

**RÉGIMEN OBJETIVO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO, EN
PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD**



AUTOR:

MONICA ROSALBA BURBANO ROMO

TUTOR

FABIAN ROJAS

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

FACULTAD DE DERECHO

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO

2016

RÉGIMEN OBJETIVO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO, EN PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD.¹

MONICA ROSALBA BURBANO ROMO ²

Resumen

En Colombia, en el artículo 90 de la Constitución Política se establece que; el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. Es así como, la Ley 270 del 1996, en el artículo 65 consagró que uno de los aspectos por los cuales el Estado responderá patrimonialmente será la privación injusta de la libertad, postulado que se ha desarrollado por el Consejo de Estado, el cual ha empleado la teoría consistente en que toda privación injusta de la libertad es una responsabilidad objetiva, si el ciudadano no está en el nivel de soportar el daño antijurídico que le ocasionó la administración de justicia en ejercicio de sus funciones legales, es el Estado el que tiene el deber de reparar a la persona por los daños causados.

Sin embargo, esa postura asumida por el máximo Tribunal Administrativo ha venido dando pasos hacia un nuevo cambio de régimen, ello se sustenta en las sentencias actuales, en las cuales se establece que no toda privación injusta de la libertad da lugar a responsabilidad del Estado, en este orden de ideas, este ensayo pretende indagar los regímenes del responsabilidad del Estado, vislumbrando que

¹ Artículo de investigación, producto de la investigación denominada “Régimen objetivo de la responsabilidad del Estado, en privación injusta de la libertad”, que se presenta como requisito para obtener el título de Especialista en Derecho Administrativo.

² Abogada de la Institución Universitaria CESMAG. Candidata a Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Militar Nueva Granada. Correo electrónico: monicaburbano_8@hotmail.com

nos encontramos a puertas de que se asuma una nueva postura por parte de la judicatura acerca de la responsabilidad Estatal.

Palabras claves: privación injusta de la libertad, responsabilidad del Estado, régimen objetivo.

Abstract

In Colombia, in Article 90 of the Constitution states that, the state will respond financially for the antijudicial damage that are attributable, caused by the acts or omissions of public authorities. That is how, Law 270 of 1996, in Article 65 I dedicate that one of the aspects by which the state will respond patrimonally will the unfair deprivation of liberty. postulated that has been developed by the Council of State, which has used consistent theory that all unjust deprivation of liberty is strict liability, if the citizen is not on the level of support the unlawful damage that caused the administration of justice in the exercise of their lawful duties, is the state which has a duty to compensate the person for their damage.

however, this position taken by the highest administrative court has been taking steps toward a new regime change, it is based on current judgments, h it is established that not all unjust deprivation of liberty gives rise to state responsibility, glimpsing doors we find a new position that is assumed by the judiciary on state responsibility.

Key words: unjust deprivation of liberty, state responsibility, objective regime

INTRODUCCIÓN

En Colombia a partir de la Constitución 1991, se estableció en un Estado Social de Derecho, predicando así la prevalencia del interés general, materializado en los fines del Estado consagrados en el artículo 2 de la carta constitucional, lo anterior se ha constituido en lo que hoy los académicos han denominado como la

constitucionalización del derecho, que ha permeado el derecho en todas sus áreas, así las cosas la responsabilidad del Estado no ha sido renuente a ello, es así como la privación injusta de la libertad en Estado Colombiano por disposición jurisprudencial pasó de aplicar un régimen subjetivo a uno meramente objetivo, el cual ha conllevando a que el Estado indemnice por cuantiosas sumas de dinero, aun cuando el juez imponga medida de aseguramiento con detención preventiva, en cumplimiento de todos los mandatos legales y constitucionales, es por ello que cuando en el proceso se logra demostrar que la persona es inocente, así sea por sentencia absolutoria o por la aplicación de In dubio pro reo, se predica que la persona ha sido privada de su libertad injustamente y por ende el Estado deberá reparar los daños causados porque no está en deber jurídico de soportarlos, dejando de lado aquellos eximentes de responsabilidad aplicados anteriormente de acuerdo a la teoría subjetiva.

En este trabajo se pretende determinar si debe replantearse la responsabilidad extracontractual del Estado por privación injusta de la libertad, y volver a sus orígenes con la preponderancia del elemento subjetivo, desestimando los regímenes objetivos, para lo cual se analizará la responsabilidad patrimonial del Estado, a partir del artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, se indagará acerca de las teorías de responsabilidad por privación injusta de la libertad y por último se analizarán los diversos pronunciamientos de la sección tercera del Consejo de Estado sobre la responsabilidad por privación injusta de la libertad.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO, A PARTIR DEL ARTÍCULO 90 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA.

