

**UNIVERSIDAD MILITAR**

**NUEVA GRANADA**



**MANIFESTACIONES JURISPRUDENCIALES DEL CONSEJO DE ESTADO  
CON OCASIÓN A LA PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD**

**NELSON PALACIOS MORENO**

Artículo

**ORLANDO RENGIFO CALLEJAS**

DOCENTE EVALUADOR

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA**

**FACULTAD DE DERECHO**

**BOGOTA D.C**

**2013**

**MANIFESTACIONES JURISPRUDENCIALES DEL CONSEJO DE ESTADO  
CON OCASIÓN A LA PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD**

**AUTOR**

**NELSON PALACIOS MORENO**

**DIRECTORES**

**FABIO ALEJANDRO BASTIDAS**

**Y**

**ORLANDO RENGIFO CALLEJAS**

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA**

**ESPECIALIZACION PROCEDIMIENTO PENAL CONSTITUCIONAL Y  
JUSTICIA MILITAR**

**BOGOTA, JUNIO 29 DE 2013**

## Resumen

El presente artículo analizará la figura de la responsabilidad del Estado, artículo 90 de la Constitución, en el marco de la jurisprudencia del Consejo de Estado, la cual ha tenido variación importante en la última década, en punto de lo que sucede con las demandas por reparación, en virtud de distintos eventos que suceden en el proceso penal en los cuales ha habido privación de la libertad y no ha terminado el caso con sentencia condenatoria. Abordará la jurisprudencia en aras de determinar las premisas de la línea que se ha trazado, con sustento en decisiones que demuestran como se ha ampliado el espectro en los eventos que le son propios a privación injusta de la libertad, que poco a poco se cimenta, y se ha convertido en responsabilidad objetiva.

## Palabras clave

Privación injusta de la libertad, responsabilidad, daño antijurídico, jurisprudencia Consejo de Estado.

## Abstract

This article shall analyze the figure of the state responsibility stated in the 90<sup>th</sup> article of Colombia's constitution in the frame of the state council's case law, which has had remarkable variations during this last decade, punctually on what occurs with reparation suits, under to various events which befall in the penal process, in which liberty privation has happened, and which had not ended in conviction verdicts.

---

<sup>1</sup> Abogado, Universidad Externado de Colombia, Especialista en Derecho Constitucional, Especialista Derecho Internacional Humanitario y Master en Derecho Público.

It shall approach the case law willing to determine the premises of the line it has marked, sustaining itself on decisions which show how the spectrum on events related to unfair liberty privation has enlarged, which gradually cements itself, and has become into objective responsibility.

Keywords

Unjust deprivation of liberty, responsibility, unlawful damage, Council of State law.

## INTRODUCCION

Para abordar esta temática del daño antijurídico, con ocasión a la privación injusta de la libertad, que ha sufrido una interesante transformación, ello ha representado un esfuerzo importante de revisión de lo ocurrido en las últimas décadas en cuanto a las múltiples manifestaciones jurisprudenciales, para así poder detectar que ha sucedido específicamente en las distintas sentencias del contencioso administrativo en torno a la materia, desde época previa incluso a la constitución de 1991, que revela además de la falta de reflexión constitucional sobre la responsabilidad, una clara aceptación del principio según el cual el ciudadano debía soportar las cargas impuestas por parte del Estado, sin mayor consideración. En desarrollo del principio a partir del cual los intereses del ciudadano debían ceder frente a los del Estado (Arévalo, H., pág 131 y 132, 2002), se construyó una fuerte contención para evitar aceptar factores que implicaran un reconocimiento de derechos, de quienes pudieran resultar afectados por la acción del Estado (Sentencia, expediente 8666, 1994).

Solamente en casos excepcionales se reconocían reparaciones a la persona afectada por la privación injusta de la libertad, como cuando se demostraba la comisión de un delito por parte del funcionario judicial, al momento de ordenar una detención preventiva.

La Constitución de 1991 y la, para entonces, nueva normatividad procesal penal transforma los presupuestos de la responsabilidad por privación injusta de la libertad, pero la práctica sigue igual, lo que denota que lo público sigue siendo tan poderoso que

está por encima de la persona, aun cuando se haya referido mucho en el contexto constitucional y académico una concepción humanista de la responsabilidad. (Fallo Blanco)

De tal modo que, se pasa de la renuencia a reconocer dicha responsabilidad con anterioridad a la constitución de 1991, a la consagración del artículo 90 de esta carta política, y es la jurisprudencia paso a paso la que hace que con cualquier actuación del Estado sea responsable, y que en realidad representa un abanico de posibilidades en materia de reconocimiento del daño antijurídico.

El Estado tiene la obligación de indemnizar todo daño antijurídico que produzca con su actuación lícita o ilícita, voluntaria o involuntaria, por hechos, actos, omisiones u operaciones administrativas de cualquier autoridad para ejercer función pública, la víctima no está en el deber de soportar, tal como se ha sostenido por el doctrinante extranjero CARLOS MARIO MOLINA, lo cual puede deducirse de la falla del servicio, daño especial, el riesgo, ocupación temporal o permanente de inmuebles, el error judicial, el indebido funcionamiento de la administración de justicia, la privación de la libertad, entre otros.

