

Privación injusta de la libertad en Colombia. Una línea jurisprudencia de la cuestión.

Lisete Mairely Nova Santos· Autor

Lissma122@gmail.com

Resumen: El Consejo de Estado ha adoptado frente a la responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad, diversas tesis que datan para este artículo entre los años 1992 a 2019 buscando aplicar el principio de justicia en un orden justo dentro del Estado Social de Derecho Colombiano, e inicia con una responsabilidad subjetiva descendiendo poco a poco en una objetiva, que en principio, no observa la conducta que despliega la víctima como generadora del daño, para luego concretarse en que no sólo analiza si el daño es antijurídico o no, sino que le presta vital relevancia al comportamiento de la víctima como causal de exclusión de responsabilidad, la línea jurisprudencial responde a las necesidades jurídicas y económicas de la Nación, al tener en cuenta no sólo a la víctima en sus derechos sino en sus comportamientos generadores del daño y al Estado como parte con derechos y obligaciones. Se reconstruirá una línea jurisprudencial con el fin de identificar el balance y las diferentes tesis sostenidas por dicha Corporación, buscamos resolver el ¿Cuál es el título de imputación aplicable a casos, en los que se reclama la reparación

· Especialista en Contratación Estatal, Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás - Seccional Bucaramanga y Especialista en Derecho Público de la Universidad Autónoma de Bucaramanga –Unab-. Postulada a Magíster en Derecho con énfasis en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás- Seccional Bucaramanga. Juez Segundo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo-Sucre 2010 a la fecha, Juez Segundo Civil del Circuito en Barrancabermeja-Santander 2007-2010, Asesora Externa del Ministerio de Defensa y del Ministerio de Hacienda y Crédito Público 1999-2001. Formadora de la Escuela Judicial Lara Bonilla de los módulos Ética Judicial, Filosofía del Derecho y Teoría de las Pruebas.

de daños ocasionados por la privación de la libertad de una persona a la que, posteriormente, se le levanta la medida restrictiva?

Palabras claves: Responsabilidad Estatal, Privación Injusta de la Libertad, Régimen de Responsabilidad Objetivo, Régimen de Responsabilidad Subjetivo, Culpa Grave o Dolo de la Víctima.

Abstract: The Council of State has adopted against the state responsibility for unjust deprivation of liberty, various theses dating to this article between 1992 and 2019 seeking to apply the principle of justice in a fair order within the Social State of Colombian Law, and begins with a subjective responsibility gradually descending on an objective, which in principle, does not observe the behavior displayed by the victim as a generator of the damage, and then realizes that not only analyzes whether the damage is unlawful or not, but that It gives vital relevance to the behavior of the victim as a cause for exclusion of liability, the jurisprudential line responds to the legal and economic needs of the Nation, taking into account not only the victim in their rights but in their behaviors that generate damage and State as a party with rights and obligations. A jurisprudential line will be reconstructed in order to identify the balance sheet and the different theses sustained by said Corporation, we seek to resolve the What is the title of imputation applicable to cases, in which the repair of damages caused by the deprivation of the freedom of a person to whom, subsequently, the restrictive measure is lifted?

Key words: State Responsibility, Unfair deprivation of liberty, Objective Liability regime, Subjective Liability regime, Gross Fault or intent of the Victim.

Introducción

La necesidad de materializar el principio de igualdad ante la ley, implica que en casos similares se decida por el Juez en igual sentido, conlleva entonces, una estabilidad jurídica de la sociedad frente a ciertos comportamientos estatales que afectan por su acción u omisión a una persona, ocasionando un daño que no está en el deber jurídico de soportar, que solo será objeto de reparación en el evento que concurren los elementos de cláusula de responsabilidad prevista en el artículo 90 Superior.