Antes de la constitución de 1991, no estaba regulada la responsabilidad patrimonial del Estado en el ordenamiento jurídico, razón por la cual se debe partir de que dicha responsabilidad se funda a partir de la jurisprudencia desarrollada por la Corte Suprema de Justicia y posteriormente por el Consejo de Estado, con

sustento en las disposiciones del Código Civil que regulaban el tema de la responsabilidad patrimonial en el ámbito del derecho privado. (Serrano,2005).

Es así como, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del octubre 22 de 1896, considera que a pesar de que las entidades estatales sean personas jurídicas y, por tanto, irresponsables penalmente por los daños que ocasionaran a los ciudadanos, sí se encontraban obligadas objetivamente a las reparaciones civiles por los perjuicios que resultaren de una conducta punible imputable a los funcionarios públicos. El anterior pronunciamiento se plasma el origen la responsabilidad indirecta, la responsabilidad directa y la falla en el servicio. (Nader, 2010).

Por otra parte la jurisprudencia del Consejo de Estado fijó como requisitos constitutivos de la responsabilidad patrimonial del Estado: (i) la existencia de un daño antijurídico, (ii) que la acción u omisión desplegada sea imputable a las entidades públicas y (iii) que se presente una relación de causalidad material entre el daño antijurídico y el órgano estatal. (Corte Constitucional Sentencia C- 644/11)

Siendo así las cosas, la sentencia anteriormente citada además estableció que la constitución de 1991 acogió los criterios jurisprudenciales fijados por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, y consagró en el artículo 90 de la Carta Política la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables, por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

Ahora bien, del El artículo 90 de la Constitución se deriva el daño antijurídico que para el profesor García de Enterría (1986) “existe daño antijurídico cuando se cause un detrimento patrimonial que carezca de título jurídico válido y que exceda el conjunto de las cargas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social” (p.176). De lo anterior se puede decir que estamos en presencia de un daño antijurídico cuando la administración no está legitimada para causar dicho daño, y por ende el administrado no está en la obligación de soportarlo.

El autor Bermúdez (citado por Irisarr 2000), señala que la víctima está obligada a soportar el daño en dos eventos: el primero de ellos, cuando existe una

causa que obligue al administrado perjudicado a recibir el daño, y precisa que la ley no es la única causa que “le quita el linaje de antijurídico al daño”, sino que también existen otras causas justificativas de ese daño como son la legítima defensa, el consentimiento de la víctima o aquellos casos en los cuales aquello que se afecta no constituye un interés legítimamente protegido. El segundo evento que el autor señala, se presenta en aquellas circunstancias en que dicho daño no excede las cargas comunes que implica vivir en sociedad. (p.76)

El ordenamiento jurídico colombiano mediante la Ley Estatutaria de Administración de Justicia estableció “el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por **la privación injusta de la libertad” Ley 270/96 (artículo 65)**, Sobre lo cual, es pertinente preguntarse ¿cuándo un agente judicial puede incurrir con una acción u omisión en privación injusta de la libertad?, de la premisa anterior se debe tener en cuenta que en la actualidad la Constitución de 1991 en su artículo 28 establece que la libertad puede ser limitada por orden del funcionario judicial competente.

Es así como, cuando se presume que una persona ha cometido un delito y se vincula al proceso penal, este puede ser capturado en dos eventos; el primero de ellos es cuando el Fiscal solicita al Juez de Control de Garantías la orden de captura aportando los elementos probatorios que la fundamenten, una vez cuente con esta orden se puede hacer efectiva, a su vez el segundo evento, consagrado en el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal, se presenta cuando la persona es sorprendida en flagrancia, es decir es capturado en la escena de donde se cometió el delito o momentos después de haberlo cometido, con evidencia que demuestre que es autor o cómplice del delito, según sea el caso.

Teniendo en cuenta los argumentos anteriormente expuestos, una vez se lleve a cabo la captura este deberá ponerse a disposición ante el Juez de Control de Garantías en un término no mayor de en 36 horas, para que se proceda a el desarrollo de Legalización de Captura, la audiencia de Imputación y la de Solicitud de Medida de Aseguramiento.