Se pasa de una postura restrictiva a variaciones de tesis con carácter objetivo, se reevalúa el principio de tener que asumir cargas desproporcionadas por el hecho vivir en sociedad, de soportar cualquier carga generada por una investigación penal y ser sometido a privación injusta de la libertad.

El propósito con el que se elabora este artículo permite establecer cuáles han sido las bases jurisprudenciales, que a lo largo de estos años el Consejo de Estado se ha servido para variar la postura rígida para acompasarse con criterios que sostienen la

responsabilidad objetiva, es decir que cubija todos los casos en los que haya privación injusta de la libertad, y por lo tanto daño antijurídico, que finalmente termina aplicando años después el artículo 90 de la Constitución.

Esta línea jurisprudencial se convierte en una gran herramienta para los interesados en el tema, toda vez que permite establecer mediante la revisión de las sentencias sobre la materia, de que sustento se ha servido para variar los criterios, para ampliar los espectros de responsabilidad del Estado, y el alcance de la mencionada responsabilidad objetiva.

Así pues, los resultados de los hallazgos se presentarán desde un punto de vista descriptivo-jurídico y crítico y, por su parte, en segundo orden, con este también el lector podrá saber los casos en concreto comentados en los cuales está cimentada la referida línea jurisprudencial.

**COMENTARIO A LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL DAÑO  
ANTI JURIDICO CON OCASIÓN A LA PRIVACION INJUSTA  
DE LA LIBERTAD**

**Antecedentes.**

Este tema resulta importante comentarlo con referencia a lo que ocurría desde antes de la carta magna que rige, pues históricamente se asumía el tema no desde el ámbito constitucional, sino que por la misma lógica del sistema se sustentaba y analizaba con base en lo que se desprendía del propio ordenamiento jurídico legal, basado en un Estado de derecho y no en un Estado Social y Democrático de derecho.

En efecto, al remitirse a la producción de las sentencias del contencioso administrativo para aquella época previa a la constitución de 1991, como en muchos otros campos, se aprecia que no habían constitucionalizado el tema, sino que para establecer cuál era la norma aplicable se partía sencillamente de la regla establecida legalmente, y en esta se sostenía de forma muy concreta que en principio el ciudadano debía soportar las cargas que se le impusieran por parte del Estado, aun cuando pudiera parecer algo un poco curioso, pues la cultura diseñada para esa época traía un principio básico consistente en que entre el Estado y el ciudadano éste debía ceder en sus intereses frente a aquel.

Lo anterior sucedía en muchas situaciones con efectos muy profundos en distintos planos, no solo desde la órbita de lo administrativo, pero para ser concreto fueron muy comunes en casos de la vida diaria, por ejemplo, como en la expropiación por vía administrativa (, entre otros, y aun cuando hoy día aun conservan vigencia

principios de esta naturaleza, ello no se acoge en todas las dimensiones que guardan relación a cuando se encuentran enfrentados los intereses de las personas frente al Estado. Lo importante es entender que se entendía que aquel primaba frente a las consideraciones particulares, pues el interés general se imponía al privado, siendo esta una posición que para el caso que nos interesa significaba una fuerte contención para reconocer factores que implicaran un reconocimiento de derechos de quienes sin lugar a dudas pudieran resultar afectados; en ese sentido, corresponde remitirse a la sentencia del 25 de julio de 1994, expediente 8666, que incluso se cita por la propia jurisprudencia del Consejo de Estado, como referencia de lo que ocurría anteriormente.

Se puede apreciar que el Estado se convirtió en una máquina con importantes repercusiones negativas para el ciudadano y que pudieron llevarse por delante sin ninguna resquemor, ello sin desconocer que se consideraban y reconocían algunos casos en los que debía repararse a la persona afectada por la privación injusta de la libertad, pero en realidad eran ámbitos muy limitados, como cuando se hubiese cometido un delito por parte del funcionario judicial que dictó la detención preventiva.

Luego de lo señalado es necesario situarse en los parámetros del artículo 414 del Código de Procedimiento Penal anterior a la ley 906 de 2004 y de la ley 600 de 2000, esto es, el precepto que precedía a los dos últimos códigos de procedimiento penal, que aún demarcan la dinámica propia de los operadores jurídicos en materia penal, el cual trae una configuración un poco más laxa, pero de todas formas condicionada, y que consiste en que el Estado debe responder por vía excepcional, (C-037 de 5 de febrero de 1996) por lo cual denota que lo público es tan poderoso que está por encima de la persona, aun cuando se haya referido mucho en el contexto internacional, judicial y

hasta el académico una concepción humanista. En este sentido, se encuentra la sentencia del 17 de noviembre de 1995, expediente 10056 y la sentencia del 12 de diciembre de 1996, expediente 10229. De este modo, se partía de conformidad con el tenor del artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, que el hecho no hubiese existido, o que el procesado no lo hubiese cometido o que el mismo resultara atípico y, sin dudas, para que se reconociera el daño antijurídico era necesario demostrar alguno de estos presupuestos.

