

**LA INCIDENCIA DE LA SUPRESIÓN DEL ARTICULO 414 DEL CODIGO DE
PROCEDIMIENTO PENAL EN LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR
PRIVACIÓN DE LIBERTAD**

DAYRA ALVARADO SANTANDER

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
CENTRO DE INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS SOCIOJURIDICOS
ESPECIALIZACION EN DERECHO ADMINISTRATIVO
SAN JUAN DE PASTO
2006**

**LA INCIDENCIA DE LA SUPRESIÓN DEL ARTICULO 414 DEL CODIGO DE
PROCEDIMIENTO PENAL EN LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR
PRIVACIÓN DE LIBERTAD**

DAYRA ALVARADO SANTANDER

**Trabajo de grado presentado para optar el título de:
ESPECIALISTA EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**Asesor:
Dr. JOSE ANTONIO ALAVA VITERI**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
CENTRO DE INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS SOCIOJURIDICOS
ESPECIALIZACION EN DERECHO ADMINISTRATIVO
SAN JUAN DE PASTO
2006**

“Las ideas y conclusiones aportadas en la Tesis de Grado, son responsabilidad exclusiva de su autor”

Artículo 1º del Acuerdo 324 de octubre 11 de 1996
emanado del Honorable Consejo Directivo de la Universidad de Nariño

NOTA DE ACEPTACIÓN

APROBADO

GUIDO MAURICIO RAMOS TORRES

Jurado 1

CESAR ENRIQUEZ DELGADO

Jurado 1

JOSE ANTONIO ALAVA VITERI

Asesor

San Juan de Pasto, noviembre de 2006

RESUMEN

Con el presente trabajo se busca establecer cómo ha influido la eliminación del artículo 414 del Código de Procedimiento Penal en la Responsabilidad extrapatrimonial del Estado por Privación de Libertad.

Para llegar al tema central se hace un breve recuento de la evolución de la Responsabilidad del Estado, la que surge de la administración de justicia, y finalmente a la Responsabilidad del Estado por privación injusta de Libertad.

Teniendo en cuenta que el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, como desarrollo del artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, consideraba tres casos concretos de responsabilidad objetiva del Estado por Daño Antijurídico, se trata de establecer si este concepto desaparece al salir de la vida jurídica la disposición legal. 120

Con base en Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana, el concepto de daño antijurídico continúa vigente con fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política, y en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, pese a la inexistencia de disposición legal que en forma expresa señale los casos en los cuales ha de considerarse la Responsabilidad Objetiva del Estado.

Por último, se plantea la importancia de que exista una disposición legal que consagre de manera expresa los casos de responsabilidad objetiva del Estado por privación injusta de libertad, determinándose un procedimiento de tipo administrativo, que por su agilidad implique una pronta reparación del perjuicio causado, e igualmente represente una menor afectación del patrimonio estatal, y contribuya a la descongestión de la administración de justicia.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to illustrate how the derogation of the Article No. 414 of the Code of Criminal Law, has influenced on the outside-heritage Responsibility of the State due to the depriving of civil liberties.

In order to embrace the main subject, a brief reckoning of the evolution of the State Responsibility becomes necessary, a responsibility which arises from the Justice Administration and finally to the State Responsibility by unfair depriving of civil liberties.

Bearing in mind that the Article No. 414 of the Code of Criminal Law, as an extension of the Article No. 90 of the Republic of Colombia Political Constitution considered three specific cases of objective State Responsibility caused by outside-law prejudice, the aim is to clarify whether this concept should disappear by the abolition of the Legal Disposition No. 120.

In accordance with the Sentence of the Colombian Constitutional Court, the concept of outside-law prejudice still applies, in turn supported by the Article No. 90 of the Political Constitution and by the Statutory Law of Justice Administration despite the inexistence of a legal frame which clearly exhibits the cases in which the Objective Responsibility of the State should be deemed.

Finally, the importance of the existence of the legal disposition which consecrates in an expressed manner the cases of the Objective Responsibility of the State by unfair depriving of liberty is proposed, determining an official administrative procedure which thanks to its swiftness implies a quick reparation of the caused prejudice, as well as by itself represents a lesser affectation of the State's Heritage and also contributes to the relieving of the Justice Administration.

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCION	7
1. EVOLUCION DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO	8
1.1 ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO	8
1.2 LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN COLOMBIA	10
1.2.1 Síntesis de la Responsabilidad del Estado Antes de la Constitución de 1991	10
1.2.2 La Responsabilidad del Estado con ocasión de la Actividad Judicial antes de la Constitución de 1991	13
2. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DESDE LA CONSTITUCION DE 1991	16
2.1 LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO CONOCACION DE LA ACTIVIDAD JUDICIAL A PARTIR DE LA CONSTITUCION DE 1991	17
2.2 LEGISLACION COLOMBIANA SOBRE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DERIVADA DE LA ACTIVIDAD JUDICIAL	18
3. PRIVACION INJUSTA DE LIBERTAD CONFORME AL ARTICULO 414 DEL DECRETO LEY 2700 DE 1991	19
3.1 EVOLUCION JURISPRUDENCIAL	24
3.2 LAPRIVACION DE LIBERTAD Y LA LEY 906 DE 2004	38
4. RELACION DE PROCESOS CONTRA LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION EN EL TRIBUNAL ADMINISTARTIVO DE NARIÑO	39
5. CONCLUSIONES	44
BIBLIOGRFIA	46

INTRC

En el marco de la descentralización administrativa diferentes entes del Estado han sido dotados de autonomía presupuestal y administrativa, y en ese campo deben atender obligaciones de diverso orden.

Con el ánimo de fortalecer los derechos y garantías de los ciudadanos, el Estado ha establecido diversos mecanismos para hacerlos efectivos, y es así como encontramos la Acción de Reparación Directa encaminada a resarcir los perjuicios antijurídicos que se causan a los ciudadanos por las acciones u omisiones de la Administración, entre otras fuentes de responsabilidad.

La administración de justicia como una de las funciones que le es propia al estado puede presentar en su ejercicio algunas situaciones que vulneran derechos de los ciudadanos, y es entonces que se hace necesario el ejercicio de acciones que en alguna medida puedan resarcir el daño o perjuicio causado.

Las decisiones que la Jurisdicción Administrativa ha tomado frente a las demandas presentadas en razón de la PRIVACIÓN DE LIBERTAD, afectan en forma directa los presupuestos de la Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación, y con la desaparición de lo preceptuado en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal de 1991, el cual ya no fue incluido en la ley 600 de 2000, se estima necesario analizar, si la Jurisprudencia seguirá considerando las situaciones allí planteadas a fin de responsabilizar o no al Estado- Rama Judicial- Fiscalía General de la Nación, de allí que sea realmente importante realizar un análisis de la evolución de la Jurisprudencia en este campo, y la incidencia de las decisiones en los recursos públicos, y en el actuar de las autoridades judiciales. Lo mismo que las consecuencias de mantener esas hipótesis y otras traídas últimamente por la jurisprudencia como causales objetivas de responsabilidad plasmadas en una disposición legal, y dejar a la demostración de la injusticia en la privación de la libertad como falla del servicio en los demás casos.

1. EVOLUCION DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

1.1 ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

La existencia de las sociedades hace que exista una organización estatal encargada de proteger los intereses del Estado, y también los de los asociados ya que estos son los que permiten su existencia.

El ejercicio de las actividades estatales vulnera con frecuencia los derechos de los particulares en forma activa u omisiva y si con ello se causan perjuicios a los asociados estos deben estar amparados y por ende debe existir la posibilidad de acudir al andamiaje estatal para obtener el reconocimiento de sus derechos **es una responsabilidad Extracontractual.**

Ante la impotencia del Estado para mantener el equilibrio, vigilar y proteger a los particulares que ven quebrantados sus derechos y son víctimas de los actos violatorios de la ley por parte de los mismos agentes que deben guardar el orden y equilibrio sociales, aquel debe de alguna manera resarcir el daño que los particulares han recibido, y por tanto debe proporcionar las herramientas para tal fin.

No obstante las anteriores afirmaciones es un hecho que no en toda época el Estado ha sido considerado responsable por los daños que con su actuar ha ocasionado a los particulares, por tanto y con el ánimo de ubicarnos en la concepción actual a cerca de la Responsabilidad del Estado, es menester hacer un breve recuento en relación con las diversas situaciones que han existido.

En la concepción del Estado como un Ente soberano en el que se considera que el mismo es infalible y al cual se debe obediencia y sumisión no era posible pensar en la reclamación ante él por sus actuaciones, de allí que en una primera época nos vemos avocados a una absoluta irresponsabilidad del Estado por los daños que ocasionara con su actividad. "... como afirmaba LAFERRIERE en una frase famosa, 'la esencia de la soberanía consiste en imponerse a todos sin compensación alguna.'"¹

¹ RODRÍGUEZ Libardo. Derecho administrativo general y colombiano, Editorial Temis, decimotercera edición, pág. 432, 2002

Las limitaciones a esa potestad del estado empiezan a surgir en el Derecho Francés.

Se estimó inicialmente que, “si bien el estado no era responsable, se consideró que por los daños que causara su actividad eran responsables los agentes que directamente los causaban, es decir, que si bien no era responsable la persona pública, si lo era la persona natural que causaba el daño en nombre de aquella. En segundo lugar, la responsabilidad del Estado aparecía cuando una ley expresamente la consagraba para un caso determinado, como sucedió en Francia a comienzos del siglo XIX con los daños causados por trabajos públicos. En tercer lugar, con ocasión de la aplicación de la teoría de los actos de poder y los actos de gestión, se consideró que el Estado era irresponsable frente a los daños causados por su actividad de poder, pero respondía por los perjuicios ocasionados con su actividad de gestión, ya que en este último caso actuaba como los particulares”²

Con la noción de servicio público y mas concretamente con el fallo Blanco se consagra la responsabilidad del Estado independientemente de que estuviera en las normas o sin considerar que fueran por actos de poder o por actos de gestión.

El mencionado fallo Blanco se refería a:

Una niña, Agnés Blanco, fue herida por una vagoneta que circulaba entre dos edificios de la manufactura de tabaco Burdeos. Por la vía de un fallo de conflicto hecho ante el tribunal civil, la pregunta sobre si la acción de indemnización intentada por el padre de la víctima dependía de lo administrativo o lo judicial fue sometida al tribunal de conflictos, éste se pronunció por lo administrativo. El fallo deducirá esencialmente que los perjuicios tenían su fuente en la actividad de un servicio público y es en relación de esta correspondencia con el servicio público que la competencia del juez administrativo debía ser preferida. Al mismo tiempo, el fallo formulaba la idea célebre de que la responsabilidad de los perjuicios causados por los servicios públicos debía ser regulada por principios autónomos diferentes de los dictados por el Código Civil para las relaciones de particular a particular. El fallo introduce así un criterio de competencia, el servicio público y afirmaba la autonomía del juez administrativo y del derecho administrativo en relación con el derecho privado”³

No se consagró la responsabilidad como regla general pero fue el inicio del reconocimiento de la responsabilidad del Estado de manera restringida.