La medida de aseguramiento, es una medida restrictiva provisional de la libertad personal que dicta un funcionario judicial para definir la situación jurídica de una persona que está siendo procesada penalmente, la aplicación de una medida de aseguramiento es un acto procesal de carácter jurisdiccional, que dispone relevantes restricciones a la libertad personal para fines de la investigación de la responsabilidad de una persona en un ilícito.(Martínez, p.13)

Una de las medidas de aseguramiento implementadas en la Ley 906 de 2004 es la detención preventiva, considerada como “el medio del cual se dispone la restricción de la libertad de una persona antes de declararse culpable o inocente, cuyo objeto es asegurar la presencia del procesado al proceso penal, que se cumpla la pena, y se evite el entorpecimiento de la investigación.” (Martínez, p.14), Pero para que sea impuesta una medida, el Juez de Garantías quien es el competente a solicitud de la Fiscalía quien es el ente acusador, deberá realizar un estudio juicioso donde; debe tener en cuenta si la petición que realizó el Fiscal está fundamentada en los postulados que establece el artículo 250 de la Constitución Política, toda vez que consagra, que para el Juez decrete medida de aseguramiento debe analizar si la persona es un peligro para la sociedad o para la víctima, si hay riesgo en que el imputado no comparezca al proceso o si está en peligro el acervo probatorio ante el cual el imputado tiene acceso, una vez analizado deberá establecer si las evidencias probatorias que presenta la Fiscalía dan lugar a que se tenga una referencia razonable de que la persona cometió el delito que se le imputa.

Sin embargo y aun cumpliendo con lo establecido en el ordenamiento jurídico, si en el transcurso del proceso el imputado es absuelto independientemente de la causal o bien por indubio proreo o por que se logró demostrar que es inocente, esta persona mediante reparación directa puede solicitar al Estado que se le sea reparado por los daños antijurídicos que se le causaron.

Conforme a lo anterior, es en este momento donde el Juez Contencioso, asume el caso, con el fin de establecer si el Estado es responsable de la privación injusta de la libertad a la cual fue sometido una persona, para ello debe aplicar las teorías de imputabilidad que se han generado acerca de la responsabilidad del Estado y que en el capítulo siguiente se presentan.

TEORIAS DE DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD

TEORÍA DE RÉGIMEN SUBJETIVO: el régimen subjetivo ha sido considerado como. El régimen general de la responsabilidad extracontractual del Estado, dado que basa en la falla del servicio, a razón del incumplimiento de las funciones, la cual encontraba su fuente en el artículo 16 de la carta política de 1886, razón por la cual se partió de la evaluación de la actuación del Estado, en aplicación del principio de legalidad. (Quintero 2013,)

Para que se pueda establecer que se está enfrente de este régimen, se debe tener en cuenta que las circunstancias y la situación a la que se pretende enmarcar en este tipo de responsabilidad debe cumplir con los siguientes presupuestos:

Como primero debe contar con un hecho dañoso, entendido este como una expresión de la administración (acto, hecho, operación u omisión), que comporta un defecto de conducta, total o parcial. Quiere decir ello, que no se compecede de manera completa con los deberes de actuación de las entidades y puede ser calificada como ilícita, negligente, imprudente, violatoria del ordenamiento por carecer de fundamento o por apartarse de los procedimientos, etc. La jurisprudencia ha señalado entonces el régimen subjetivo como aquel donde se presenta una falla del servicio.(Quintero 2013, pág. 28)

En este régimen se debe probar la falla en el servicio, es decir la persona que ante el contencioso pretenda hacer valer esta responsabilidad estatal tiene que asumir la carga de prueba. Lo que quiere decir que si no se prueba la falla de la administración no se declarará la responsabilidad del Estado, y por lo tanto no tendrá derecho a la indemnización que reclama, dentro de este régimen de

responsabilidad subjetiva encontramos el título de imputación de la falla probada del servicio, en virtud de la cual el afectado debía demostrar que existió una falla del servicio, junto con un perjuicio y el nexo de causalidad entre ambos, para que surgiera la obligación por parte del Estado de indemnizar dicho daño. (Rodríguez 2012, p.5)

En este título de imputación el elemento fundamental para atribuir responsabilidad al “Estado es la culpa de la administración o mejor la falla en el servicio, que puede ser por acción o por omisión, por extralimitarse en sus funciones o por no cumplirlas,” (Ruiz 2010, p.2). Ante lo cual lo que se discute aquí es el actuar del agente o servidor público que origina que se cause un daño a un particular, ante lo cual el Estado está en el deber de reparar.