De fondo, esta es una forma que sigue siendo muy utilitaria del sistema como tal, pues deja muchos casos por fuera del espectro de reconocimiento del daño antijurídico por privación injusta de la libertad, que hasta hace pensar en aquella época como absolutista, en el entendido que nada era por encima del Estado, ni en contra del Estado, donde el que ostentaba el poder no tenía repercusiones de ninguna naturaleza a pesar de las barbaridades que llegara a cometer, mucho más en temas tan sensibles como la privación injusta de la libertad, todo esto porque el sistema en sí lo legitimaba, pero esto sin duda resulta un contrasentido en una época en que ya la Corte Constitucional, y en distintos espacios, se difundía y promovía que el individuo correspondía al núcleo principal del sistema, lo cual en la realidad deja mucho que desear. (T 426 de 1992)

Para llegar a predicar el daño antijurídico con una fórmula mucho más amplia y consecuente con los tópicos demarcados en la jurisdicción de contenido constitucional, con real rango superior a la comprensión legal, esto es, para que verdaderamente el daño antijurídico como se concibe hoy día, como un principio, tuvo que pasar por varias fases que fueron matizando la regla anterior, para lo cual hubo que acudir tanto a juiciosos estudios hechos por la propia jurisprudencia, así como acudir a la doctrina internacional,

el derecho comparado, así mismo se bebió de argumentos de orden filosófico, pero de ordinario se tomaron aspectos históricos de la propia jurisprudencia, como para demostrar que existía un desarrollo en la mencionada corporación encargada de zanjar tales asuntos, y que se palpa en el cómo se trataba de mostrar como avanzaba la misma, pero lo cierto es que se aprecia un paso a paso bastante cauto, limitado y condicionado, obviamente por el marco de orden legal en el que sustentaba.

### **Revaluación de la tesis original**

Ahora bien, hay una segunda etapa en la jurisprudencia, la cual bajo la carga procesal para el demandante tenía que demostrar el carácter injusto de la privación de la libertad para obtener indemnización de perjuicios, consistente en probar la existencia de un error jurisdiccional respecto de la medida de detención. En pronunciamientos posteriores fue reducida tan solo a los casos de detención diferentes a los contemplados en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, porque, con relación a estos últimos, se estimó, que en los tres eventos allí señalados, la ley calificó que se estaba en presencia de una detención injusta, y que por lo tanto, surgía para la Estado la obligación de reparar los perjuicios con ella causados. En este sentido, se encuentra la sentencia del 17 de noviembre de 1995, expediente 10056 y la sentencia del 12 de diciembre de 1996, expediente 10229. No obstante, en decisiones posteriores, 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 gravamen o

menoscabo a sus derechos y patrimonio, independientemente de la legalidad o ilegalidad del acto estatal, o que la conducta del agente del Estado causante del daño haya sido dolosa o culposa (Consejo de Estado, expediente 11601, 2000)

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.”. (Sentencia expediente 12076)

### **Hacia la responsabilidad objetiva del daño antijurídico**

Hay una tercera etapa que marca la tendencia hacia la ampliación del reconocimiento del daño antijurídico con ocasión de cualquier privación injusta de la libertad; en efecto, inicialmente en esta fase se contempló en el caso de la privación de la libertad seguida de sentencia absolutoria. (sentencia 13168, 2006) Así, en ésta época, para el Consejo de Estado la privación de la libertad supone una real injusticia, debido a la afectación material de la libertad del ciudadano; a su vez, con fundamento en el presupuesto de la sentencia absolutoria se pasa a un estadio mucho menos complicado para el demandante, pues la carga de la prueba se invierte en la práctica. Dicha sentencia

absolutoria libera de esa necesidad de demostrar que se estaba ante una privación de la libertad de carácter injusto.

Ahora bien, cabe reflexionar si todas las sentencias absolutorias representan que se produjo una privación injusta de la libertad? y, de suyo, un daño antijurídico?. Aunque inicialmente la respuesta es negativa, toda vez que en un primer momento no se contemplaba el caso de la sentencia absolutoria con sustento en el in dubio pro reo, (que es cuando no se tienen los presupuestos probatorios para sostener con fuerza de certeza, o con la convicción más allá de la toda duda razonable, que lo correcto a proferir por la judicatura sentencia de responsabilidad), como se advierte de las tesis traídas a colación en esta línea jurisprudencial, en corto tiempo y a partir del 2002 se fueron superando los enfoques obsoletos del absolutismo.

Se inició con la sentencia del caso del homicidio de Luis Carlos Galán. El caso es emblemático por varias razones: los intereses orientados a la búsqueda de los responsables, la imposibilidad de llegar a una sentencia condenatoria de quienes fueron procesados, y sobre todo la necesidad de reconocer que el Estado cometió un atropello, causó un daño por privación injusta de la libertad, y por ende tuvo que indemnizar a los afectados. (Sentencia expediente 12076, 2002)

Esta decisión podría considerarse como una especie de fusión con, y hasta de extensión de, lo contemplado en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal antes invocado.

Igualmente, de los fallos en los casos de René Higueta y Audy Forigua es posible observar cómo se flexibiliza la fórmula de la inversión de la carga de la prueba; y, a

contrario sensu, se invierte para el aparato jurisdiccional en cuanto y en tanto no es de recibo aducir que se fue diligente en la búsqueda de la verdad para exonerarse, pues si así fuera se hubiera llegado de nuevo a la absolución del Estado.