Posteriormente se multiplican los hechos generadores de responsabilidad imputable a la administración.

² RODRÍGUEZ Libardo, op. cit.

³ VEDEL George. Tratado de derecho administrativo. Aguilar Ediciones Sexta Edición p. 65 y 66, 1980

Frente a la violación de derechos hay formas jurídicas de castigo o enmienda, equivalentes a los resultados que por la violación se hayan producido.

Mientras mas grande es el Estado, mayor es la posibilidad de que sus agentes violen los derechos de los ciudadanos.

La reacción frente a los daños sufridos debe ser garantizada por el ordenamiento jurídico para que se proceda a su reparación como alternativa para la convivencia social.

El derecho que asiste al perjudicado para reclamar una indemnización corresponde a la legitimación en causa por activa, y el vínculo jurídico nace cuando se reclama en estrados judiciales la indemnización por el hecho o acto dañoso.

La responsabilidad administrativa debe entenderse entonces, como la responsabilidad patrimonial de las personas públicas, para como autor del daño, reparar el perjuicio causado.

No todo daño conlleva responsabilidad del autor, puesto que para que ésta surja se hace necesario que el agente haya actuado con dolo o culpa grave.

Son elementos de la responsabilidad: actuación (actos, hechos, operaciones administrativas, vías de hecho u omisiones) , daño y nexos causal.

1.2 LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN COLOMBIA

1.2.1 Síntesis de la Responsabilidad del Estado Antes de La Constitución de 1991. Con anterioridad a la Constitución Política de 1991, el manejo de la Responsabilidad Extracontractual del Estado tuvo origen pretoriano ya que no existía normatividad que la consagrara o la reconociera.

Fue en principio la Corte Suprema de Justicia, y posteriormente el Consejo de Estado que en sus Jurisprudencias apoyadas en principios constitucionales y en normas del Código Civil, así como en la doctrina y jurisprudencia francesa quienes empezaron a señalar sus fundamentos y señalar los requisitos para su procedencia.

En este proceso encontramos que la Corte Suprema de Justicia se fundamentaba en las normas del Código Civil que consagran la responsabilidad civil Extracontractual por el hecho de terceros, artículos 2347 y 2349, con base en los conceptos de la culpa in eligendo y la culpa in vigilando.

La Corte se expresó así: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 30 de junio de 1962. M. P. José Gómez R., juicio de Reinaldo Tinjacá y Aurelio Planeéis contra el municipio de Bogotá D. E.

“Para decidir sobre el recurso indicado y señalar a la vez una orientación uniforme a la doctrina acerca de la responsabilidad aquiliana de las personas jurídicas, incluso del estado, es de rigor examinar la trayectoria seguida en esta materia por la jurisprudencia nacional.

PRIMERO. RESPONSABILIDAD INDIRECTA

... Esta fue la responsabilidad inicial de las personas morales de derecho privado y público, a causa de las culpas cometidas en daño de terceros, por sus funcionarios o dependientes, en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas. Se reconoció esta responsabilidad partiendo del principio de que la persona jurídica se halla obligada a elegir a sus agentes y a vigilarlos de manera cuidadosa, ya que son sus dependientes o subordinados, de suerte que si incurren en culpa, ejerciendo sus cargos, éste se proyecta sobre la entidad jurídica, en la forma prevista en los artículos 2347 y 2349 del C. C.. Y como la doctrina ha deducido, para los casos contemplados materialmente en dicho (sic) textos, algunas presunciones de culpa de quienes tenían a su cuidado o bajo su autoridad y guarda a las personas a que tales preceptos aluden, fueron igualmente aplicadas dichas presunciones a los entes jurídicos, los cuales podían desvirtuarlas demostrando haber tomado medidas encaminadas a una acertada escogencia y un esmerado control de sus agentes.”⁴

Más adelante se cambia el concepto de responsabilidad indirecta por el de Responsabilidad Directa con fundamento en el artículo 2341 del Código Civil que prevé la Responsabilidad civil Extracontractual con culpa probada en el entendido de no diferenciar la vinculación entre la persona jurídica de derecho público y su agente en el ejercicio de su función oficial.

“ En relación con la personas jurídicas en general, contempladas ya doctrinariamente en el título 34, libro IV del Código Civil, y de manera concreta en los artículos 2347 y 2349 sobre responsabilidad indirecta, la evolución jurisprudencial halló suficientes los argumentos de esta última, ya por la inaplicabilidad de los deberes de escogimiento y control, que inspira las situaciones previstas en los artículos 2347 y 2349, ora por la vinculación sui generis, necesaria, entre la estructura orgánica de la persona jurídica y sus agentes, cuya presencia en ella es esencial para su existencia efectiva, funcionamiento y consecución de sus fines. ‘La calidad de las personas jurídicas –

⁴ HENAO PEREZ Juan Carlos, “La Responsabilidad Extracontractual del Estado en Colombia – Evolución Jurisprudencial 1864 –1990” Tomo I Volumen 2, Universidad Externado de Colombia, mayo de 1991, pág. 1013 y 1014, 1991.

dijo la Corte- no permite en verdad establecer la dualidad personal entre la entidad misma y su representante legal, que se confunden en la actividad de la gestión.”⁵

“Los agentes de la persona moral se dividen en dos grupos: el de los directores y representantes, depositarios de la voluntad de aquellas, es decir, los órganos de la misma; y el de los auxiliares y dependientes, ajenos a tales calidades. Conservó esta variante la responsabilidad directa respecto a los hechos de los agentes órganos, y la indirecta en lo atinente a los agentes subalternos, con las consecuencias correspondientes a la una y a la otra.”⁶

Por lo expuesto se observa como la aplicación de la responsabilidad directa se fundamentó en la teoría organicista que hace diferencia en una persona jurídica a los órganos de dirección y los auxiliares y dependientes considerándose que sólo los hechos de los primeros dan lugar a responsabilidad directa.

En la apreciación posterior que se hace de que el Estado actúa a través de sus agentes, sin necesidad de diferenciar su tipo de actividad, se concluye que el Estado es responsable de manera directa por la actuación de todos sus servidores.

Encontramos igualmente una tercera etapa en la cual se empieza a alejar del derecho privado y se genera una concepción autónoma de la responsabilidad fundamentándose en el artículo 16 de la Constitución vigente a ese época, y se empieza a hablar de funcionamiento inadecuado de los servicios públicos.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia se expresó de la siguiente manera:

“Debe agregarse que, como ha sido el fenómeno positivo del sistema que finca la responsabilidad del Estado en la prestación inadecuada, errónea o irregular de los servicios públicos (ver Eustorgio Sarriá Tratado de derecho administrativo general, Pág. 2555 y ss. Año 1961), la Corte lo ha encontrado hasta ahora su fundamento en el citado artículo 2341 del Código Civil porque como la ha dicho repetidamente, este precepto ‘ ha consagrado una obligación general de indemnización, con respecto a todas las personas físicas o morales, y como el Estado procede como ente político y civil, debe someterse al derecho’ (sentencia de marzo 2 de 1948, LXIII, 2957 y 2058, 397) y lo halla hoy, además, en el artículo 16 de la Carta, porque entre los deberes del Estado sobresale el de prestar a la colectividad servicios públicos eficientes, así que fallando estos, deja de cumplir el ordenamiento Constitucional y debe reparar el daño.

La inexistencia de un texto legal que estatuya concretamente la responsabilidad aquiliana de las entidades jurídicas y la especial de la administración por las fallas

⁵ HENAO PEREZ Juan Carlos op. cit. Pág 1017.

⁶ HENAO PEREZ Juan Carlos op. cit. Pág 1018.

del servicio, no fue óbice a la jurisprudencia, guiada particularmente por la ley de la analogía, para abrirles sitio en las disposiciones del derecho común. Y ahora, así mismo, en el dicho artículo 16 de institucional significado. Porque donde quiera que rija un texto como el artículo 8 de la ley 153 de 1887, no faltará la norma que señale al juez el camino de la justicia y del perfeccionamiento de la jurisprudencia”⁷

Se observa por tanto un cambio importante que busca la construcción de una teoría autónoma en la que la obligación de indemnizar por parte del Estado los perjuicios ocasionados a los asociados por su actividad está directamente relacionada con la prestación de los servicios públicos.

En el año 1964 con la expedición del Decreto Ley 528, se radica en el Consejo de Estado la competencia general para conocer todos los casos de responsabilidad patrimonial del Estado, sean de origen contractual o Extracontractual, no obstante esto, la ausencia de normas subsistía, lo que lleva a la mencionada Corporación a construir la correspondiente jurisprudencia con miras a poder resarcir los daños causados a los particulares por los daños ocasionados a los asociados por el Estado a través de sus agentes, con apoyo en el artículo 16 de la Carta, estructurándose así la responsabilidad administrativa en nuestro país.

La falla del servicio se constituye entonces en el principal criterio de imputación, y de manera excepcional se consideran formas de responsabilidad

objetiva, basándose en la igualdad frente a las cargas públicas, surgiendo la responsabilidad por daño especial, por responsabilidad excepcional, por trabajos públicos, por ocupación de inmuebles etc., abarcando todos los servicios públicos administrativos, sin tener en cuenta los demás poderes públicos o los otros órganos del Estado.

1.2.2 La Responsabilidad del Estado con Ocasión de la Actividad Judicial antes de la Constitución de 1991. En cuanto hace a la Responsabilidad del Estado por la Administración de justicia, y ante la ausencia de normatividad al respecto, la jurisprudencia se construyó haciendo diferencia entre el error judicial y la falla del servicio judicial, admitiéndose la procedencia de la reclamación en éste último caso, mas no en el de error judicial por considerarse que no podía haber responsabilidad del Estado por cuanto se había atribuido por la norma dicha responsabilidad al Juez, en virtud de lo preceptuado en el artículo 40 del Decreto 1400 de 1970, Código de Procedimiento Civil que estatuye:

“Art. 40. **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:

⁷ HENAO PEREZ Juan Carlos op. cit. Pág 1019.

- 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.

La responsabilidad que este artículo impone se hará efectiva por el trámite del proceso ordinario. La demanda deberá presentarse a más tardar dentro del año siguiente a la terminación del proceso respectivo. La sentencia condenatoria en los casos de los numerales 1 y 3 no alterará los efectos de las providencias que la determinaron.”