TEORIA DEL REGIMEN OBJETIVO: en este régimen de imputación se tiene como eje central el daño, que ocasiona el Estado sin determinar si lo realiza de conformidad con la ley o en cumplimiento de un deber legal, tal es así que. También es llamado responsabilidad sin falta porque no se tiene en cuenta la conducta del Estado para determinar si el mismo es o no responsable; es decir, que la actuación estatal no es objeto de estudio dentro de este régimen de responsabilidad, ya que el elemento subjetivo de la culpabilidad no existe; aquí lo determinante es el daño y su antijuridicidad. (Prato, 2016, p. 55)

Sobre este particular, cabe traer a colación lo establecido por el autor Quintero cuando manifiesta que el régimen objetivo predica la certeza del daño y excluye los juicios de la conducta desplegada por el Estado, siendo consciente que los daños se pueden materializar por una conducta debida, diligente, prudente, legal y lícita. Bajo esta óptica nace el régimen amparado en actuaciones legítimas que pueden incrementar el riesgo a los ciudadanos, sometiéndoles a unas condiciones excepcionales, y en las actuaciones que siendo legales, pueden ser inequitativas. (Quintero, 2013, p.31)

En este régimen de responsabilidad existen dos títulos de imputación entre los cuales se encuentran; el riesgo excepcional y el daño especial, el primero se

determina cuando “la administración en cumplimiento de sus funciones legales, coloca a sus ciudadanos en una situación de riesgo, el cual causa daños a particulares, cuyas consecuencias derivan del accionar del Estado caso en el cual está en el deber de repararlo.” (Serrano, 2005, p.187)

Ahora bien el segundo título de imputación (daño especial), se establece cuando “(..) En ejercicio de sus competencias y obrando dentro del marco de las disposiciones legales, causa con su actuación un perjuicio de naturaleza especial y anormal a un administrado.” (Consejo de Estado, sección tercera, 1989)

Según el autor Luis Guillermo Serrano, la teoría del daño especial se fundamenta en; la igualdad ante las cargas públicas y ante la ley, argumento que se basa en el artículo 13 de la Constitución principio de igualdad, el cual se ve fragmentado y por razones de equidad y de justicia distributiva se debe restablecer el equilibrio. (2005, pág. 178)

Es así como, para para que se pueda imputar responsabilidad bajo la teoría de daño especial esta se debe dar en desarrollo del actuar legítimo del Estado, el cual ocasione el quebramiento de la igualdad ante las cargas públicas, causando así un daño grave y especial, el cual difiera ante las cargas que deban asumir el común de los ciudadanos. (Diazgranados, 2001)

Esta ha sido la teoría que el Consejo de Estado ha venido manejando en los casos de privación injusta de la libertad, cuando estableció que si se le causa un daño antijurídico a una persona, aun en actuación legítima de la administración, el Estado está en el deber de repararlo, edificando así como base la presunción constitucional de inocencia, de la cual goza todo individuo, la cual se mantiene a pesar de ser objeto de una medida privativa de la libertad y se extiende durante todo el tiempo de la misma, de tal forma que si el Estado no desvirtúa tal presunción, es su obligación, resarcir los perjuicios ocasionados con dicha medida por que la persona privada de la libertad no está obligado a soportar esa carga, sin que en estos casos, tenga relevancia la juridicidad de la conducta del agente estatal.

JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO SOBRE LA RESPONSABILIDAD POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD.

En el anterior capítulo, se describió los regímenes de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, ante los cuales se llegó a la conclusión que en el año 2013 el Consejo de Estado en sentencia de unificación dispuso que nos encontramos en frente de un régimen objetivo, sin embargo, posteriormente ha dicho pronunciamiento, el mismo tribunal ha emitido nuevos fallos, de los cuales algunos han reiterado dicha postura y otros se han separado de este criterio, así las cosas a continuación se realizará un análisis sobre estas providencias con el fin de establecer cuál es la teoría que se está aplicando, para lo cual se tendrá como fundamento el método establecido por Diego López en su libro en Derecho de los Jueces, realizando así un análisis dinámico y estático de la jurisprudencia relacionada a la responsabilidad del estado por privación injusta de la libertad.

Desde el año 2007 el Consejo de Estado venía manejando la tesis subjetiva sobre la responsabilidad del Estado, es así como, en providencia radicada bajo No. 15463, estableció que el Estado no está obligado a indemnizar a una persona cobijada con medida de aseguramiento que no haya sido condenada, si esta tuvo responsabilidad en la comisión del delito, aquí la Sección Tercera del Consejo de Estado argumentó que el proceder negligente, imprudente y gravemente culposo de la víctima determina que la misma deba asumir la privación de la libertad de la que fue objeto.