Hay que llamar la atención que el radio de extensión se presenta también en eventos como cuando el Estado debe responder en virtud de una preclusión de la investigación, debido a la convicción de que la persona privada de la libertad no tiene nada que ver con el asunto que se le endilga. Con anterioridad solo se consideraban sentencias, ya que la preclusión como decisión en el transcurso de un proceso es extraordinaria, lo que sucede incluso antes de llegar a tener que calificar un proceso. A todas luces resulta significativo en ley 600 de 2000, que sea otro funcionario diferente al juez, quien detente esa facultad para proferirla.

Otro de los eventos en que se considera la privación injusta de la libertad es el de la detención domiciliaria seguida de absolución o preclusión de la investigación. La jurisprudencia en el caso de Naranjo Saavedra consideró que, con esta clase de casos se amplía el cubrimiento con ocasión del daño antijurídico. (Sentencia expediente 17117, 2009)

De este modo, conviene señalar como con el tiempo se impuso una visión diferente, consistente en que ya no solo por factores propiamente extremos de la norma penal que rayaban en lo delictuoso se predicaba el daño antijurídico por privación injusta de la libertad.

Así pues, se cimentaron casos en la jurisprudencia, que fueron reconocidos a partir de la sentencia absolutoria, contrario sensu a lo que representaba una sentencia de

responsabilidad en materia penal, porque de una u otra forma, prima facie, ello equivalía a una real injusticia, por haber llegado materialmente a afectar la libertad del ciudadano, y a la postre representaba una sin razón del aparato jurisdiccional y de contera del Estado. Empero, con fundamento en el presupuesto de la sentencia absolutoria se pasa a un estadio mucho menos complicado para el demandante, pues la carga se invierte en la práctica, dicha sentencia absolutoria libera de esa necesidad de demostrar, con pruebas, que se estaba ante una privación de la libertad de carácter injusto, pero como aún no se podía sostener una concepción amplia de la jurisprudencia, para referir que se reconocen todos los eventos que realmente representen un daño antijurídico.

Ahora, viene la siguiente pregunta que se formuló y que radicaba acerca de si todas las sentencia absolutoria significaban que se produjo una privación injusta de la libertad y, de suyo, un daño antijurídico, cuya respuesta es negativa, toda vez que primero se llegó a la época en que no se contemplaba la sentencia con sustento en el in dubio pro reo, que es cuando no se tienen los presupuestos probatorios para sostener con fuerza de certeza, o con la convicción más allá de la toda duda razonable, que lo correcto a proferir por la judicatura es sentencia responsabilidad. En este sentido, se aprecia, de una forma u otra, este marco como una especie de fusión y hasta de extensión con lo contemplado en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal.

Bueno, como se advierte de las tesis traídas aquí a colación en esta línea jurisprudencial, en corto tiempo, se fueron superando los enfoques obsoletos del absolutismo al humanismo propiamente, pero para llegar a este aserto cabe revisar los distintos eventos que se ciernen, y para ello se tenemos el de la muerte de Galán, que para el país es trascendental, resulta emblemático el caso y con todos los intereses que

podría conllevar a la búsqueda de los responsables, en el cual no se llegó a una sentencia condenatoria de quienes fueron procesados, situación que en el marco ya referido anteriormente dio lugar a reconocer que el Estado cometió un atropello, y por ello debía indemnizar.

Otro evento que se tiene es el de René Higueta, quien en la época de la mafia de Medellín intervino en un caso de secuestro extorsivo, siendo en últimas investigado él como tal, pero que a la postre no tenía nada que ver con el delito que se cometió. (Sentencia expediente 15980, 2007)

Más adelante la sección tercera del contencioso administrativo, itera que el Estado tiene que responderle al particular porque fue injusta su privación de la libertad, como ocurrió con la sentencia del ocho (08) de julio de dos mil nueve (2009), Magistrada Ponente: Dra. MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR, radicado número: 76001-23-31-000-1995-01756-01(16932), la cual amerita traer a colación porque en la misma se señala que “...LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION debe responder por los daños y perjuicios ocasionados al demandante.”.

Igualmente, de esta misma clase de fallos es posible observar como se flexibiliza la fórmula de la inversión de la carga de la prueba; y, a contrario sensu, se invierte para el aparato jurisdiccional en cuanto y en tanto que no es de recibo aducir que se fue diligente en la búsqueda de la verdad para exonerarse, pues sí así fuera se hubiera llegado de nuevo a la absolución del Estado.

Hay que llamar la atención, como se demuestra en esta exposición, que el radio de extensión se presenta también en eventos como cuando el Estado debe responder en

virtud a una preclusión de la investigación, por estar la convicción de no tener nada que ver con el asunto que se le endilga, pero esto corresponde a los eventos que se contemplaban en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, lo cual no varía mucho la situación, aun cuando de plano si tiene un aspecto importantísimo en cuanto que antes solo era para sentencias, en tanto que una preclusión como decisión en el transcurso de un proceso es extraordinaria, lo que sucede incluso antes de llegar a tener que calificar un proceso, lo cual a todas luces resulta significativo en ley 600 que sea otro funcionario diferente al juez que se le otorgue esa facultad para proferirla, porque además se anticipa así la decisión y trae consigo el efecto de cosa juzgada, ya que se archiva por razón de no tener responsabilidad, o no tener ocurrencia el hecho o ser atípica la conducta delictiva.