Se sostuvo por tanto por parte del Consejo de Estado la ausencia de Responsabilidad del Estado por la administración de justicia, afirmándose que se debía asumir por parte de los ciudadanos la posibilidad del error judicial como una carga pública.

El Consejo de Estado en providencia de 24 de mayo de 1990, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente Julio Cesar Uribe, expediente 5451 sostuvo: *“Como lo destaca muy bien la Fiscalía, en su concepto de fondo, es verdad jurídica que en el derecho colombiano el Estado no responde en los casos en que el juez procede con dolo, fraude o abuso de autoridad, o cuando omite o retarda injustificadamente una providencia o el correspondiente proyecto, o cuando obra determinado por error inexcusable. Así se desprende de lo preceptuado en el artículo 40 del Código de Procedimiento Civil, que está en concordancia con lo dispuesto en el artículo 25 de la misma obra, en los cuales se lee: ‘.....’. También el Decreto 1888 de 23 de agosto de 1989, reafirma la anterior perspectiva al consagrar: ‘ Artículo 9°. Son faltas de los funcionarios y empleados contra la eficacia de la administración de justicia....b) Omitir y retardar injustificadamente el despacho de los asuntos a su cargo o el trabajo que determine la ley o los reglamentos de la oficina, o dejar vencer sin justa causa los términos sin la actuación correspondiente’.*

Dentro del marco legal anterior fácil es concluir que el legislador optó por manejar la problemática que se recoge en el citado articulado con la filosofía que informa LA CULPA PERSONAL y no con la que inspira y orienta la FALTA O CULPA DEL SERVICIO. Esta realidad explica que corresponda al Juez responder con su propio patrimonio, y, por lo mismo, indemnizar el daño.

No existe en Colombia un texto legal que a la manera de lo preceptuado en la ley francesa de 5 de febrero de 1972, manda: ‘La responsabilidad de los jueces por razón de sus faltas personales está regulada por el estatuto de la magistratura en lo concerniente a los magistrados del cuerpo judicial... El Estado garantiza a las víctimas de los daños causados por las faltas personales de los jueces y otros magistrados, sin perjuicio de su acción contra éstos últimos’.

Brilla también por su ausencia un texto constitucional que tenga el alcance del artículo 121 de la Constitución Española de 1978 que dispone:

'Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la administración de justicia darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley'

La realidad normativa que se deja expuesta sería suficiente para confirmar el fallo impugnado, pero dada la importancia del asunto, la Sala desea hacer algunas consideraciones marginales sobre el mismo, con el fin de darle fuerza de convicción a la sentencia".

Como ya se expresó la jurisprudencia del Consejo de Estado hizo diferencia entre la falla del servicio y el error judicial, considerando la primera como las actuaciones administrativas, en tanto que la segunda hacía referencia a los actos de carácter jurisdiccional. En ese orden de ideas, se tuvo en consideración la intangibilidad de la cosa juzgada por seguridad jurídica, razón por la cual no podía la mencionada Corporación pronunciarse al respecto, en tanto que era posible declarar la responsabilidad patrimonial del Estado en la consideración de que el artículo 16 de la Constitución de 1886 así lo permitía en los casos de falla del servicio.

No debe perderse de vista, además que existen numerosos tratados internacionales que regulan el derecho a indemnización de las víctimas de detención injusta, entre las que tenemos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado mediante ley 74 de 1968, y que consagró que toda persona que haya sido ilegalmente detenida tiene derecho a obtener indemnización.

Igualmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos, vigente en Colombia por ley 16 de 1972, previó la indemnización por error judicial.

Como puede observarse existían antes de la constitución de 1991 normas en Colombia relativas a la indemnización por privación injusta, pero en la consideración de la Jurisprudencia de las Altas Cortes, la indemnización podría obtenerse por regla general como responsabilidad endilgada al Juez antes que al Estado.

2. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DESDE LA CONSTITUCIÓN DE 1991

Las jurisprudencias tanto de la Corte Suprema de Justicia como del Consejo de Estado, fueron las bases de la consagración constitucional de la Responsabilidad Patrimonial del Estado, y es así como se institucionaliza el principio general en el artículo 90 de la Carta así:

“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”

Como puede observarse, se regula claramente la responsabilidad del Estado en general, esto es que comprende al Estado administrador, al Estado Juez, al Estado Legislador, e incluye también a todos los organismos que hacen parte de la estructura del Estado, ya que no hace distinciones de ninguna clase.

Con la promulgación de la Carta Política de 1991 se establece la cláusula general de la responsabilidad del Estado con fundamento en la concepción de daño antijurídico, y no solo como lo venía haciendo la jurisprudencia en la falla del servicio.

Hay criterios de responsabilidad objetiva como fundamento de la responsabilidad del Estado, no se trata por tanto de que la acción u omisión sea irregular, sino de que se produzca el daño y este sea antijurídico, y la responsabilidad incumbe a las autoridades y al Estado.

La responsabilidad del Estado es un mecanismo de protección de los derechos de los asociados frente a la conducta de las autoridades que con ocasión de su actividad les causan daños que no están obligados a soportar

La disposición constitucional se aparta del aspecto subjetivo de la antijuridicidad de la acción del Estado, para llegar al concepto objetivo de la antijuridicidad del daño producido.

Para el profesor Juan Carlos Henao, el Daño ha de entenderse como *“la aminoración patrimonial sufrida por la víctima”*.

La antijuridicidad del daño se presenta como ya se afirmó cuando la persona no está en la obligación de soportarlo, sin consideración a que la conducta del agente sea lícita o no.

El Consejo de Estado, en relación con el daño antijurídico en sentencia de 27 de enero de 2000, expediente 10867, con ponencia del Doctor Alier Eduardo Hernández dijo. “*El daño antijurídico, que el derecho español prefiere denominar ‘lesión’ será, entonces, un concepto más estricto que daño, que perjuicio, será un perjuicio antijurídico al margen de cualquier idea subjetiva – y no, por consiguiente, un daño causado antijurídicamente – y utilizable únicamente cuando no concurren causas de justificación expresas que legitimen el perjuicio, de modo que la lesión se dará exclusivamente cuando se produzca un daño que el sujeto determinado no tenga la obligación de soportar...*”

En conclusión para que el daño sea antijurídico, la causa del daño puede ser lícita o no, esto es que no se estructura en la antijuridicidad de la causa del daño.

“...Se entiende así por qué se califica esta responsabilidad de objetiva. En principio, no juega el problema de la culpa, ya que la norma constitucional desplaza el problema de la antijuridicidad de la conducta de la persona administrativa (funcionamiento irregular del servicio público) y lo radica en la antijuridicidad del daño. Daño que es antijurídico no solo cuando la administración actúa en forma irregular o culposa (forma obvia de antijuridicidad), sino también cuando esa actuación, pese a ser lícita o ajustada a la ley, lesiona a alguien que no tenía por qué soportar dicho daño...”⁸

2.1 LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO CON OCASIÓN DE LA ACTIVIDAD JUDICIAL A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991

Para analizar en debida forma el tema propuesto, es menester tomar en consideración que el Estado Social de Derecho se construye sobre la base del respeto a la libertad humana.

Colombia, como un Estado Social de derecho, garantiza el derecho a la libertad personal, y condena la detención o privación injusta de libertad, previendo la posibilidad de que el daño que con ella se produzca sea indemnizado plenamente, entendiendo la necesidad de controlar el ejercicio del poder público, a fin de que no se vulnere la libertad de los ciudadanos, y cuando haya necesidad de privar dicho derecho se haga dentro de un marco de racionalidad y proporcionalidad.

Esta posición de nuestro país no es aislada o exclusiva, sino que con fundamento en diferentes desarrollos internacionales, se propugna por el derecho a la libertad personal y se consagran disposiciones tendientes a regular las indemnizaciones por detención injusta.

⁸ Consejo de Estado Colombiano, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercer, Sentencia de julio de 1992, Consejero Ponente Carlos Betancur Jaramillo, expediente 6941

Como ya se expresó, en Colombia existen normas que hacen relación al derecho a percibir una indemnización en los eventos de privación injusta de la libertad, toda vez que aún con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1991, el Congreso había ratificado tratados internacionales que consagran el mismo.

2.2 LEGISLACION COLOMBIANA SOBRE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DERIVADA DE LA ACTIVIDAD JUDICIAL

En consonancia con lo planteado en relación con el principio de responsabilidad objetiva consagrado en el artículo 90 de la Constitución Política, se han expedido normas que regulan la responsabilidad del Estado por la actividad judicial, y es así como encontramos el Decreto Ley 2700 de 1991 Código de Procedimiento Penal que contempló dos posibilidades de responsabilidad por la actividad judicial a saber:

a.- Responsabilidad del Estado por error judicial que surge de la exoneración de responsabilidad del sindicado a través de la acción de revisión, conforme al artículo 242 que dijo:

“ART. 242.- **Consecuencia de la decisión que exonera de responsabilidad.** Si la decisión 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”.

b.- Responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, al tenor de lo dispuesto en el artículo 414 así:

“ ART. 414.- **Indemnización por privación injusta de 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.”

De igual manera encontramos la ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, la que se refiere en su articulado a la responsabilidad del Estado por la actividad judicial, estableciendo los distintos títulos de imputación de responsabilidad del Estado, como son error judicial, privación injusta de libertad y defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, es así como el artículo 65 dice: “ El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de sus agentes judiciales.

En los términos del inciso anterior, el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad.”

3. PRIVACION INJUSTA DE LIBERTAD CONFORME AL ARTICULO 414 DEL DECRETO LEY 2700 DE 1991

De conformidad con lo estipulado por el artículo 414, hay una responsabilidad patrimonial del Estado por la privación injusta de la libertad, que tiene como fundamento el daño que se causa a quien se ha impuesto la medida preventiva, cuando se dan las causales previstas en la norma.

En este punto es pertinente reiterar que la norma no se refiere en momento alguno a la ilegalidad de la medida, puesto que la misma bien puede haber sido dictada con apego a las exigencias legales, pero puede tornarse en injusta en la medida en que se presenten las causales enunciadas en la disposición legal, razón por la que no se hace en tales eventos valoración de la conducta del funcionario que profirió la medida.

Toda vez que el artículo que estamos analizando se refiere a la privación de libertad, es importante tomar de consideración esta medida en nuestro ordenamiento jurídico.

Sea lo primero puntualizar que en el entendido de que el hombre es libre, ha de entenderse que esta es la situación normal y por ende la que merece la protección del Estado, no obstante, este en aras de mantener el orden social, en ocasiones debe reglamentar algunas situaciones en las cuales se hace necesaria la limitación de dicha libertad.