Sin embargo es hasta el año 2010, donde la judicatura explica cómo opera el régimen de responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad y dispone que en principio, la responsabilidad del Estado derivada de privaciones injustas de la libertad es objetiva, además establece que *“ejemplo de esta responsabilidad sucede cuando la absolución del acusado se apoya en la aplicación del in dubio pro reo, siempre y cuando se logre verificar que el juez penal al momento de evaluar el manual probatorio manejó una duda razonable”*, sin embargo, dispone que no siempre en esos casos se aplica el régimen objetivo, ya que puede presentarse que

la absolución o preclusión de la investigación se cause por falencias probatorias en la instrucción o juicio penal. En este evento, la responsabilidad es por falla en el servicio, por lo que el demandante debe demostrar que la privación de la libertad se produjo por un error. (Consejo de Estado, sentencia 52001233100019970877501 (19283), de 2010.)

En el anterior fallo se derivan dos puntos importantes, el primero es que en contrario con lo que se estableció en el capítulo anterior, el Consejo de Estado pone como regla general el régimen objetivo para determinar la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, el segundo establece que existen excepciones en las cuales se debe aplicar la teoría del régimen subjetivo.

No obstante, al paso de un año nuevamente el máximo Tribunal Administrativo aclara que los perjuicios atribuibles al Estado cuando la privación haya sido injusta, ilegal o se hubiera incurrido en error judicial. Para deducir la responsabilidad deben aplicarse los regímenes de responsabilidad patrimonial de la jurisprudencia de entonces: falla probada, falla presunta del servicio, daño especial o riesgo excepcional. (Consejo de Estado, sentencia 19001233100019990020301 (21653), 2011)

Sin embargo, con la anterior postura establecida, es decir la teoría subjetiva, en este mismo el fallo se manifiesta que, en todo caso, si se profiere una sentencia absolutoria o su equivalente, por demostrarse que no se incurrió en ninguna conducta digna de reproche penal, la persona que sufrió esa privación tiene derecho a que se le indemnice. Lo cual ya genera una incertidumbre jurídica a la hora de establecer por cual régimen deben argumentar los fallos los Jueces Administrativos.

Dos años más tarde, se presenta uno de los eventos que ha generado diversas posiciones jurídicas en cuanto a la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, y se presenta cuando la persona es absuelta penalmente por la figura del 'in dubio pro reo' el cual se deriva que si bien el todo el proceso penal no se demostró totalmente su inocencia tampoco el ente acusatorio, con el material

probatorio logro traspasar el principio de presunción de inocencia para que el Juez lo hubiese podido condenar y por ende no genero probar más allá de toda duda razonable su responsabilidad, en este caso por mandato constitucional la duda se absuelve a favor del reo.

Ahora bien, en cuanto a la responsabilidad del Estado, el Consejo de Estado sostuvo que aunque la privación de la libertad se haya resuelto en base de la aplicación del principio *in dubio pro reo*, hay lugar al resarcimiento. (Consejo de Estado, sentencia 19001233100019990020301 (21653), de 2011), si bien en este fallo no se establece el título de régimen que se deriva la absolución por el principio de *in dubio pro reo*, si dispone una postura fuerte en el sentido que se debe de indemnizar independiente de lo que originó la privación injusta, es así como este es un concepto totalmente derivado de la teoría objetiva.

La anterior posición de la Sección Tercera del Consejo de Estado, Fue tan fuerte que solo faltó dos meses para que en sentencia de unificación se reiterara, tal es así en sentencia No 52001233100019967459 con consejero ponente Dr. Mauricio Fajardo Gómez, estableció la responsabilidad objetiva, para aquellos casos, en que la persona privada de la libertad, es posteriormente absuelta, bien por *in dubio pro reo*, bien por otra causal, (Consejo de Estado Sección Tercera, Sentencia 52001233100019967459 – 01 (23.354), de 2013)

Ahora bien en este mismo año, la Consejera Ponente Olga Medina Valle, enfatizó que ni la sospecha, ni la duda justifican en un Estado social de derecho la privación de la libertad de las personas, pues la filosofía garantista del proceso penal debe prevalecer. Es así como el alto Tribunal señaló que exonerar al Estado de la responsabilidad por no realizar o culminar las averiguaciones que podrían conducir a la estructuración de la causal de detención preventiva injusta consistente en que el sindicado no cometió el hecho, habiéndose dispuesto previamente su encarcelamiento, constituiría una inequidad manifiesta. (Consejo de Estado, sentencia 25000232600019970503301 (20420), de 2013)

Si analizamos el anterior fallo, si bien se establece que no se debe exonerar al Estado, también se vislumbra que la razón de ello, es el hecho de no realizar o culminar las investigaciones cuyo resultado de las mismas radica en una detención injusta, evento en el cual si nos ubicamos en el proceso penal, el ente acusatorio por mandato Constitucional es la Fiscalía General de la Nación a la cual se le atribuido la función de investigar hechos que sean tipificados como delitos, así las cosas, si este ente no realiza una investigación cumpliendo con los parámetros legales, y con anterioridad solicito al Juez medida de aseguramiento, donde en el trascurso del proceso no pueda sostener su teoría del caso y por ende se precluya o se absuelva al acusado, el Estado tendrá el deber de reparar a la persona a que se le causo el daño, argumentos que se encasillan en la imputación de la falla en el servicio título propio de la teoría subjetiva, aun cuando ya existe una sentencia de unificación este criterio se aparta cuando emite este concepto.