También la jurisprudencia toca otros eventos y contenidos, como cuando se cumple la pena y por causal de revisión se determina que el condenado no ha debido de estarlo, siendo este uno de los referentes que se tenía para predicar que se presentó una decisión inconsecuente que debía repararse. (Sentencia expediente 12076, 2002)

De este modo, queda claro que cuando se hace referencia al término privación injusta de la libertad se da para la afectación de la misma sea como forma de detención preventiva o hasta posterior como forma de cumplir la pena. En este orden, resulta del caso preguntarse en qué otros eventos se da la privación injusta de la libertad, la respuesta es sencilla, cuando se está en detención domiciliaria (sentencia 17117, 2009), y en este punto cabe interrogar sí la jurisprudencia ha considerado esa clase de casos, y la respuesta es afirmativa, porque también se ha reparado en este último caso, por lo que se aprecian múltiples aspectos en los que se amplía el cubrimiento con ocasión del daño

antijurídico, pues la casa por cárcel precautelativa muy seguramente no resulta tan aberrante como para aludir un daño grave, pero al detenerse en el punto es igualmente desafortunado que se hubiera detenido fuera en la casa o en la cárcel, pues la privación injusta de la libertad estuvo de por medio, por ende merece también una reparación como tal.

Finalmente, un término que se acuña en la jurisprudencia en referencia es el denominado responsabilidad objetiva. ¿Qué se entiende por responsabilidad objetiva?. ¿Será que la sociedad está preparada para ello?. ¿Esto será que se acompasa con la clase de sistema que se ostenta para el proceso penal?.

Para dar solución a estas inquietudes se comienza por lo último, y es que en la sistemática del derecho penal se viene de un sistema inquisitivo, se pasa a uno con tendencia acusatoria, y ahora uno más próximo al acusatorio, con una cantidad de reformas producto del análisis constitucional, no solo desde la órbita del legislador sino de la propia Corte Constitucional, donde incluso se pasa de la intervención de solo dos partes, bajo igualdad de armas, siendo este principio rector del procedimiento penal, al hecho de permitirse a otros que no son las partes que intervengan en el proceso (Sentencia C 025 de 2009), obviamente con la misión de garantizar los derechos de los interesados, de cumplir y acomodarse a los compromisos internacionales en el marco del Bloque de Constitucionalidad.

De fondo, lo que se quiere significar es que primero se capturaba para investigar, y ello ocurre aún como pasó en el caso de SIGIFREDO LOPEZ TOBON, diputado del Valle del Cauca, donde si se llegaba a una decisión condenatoria o absolutoria para el

derecho penal estaba dentro de lo legítimo, no cuestionado ese ulterior estadio procesal por el funcionario judicial cuando decidía abrir investigación, o vinculaba a una persona al proceso y hasta cuando dicta o dictaba una detención, pues era precisamente en virtud del desarrollo de la investigación que se llegaría a determinar si había culpabilidad o no, pero en el caso de omitir el cumplimiento de esta clase de actos procesales podía o puede aventurarse a un prevaricato, por cuanto se señala que en una etapa primigenia todavía no requiere anticiparse a los resultados del proceso. Lo anterior debe además analizarse en una realidad, cual es la gran cantidad de procesos que existen, la presión de decidir pronta y cumplidamente, sin dejar de lado la violencia que se vive en todos sus ordenes, por razón de los delitos cometidos en Colombia.

Así las cosas, uno es el panorama que se observa en el proceso penal y otro el que se sitúa en el contencioso administrativo, pues la jurisprudencia en comento no solo llega a reconocer como se interpretaba los casos del artículo 414 del C.P.P., como sucedía en antaño, sino que en la misma jurisdicción en examen rompe con la interpretación restrictiva de la ley en el tiempo en cuanto y en tanto aplicaba solo para la vigencia de la misma, pero se ha llegado a superar esos condicionamientos hasta llegar a sostener que hay que reparar los distintos daños antijurídicos con ocasión a la privación injusta de la libertad, dados los distintos eventos que se presenten, con independencia a la existencia de los viejos o nuevos procedimientos, incluso sin considerar la filosofía de la investigación y requerimientos de los códigos penales adjetivos; de manera que, ya se presenta no solo la aplicación ultractiva del artículo 414 del C.P.P., sino que de fondo ya no interesa en si mismo la temporalidad de la norma, sino los eventos que tienen un respaldo constitucional para sostener que se está ante un daño antijurídico.

A partir de lo anterior, queda claro que se adquiere progresivamente una conciencia sobre el tema, de los campos hasta donde llega tal figura jurídica y del contenido de tales eventos.

Las repercusiones son interesantes, pues a pesar de haber cambiado a un sistema acusatorio en el que primero se investiga, sin que se tenga la convicción plausible de llegar a una condena, sino probable de la autoría, de todo a todo no cambia el panorama en el contencioso administrativo de la responsabilidad objetiva. (Guerrero, M. 2009. Sentencia Expediente 16932)

De manera que, no solo hay que contemplar los eventos que pueden suceder en el proceso penal, pues no solo se cuenta con la situación de que se absuelva en un caso de defensa pasiva, o, por demostración, a partir de una defensa afirmativa del sujeto procesal o parte, esto es, la cual con medios de convicción logra comprobar que hubo una privación injusta de la libertad, pero en este mismo sistema procesal penal también se contempla hasta la preclusión de la investigación ante el juez de conocimiento, no proferida por el fiscal, pero indiscutiblemente contando con una detención, lo que de suyo implica que se da un daño antijurídico por privación injusta de la libertad.