En nuestra Constitución encontramos el artículo 28 que dice: "Toda persona nace libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley.", en donde claramente se admite la limitación a la libertad, de conformidad con la ley.

La ley por tanto se ha encargado de determinar cuando es procedente la privación de libertad, y fue en principio el Decreto Ley 2700 de 1991 el que definió la necesidad de por lo menos un indicio grave de responsabilidad en contra del sindicado para poder tomar la medida.

Mas adelante se expide la ley 600 de 2000 Código de Procedimiento Penal, el cual, al igual que el anterior se refiere a la detención preventiva, hablando de que la misma procede en situaciones excepcionales, con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, exigiendo dos indicios graves de responsabilidad en contra del sindicado.

Con la expedición del Nuevo Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, también se regula lo atinente a la libertad, pero encontramos que quien tiene la competencia para decidir sobre la privación de libertad del sindicado, es el Juez de Garantías, y ya no el Fiscal, exigiéndose la existencia de material probatorio y evidencias físicas que permitan “inferir razonablemente que el imputado pueda ser el autor del hecho”.

El Doctor Gustavo Morales Marín afirma: “ El Código entiende la libertad como un bien supremo, por lo que otorga a la persona el derecho para que ella le sea respetada. Las limitaciones que legalmente se consideran están referidas a hipótesis concretas, que se derivan de la obligatoriedad de garantizar la comparecencia del imputado, la preservación de la prueba o la protección de la comunidad, en especial de las víctimas. En este sentido considera como excepcional la medida limitativa de la libertad, indicando que su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales.”⁹

Todo lo anterior nos permite concluir que en vigencia de cualquiera de los Códigos de Procedimiento Penal es procedente tomar la medida de Detención preventiva con el cumplimiento de los requisitos establecidos en cada uno de esos ordenamientos, razón por la cual bien puede presentarse el hecho de una privación de libertad que por ser injusta, genere un daño antijurídico al ciudadano que deba ser indemnizado por el Estado.

Retomando entonces lo dispuesto en el artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991, es claro que la facultad de solicitar la indemnización del Estado surge cuando se presenta la absolución del detenido por las causales señaladas en dicha norma, sin consideración a que la medida haya sido o no ilegal, o así cuando ella se profirió, se hubiesen dado los requisitos establecidos en la ley para decretarla, esto es que se trata de un claro concepto de responsabilidad objetiva.

Cuando la norma en comento habla de inexistencia del hecho, se refiere a que, una vez adelantada la correspondiente investigación, se concluye que el hecho no existió, y si no existe bien jurídico alguno lesionado, no puede hablarse de un responsable. Es claro que esta situación es de difícil ocurrencia, no obstante se han dado casos en los cuales se ha condenado al Estado por esta circunstancia. (Sentencia de 30 de junio de 1994, Magistrado ponente Daniel Suárez Hernández, expediente 9734, Consejo de Estado, Sección Tercera).

Al expresar la norma que el sindicado no lo cometió, en este evento el hecho dañoso existió, pero en desarrollo de la investigación o aún dentro de la etapa del

⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercer, Sentencia de julio de 1992, Consejero Ponente Carlos Betancur Jaramillo, expediente 6941.

juicio según el caso, se concluye que el sindicato que había sido privado de libertad no lo cometió, puesto que el hecho era imputable a otra persona, se impone entonces la indemnización de los perjuicios causados a quien sufrió la medida, y por dicha circunstancia sufrió un daño injusto.

En cuanto a que la conducta no constituía hecho punible, es preciso tener en consideración que, para que una conducta sea punible debe ser, típica, antijurídica y culpable, y en la medida en que no se den estos presupuesto, no es posible endilgar responsabilidad penal, y en el evento de que se haya producido una medida de detención preventiva por una conducta atípica, es procedente reclamar al estado la indemnización del perjuicio causado.

Se considera importante poner de presente, que no todos los casos en los que se haya decretado detención preventiva se configura la causal objetiva que haga procedente la reclamación de indemnización.

Si bien es cierto que podemos afirmar que la norma en cometo constituyó un avance al consagrar en las tres hipótesis la posibilidad de obtener indemnización por parte del Estado presumiéndose en esos casos que la privación de la libertad fue injusta y hasta jurisprudencialmente estableciéndose que en esos casos sobra realizar análisis sobre la legalidad o ilegalidad de la medida o el cumplimiento de los requisitos para decretarla, ni sobre la conducta del funcionario que la decretó, no es menos cierto, que existen otras circunstancias que ameritan ser consideradas desde una óptica de responsabilidad objetiva como fundamento para una indemnización, y que vienen siendo acogidas en la jurisprudencia del Consejo de Estado como son: Cuando se inició de oficio una investigación que requería querrela y en ella se decretó medida de aseguramiento de detención preventiva, cuando se decretó la medida de aseguramiento estando prescrita la acción penal, o cuando el delito no contempla medida de aseguramiento y sin embargo se la decreta y se la hace efectiva.

Como bien lo afirmó el Doctor Daniel Suárez, la norma es un fiel desarrollo del artículo 90 Constitucional, circunscrita al daño proveniente de las circunstancias allí previstas.

Pese a que la ley 600 de 2000, actual Código de Procedimiento Penal no incorporó lo dispuesto en el artículo 414 del anterior Código, en relación con la responsabilidad del Estado por Privación injusta de Libertad, no podemos concluir que este título de imputación desapareció, puesto que como se ha venido planteando, existe una disposición de carácter constitucional que consagra la responsabilidad del Estado, y además continúa vigente la Ley Estatutaria de Administración de Justicia que considera la responsabilidad del Estado y sus funcionarios y empleados judiciales por distintos tipos de imputación entre los cuales se señala la privación de libertad.

Toda vez que la omisión del artículo 414 en la ley 600 de 2000 generaba inquietudes en lo referente a la Privación de libertad, dio origen a demanda ante la Corte Constitucional, en el entendido de que se podría afectar la efectividad del artículo 90 de la Constitución, pero al decidir la demanda presentada, esta Alta Corporación determinó que la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad no ha desaparecido puesto que existen otras normas obligatorias que regulan el asunto, haciendo alusión expresa a la Ley Estatutaria de Administración de Justicia.

Al respecto dijo la Corte:

*“El actor sostiene que el defecto constitucional de los artículos demandados consiste en no regular el tema de la responsabilidad patrimonial del Estado en los eventos en que el sistema de administración de justicia priva injustificadamente de la libertad a un individuo, olvidándose que dicha regulación se encuentra contenida en otros compendios normativos que son igualmente obligatorios”.*¹⁰

Conveniente es con base en lo anterior precisar, si ha cambiado la naturaleza objetiva de los supuestos contemplados en la norma omitida.

Es evidente que del análisis de la decisión de la Corte Constitucional en relación con el tema, y haciendo una lectura de lo dispuesto en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, no ha desaparecido o cambiado la naturaleza objetiva del daño que puede ocasionarse con la detención en determinadas circunstancias, ya que el sistema normativo está constituido por las distintas fuentes del derecho, y en ausencia de dicha norma el sistema jurídico suple su contenido, a partir de disposiciones constitucionales que la sustentan, las normas legales que la complementan y la jurisprudencia que sobre el tema ha adoptado el Consejo de Estado sobre el principio de la responsabilidad patrimonial del estado por daño antijurídico.

La duda surge de la lectura del artículo 68 de la ley 270/96 que se limitó a decir “ Quien haya sido injustamente privado de la libertad podrá demandar al Estado la indemnización de perjuicios”, sin que en ella se defina lo que ha de entenderse por privación injusta de libertad.

Quizá la norma omitió enumerar los casos en la consideración de la existencia precisamente de dicho señalamiento en una norma vigente a la época de su expedición, esto es a la vigencia del artículo 414, pero además, por vía jurisprudencial también se encontraban establecidos los presupuestos de tal noción.

¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia C-528 de 3 de julio de 2003, Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra

Quienes afirman que al no consagrarse en el nuevo Código lo previsto en el artículo 414 ha desaparecido el contenido objetivo de la responsabilidad por privación injusta de libertad se equivocan ya que olvidan que dicha responsabilidad se ha estructurado no solo con base en la norma en cita, sino con fundamento en la responsabilidad del estado construida sobre la noción de daño antijurídico contenida en nuestra Carta por parte del Consejo de Estado, máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

No debe olvidarse en este punto que como inicialmente se planteó, la responsabilidad del Estado se ha elaborado por la jurisprudencia con fundamento en la Constitución, aún ante la ausencia de ley.

Esto es que la privación injusta de libertad como base para reclamar la Responsabilidad patrimonial del Estado ha de entenderse con base en las distintas fuentes del derecho que han establecido los presupuestos de su ocurrencia.

La privación injusta de libertad es un título autónomo de imputación de la responsabilidad del Estado fundamentado en el artículo 90 de la Constitución, de allí que se estructure dicha responsabilidad desde el concepto de daño antijurídico.

Cuando el procesado no ha violado el orden jurídico, razón por la cual no tenía por que padecer la sanción que le fuera impuesta, surge la obligación del Estado de reparar el daño que le ha causado.

La responsabilidad por privación injusta de libertad no surge del actuar del agente que determinó la medida, sino de la constatación de que la medida que fue impuesta era injustificada. Es el efecto de la acción de la administración que causa un daño que el inculpado no está en el deber de soportar, aplicación indudable del principio de igualdad del ciudadano ante las cargas de la ley.

Al hablar de daño antijurídico, la Constitución hace referencia a que el daño es antijurídico en sí mismo, independientemente de la antijuridicidad de conducta del agente estatal, como lo aclara el Español LEGUINA, citado en sentencia de 23 de septiembre de 1993, "... En este último sentido, puramente económico o material, por perjuicio se entiende un detrimento patrimonial cualquiera, para que exista lesión resarcible se requiere, sin embargo, que este detrimento patrimonial sea antijurídico, no va porque la conducta de su autor sea contraria a derecho (antijuridicidad subjetiva), sino, mas simplemente porque el sujeto que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo."

Mientras subsista la norma constitucional, esto es el artículo 90 de la Constitución, la Responsabilidad Patrimonial del Estado por Privación Injusta de Libertad estará estructurada en la noción de daño antijurídico, y habrá lugar a

indemnización siempre que la medida sea injustificada, sin consideración a si la medida fue o no ilegal.