Aunado a la anterior providencia, en el año 2014, la Sección Tercera, niega la demanda de reparación instaurada por los oficiales Farouk Yanine Díaz, Otoniel Hernández y Hernando Navas, que habían sido procesados por la Justicia Penal Militar como presuntos responsables de desapariciones forzadas estableciendo que la privación injusta de la libertad no puede ser probada si la absolución en la que se funda la demanda de resarcimiento no proviene del juez natural del procesado, argumentando que el Consejo Superior de la Judicatura al otorgarle la competencia a la justicia castrense resultó atentatoria de los artículos 10º de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8º de la Convención Americana Derechos Humanos, ya que no se trata de actos cometidos con ocasión del servicio. Finalmente, ofició a la Fiscalía para que cumpla con la decisión de la CIDH frente a este caso, en torno a la presunta responsabilidad de los exmilitares en los hechos, y exhortó al juez contencioso a que, eventualmente, conozca del caso y a darle prelación en caso de producirse una decisión penal en firme en favor de los imputados. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia No.25000232600019990262601 (28642), de 201414)

En este orden de ideas y aun cuando el Consejo de Estado ya se había pronunciado acerca de que el juez contencioso no estaba facultado para reprochar el proceso penal en el régimen objetivo, pasa a realizar un análisis en caso concluyendo que no fue el proceso adecuado por el cual se deberían juzgar a los militares tal es así que ordeno a la entidad competente a que conociera el caso, alejándose así de la teoría objetiva que se venía manejando.

Así las cosas, no toda privación injusta es una responsabilidad objetiva ya que en este evento, el Juez al momento de analizar el proceso penal logro percibir que los hechos por los cuales se produjo la detención preventiva fueron causados por el indiciado.

Ahora bien, el Consejo de Estado establece los presupuestos para declarar la responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad, entre los cuales se encuentran: a) Se debe probar que a la persona le fue impuesta una medida privativa de su libertad en el trámite de un proceso judicial, b) Que el proceso culminó con una decisión favorable a su inocencia, c) le causó un perjuicio con ocasión de la detención

Una vez cumplido los anteriores presupuestos, se deberá declarar la responsabilidad Estatal, ya que la Sala reitero que los ciudadanos no tienen el deber jurídico de soportar los daños sufridos con la privación de su libertad en una investigación penal cuando no han cometido ningún delito. En efecto, si el Estado no desvirtúa finalmente la presunción de inocencia, debe responder patrimonialmente por los perjuicios causados. (Consejo de Estado C. P. Ramiro Pazos).

Si se analizan los anteriores requisitos mencionados, se deduce que la teoría a aplicar es totalmente objetiva ya que entre dichos requisitos que se deben acreditar solo se tiene en cuenta el título de imputación del daño especial, dejando de lado si la detención fue lícita, aquí prima el nivel de cargas entre el estado y el individuo.

Como hemos visto Hasta este momento, en la judicatura no se había unificado el concepto de cual teoría debería aplicarse en cuanto a la responsabilidad del estado por privación injusta de la libertad, por lo que existen diversos criterios en la Sala Tercera del Consejo de Estado, sin embargo este tribunal hasta el año 2014, dispone que la imputación objetiva o subjetiva dependerá de los motivos de absolución o preclusión criminal en cada caso concreto; sin embargo, cuando la falla del servicio sea evidente, se debe declarar su existencia en el proceso contencioso administrativo y establece la forma en cual se deberá imputar la responsabilidad al estado dependiendo de tres eventos que son:

1. “cuando se absuelve al sindicado o al procesado porque el hecho no existió, el investigado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, el régimen de responsabilidad es el objetivo.

2. La responsabilidad de la administración pública derivada de la absolución o su equivalente, con apoyo en la máxima de que la “duda se resuelve a favor del procesado, se analiza y aplica a través de un régimen objetivo,

3. La absolución o preclusión de la investigación que emana de falencias probatorias en la instrucción o juicio penal, traduciría en verdad una falla del servicio que no puede considerarse como una conclusión establecida a partir de la aplicación del mencionado principio del in dubio pro reo. Por consiguiente, en estos eventos, es necesario que la parte demandante en el proceso contencioso administrativo de reparación, demuestre, de manera clara, que la privación de la libertad se produjo a partir del error del funcionario, o del sistema, derivado éste de una ausencia probatoria que sustentara la detención preventiva. (Consejo de Estado Sección Tercera, Sentencia 05001233100019960119301 (33413), del 2014.)