Aun cuando se diga que la privación de la libertad es excepcional, cada día con la cantidad de sucesos que se presentan en la realidad, dada la jurisprudencia penal, la legislación en materia delictual y la política criminal, se aplican reglas en que se vuelve más generalizada la detención sea preventiva o la domiciliaria, por lo cual resulta mucho más probable que el sistema como tal no se corrija, y se siga ampliando el espectro de daño antijurídico con ocasión a la privación injusta de la libertad.

Entonces, se puede extractar que hay una paradoja en lo penal y lo administrativo, sin que sea algo sorprendente que estemos ante una colcha de retazos de la jurisprudencia, dada la tendencia que con el tiempo adopta la misma, sin que nuestros padres de la patria adviertan, en virtud del decurso de esa línea jurisprudencial, los efectos económicos e implicaciones de esa clase de decisiones.

Es necesario que en los espacios académicos, de los operadores judiciales e interdisciplinarios de las distintas jurisdicciones se observen estos eventos, pues se indica que se tienen demandas que superan de los billones de pesos contra el Estado, pero si las cosas siguen así poco o nada puede hacerse para remediar el hueco fiscal que se ocasiona.

La situación es problemática si se analiza que el contencioso ha llegado a ampliar los casos, bajo el tenor de la responsabilidad objetiva, en los que se presenta el daño antijurídico, sin que en nada importe considerar las razones por las cuales se adoptó una decisión diferente a la condenatoria, en sede de lo penal (Sentencia expediente 25324, 2013), es decir, que cuando se está simplemente ante una sentencia absolutoria, ante una preclusión de la investigación, ante una revocatoria de una detención preventiva o de una domiciliaria, o se archivó el expediente o la carpeta, todo irá para el bolsillo del procesado y su apoderado.

Se resalta que el único caso de no reparación consiste en una sentencia condenatoria; por lo tanto, estamos en la ecuación de un daño antijurídico generalizado por privación injusta de la libertad.

No hay oposición alguna en sostener que deba predicarse en que no se debe soportar la carga de una privación injusta de la libertad, pero del otro lado resulta importante que en una sociedad con los problemas que tiene ésta, cuando han existido instituciones como el Das que han desaparecido por hechos abusivos, y también dada la carencia de personal investigador y hasta no muy capacitado en muchos casos, en realidad es muy fácil que no se den los presupuestos para lograr la consecución de una cabal investigación; repito, se advierte una infinidad de procesos con absoluciones, o preclusiones, o de decisiones que no comportan sentencias condenatorias, que se convierten en el mejor y más seguro de los negocios ante el contencioso administrativo. Más aún, se tienen ejemplos de la inestabilidad del sistema que también incide, como en casos como el de Santofimio, donde en una primera instancia se condenó, el Tribunal revocó y absolvió, y luego la corte condena, por lo cual el asunto de la seguridad jurídica en las decisiones de los jueces es otro asunto que se introduce en esta clase de aspectos, pues hasta resulta azaroso que con la misma prueba se puede llegar a decisiones tan extremas y contradictorias, como las del caso mencionado.

Para la clase de decisiones que en últimas se espera del contencioso, el resultado es independientemente de las consideraciones de muchas realidades de orden sociológico, económico y hasta culturales, aun cuando para llegar a las conclusiones la Sección Tercera haya tenido en cuenta conceptos filosóficos, históricos y hasta del bloque de constitucionalidad, basados en la dignidad humana, lo cual por una parte resulta adecuado, pero eventualmente resulta descontextualizado, dada una realidad con las falencias y carencias que se adolecen, entonces, es de iterar, no hay una visión integral y coherente del asunto, aun cuando de todas formas el sistema como tal sigue

operando bajo las conclusiones que se desprenden de la radiografía anotada en este trabajo.

A partir de lo anterior, cuando se indica que la solución para los asuntos de la justicia son la mayor cantidad de funcionarios o empleados de descongestión, la respuesta resulta bastante lánguida para la clase de problemas jurídicos que se derivan de los efectos de la clase de tesis sostenidas por la jurisprudencia.