Si existiendo por tanto, dentro del proceso penal los presupuestos necesarios para decretar la medida de aseguramiento, el funcionario judicial toma la correspondiente decisión, dentro de la mayor legalidad, y con apego a la normatividad vigente, y no obstante con posterioridad hay lugar a la absolución por las causales consideradas hoy en día por la jurisprudencia, antes por el artículo 414, no habría lugar a repetir contra el funcionario o proponer un proceso de repetición por la indemnización a que se vio avocado el Estado, puesto que es claro que el actuar del funcionario fue ajustado a derecho sin existir dolo o culpa grave que imputarle, elementos estos que según la Constitución Política, Artículo 90, inciso 2° y la misma ley 678 de 2.001 Artículo 2° permiten repetir contra el funcionario, para de esta manera el Estado resarcirse en algo de la condena que le fuere impuesta.

3.1 EVOLUCION JURISPRUDENCIAL

Con el fin de hacernos una idea precisa de cómo ha evolucionado la jurisprudencia del Consejo de Estado en relación con la Privación de libertad, a continuación se transcriben algunos apartes de la misma, citada por el Tribunal Administrativo de Nariño en sentencia proferida en octubre de 2006 así:

EL CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, en Sentencia 14358 del 5 de agosto de 2004, al referirse a la RESPONSABILIDAD ESTATAL POR LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD, expuso:

“3.2. Responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad

En el subjuice, resulta pertinente registrar el tratamiento que el tema ha tenido a partir de la expedición de la Constitución Política del año 1991, y la regulación legal contenida en el Código de Procedimiento Penal vigente para la época en que ocurrieron los hechos.

En consonancia con lo anteriormente expuesto, en el Código de Procedimiento Penal contenido en el Decreto-Ley 2700 de 1991, expedido en desarrollo de las facultades extraordinarias que le fueran conferidas al Presidente de la República en el literal a del artículo constitucional transitorio 5º, cuya vigencia se extendió hasta el 23 de julio de 2001, en los artículos 242 y 414 se consagraron, expresamente, dos normas relativas a la responsabilidad del Estado por motivo de la administración de justicia en materia penal, así:

a) En la primera, se estableció responsabilidad como consecuencia de la cesación de procedimiento o sentencia absolutoria proferidos como conclusión de la acción

de revisión de la sentencia penal, en los eventos señalados en el artículo 232 de ese mismo estatuto.

b) En la segunda, se estableció responsabilidad patrimonial del Estado por razón de la privación injusta de la libertad, en los siguientes términos:

“ART. 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” (destaca la Sala).

La interpretación y aplicación que de dicha norma ha hecho la jurisprudencia de la corporación no ha sido uniforme; en efecto, respecto de este tema pueden observarse tres distintas directrices.

a) En un comienzo, si bien fue enmarcada dicha disposición en la noción de daño antijurídico prevista en el artículo 90 de la Constitución, por considerarse que representaba un fiel desarrollo de ese canon constitucional, con carácter restrictivo se dijo que en tales eventos la responsabilidad estatal se veía comprometida por razón de una actuación ilegal del Estado, como por ejemplo, la detención de una persona como consecuencia de una captura con desconocimiento de las exigencias legales (6).

Así mismo, se manifestó igualmente que la responsabilidad prevista en la disposición en comento, es de carácter objetivo y tiene como fundamento el error judicial, que se produce como consecuencia de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, previa una valoración seria y razonable de las distintas circunstancias del caso; por manera que, para su deducción —se dijo— es irrelevante el estudio de la conducta del juez o magistrado, es decir, que no interesaba averiguar si aquél actuó o no con culpa o dolo(7); aunque, se agregó, el error judicial se debe reparar no solo en los casos de una injusta privación de la libertad, sino en todos los demás eventos en los que se demostrara, con fuerza de convicción, la existencia de una manifiesta equivocación(8).

De esa manera entonces, se condicionó la configuración o procedencia de la responsabilidad del Estado por el hecho de la privación de la libertad, a la demostración de un error jurisdiccional y no a la sola circunstancia de probarse una cualquiera de las tres hipótesis que preveía el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, esto es, que en sentencia o providencia equivalente el procesado haya sido absuelto por encontrarse que el hecho punible imputado no existió, o que no lo cometió, o que la conducta no estaba tipificada como punible,

porque —se afirmó—, cuando medien indicios serios en contra del sindicato, la detención es una carga que todas las personas deben soportar por igual y que, por lo tanto, debía probarse de modo específico y suficiente el error o la ilegalidad de la decisión que dispuso la detención.

Al respecto, en sentencia del 25 de julio de 1994, se dijo:

“Ella (la sindicada) 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 mediaran circunstancias extralegales o deseos de simple venganza.

“La investigación de un delito, 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 hubo algo indebido en la retención. Este extremo, de tan delicado manejo, requería pruebas robustas y serias y no meras inferencias o conjeturas”(9) (se adicionan la nota entre paréntesis y las negrillas).

b) Pero, en una segunda época, esa carga procesal para el actor de demostrar el carácter injusto de la detención para obtener indemnización de perjuicios, consistente en probar la existencia de un error jurisdiccional respecto de la medida de detención, fue reducida tan solo a los casos de detención diferentes a los contemplados en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal(10) porque, con relación a los tres eventos allí señalados, la ley calificó que se estaba en presencia de una detención injusta y que, por lo tanto, surgía para el Estado la obligación de reparar los perjuicios con ella causados.

Así, por ejemplo, en sentencia del 17 de noviembre de 1995, esta Sala manifestó:

“3. 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; y, en tales eventos, habiéndose producido la detención preventiva por una providencia judicial, la fuente de la responsabilidad no será otra que el error jurisdiccional”(11).

Luego, en sentencia del 12 de diciembre de 1996, se reiteró el carácter injusto de los tres casos de detención que preveía el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, y que por consiguiente, frente a la reclamación de perjuicios fundada en ese motivo, era indiferente establecer si en la providencia que ordenó la privación de la libertad se incurrió o no en error judicial, por cuanto lo que compromete la responsabilidad del Estado no es la antijuridicidad de la conducta

del agente del Estado, sino, la antijuridicidad del daño sufrido por la víctima, en tanto que ésta no tiene la obligación jurídica de soportar el daño causado.

Sobre el particular, se expuso:

“Esta norma instaura legalmente la responsabilidad estatal por daños causados por la administración de justicia, para los casos en que los particulares sean privados injustamente de su libertad. En su segunda parte, ella 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 indemnización de quien la sufrió, salvo en los casos en que sea la propia víctima la que la haya causado por su dolo o su culpa grave.

... En la legislación colombiana éste es uno de los pocos casos en que el legislador ha resuelto, por ley, la situación fáctica, no dejando 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 hablar de la responsabilidad patrimonial desde una CONCRETA REALIDAD, como lo enseña el profesor Tomás Ramón Fernández”(12) (mayúsculas fijas del original negrillas fuera del texto).

Y, más adelante, se concluyó:

“... Se reitera que es un tipo de responsabilidad objetiva en la medida en que no requiere la existencia de falla del servicio, razón por la cual no tiene ninguna incidencia la determinación de si en la providencia que ordenó la privación de la libertad hubo o no error judicial; y no es posible la exoneración de responsabilidad de la administración con la sola prueba de diligencia que en este caso se traduce en la demostración de que dicha providencia estuvo ajustada a la ley(13) (resalta la Sala).

c) Sin embargo, también se ha puesto de presente que el Estado no siempre está en el deber jurídico de indemnizar todo daño que sufran los particulares, sino, únicamente aquellos que comporten la característica de ser antijurídicos, es decir, aquellos en los que el Estado no se encuentra habilitado por un título jurídico válido para establecer o imponer la carga o sacrificio que el particular padece, o sea, cuando éste no tiene la obligación jurídica de soportar dicho menoscabo a sus derechos y patrimonio, independientemente de la legalidad o ilegalidad del acto estatal, o de que la conducta del agente del Estado, causante del daño, haya sido dolosa o culposa.

En sentencia del 27 de septiembre de 2000, la Sala precisó lo siguiente:

“Debe anotarse, adicionalmente, que no cualquier daño da lugar a la existencia de un perjuicio indemnizable. Los ciudadanos están obligados a soportar algunas cargas derivadas del ejercicio de las funciones administrativas, y sólo en la medida en que, como consecuencia de dicho ejercicio, se produzca un perjuicio anormal, puede concluirse que han sido gravados de manera excepcional. Y es claro que la anormalidad del perjuicio no surge de la ilegalidad de la conducta que lo causa; bien puede existir un daño antijurídico producido por una actuación cumplida conforme a derecho, o un daño no antijurídico producido por una actuación ilegal. Así, si bien el hecho de que se adelante una investigación, de cualquier índole — penal, disciplinaria, fiscal, etc.— genera preocupaciones e incomodidades a las personas que resultan vinculadas a ella, no siempre se causará, por esa sola circunstancia, un perjuicio indemnizable a los afectados. Su existencia, en cada caso, deberá ser demostrada”(14) (resalta la Sala).

Y, más adelante, respecto de las restricciones a la libertad individual producidas como consecuencia del ejercicio de la función de administración de justicia en materia penal, se anotó:

“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 (15). He aquí la demostración de que la injusticia del perjuicio no se deriva de la ilicitud de la conducta del agente del Estado”(16) (subrayado fuera de texto).

(2) En Colombia, según lo preceptuado en el artículo 116 de la Constitución de 1991, administran justicia la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los tribunales, los jueces, y los jueces penales militares; en algunos casos el Congreso de la República (arts 174, 178, num. 3º), excepcionalmente también algunas autoridades administrativas (aunque no les está autorizado la instrucción de sumarios ni juzgar delitos), como es el caso de la Superintendencia de Sociedades, lo mismo que los particulares en la condición de conciliadores, árbitros, jueces de paz, y las autoridades de los territorios indígenas.

(3) Como es el caso de los autos mediante los cuales se pone fin al proceso judicial, v.gr. cesación de procedimiento penal, aprobación de conciliación judicial, perención del proceso, aceptación de desistimiento de la demanda, etc.

(4) Véase el recuento jurisprudencial que sobre el particular se hace en las sentencias del 24 de agosto de 1990 y 10 de mayo de 2001 de la Sección Tercera de la corporación, expedientes 5451 y 12.719, respectivamente.

(5) Ver sentencia del 14 de febrero de 1980, expediente 2367 y auto del 26 de noviembre del mismo año, 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.

(6) Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de junio de 1994, expediente 9734.

(7) Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de septiembre de 1994, expediente 9391.

(8) *Idem.*

(9) Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente 8.666.

(10) **Otros casos de detención injusta, distintos a los tres previstos en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal**, podrían ser por ejemplo los siguientes: detención por delitos cuya acción se encuentra prescrita; detención por un delito que la legislación lo sustrae de tal medida de aseguramiento; detención en un proceso promovido de oficio, cuando el respectivo delito exige querrela de parte para el ejercicio de la acción penal, etc.

(11) Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente 10.056.