Desde antaño se observa que múltiples personas son vinculadas a un proceso penal donde se le impone medida de aseguramiento, que es levantada luego de decretarse la preclusión de la investigación o por emitirse sentencia absolutoria, lo que ha dado lugar a que se presenten múltiples procesos de reparación directa, con la finalidad de que se sean reparados los daños materiales e inmateriales derivados de su restricción de la libertad.

Motivos por los cuales, resulta relevante analizar la línea jurisprudencial sobre la privación injusta de la libertad que padeció un persona al restringírsele su libertad por determinado tiempo, lo que implica un daño, que tiene la connotación por regla general de ser antijurídico en el momento en que se termina el proceso por preclusión o absolución, salvo cuando el imputado con su actuar dio lugar a la acción penal adelantada en su contra y a su vez pone de presente que el daño antijurídico es imputable a entidad que impuso la medida de aseguramiento, garantizándole de esta manera, la aplicación del principio de igualdad y respeto a la libertad.

Así las cosas, la presente línea jurisprudencial resuelve el problema jurídico consistente en determinar “¿Cuál es el título de imputación aplicable a casos, en los que se reclama la

reparación de daños ocasionados por la privación de la libertad de una persona a la que, posteriormente, se le levanta la medida restrictiva? (Consejo de Estado, 2018).

Metodología

Para resolver el problema jurídico planteado, se ha elaborado el balance jurisprudencial, que identifica decisiones judiciales del Consejo de Estado desde 1992 a 2019 -período que inicia con el cambio constitucional de 1991 en Colombia-, utilizando para ello el método inductivo que parte de casos particulares estudiados en las sentencias que se traerán a colación, para posteriormente obtener un criterio general sobre los títulos de imputación que a utilizado en el H. Consejo de Estado para dirimir los procesos de reparación directas impetradas con la finalidad de decretar la responsabilidad del Estado por la restricción de la libertad que soporto un ciudadano en el marco de un proceso penal que se adelantó en su contra.

Esto, en virtud del gran número de pronunciamientos, los cuales, se concretaron con base a la sentencia arquimédica de fecha 18 de julio de 2019, por cuanto a pesar de no ser la última reciente era la que se encontraba disponible por la mencionada Corporación.

Así mismo, el presente artículo utilizará algunos parámetros del método de análisis dinámico jurisprudencial expuesto por Diego López Medina en su libro “*el Derecho de los Jueces – versión 2006*” y será a título cualitativo, puesto que, se limitará a estudiar las sentencias más emblemáticas sobre las posturas que ha adoptado el H. Consejo de Estado, para pronunciarse sobre las pretensiones derivadas de la privación injusta de la libertad.

Arquímica conceptual sobre la privación injusta de la libertad a la luz de las sentencias hito, fundadoras y desarrolladoras del. H consejo de estado sobre el tema en estudio.