Sobre el fallo anteriormente transcrito, el Consejo de Estado reconoce que en cuanto a responsabilidad estatal por privación injusta puede aplicarse cualquiera de los regímenes de imputación, todo depende del caso en concreto, y la adecuación que el Juez Administrativo haga sobre de los tres presupuestos

trascritos anteriormente, por lo tanto para que se llegue a la deducción de cual régimen aplicar indispensablemente se deberá analizar el proceso penal como las actuaciones de los agentes que intervienen en el mismo.

Al paso de un año, en providencia Sentencia 17001233100020060142601 (36468), la Sala de la Sección Tercera reitera el deber del estado de indemnizar ante privación injusta de la libertad, tomando como imputación el régimen objetivo, sin embargo añade un criterio donde establece que aun cuando en un caso opere la culpa de la víctima como eximente de responsabilidad el Estado deberá indemnizar los perjuicios causados en ese evento, pues esa es una carga que ningún ciudadano está obligado a soportar. De acuerdo con el fallo, es desproporcionado exigirle a una persona que asuma impasiblemente la privación de su derecho a la libertad para salvaguardar la eficacia de las decisiones judiciales. (Consejo de Estado Sección Tercera, sentencia 17001233100020060142601(36468), del 2015.)

No obstante a lo anterior, el Consejo de Estado vuelve analizar los eximentes de responsabilidad y en sentencias radicadas bajo los No. 25000232600019990251201 (22811), 05001233100019960119301 (33413), establece que , tratándose del hecho determinante de la víctima, la Nación no está obligada a responder extracontractual y patrimonialmente en los eventos en que quien soporta el daño incurrió en acciones u omisiones que si bien no dieron lugar a acusación, tampoco a la condena, sí fueron determinantes para que se concretara la privación de la libertad, donde para que pueda hablarse de esta causal, debe estar demostrada además de la simple causalidad material, que la conducta haya provenido del actuar imprudente o culposo de la víctima, que implicó la desatención a obligaciones o reglas a las que debía estar sujeta.

Se debe recordar, que es el Estado el que debe demostrar el eximente de responsabilidad, ya que según el Consejo de Estado a la víctima no le corresponde demostrar nada más allá de los conocidos elementos que configuran la

responsabilidad, como el daño antijurídico y la imputación, (Consejo de Estado Sección Tercera, Sentencia 88001233100020080000401 (37878), del 2015) .Es así como se establece que es la administración tiene la carga de la prueba en casos de responsabilidad por privación en los que se determine la absolución de una persona por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente, en razón a que el hecho no existió, el sindicado no cometió el delito o la conducta no constituía conducta punible, es injustificado imponer al administrado la carga de acreditar que la administración pública incurrió en esta falla del servicio. En efecto, el alto tribunal recordó que impera un esquema objetivo de responsabilidad en el que la autoridad judicial que impuso la medida de aseguramiento no puede exonerarse del deber de reparar patrimonialmente con la excusa de que su comportamiento fue diligente o cuidadoso. En este orden de ideas, concluyó que no es necesario probar que la autoridad judicial incurrió en algún tipo de falla, razón por la cual al damnificado le bastará con acreditar que contra él se impuso una medida privativa de la libertad en el trámite de un proceso judicial, que culminó con una decisión favorable a su inocencia y que originó un daño con ocasión de su detención, motivo por el cual el Estado estará obligado a indemnizar los perjuicios ocasionados. (Consejo de Estado Sección Tercera, Sentencia 20001233100020090037001 (40528), de 2016)

El anterior fallo es uno de los más recientes del año en curso y nos lleva a identificar que sigue imperando fuertemente la teoría objetiva en nuestro ordenamiento jurídico, no obstante después de la sentencia de unificación, también se ha venido aplicando la teoría subjetiva, por lo tanto es claro que no existe unanimidad de criterios en la Sección Tercera del Consejo de Estado en cuanto al título de responsabilidad.