(12) Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 12 de diciembre de 1996, expediente 10.229.

(13) *Idem.*

(14) 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.

(15) 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 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.

(16) Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de septiembre de 2000, expediente 11.601.

Igualmente, el CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION TERCERA – Consejera Ponente: Dra. MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ, en Providencia del 27 de noviembre de 2003, radicación No. 52001-23-31-000-1996-0786601, Actor: JOSE MARIA GERARDO CHAVEZ LOPEZ y Otros, DEMANDADA: Nación (Fiscalía General de la Nación), referencia: Expediente No. 14.530, al referirse al tema de la responsabilidad patrimonial del Estado derivada de la privación de la libertad, entre otros aspectos manifestó:

“(…)

5. Supuestos para la configuración de responsabilidad por detención preventiva: La Sección Tercera del Consejo de Estado en la interpretación del artículo 414 del Código de Procedimiento Penal contenido en el decreto ley 2 100 de 1991 ha adoptado dos clases de posiciones una tesis "subjetiva o restrictiva" y otra "objetiva o amplia" El contenido de esa norma es la siguiente

ARTÍCULO 414. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios. Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave."

a. La primera de esas tesis, "subjetiva o restrictiva", condiciona la mencionada responsabilidad del Estado en cuanto a la conducta, a que la imputada esté fundada en decisiones jurisdiccionales arbitrarias y abiertamente ilegales; al respecto pueden verse las siguientes providencias

Sentencia proferida el 1° de octubre de 1992. Sostuvo que la providencia judicial que ordenó la detención preventiva que causa el daño debe contener una decisión ilegal, ostensible y manifiestamente errada.¹

Sentencia dictada el día 2 de julio de 1994: precisó que "La investigación de un delito, cuando medien indicios serios contra la persona sindicada, es una carga que todas las personas deben soportar por igual, de manera que la absolución final no prueba, per se, que hubo algo indebido en la retención"

Sentencia del 15 de septiembre de 1994 en la cual se destacó que el error judicial es conducta que puede dar lugar a la responsabilidad del Estado: se dijo:

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

a) Ella torna apoyo en el artículo 90 de la Constitución Nacional y en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, y se ubica en el ámbito de la responsabilidad directa del Estado por error judicial, que se produce como consecuencia de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, y previa una valoración seria y razonable de las distintas circunstancias del caso, o como lo ha dicho la Corte Constitucional "Todo procedimiento judicial que prive a la persona de uno de sus derechos fundamentales y que sea considerado erróneo" (Sentencia número 12 del 2 de febrero de 1978).

b) El error judicial puede responder a una errónea apreciación de los hechos, o a una desfasada subsunción de la realidad fáctica en la hipótesis normativa, o a una grosera utilización de la normatividad jurídica, en el caso sometido a consideración del juez.

c) El error de hecho por si solo, jamás será determinante de la responsabilidad administrativa, pues como la enseña bien el Profesor Guido Santiago Tawil, '() cualquiera que sea el vicio determinante de la resolución, el error judicial no estará en los hechos o en las pruebas, en si mismos considerados, sino en el MODO DE SUBSUMIR a éstos en el ordenamiento jurídico, cuya aplicación en cada caso resulte obligada' (La Responsabilidad del Estado y de los Magistrados y Funcionarios Judiciales por Mal Funcionamiento de la Administración de Justicia. Depalma, p. 54).

d) La responsabilidad de la Administración dentro del ámbito que se estudia, no opera sólo en los casos contemplados en el artículo 414 del C. de Procedimiento Penal, pues la Constitución Nacional ordena reparar el daño que se genere por una conducta antijurídica de ella. Con esto se quiere significar que el error judicial se debe reparar no sólo en los casos de una INJUSTA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD, sino en todos los eventos en que se demuestre, con fuerza de convicción, la existencia de una manifiesta equivocación (..).

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

f) *Condictio sine qua non* para que se pueda declarar la responsabilidad de la Administración es la de que no se registre una ACTITUD DOLOSA O CULPOSA POR PARTE DEL SINDICADO o de los DAMNIFICADOS. (...).

g) *La reparación por el daño causado debe ser integral, esto es, se debe indemnizar tanto el daño emergente, como el lucro cesante y el daño moral. Ni la Constitución Nacional ni ley alguna han puesto limitaciones en este particular.* ¹¹

Sentencia pronunciada el día 17 de noviembre de 1995, se precisó que fuera de los casos señalados en el artículo 414 del C. P. P. el demandante debe demostrar no sólo que la detención preventiva que se le dispuso fue injusta, sino que fue injustificada y que "habiéndose producido la detención preventiva por una providencia judicial, la fuente de la responsabilidad no sería otra que el error jurisdiccional". (12).

Sentencia dictada el día 2 de octubre de 1996; indicó que "Para configurar la responsabilidad reclamada en este proceso, la privación de la libertad ha debido ser injusta, es decir fruto de decisiones contrarias al derecho o abiertamente arbitrarias, con desconocimiento de disposiciones tanto constitucionales como legales, constitutivas de verdaderas garantías de ese derecho fundamentalmente de las personas, las cuales en ningún momento se vieron vulneradas por la medida privativa de la libertad".

b. En la segunda tesis jurisprudencial sobre la responsabilidad del Estado causada en detención preventiva, "objetiva o amplia", se sujeta esta responsabilidad y en cuanto a la conducta imputada a que la persona que ha sido privada de la libertad y que posteriormente ha sido liberada como consecuencia de una decisión de autoridad competente, ésta haya sido fundamentada en que el hecho no ocurrió, o no le es imputable o que no constituyó conducta punible, sin necesidad de valorar la conducta del juez o de la autoridad que dispuso la detención.

La Sala adoptó la última posición jurisprudencial mencionada con fundamento en lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991 y mediante la interpretación del artículo 414 del decreto ley 2.700 de 1991; expresó que bastaba la demostración de la antijuridicidad del daño imputable a la Administración para que se configurara la responsabilidad patrimonial del Estado, sin que fuera menester la evaluación de la conducta del funcionario judicial y la comprobación de si la misma era errada, ilegal, arbitraria o injusta. Los principales lineamientos de esta jurisprudencia están contenidos en las siguientes providencias:

- Sentencia proferida el día 30 de junio de 1994. ¹⁴

"el artículo 414 del C de P. P consagra una acción indemnizatoria en contra del Estado y sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicato no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible.

Como en el sub iudice 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, sólo que circunscrito al daño antijurídico proveniente de las precisas circunstancias allí previstas. "

- Sentencia proferida el 12 de diciembre de 1996

"Se reitera que es un tipo de responsabilidad objetiva en la medida en que no requiere la existencia de falla del servicio, razón por la cual no tiene ninguna incidencia la determinación de si en la providencia que ordenó la privación de la libertad hubo o no error judicial y no es posible la exoneración de responsabilidad de la administración con la sola prueba de diligencia que en este caso se traduce en la demostración de que dicha providencia estuvo ajustado a la ley (...).

Por las mismas consideraciones, en estos casos tampoco puede exigirse al demandante, como requisito de procedibilidad de su pretensión indemnizatoria que haya interpuesto los recursos legales contra la providencia que ordenó la detención; y este es el motivo por el cual, a juicio de la Sala, la ley 270 de 1996 al enunciar los presupuestos de la responsabilidad estatal por error judicial dentro de los cuales se encuentra el de que el afectado haya interpuesta los recursos de ley, exceptúa los casos de privación de la libertad, disponiendo que en dichos eventos no es necesario el cumplimiento de tal requisito"

- Sentencia proferida el día 27 de septiembre de 2001

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

c. POSICIÓN ACTUAL DE LA SALA y respecto del artículo 414 del C. P. P., exclusivamente, por cuanto los hechos demandados ocurrieron bajo su vigencia: Se reitera lo dicho en la sentencia precitada, de 27 de septiembre de 2001, porque se considera que en esos eventos la responsabilidad del Estado existe

cuando se ha causado un daño antijurídico por la privación de la libertad de un sujeto que fue absuelto 1) o porque la detención resultó injusta o 2) porque fue exonerado por sentencia absolutoria definitiva debido: o a que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible. Al respecto no queda duda, pues así lo indica el artículo 414 que nuevamente se cita.

"ARTÍCULO 414. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave." (Destacado con negrilla por fuera del texto original).

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 90 de nuestra Constitución Política el Estado es patrimonialmente responsable por los daños antijurídicos que le sean imputables, de manera que si un sujeto es privado de la libertad en desarrollo de una investigación penal y posteriormente liberado mediante providencia judicial en la que se resuelve desvincularlo del proceso penal, los daños que demuestre y que deriven de la detención deben serle indemnizados, toda vez que no estaba en el deber de soportarlos.

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

No es necesario, generalmente, demostrar la existencia de una decisión errónea, conforme lo expuesto, la Sala encuentra que una providencia judicial proferida conforme a la ley que prevé y regula la detención preventiva, puede causar un daño antijurídico cuando en el curso de la investigación penal no se desvirtúa la presunción de inocencia del sindicado que, en cumplimiento de dicha providencia, ha sido privado de la libertad.

Se precisa igualmente que no es de recibo el argumento, aducido por la Nación (Fiscalía General de la Nación), 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 nuestra carta magna, en particular et in dubio pro reo. Al efecto cabe tener en cuenta que la Sala consideró, en sentencia proferida el día 18 de septiembre de 1997 que: "No puede aceptarse que la falta de actividad probatoria

por parte del Estado la tengan que soportar, privados de la libertad los sindicatos, cuando precisamente del cumplimiento a cabalidad de dicha función depende el buen éxito de la investigación y desde luego solamente con una adecuada prueba, indicio grave de responsabilidad, se repite, era procedente la medida de aseguramiento'.

Nótese que descomponiendo el contenido de dicha norma se advierten dos situaciones para la indemnización de los daños padecidos por las personas que han sido detenidas; así:

Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios, y

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.