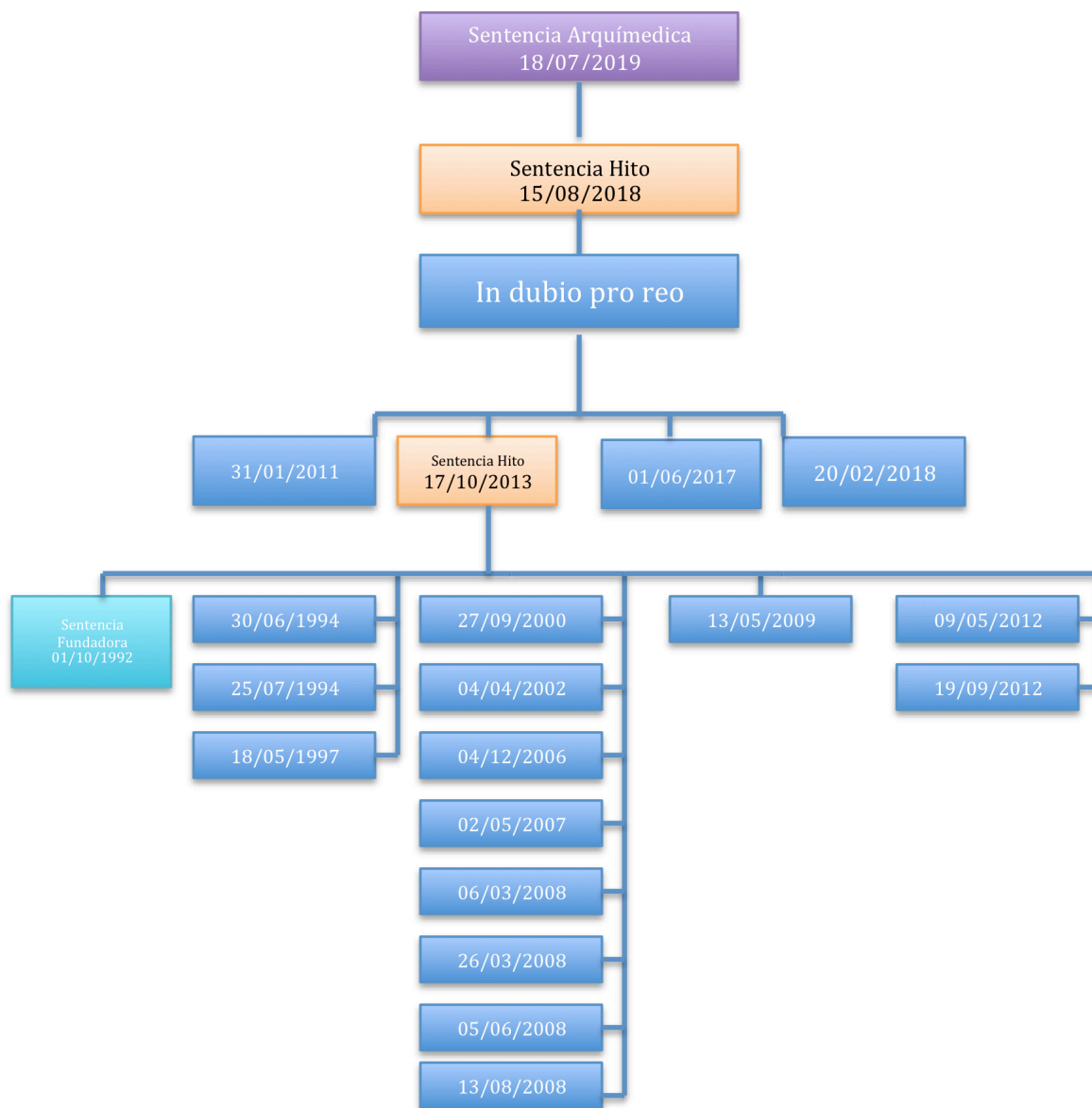


Figura 1. Nicho jurisprudencial.

Fuentes: Elaboración propia.

La privatización injusta de la libertad responsabilidad estatal a título jurídico de imputación subjetiva –falla del servicio judicial.

Es necesario que la sociedad conozca las consecuencias de las conductas abiertamente contrarias a derecho en que incurren jueces o los ejecutores de sus órdenes, lo que trae ello, no sólo la generación de daños y perjuicios materiales y morales sino su responsabilidad personal y causa la obligación resarcitoria del Estado (Consejo de Estado, 1992) , tal como lo señala el Consejo de Estado en su sentencia de 1 de octubre del año 1992, que al aterrizar al caso particular para analizar su título de imputación da cuenta la jurisprudencia de lo siguiente situación fáctica:

Que el occiso Señor Escobar Sánchez fue puesto a disposición por el Juzgado 101 de Instrucción Penal Militar al Cuerpo Técnico de la Policía Judicial, advirtiéndole que el Señor tiene 65 años de edad, sufre de deficiencia cardíaca y diabetes con tratamiento médico.

Por lo que, el Señor Escobar Sánchez rinde indagatoria ante el Juzgado 38 de Instrucción Criminal y se le resuelve su situación jurídica, imponiéndole medida de aseguramiento consistente en caución prendaria.

