.

¹¹⁴ Consejo De Estado Sección Tercera Consejera ponente: Myriam Guerrero de Escobar Bogotá D. C., tres (3) de febrero de dos mil diez (2010) Radicación número: 76001-23-31-000-1996-03203-01(17123)

CONCLUSIONES

El antecedente más remoto de la responsabilidad del Estado se encuentra en la ley Aquilea, en la remota Roma, la cual consagró por vez primera la responsabilidad. Sin embargo, esta estuvo limitada a ciertas personas.

Posteriormente en la edad media con la preponderancia de la iglesia como institución dominante del orden social, la responsabilidad tuvo un pequeño avance en la medida que se reconoció la responsabilidad entre los señores feudales, por daños ocasionados en tiempo de guerra. Pero el Estado, era absolutamente irresponsable, pues se pensaba que el rey no se equivoca.

Con la llegada de la revolución francesa, se produce un cambio radical en la concepción de la soberanía, pues esta ahora está radicada en cabeza del pueblo, y no del rey soberano. No obstante este cambio, y la declaración de los derechos del hombre, no se reconoció de forma inmediata la responsabilidad del Estado por los daños producidos con sus actuaciones.

No es sino hasta el gobierno de Napoleón III que, tímidamente se inició a aceptar la responsabilidad del Estado por daños causados, pero solo en algunos eventos limitados. Es a partir de entonces que se inicia toda una evolución de la responsabilidad que con el paso del tiempo fue avanzando hasta llegar hoy en día al reconocimiento pleno de la responsabilidad del Estado por los daños ocasionados de forma antijurídica.

En lo que a Colombia respecta, se adoptó la teoría diseñada por el derecho francés. Los franceses, resolvían el tema de la relación del Estado con los particulares y los daños y reparaciones que de ella se derivasen, recurriendo a los

planteamientos del derecho privado. Así, en Colombia en un primero momento histórico la responsabilidad se analizó bajo la óptica de la normatividad privada, es decir, bajo los presupuestos del Código Civil.

No obstante el inicio privado de la regulación de la responsabilidad Extracontractual, con el paso del tiempo, se fueron presentando dificultades en la aplicación de estos criterios, haciéndose necesario crear una teoría específica que respondiera las características propias de la administración pública. Fue así como nació poco a poco la teoría de la responsabilidad con base en el derecho público, recurriéndose a fundamentos normativos contenidos en la Constitución Nacional.

En nuestro país la competencia para dirimir los conflictos derivados de los daños causados a un particular por algún organismo del Estado, estuvo inicialmente radicado en manos de la Corte Suprema de Justicia, siendo más adelante, hacia el año 1964, asumida por el Consejo de Estado, quien se mantiene hasta la fecha como órgano competente.

Con el transcurrir del tiempo estos organismos judiciales, desarrollaron teorías para deducir la responsabilidad del Estado. Fue así como surgió en la Corte Suprema de Justicia en un primer momento la responsabilidad objetiva, solo en los casos en los que la ley expresamente preveía una indemnización por un daño causado por agentes del Estado.

Más adelante surge en la jurisprudencia la primera regla general de responsabilidad, esta vez bajo las teorías de la responsabilidad directa e indirecta, que luego dieron paso a la tesis organicista. Este derrotero permitió la consolidación final del régimen de la falla del servicio, régimen que sería ampliamente desarrollado primeramente por la Corte Suprema de Justicia y posteriormente por el Consejo de Estado.

La falla del servicio constituyó el principal régimen de imputación de responsabilidad al Estado, hasta antes de la expedición de la Constitución de 1991. Además del régimen de la falla del servicio la jurisprudencia del consejo de estado aplicó las teorías del daño especial y riesgo excepcional, ambas de corte objetivo.

Pero es la Constitución de 1991, la que regresa a la escena jurisprudencial la responsabilidad objetiva del Estado por los daños causados, así fue entendido el artículo 90 de la Carta, en un primer momento por el Consejo de Estado, como consagratorio de una responsabilidad objetiva.

Sin embargo este criterio objetivista fue moderado, concluyéndose, finalmente que no se consagró una responsabilidad siempre objetiva, sino que el Estado deberá responder siempre que cause un daño antijurídico, y este daño será antijurídico cuando no medie una justificación jurídica para su producción y/o cuando el ciudadano no está en la obligación de soportarlo.

El artículo 90 de la Constitución Política de 1991, consagró la cláusula general de responsabilidad del Estado, indicando en materia de responsabilidad extracontractual que esta se configura cuando se demuestre que por una acción u omisión del Estado se produjo un daño antijurídico a un asociado. De este texto normativo ha identificado la jurisprudencia y la doctrina tres elementos que conforman la responsabilidad del Estado, los cuales son: la acción u omisión del Estado, el daño, y la imputación, la cual se divide en imputación jurídica e imputación fáctica.

En lo que tiene que ver con la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, la jurisprudencia ha evolucionado con el paso de los años de un régimen subjetivo a uno objetivo.

Con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 270 de 1996, la responsabilidad del Estado derivada de la privación de la libertad de las personas fue abordada por la jurisprudencia con fundamento en lo dispuesto por el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal -Decreto Ley 2700 de 1991.