Otro aspecto que es de interés resaltar consiste en que, la construcción de la jurisprudencia se hizo de forma inductiva y no deductiva, pues si bien para el año 1991 ya se contaba con una norma constitucional del espectro del artículo 90, que permitía desde aquel entonces poder adoptar toda una serie de cambios en materia de daño antijurídico con ocasión a la privación injusta de la libertad, se ve como caso a caso, y en reiteración de los mismos principios se amplían los radios de acción de la norma legal para adecuarse a lo que representa en últimas lo establecido por la norma constitucional, obviamente con la diferencia en la cantidad de años que se gastaron para llegar a la misma conclusión, por ello es por vía de lo inductivo que se llega al punto de considerar que se puede reclamar al verificarse una injusticia, cuando hay de por medio una privación de la libertad, porque ello no representa un daño antijurídico, lo que pasa es que el daño antijurídico no representa responsabilidad subjetiva, sino que para el caso concreto es de carácter objetiva, lo cual también resulta bastante relajado para el operador jurídico del contencioso, pues se vuelve un acto reflejo que al ver una sentencia absolutoria, una preclusión por no tener los requisitos para acusar, por la duda en el proceso, la consecuencia jurídica es la indemnización, sin ver o preguntar porque el funcionario judicial que lo detuvo lo hizo, si estaba revestido de las facultades legales

para ello, si se abstenía de afectar la libertad de la persona el que hubiera podido traerle como consecuencia que prevaricara, por lo cual no me canso de decir que hay diámetro en la configuración del sistema, que por más que se halla avanzado en la búsqueda de dejar que la restricción de libertad es excepcional, que primero se investiga para imponer determinaciones de privación de la libertad, de todas formas el Estado pierde, por cuanto por más legítimo que hubiera actuado tiene que responder siempre, lo cual es interesante pero discutible.

Claro está que la labor jurisprudencial de por sí cobra fuerza jurídica desde el año 2002, superando y avanzando por parte del Consejo de Estado del daño antijurídico bajo las circunstancias del error judicial, hasta llegar a la forma amplia de reconocimiento de responsabilidad objetiva.

Si bien empezó a regir la Constitución Política de Colombia de 1991, a partir de la cual se ha sostenido por años la existencia de derechos fundamentales, lo cual indiscutiblemente representaba un reflejo en lo consagrado en la norma constitucional establecida en el artículo 90 de la misma carta, en el sentido que todo daño antijurídico debe ser reparado, pero que a la altura del año dos mil dos, la Sección Tercera del Consejo de Estado solo contemplaba que daño antijurídico se apreciaba para unos cuantos eventos, que anteriormente no podía aducirse que, siempre que se produjera una sentencia absolutoria o una decisión de efecto similar, o en cualquiera de las formas que sea injusta una privación a la libertad, implicaba la fórmula de daño antijurídico.

Acorde a esta realidad de los estrados judiciales, se evidencia que difería lo establecido con lo consagrado en la norma constitucional, en el sentido que el daño

antijurídico con ocasión a la privación injusta de la libertad apenas resultaba ser un concepto que nada guardaba relación con la práctica, pero que con en devenir jurisprudencial se pasa a un Consejo de Estado dinámico y acompasado con las realidades del constitucionalismo, que se podía considerar de mayor fuerza jurídica la norma legal que la constitucional, cuya jurisprudencia tiene un actual componente antropocéntrico, dirigido a convertirse entonces en un marco de seguridad jurídica del individuo frente al Estado, en los distintos eventos en los cuales pueda predicarse un daño antijurídico con ocasión a la privación injusta de la libertad, pero que en últimas no se compasa con la dinámica propia del proceso penal como tal.

### **Conclusión**

Conforme a las premisas del Consejo de Estado, en sus orígenes, se llegó a sostener que no había reconocimiento del daño antijurídico con ocasión de la privación injusta de la libertad, por cuanto se sostenía que existía una carga que debía soportar el ciudadano por convivir en sociedad, se predicaba la afirmación del principio de la seguridad jurídica. Discrecionalidad interpretativa del operador judicial.

Ulteriormente, se reconoció la responsabilidad cuando provenía del dolo o culpa grave del operador jurídico. Con fundamento en lo consagrado en el artículo 414 del C.P.P., hubo pronunciamiento de no requerir la existencia de una falla del servicio, no se eximía con demostrar diligencia. Se referenció el reconocimiento en relación a la detención preventiva, la sentencia absolutoria, o decisión equivalente. Que la decisión absolutoria se fundamentara en que el hecho no existió, que el sindicado no lo cometió o que el hecho no constituyera una conducta punible, en que el sindicado padeciera daños y no hubiere sido determinada con su conducta dolosa o gravemente culposa. Que la

privación siempre debía ser injusta y no estaba obligado a soportarla. Privación de la libertad por: a) Error judicial b) Indebido funcionamiento de la administración de justicia. c) Privación injusta de la libertad. De tal modo que, se pasó de la renuencia a reconocer dicha responsabilidad con anterioridad a la constitución de 1991, a la consagración del artículo 90 de esta carta política, con la cualquier actuación del Estado que podía estar sujeta a responsabilidad.

El Estado tiene la obligación de indemnizar todo daño antijurídico que produzca con su actuación lícita o ilícita, voluntaria o involuntaria, por hechos, actos, omisiones u operaciones administrativas de cualquier autoridad para ejercer función pública, la víctima no está en el deber de soportar, lo cual puede deducirse de la falla del servicio, daño especial, el riesgo, ocupación temporal o permanente de inmuebles, el error judicial, el indebido funcionamiento de la administración de justicia, la privación de la libertad, entre otros.

Se pasa de una postura restrictiva a variaciones de tesis con visos objetivos, se revalúa el principio de tener que asumir cargas desproporcionadas por el hecho vivir en sociedad, de soportar cualquier carga generada por una investigación penal, y ser sometido a privación injusta de la libertad.

## REFERENCIAS

Corte Constitucional, T 426 de 1992, Sentencia junio veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y dos.

Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del treinta y uno de julio (31) de mil novecientos setenta y seis.

Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia Del Veinticuatro De Mayo De Mil Novecientos Noventa.

Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia Del Treinta (30) De Junio De Mil Novecientos Noventa Y Cuatro (1994), Expediente 9734

Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia Del Quince (15) De Septiembre De Mil Novecientos Noventa Y Cuatro (1994), Expediente 9391

Hernández, D. (1995). Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia Del Diecisiete (17) De Noviembre De Mil Novecientos Noventa Y Cinco Expediente 9176

Vladimiro, N., Corte Constitucional. Sentencia C-037 Del Cinco (05) De Febrero De Mil Novecientos Noventa y Seis.

Martínez, C (1996). Corte Constitucional. Sentencia C 333 Del Primero (01) De Agosto De Mil Novecientos Noventa Y Seis

Hernández, D. (1996). Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia Del Dos (02) De Octubre De Mil Novecientos Noventa Y Seis. Expediente 10923.

Hernández, D. (1996) Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia Del Dos (02) De Octubre De Mil Novecientos Noventa Y Seis. Expediente 10923.

Hoyos, R. (1997) Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia Del Catorce (14) De Agosto De Mil Novecientos Noventa Y Siete. Expediente 13258

Hoyos, R. (1997) Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia Del Cuatro (4) De Septiembre De Mil Novecientos Noventa Y Siete. Expediente 10285

Escobar, C. (1998). *Responsabilidad Del Estado Por Actividad Jurisdiccional*, Universidad De Medellín

Maya, N. (2000). *La Responsabilidad Del Estado Por Error Judicial Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana. Junio De 2000.*

Rodrigo, G. (2001) Corte Constitucional, Sentencia C 892 Del Veintidós (22) De Agosto De Dos Mil Uno D 3404

Rodríguez, G. (2002). Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia Del Catorce (14) De Marzo De Dos Mil Dos. Expediente: 12076

Arévalo H. (2002) *Responsabilidad Del Estado Y De Sus Funcionarios*. Bogotá. Editorial Gustavo Ibáñez.

Santofimio, G. J. O. (2004). *Tratado De Derecho Administrativo*. Bogotá, Universidad Externado De Colombia

Celemín, L. Y Roa, J. (2004). *Responsabilidad Extracontractual Del Estado Por Privación De La Libertad*. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana. .

Hernández, A. (2006) Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia Del Veintisiete (27) De Abril De Dos Mil Seis. Expediente 14837.

Fajardo, M. (2006). Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia Del Cuatro (04) De Diciembre De Dos Mil Seis Expediente 13168

Saavedra, R (2007). Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia Del Cinco (05) De Diciembre De Dos Mil Siete. Expediente 15128.

Saavedra, R (2008). Consejo De Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera, Veinte (20) De Febrero De Dos Mil Ocho. Expediente: 15980

Gil, E. (2008). Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia Del Cinco (05) De Junio De Dos Mil Ocho. Expediente 16819.

Escobar, R. (2009). Corte Constitucional, Sentencia C 025 Del Veintisiete (27) de Enero de Dos Mil Nueve.

Guerrero, M. (2009). Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia Ocho (8) De Julio De Dos Mil Nueve. Expediente 16932

Guerrero, M. (2009). Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia Octubre Siete (7) De Dos Mil Nueve. Expediente 17117.

Guerrero, M. (2010). Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia Del Tres (3) De Febrero De Dos Mil Diez. Expediente 17123

Guerrero, M. (2010). Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia Del Veinticinco (25) De Marzo De Dos Mil Diez. Expediente 17741.

Gil, E. (2010). Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia Del Catorce (14) De Abril De Dos Mil Diez. Expediente 18860

Conto, S. (2011). Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia Del Treinta Y Uno (31) De Enero De Dos Mil Once. Expediente 18626

Agudelo, G. (2011) Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia Del Veintisiete (27) De Abril De Dos Mil Once. Expediente 20749

Rojas, D. (2011) Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia Del Doce (12) De Mayo De Dos Mil Once. Expediente 18902.

Zambrano, C. (2013) Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia Del Treinta (30) De Enero De Dos Mil Trece. Expediente 25324

Molina, C. *Particularidades De La Responsabilidad Del Estado Por La Actividad Del Poder Judicial. MEXICO Instituto. De Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma De México.*

Recuperado 28 de junio de 2013,

[http://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=fallo%2Bblanco&source=web&cd=4&sqi=2&ved=0CEIQFjAD&url=http%3A%2F%2Ffinnovalibre.files.wordpress.com%2F2009%2F09%2Fadministrativo\\_-fallo blanco.doc&ei=YO3NUeqICsLGtQaGvIDoCw&usg=AFQjCNEtDyTyzKK7WyWsDZ\\_YkqB-ei\\_iIQ](http://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=fallo%2Bblanco&source=web&cd=4&sqi=2&ved=0CEIQFjAD&url=http%3A%2F%2Ffinnovalibre.files.wordpress.com%2F2009%2F09%2Fadministrativo_-fallo blanco.doc&ei=YO3NUeqICsLGtQaGvIDoCw&usg=AFQjCNEtDyTyzKK7WyWsDZ_YkqB-ei_iIQ)