El Juzgado 38 de Instrucción Criminal remite al Juzgado de Orden Público las diligencias, pero al avocar conocimiento el Juzgado Segundo de Orden Público revoca la medida y ordena la detención preventiva del Señor Escobar Sánchez, a pesar de existir la prueba de su edad, enfermedad y de no tener antecedentes penales ni de policía.

Siendo posible, se presenta por el apoderado del Señor Escobar Sánchez la solicitud de la suspensión de la detención preventiva ante su grave estado de salud.

Con base a ello, se practican los reconocimientos médicos que arrojan el diagnóstico Diabetes Mellitus Arritmia Cardíaca como afectación de grave enfermedad sin que se pueda afirmar que está en inminente peligro de muerte, por lo que el Juzgado Segundo de Orden Público, niega la suspensión de la detención por no encontrarse en las *postrimerías de su vida* (Consejo de Estado, 1992). Posteriormente, fallece el Señor Escobar Sánchez a causa de su grave estado de salud.

Así las cosas, atendiendo a los hechos narrados con antelación el Consejo de estado centra su análisis en

...si la omisión o negativa del funcionario de orden público a suspender la detención preventiva de F.E.E.S., concurrió o influyó en su fallecimiento y, si tal comportamiento omisivo constituyó una falla en el servicio que apareje responsabilidad a cargo de la administración... (Consejo de Estado, 1992)

Para resolver el cuestionamiento anterior, explicó la alta Corporación que el abierto comportamiento contrario a derecho por el servidor judicial, se concreta en haber establecido requisitos o exigencias para la suspensión de la medida preventiva que no se encontraban consagrados en el numeral 3º del artículo 432 del Código de Procedimiento Penal, al exigir que la enfermedad ocasionara “...*las postrimerías de su vida..*”, puesto que los estudios médicos realizados eran suficientes para establecer que el Señor Escobar padecía de una grave enfermedad, aunado a que tenía 65 años de edad y su comportamiento social no constituían barrera alguna para negarle la suspensión de su detención, además, no tenía antecedentes judiciales, ni se resistió a la captura y confesó el comportamiento delictual estando siempre dispuesto a acudir a la administración de justicia cuando fuera necesario. Razones suficientes para hallar la responsabilidad administrativa por la muerte del detenido, pero mermada en su quantum ante la actuación penitenciaria.

A su vez, la actuación penitenciaria, no logró probar el cumplimiento de su obligación de dar el cuidado necesario al detenido de acuerdo a la enfermedad que padece -carga probatoria que tiene ante la imposibilidad de probar por sus familiares la desatención sufrida-, pues ser presunto trasgresor de la Ley, no constituye obstáculo alguno para que el Estado le preste los servicios y garantice sus derechos que como ciudadano ostenta según la Constitución Política.

Por lo que, en efecto infiere el Consejo de Estado que las autoridades judiciales demandadas hacen parte de las autoridades públicas descritas en el artículo 90 de la Constitución Política por lo que los hace sujetos atribuibles de las acciones u omisiones establecidas en la responsabilidad administrativa aunada a la posibilidad de ejercerse la acción de reparación directa contra éstas con base al artículo 414 del Código de Procedimiento Penal por quienes a causa de alguna decisión judicial sean ilegítimamente privados de la libertad.

Con fundamento en lo referido, califica el Consejo de Estado que la conducta del Juez fue ilegal y errada incurriendo en una falla del servicio de la administración de justicia que coadyuvó con la muerte del detenido, ocasionando ostensibles daños morales a los demandantes. Insiste en que la edad del detenido, su comportamiento y estado de salud grave, y el hecho de que fue recluido le privó de ser efectivamente atendido por los servicios de salud, por su cuenta o por medio de sus familiares, y ante la ausencia de demostración del cuidado y diligencia estatal, se impone que la terquedad del Juzgado para impedirle acceso a la atención por fuera del establecimiento penitenciario, influyó inminentemente en el deterioro de la salud del detenido quien debió ser hospitalizado. Es más, por el delicado estado de salud y edad avanzada no se esperaba un futuro de vida amplio, pero sí un mejor tratamiento, por esta razón se reconoce una indemnización moral a cada demandante.