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política el Estado es patrimonialmente responsable por los daños antijurídicos que le sean imputables de manera que si un sujeto es privado de la libertad en desarrollo de una investigación penal incluso es enjuiciado hay lugar a la indemnización cuando se prueba o que fue injustamente privado de la libertad, o porque fue exonerado por sentencia absolutoria definitiva o por su equivalente en alguno de los eventos anotados. El estudio anterior sobre el sentido del artículo 414 del C P. P muestra que la responsabilidad patrimonial del Estado procede cuando, se recaba, demostrado el daño, se cumplen además los siguientes supuestos:

1.- O cuando una persona ha sido privada injustamente de la libertad

2.- O cuando ha sido exonerada por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente, en este último caso cuando se de alguno de los siguientes eventos:

- Porque el hecho no existió*
- Porque el sindicado no lo cometió, o*
- Porque la conducta no constituía hecho punible"*

Finalmente es importante tener en cuenta que el Consejo de Estado en sentencia de 20 de octubre de 2005, radicado 15432, con ponencia de la Doctora Ruth Stella Correa Palacio expresó:

"...En síntesis, considera la Sala que quien haya sido privado de la libertad de manera preventiva y absuelto en sentencia ejecutoriada o en providencia que disponga la terminación del proceso, tiene derecho a la indemnización de

perjuicios que la medida le haya causado, siempre que ésta haya sido injusta, calificación que puede provenir, entre otros eventos, de cuando la medida se profirió desatendiendo las disposiciones que sobre la materia establece la ley o cuando el proceso termine con absolución o su equivalente, porque el hecho no existió, o el sindicado no lo cometió, o el hecho no era constitutivo de delito; o haya sido irrazonable porque el juicio sobre su procedencia según los parámetros de la ley no corresponda con la prueba que obraba en el proceso penal; o injustificada porque aunque se hubiera proferido inicialmente conforme a los parámetros legales, excedió el plazo razonable; o sea desproporcionada su duración en consideración al delito de que se trate; o porque, de acuerdo con las circunstancias específicas del asunto, al margen de la licitud o ilicitud de la decisión que le sirvió de fundamento, el particular que fue objeto de la medida privativa de la libertad no estaba en el deber jurídico de soportarla, conforme se hace evidente como consecuencia de una decisión definitiva de carácter absolutorio. En cada caso corresponderá al actor demostrar la injusticia, ilegalidad o irrazonabilidad de la medida.....”

De otro lado es importante traer a colación la sentencia se 4 de abril de 2002, proferida por el Honorable Consejo de Estado con ponencia de la Doctora María Elena Giraldo, en la cual se hace un análisis de diferentes sentencias sobre privación injusta de libertad, pero de igual manera modifica de manera preocupante la posición de dicha Corporación, por lo cual es importante transcribir algunos apartes de la misma así:

“...d) La responsabilidad de la Administración, dentro del ámbito que se estudia, no opera sólo en los casos contemplados en el artículo 414 del C. de Procedimiento Penal, pues la Constitución Nacional ordena reparar el daño que se genere por una conducta antijurídica de ella. Con esto se quiere significar que el error judicial se debe reparar, no sólo en los casos de una INJUSTA PRIVACION DE LA LIBERTAD, sino en todos los eventos en que se demuestre, con fuerza de convicción, la existencia de una manifiesta equivocación..

No es necesario, generalmente demostrar la existencia de una decisión errónea conforme a lo expuesto, la Sala encuentra que una providencia judicial proferida conforme a la ley que prevé y regula la detención preventiva, puede causar un daño antijurídico cuando en el curso de la investigación penal no se desvirtúa la presunción de inocencia del sindicado que, en cumplimiento de dicha providencia, ha sido privado de la libertad.....”

Gran preocupación nos ha causado la tesis planteada en esta Sentencia, que sostiene que con base en el principio de la presunción de inocencia, se debe indemnizar a toda persona que haya sido detenida y luego absuelta o su investigación precluida, por cualquier causa, así fuera por causas diferentes a las

consagradas en el Art. 414 del C. P. P o las tres más agregadas por la jurisprudencia.

No solo por las consecuencias patrimoniales que esta decisión traería contra el Estado, sino además, porque propiciaría más la impunidad, pues, no olvidemos que aún antes de la vigencia de la ley 678 de 2.001, ya se realizaban llamamientos en garantía auspiciados por el Ministerio Público a fin de poner en vigencia el numeral 2° del Art. 90 de la C. Nacional o se adelantaban acciones de Repetición siguiendo el procedimiento ordinario, así, cuando la Rama Judicial o La Fiscalía eran demandadas en reparación por razón de privación injusta de la libertad, la entidad llamaba en garantía al funcionario que decretó la medida de aseguramiento. Ahora con mayor razón pues no olvidemos que la mencionada ley que convirtió en disposición legal muchos de los temas tratados por la jurisprudencia sobre este aspecto desde 1.991 al 2.001, en su Art.3° consagra : *“ Finalidades. La acción de repetición está orientada a garantizar los principios de moralidad y eficiencia de la función pública, sin perjuicio de los fines retributivo y preventivo inherentes a ella.”*

Además, en el párrafo 3° del Artículo 2° establece: *“La acción de repetición también se ejercerá en contra de los funcionarios de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar, de conformidad con lo dispuesto en la presente ley y en las normas que sobre la materia se contemplan en la ley estatutaria de la administración de justicia*

Si bien es cierto que tanto el Art. 90 como la ley 678 consagran la acción de repetición como el llamamiento en garantía con fines de repetición, cuando el funcionario ha incurrido en conducta dolosa o gravemente culposa al realizar el hecho, la omisión, o la operación administrativa por cuya causa se condena al Estado o éste ha tenido que conciliar, o en nuestro caso si tal conducta dolosa o gravemente culposa se presenta al dictar la medida de aseguramiento, y si bien dentro del proceso se podrá demostrar que no se actuó ni con dolo ni con culpa grave, en todo caso no deja de ser engorroso que el funcionario tenga que verse como demandado en una repetición o llamado en garantía con los mismos fines en un proceso de reparación, y tal temor podría incidir en resistirse o evitar en la mayoría de los casos dictar una medida de aseguramiento que comprometa la libertad del encartado. Este temor nos asalta, pues no han sido pocos los casos en que no solo en un proceso penal se ha dictado medida de aseguramiento, sino que se ha dictado Resolución de Acusación y finalmente hasta se ha condenado en primera instancia, por existir mérito para ello, pero en segunda instancia se ha considerado que si bien hubo mérito para dictar Resolución de Acusación, no existe la certeza absoluta para condenar y se ha absuelto aplicando el principio in dubio pro reo, en esos casos la jurisprudencia anterior generalmente no condenaba al Estado por privación injusta de la libertad, pero aplicando la tesis que comentamos habría que hacerlo. Afortunadamente, el Consejo de Estado en providencias más recientes como vimos de 2.005 ha vuelto a considerar que la

privación solo se presume injusta en los casos del 414 y los tres más por ella agregados, en los demás habrá que demostrar esa injusticia, es decir, si se dieron los requisitos para detener y la providencia se dictó conforme a la ley, no cabría indemnización. Lo que nos parece más adecuado tanto para el patrimonio estatal como para la autonomía de la Administración de justicia.

En cambio en los casos contemplados en el 414 y los 3 más agregados por jurisprudencia, no solo debe presumirse la injusticia de la privación, sino evitarse un proceso de reparación directa consagrando legalmente un procedimiento simplemente administrativo para la reclamación con el cumplimiento de ciertos requisitos probatorios.

Resulta igualmente inquietante, el mirar en las contestaciones de la Fiscalía insistentemente argumentar que: la detención es una carga que el ciudadano debe soportar en bien de la investigación, puesto que como vimos la jurisprudencia hace mucho que superó tal posición y seguirla esgrimiendo no le trae ningún beneficio a la entidad demandada y al contrario la deja prácticamente huérfana de defensa jurídica.

Como puede observarse en la jurisprudencia transcrita, resulta perfectamente claro que los fallos que se vienen profiriendo en el último tiempo recogen el criterio de daño antijurídico, en los casos de privación de libertad cuyo título de imputación es alguna de las causales previstas en el artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991, pese a que desde la vigencia de dicha norma ha tenido diversas interpretaciones.

3.2 LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD Y LA LEY 906 DE 2004

Toda vez que en algunas regiones de Colombia se encuentra en vigencia la ley 906 de 2004, Nuevo Código de Procedimiento Penal, el cual entrará a regir en el Distrito Judicial de Pasto a partir del primero de enero de 2007, necesario es hacer referencia puntual en relación con la responsabilidad del Estado que puede surgir de las medidas de aseguramiento que se tomen y que pueden constituir privación injusta de libertad.

La detención preventiva como se presenta en nuestro país, se constituye en un instrumento en virtud de la cual la ley permite la limitación del derecho a la libertad de la persona sindicada, esto es que el derecho a la libertad no es absoluto, sino que se encuentra limitado bajo ciertas consideraciones de manera excepcional.

Si bien es cierto la ley 906 de 2004 exige elementos materiales probatorios y evidencias físicas de las cuales “se pueda inferir razonablemente que el imputado pueda ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga...” es evidente que se está hablando de indicios, y ello implica que se está abocado a la posibilidad de causar con la medida preventiva, un daño antijurídico al ciudadano y

por ende se justifica la reparación de los daños antijurídicos que se causen, esto es que se deben asumir las consecuencias de la falibilidad de la medida.

Sea lo primero reiterar que este Código, al igual que la Ley 600 de 2000 omite la disposición contenida en el artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991.

En consonancia con lo que se ha venido planteando, en los eventos en que se presenten situaciones de detención preventiva, con la posterior absolución por las causales que enunciaba el artículo 414, o las consideradas por la jurisprudencia, con apoyo en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia y el artículo 90 de la Carta Política, seguirán siendo considerados como casos de responsabilidad objetiva del Estado por el daño antijurídico infringido al ciudadano.

Vale la pena tener en cuenta que en el evento de condenas en este caso, y habida consideración de que de acuerdo con el nuevo ordenamiento la medida será tomada por el Juez de Garantías y no por el Fiscal, se afectará el presupuesto de la Rama Judicial y no el de la Fiscalía General de la Nación; claro está que puede presentarse el caso de que se condene a las dos Entidades, toda vez que la investigación es adelantada por la Fiscalía, y los elementos aportados por ésta serán los que sirvan de base al Juez para tomar la medida.

4. RELACION DE PROCESOS CONTRA LA FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN EN EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO

A continuación se hace una relación de los procesos que cursan en el Tribunal Administrativo de Nariño por privación injusta de libertad, medida proferida por Fiscales de Nariño y Putumayo. Al respecto es importante anotar que se tienen en cuenta los procesos iniciados desde el año 2000, haciendo notar que desde esa fecha, hasta junio de 2006, existían 132 procesos en contra de la Fiscalía General de la Nación, de los cuales 57 fundan sus pretensiones en la privación injusta de libertad, lo cual equivale a decir que el 43,18% de los procesos que cursan en contra de la mencionada Entidad obedecen a dicha causal.