CONCLUSIONES

1. es claro para quien suscribe este ensayo que existen una diversidad de criterios en la judicatura a la hora establecer un régimen de imputación, lo que ha generado gran inseguridad jurídica que ha desencadenado una problemática tanto

jurídica como social, siendo así las cosas, la solución está en atacar el problema de raíz, es decir se debe generar una política judicial, en el entendido que todos los integrantes del aparato judicial en materia penal, entiendan que prima por encima de todo el derecho de la libertad y que por regla excepcionalísima cuando se verifique que se cumpla con los parámetros constitucionales y el Fiscal solicite al Juez de garantías, con elementos materiales probatorios que existe sustento que da lugar a la imposición de dicha medida, este derecho puede ser limitado

2. A su vez el Juez de Garantías debe hacer un estudio serio de la solicitud que realiza la Fiscalía y cumplir con su función que como su nombre lo aduce es un garante de la constitución, es que garantías no significa aplicar una tesis que repare el daño causado, garantía se debería aplicar desde lo que produce dicho daño, tratando de prevenir y traspasar el criterio de que toda persona debe ir a la cárcel, es así como si se aplica la tesis subjetiva se podrá establecer cuál fue el funcionario que no actuó conforme a las garantías que establecen el ordenamiento jurídico, así mismo debería condenarse a la entidad y ordenar capacitación al funcionario, con el único propósito de evitar los daños que se causa a toda la ciudadanía.

3. Dado a todo el análisis establecido, en Colombia se debe volver a implementar el régimen de responsabilidad objetiva por dos elementos fundamentales: el primero porque él es único que abre las puertas para se vislumbre las fallas que esta cometiendo el Estado a la hora de administrar justicia, para así buscar herramientas que ayuden a la mejora del actuar de los servidores, y la segunda es porque da elementos jurídicos para poder hacer efectiva la acción de repetición puesto que lo que se discute es la conducta del agente estatal.

BIBIOGRAFIA

- Consejo de Estado, C.P: Enrique Gil Botero, No de radicación 52001233100019970877501 (19283), del 09/06/2010
- Consejo de Estado, C.P.: Stella Correa Palacio, radicado bajo No 19001233100019990020301 (21653), del 06/04/2011

- Consejo de Estado Sección Tercera, C. P. Stella Conto Díaz Sentencia 25000232600020000193701 (26685), del 22/08/2013
- Consejo de Estado Sección Tercera, C. P. Mauricio Fajardo Gómez Sentencia 52001233100019967459 – 01 (23.354), del 22/10/2013
- Consejo de Estado Sección Tercera, CP. Jaime Orlando Santofimio, sentencia radicada bajo No. 50001233100019990031401, del 21/11/2013.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P Stella Conto Díaz del Castillo, Sentencia radicada bajo No.25000232600019990262601, del 27/03/14
- Consejo de Estado Sección Tercera, CP. Hernán Andrade, sentencia radicada bajo No: 17001233100020060142601(36468), del 26/02-2015.
- Consejo de Estado Sección Tercera, C. P. Olga Medina Valle, radicada bajo número 25000232600019970503301 (20420), del 21/11/2013.
- Consejo de Estado Sección Tercera, C.P. Carlos Alberto Zambrano, Sentencia 88001233100020080000401 (37878), del 03/08/2015
- Consejo de Estado Sección Tercera, C.P. Danilo Rojas, Sentencia radicada bajo No. 20001233100020090037001 (40528), del 05/01/2016
- Corte Constitucional Sentencia C- 644. MP. JORGE IVÁN PALACIO. Del 31 de agosto 2011.
- Díazgranados, 2001, responsabilidad del estado por daño especial, Pontificia Universidad Javeriana.
- Enterria Garcia. Curso de Derecho Administrativo. Madrid. Editorial Civitas.1986
- Irisarri, 2000. El Daño Antijuridico y la Responsabilidad Extracontractual del Estado Colombiano. Pontificia Universidad Javeriana.
- López Medina, el Derecho de los Jueces, Bogota: Editorial Legis 2006
- Martinez, rol tripartito de la responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad, en búsqueda de uniformidad de decisiones y seguridad jurídica.
- Nader, 2010. Evolución jurídica de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia. Universidad Libre Seccional Barranquilla

- Prato, 2016. La responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad en Colombia, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Maestría en Derecho Administrativo Bogotá.
- Quintero, 2013. El daño especial como título jurídico de imputación de responsabilidad extracontractual por actos terroristas: Su transición a fundamento de compensación. Universidad Nacional de Colombia Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Maestría en Derecho.
- Rodríguez, 2012. La utilidad jurídica del título de imputación riesgo excepcional para el estudio de la responsabilidad extracontractual del Estado, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, en Magíster en Derecho.
- Ruiz. 2010. Responsabilidad del Estado y sus regímenes. Bogotá: Ecoe Ediciones.
- Serrano, 2005. Responsabilidad del Estado por Privación Injusta de la libertad. Doctrina y Ley Ltda.