Establece entonces, que los miembros del servicio de justicia hacen parte de las autoridades públicas que pueden ocasionar con sus decisiones y obrar ilegal e injurídico un daño antijurídico consagrado en el artículo 90 de la Constitución Política, constituyéndose en la regla general de responsabilidad estatal.

Ahora bien, en la aludida jurisprudencia se presentan las siguientes sub reglas:

En otras palabras, la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad se edifica bajo la sub-regla descrita así: *“Las autoridades judiciales si incurren en error judicial ocasionan la reparación del daño bajo el concepto del artículo 90 Ibíd.”*.

El error judicial como *“...consecuencia de la afectación al deber que tiene la autoridad judicial de producir decisiones conforme a derecho...”* (Consejo de Estado, 2013), previo análisis razonable de las circunstancias y pruebas de los casos que conoce, sin inmiscuir culpa o dolo de la conducta desplegada por la autoridad que comete el error.

El término injusto de la privación de la libertad se concreta a que la actuación judicial es violatoria, abiertamente arbitraria y desproporcionada en los procedimientos judiciales adelantados, no conforme a derecho.

En cuanto a la carga de la prueba el demostrar el carácter de injusto de la detención, consiste en la necesidad de probar la existencia del error en el cual ha incurrido la autoridad judicial al ordenar o mantener la medida privativa de la libertad, así como el daño y perjuicio que ocasionó con su error, por lo que en concreto debe acreditar el error judicial, el daño antijurídico y su nexo.

Se puede inferir de lo expuesto, que cuando hay una medida preventiva producida con el cumplimiento de los requisitos normativos, es una carga que debe soportar el privado de la libertad con ésta.

Régimen objetivo de responsabilidad del estado al privarse de la libertad a la persona exonerada de responsabilidad penal en aplicación al principio *in dubio pro reo* (Consejo de Estado, 2013).

Entre los años 1994 a 2013 aproximadamente, se ha desarrollado jurisprudencialmente la tendencia al régimen objetivo de la responsabilidad estatal, especialmente cuando una persona privada de la libertad es declarada libre con base a las causales del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 se precisó, que a pesar de haberse producido la medida de aseguramiento cumpliendo las exigencias y requisitos de las normas vigentes, la posterior absolución de la persona determina que, excepto concurra una causal eximente de responsabilidad como el hecho exclusivo y determinante de la víctima, ésta no tiene del deber jurídico de soportar los daños causados con la detención porque no se desvirtuó durante el proceso penal la inocencia que desde el principio como presunción el privado tenía (Consejo de Estado, 2006).

En dicho período hacia el 2008 a 2009 el Consejo de Estado afirma que la responsabilidad extracontractual del Estado dada en la privación injusta de la libertad debe examinarse con el régimen objetivo de responsabilidad sólo en los casos del derogado artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 y cuando la absolución se ocasione en aplicación del principio *in dubio pro reo*.

Con el fin de unificar argumentos en favor del régimen objetivo de responsabilidad sustentado en el daño especial, se ocasiona la Sentencia del 17 de octubre de 2013 que tiene como hechos probados los siguientes:

El Juzgado de Instrucción de Orden Público dictó medida de aseguramiento con detención preventiva, en contra del ex servidor judicial Sr Luís Carlos Osorio Orozco y otros, por la presunta infracción de la Ley 30 de 1986, librándose la orden de captura.

A través de auto posterior, el Juzgado 28 de Instrucción Criminal ordena la notificación de la medida de aseguramiento decretada en contra del ex servidor judicial en mención, materializada la orden de captura, se solicita la revocatoria de la medida de aseguramiento.