No. PROCESO	RADICACION DEL PROCESO	VALOR	ESTADO PROCESO	CRITERIO JURIDICO	FALLO O SENTENCIA
1	2002-1658	50000	Fallo Favorable 21-May-04 CONSEJO DE ESTADO, 04/08/04	PRIVACION DE LIBERTAD	F
2	2002-0917	60000	ESTUDIO 04/06/04	PRIVACION DE LIBERTAD	
3	2002-0022	24503	ESTUDIO	PRIVACION DE LIBERTAD	
4	2001-1378		ESTUDIO	PRIVACION DE LIBERTAD	F
5	2001-1496		FALLO FAVORABLE C. C. DE ESTADO EN QUEJA	PRIVACION DE LIBERTAD	F
6	2002-0753	30900	ESTUDIO	PRIVACION DE LIBERTAD	
7	2003-1545	280SMMLV	ESTUDIO 03/05	PRIVACION DE LIBERTAD	
8	2002-1596	324766	VENCIO ETAPA PROBATORIA	PRIVACION DE LIBERTAD	
9	2003-0314	15450	ESTUDIO	PRIVACION DE LIBERTAD	
10	2004-0922	386640	AL DESPACHO	PRIVACION DE LIBERTAD	
11	2003-1455		PRUEBAS	PRIVACION DE LIBERTAD	
12	2004-0046	250000	ESTUDIO	PRIVACION DE LIBERTAD	

13	2002-0907	42000	ESTUDIO	PRIVACION DE LIBERTAD	
14	2002-1573	98143	ANIMO	PRIVACION DE LIBERTAD	
15	2003-1547	33200	PRUEBAS	PRIVACION DE LIBERTAD	
16	2003-1559	250000	ESTUDIO	PRIVACION DE LIBERTAD	
17	2003-0321	36200	ESTUDIO	PRIVACION DE LIBERTAD	
18	2003-1312	398400	ESTUDIO	PRIVACION DE LIBERTAD	
19	2002-0222	80000	ESTUDIO	PRIVACION DE LIBERTAD	
20	2003-1660	332000	PRUEBAS	PRIVACION DE LIBERTAD	
21	2003-1807	33200	PRUEBAS	PRIVACION DE LIBERTAD	
22	2000-0141	97000	C. DE ESTADO	PRIVACION DE LIBERTAD	F
23	2001-0153	128030	C. DE ESTADO	PRIVACION DE LIBERTAD	C
24	2004-1051	136040	EXCEPCIONES	NO LEVANTAR ORDEN CAPTURA	
25	2003-0211	38200	FALLADO	PRIVACION DE LIBERTAD	C
26	2003-1592	416486	ESTUDIO	PRIVACION DE LIBERTAD	
27	2002-0758		ESTUDIO	PRIVACION DE LIBERTAD	

28	2003-1214	1000000	ESTUDIO	PRIVACION DE LIBERTAD
29	2003-0113	299730	PRUEBAS	PRIVACION DE LIBERTAD
30	2001-0653	25628	ESTUDIO	PRIVACION DE LIBERTAD
31	2002-0464	103500	ALEGATOS	PRIVACION DE LIBERTAD
32	2002-0430	130460	ALEGATOS	PRIVACION DE LIBERTAD
33	2003-0821	275200	DESPACHO	PRIVACION DE LIBERTAD
34	2003-1202	240000	DESPACHO	PRIVACION DE LIBERTAD
35	2001-1379	82000	ESTUDIO	PRIVACION DE LIBERTAD
36	2003-1860	200000	DESPACHO	PRIVACION DE LIBERTAD
37	2002-1154		ALEGATOS	PRIVACION DE LIBERTAD
38	2003-1857	90000	PRUEBAS	PRIVACION DE LIBERTAD
39	2003-1218	50000	CONTESTADA	PRIVACION DE LIBERTAD
40	2004-1678	70000	PRUEBAS	PRIVACION DE LIBERTAD
41	2004-1125	50000	PRUEBAS	PRIVACION DE LIBERTAD
42	2005-0007	28640	EXCEPCIONES	PRIVACION DE LIBERTAD

43	2004-1720	35800	PRUEBAS	PRIVACION DE LIBERTAD	
44	2004-1705	35800	PRUEBAS	PRIVACION DE LIBERTAD	
45	05-0217	28640	NOTIFICACION	PRIVACION DE LIBERTAD	
46	03-0361	30000	PRUEBAS	PRIVACION DE LIBERTAD	
47	2005-0006	35800	PRUEBAS	PRIVACION DE LIBERTAD	
48	2002-705	2980000	PRUEBAS	PRIVACION DE LIBERTAD	
49	2000-0578	72000	C. DE ESTADO	PRIVACION DE LIBERTAD	C
50	2000-0160		C. DE ESTADO	PRIVACION DE LIBERTAD	F
51	04-0215	1000000	PRUEBAS	PRIVACION DE LIBERTAD	
52	05-0314	50000	NOTIFICACION	PRIVACION DE LIBERTAD	
53	04-1247	35800	NOTIFICADO	PRIVACION DE LIBERTAD	
54	05-1017	100SMMLV	NOTIFICADO	PRIVACION DE LIBERTAD	
55	2-1264	23480	FALLADO	PRIVACION DE LIBERTAD	C
56	2-1150		EN LIQUIDACION	PRIVACION DE LIBERTAD	C
57	03-0004	120900	ALEGATOS	PRIVACION DE LIBERTAD	

En el cuadro se ha hecho anotación del valor de las pretensiones en miles de pesos, y en ocasiones en gramos de oro o salarios mínimos mensuales legales vigentes, dependiendo de la forma como se han planteado en las diferentes demandas.

No es posible con lo reseñado establecer en forma certera el monto de indemnizaciones a cargo de la Entidad demandada ya establecidas en un fallo, puesto que como se observa la mayoría de los procesos se encuentran en trámite.

5. CONCLUSIONES

Una vez analizado a grandes rasgos el tema de la Responsabilidad del Estado por Privación Injusta de Libertad, y la incidencia que tiene la supresión de la disposición contenida en el artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991, se puede concluir:

Que a partir de la vigencia de la Constitución Política de 1991, se establece por primera vez la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado con base en la concepción de daño antijurídico, y esa concepción se aplica a todos los órganos del Estado, incluido el Estado Juez.

Queda claramente establecido que pese a la desaparición de lo preceptuado en el artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991, está plenamente vigente la concepción de Responsabilidad objetiva del Estado en los casos de privación injusta de libertad cuando se dan las circunstancias que consagraba la norma e igualmente cuando se presentan los casos de que se inició de oficio una investigación que requería querrela, se decretó la medida de aseguramiento estando prescrita la acción penal, o cuando el delito no contempla medida de aseguramiento y sin embargo se la decreta y se la hace efectiva, toda vez que el Consejo de Estado en su jurisprudencia viene reconociendo tal situación con base en la Constitución Política.

El proyecto de Ley que es hoy en día la ley 600 de 2000 fue presentado por la Fiscalía General de la Nación, y parecería que el omitir dicha disposición podía tener como fundamento la cantidad de demandas que se presentaban en contra de la Entidad con base en la misma, y con ello se podría pretender que se perdiera la concepción de responsabilidad objetiva, y se buscara que la víctima del daño se viese avocada a demostrar en el proceso de Reparación Directa la falla o ilegalidad de la medida, el error jurisdiccional o que la privación fue injusta, y no que bastara simplemente con la antijuridicidad del daño.

Finalmente, y en aras a hacer una realidad el cumplimiento eficaz del artículo 90 de la Constitución se debería expedir una norma legal que consagrara un procedimiento de tipo administrativo para que el afectado con la sola providencia absolutoria en los casos ya enunciados constitutivos de responsabilidad objetiva, pueda reclamar al Estado la indemnización a que tiene derecho con la obvia demostración de la cuantía de los perjuicios causados y la legitimación, situación esta que contribuiría en forma decisiva a combatir la congestión en los despachos judiciales, y permitiría que en un menor lapso de tiempo el afectado pueda recibir el resarcimiento correspondiente. Procedimiento que no sería exótico en el campo Administrativo, pues en Francia antes de recurrir a la vía jurisdiccional se utiliza el llamado “Recurso de Plena Jurisdicción”, es decir, la petición a la administración

del pago de la indemnización. Cabe poner de presente que el Sistema Español, el cual sirve en mucho de fundamento al nuestro, tiene establecida la reclamación en la forma que se plantea.

No sobra poner de presente que en otras circunstancias, en Colombia se ha previsto mediante ley un procedimiento administrativo a fin de resarcir perjuicios causados por actos terroristas, por ende, bien podría pensarse en legislar sobre el tema propuesto como se hizo en la ley 104 de 1993 y sus prórrogas, modificaciones y adiciones, contenidas en las leyes 418 de 1.997 y 782 del 2.002, lógicamente con las adecuaciones pertinentes a la materia de que se trata, no a manera de subsidios como en aquellas disposiciones sino como indemnización.

La legislación colombiana tiene prevista la conciliación tanto judicial como extrajudicial para solucionar estos conflictos, al respecto se considera que la Fiscalía debería tomar en consideración este mecanismo en los casos que venían siendo contemplados por el artículo 414 y los otros considerados por la jurisprudencia, por economía procesal, y también para evitar que resulte mas alto el valor a cancelar por la indemnización, dejando de argüir como lo hace en todo caso que la detención preventiva es una carga que el ciudadano está obligado a soportar, por hallarse este argumento ampliamente superado.

BIBLIOGRAFÍA

CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL , Legis, abril de 1999

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, cuarta Edición, Librería Ediciones del Profesional Ltda., julio de 2004

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencias 2003

FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN, Sistema Penal Acusatorio, Reflexiones jurídicas, económicas y sociales de la reforma, Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas, febrero de 2005

HENAO PEREZ Juan Carlos, “La Responsabilidad Extracontractual del Estado en Colombia – Evolución Jurisprudencial 1864 –1990” Tomo I Volumen 2, Universidad Externado de Colombia, mayo de 1991

HENAO PEREZ Juan Carlos, “El Daño” Análisis comparativo de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés, Universidad Externado de Colombia, julio de 1998

LEY ESTATUTARIA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, Ley 270 de 1996

MORA CAICEDO Esteban y otro, Derecho Administrativo y Procesal Administrativo, cuarta edición, LEYER, 2002.

NUEVO CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Momo Ediciones, Edición actualizada año 2001

PUERTA ECHEVERRI María Patricia, Compilación Jurisprudencia Consejo de Estado, Autos y sentencias, Segundo semestre 2004, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., febrero de 2005

PUERTA ECHEVERRI María Patricia, Compilación Jurisprudencia Consejo de Estado, Autos y sentencias, Segundo semestre 2005, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., febrero de 2006

RAMÍREZ GOMEZ José Fernando, Código de Procedimiento Civil, Segunda Edición, Colección Pequeño Foro, junio de 1990

RODRÍGUEZ R. Libardo, Derecho Administrativo General y Colombiano, Editorial Temis, Decimotercera Edición, 2002