Una primera línea jurisprudencial ha sido calificada de restrictiva, bajo el entendido de que la responsabilidad del Estado, por la privación injusta de la libertad de las personas, se fundamentaba en el error judicial, que se produciría como consecuencia de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, previa valoración, seria y razonable, de las distintas circunstancias del caso. En ese sentido, se dijo que la responsabilidad del Estado subyace como consecuencia de un error ostensible del juez que causa perjuicios a sus coasociados

Posteriormente, la Jurisprudencia consideró que la investigación de un delito cuando medien indicios serios contra una persona sindicada de haberlo cometido, es una carga que todas las personas deben soportar por igual, de manera que la absolución final no es indicativa de que hubo algo indebido en la detención.

Una segunda línea entendió que en los tres eventos previstos en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal., -absolución cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible-, la responsabilidad es objetiva, por lo que resulta irrelevante el estudio de la conducta

del juez para tratar de definir si éste incurrió en dolo o culpa. Se consideró, además, que en tales eventos la ley presume que se presenta una privación injusta de la libertad, pero que en aquellos casos no subsumibles en tales hipótesis normativas, se exigiría al demandante acreditar el error jurisdiccional derivado no sólo del carácter “injusto” sino “injustificado” de la detención.

Una tercera tendencia jurisprudencial moderó el criterio absoluto conforme al cual la privación de la libertad es una carga que todas las personas deben soportar por igual, que implicaba imponer a los ciudadanos una carga desproporcionada, al tiempo que amplió, en casos concretos, el espectro de responsabilidad por privación injusta de la libertad, fuera de los tres supuestos de la segunda parte del artículo 414 del citado código y, concretamente, a los eventos en que el sindicado fuese absuelto en aplicación del principio universal del in dubio pro reo.

Finalmente la jurisprudencia aterrizó en un régimen objetivo para los eventos en los que se demuestre que la privación de la libertad fue injusta, la cual lo será siempre que se acredite que el afectado con la medida no tenía por qué soportarla. En esos eventos se está frente a un daño imputable al Estado, que debe ser indemnizado con fundamento en lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, así las razones de absolución o de preclusión de la investigación no obedezcan a ninguna de las causales previstas por el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal ya derogado, entre otras razones porque la responsabilidad se funda en el artículo 90 constitucional y porque la ley 270 de 1996 suple las normas derogadas del Código de Procedimiento Penal al consagrar la responsabilidad por privación injusta de la libertad.

El tratamiento dado por la jurisprudencia en lo atinente al régimen de imputación aplicable para los eventos de privación injusta de la libertad, como se ha visto, ha

pasado por diferentes estadios, partiendo de una primera postura de irresponsabilidad, luego fue asumida bajo el régimen de error judicial, posteriormente pasó a una mixtura entre objetivo para ciertos casos y subjetivo (falta del servicio) para otros, hasta que finalmente se encuentra asumido por el Consejo de Estado bajo el régimen objetivo de daño antijurídico.

BIBLIOGRAFIA

ARÉVALO REYES, HÉCTOR DARIO, Responsabilidad del Estado y de sus Funcionarios, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1982

Anales del Consejo de Estado, Tomos de (enero de 1945 a Julio de 2010).

BUSTAMANTE LEDESMA, ÁLVARO, La Responsabilidad Extracontractual del Estado, Primera Edición. Grupo Editorial Legis, Bogota, 1998.

CARRILLO BALLESTEROS, JESÚS M., Historia y perspectivas de la jurisdicción administrativa en Francia y en América Latina, Editorial Temis, Bogotá, 1998.

CONSTITUCIÓN NACIONAL DE COLOMBIA DE 1886

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991

DE CUPIS, ADRIANO, El daño, teoría general de la responsabilidad civil, Bosch, Casa Editorial S.A. Barcelona, España, 1975.

GARCÍA DE ENTERRIA, EDUARDO Y THOMAS RAMÓN FERNÁNDEZ, Curso de Derecho Administrativo, Octava Edición, Tomo II, Editorial Civitas S.A. Madrid, España, 2002.

GOMEZ, A. Gustavo E. El Origen del Consejo de Estado... Artículo presentado en Primer Congreso Internacional de Derecho Administrativo, 2007. Disponible en www.consejodeestado.gov.co

HENAO, JUAN CARLOS, El Daño, Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia, 2001.

HENAO, JUAN CARLOS, Responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia” II Jornadas Colombo- Venezolanas de Derecho Público, Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia, 1997

JIMENEZ, William. La Jerarquía Normativa y EL Sistema de Fuentes. Internet: (<http://www.docentes.unal.edu.co/wjimenezg/docs/>)

KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. Editorial Universitaria de Buenos Aires. Duodécima Edición. Buenos Aires Abril de 1.974.

LÓPEZ MORALES, JAIRO, Responsabilidad del Estado por Error Judicial, Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, Colombia, 1997.

PENAGOS, GUSTAVO, Derecho Administrativo, Tomo II, Ediciones Librería El Profesional, Bogotá, Colombia, 1995

RAMOS ACEVEDO, JAIRO, Responsabilidad extracontractual del Estado, Editor Universidad Libre, Cali, Colombia, 1994.

RODRIGUEZ RODRIGUEZ, LIBARDO, Derecho Administrativo General y Colombiano, Décima Edición. Editorial Temis. Bogotá, Colombia, 1998.

SAAVEDRA BECERRA, Ramiro, La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública, primera reimpresión, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, Colombia, 2003

TAMAYO JARAMILLO, JAVIER, La Responsabilidad del Estado, Editorial Temis. Sección II, Bogotá, Colombia, 1998.

VALENCIA ZEA, ARTURO, De las obligaciones, Tomo III, Séptima edición, Editorial Temis. Bogotá, Colombia, 1986.