Mediante proveído dictado por la Fiscalía Delegada ante los Jueces Regionales se niega la solicitud de revocatoria de la medida de aseguramiento. Aspecto confirmado por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional.

Un año más tarde, se vuelve a solicitar la revocatoria de la medida de aseguramiento, la cual, se denegó por la Fiscalía Regional Delegada ante los Jueces Regionales del Valle del Cauca.

Finalmente, se dictó resolución de acusación contra el ex servidor Sr. Orozco Osorio y las otras personas por uno de los comportamientos delictuales descritos en la Ley 30 de 1986, art. 33 en concurso con el delito de hurto calificado, pero pasado un tiempo, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional, revoca la resolución de acusación en contra del ex servidor judicial, precluyendo con base al principio de *in dubio pro reo*.

Con relación a esos supuestos fácticos, se generó como problema jurídico a resolver, *¿cuál es el título jurídico de imputación aplicable a la responsabilidad estatal en el supuesto en que el sindicado fue privado cautelarmente de la libertad y finalmente exonerado de responsabilidad penal en aplicación del principio in dubio pro reo?*

La Corporación responde, que es el título jurídico objetivo en la modalidad de daño especial al precisar “...la injusticia de la medida derivará de la intangibilidad de la presunción constitucional de inocencia que ampara al afectado de la excepcionalidad de la privación de la

libertad que se concreta en su caso específico y a nada conduce, toda vez que posteriormente se produce la absolución, con base en el beneficio que impone el postulado in dubio pro reo, pero con evidente ruptura del principio de igualdad...”(Consejo de Estado, 2013) , pero en caso de presentarse los presupuestos de la falla del servicio y del régimen objetivo se deberá resolver el litigio con base a la falla del servicio a fin de establecer en el Estado los correctivos necesarios a su actuar.

Se entiende que el privado de la libertad y revocada dicha privación, no tiene el deber jurídico de soportar la restricción a su libertad, por lo que se ha roto para él el equilibrio de las cargas públicas, dando lugar entonces a la responsabilidad del estado con base al artículo 90 constitucional.

Ese título de imputación objetivo en la modalidad de daño especial tiene como eximentes de responsabilidad la fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima y el hecho exclusivo de un tercero, que durante el proceso en análisis no se alegaron ni se estructuraron, pero de haberse configurado de oficio se podrán decretar.

Las razones anteriores se fundamentan, en que una norma infraconstitucional (Decreto 2700 de 1991, artículo 414) no puede limitar el contenido del artículo 90 de la Constitución Política porque ésta enmarca la cláusula general de responsabilidad estatal incluyendo no sólo la falla del servicio, el error judicial, entre otros sino también al título objetivo.

Es fundamental establecer que el artículo 90 constitucional establece en su inciso primero la cláusula general de responsabilidad estatal y en su artículo segundo la responsabilidad del agente estatal a título de culpa grave o dolo, son dos aspectos inconfundibles sin que la responsabilidad del estado para ser declarada dependa de la culpa grave o dolo del agente estatal para su configuración.

Limitar la cláusula general de responsabilidad estatal como se venía realizando ocasiona la desprotección de las víctimas del daño antijurídico, pues la injusticia de la privación de la libertad no se produce de la ilicitud del proceder de los servidores de justicia sino de no encontrarse la víctima en el deber jurídico de soportar dicha carga.

Por otra parte, otro argumento que viabiliza el título objetivo en este caso, se basa en la garantía a la condición humana llamada presunción de inocencia e incluso, el proceso penal la conserva intacta durante todo su desarrollo, por lo que una privación y posterior absolución impone soportar injusta y antijurídicamente la afectación a su derecho fundamental a la libertad, pensar lo contrario sería afirmarse que por la legalidad de la medida de aseguramiento se desvirtúa la presunción de inocencia sin haber fallo penal condenatorio.

Ahora como otra afirmación que respalda ese título jurídico objetivo, es el afirmar que al presentarse una afectación a la libertad, se cataloga como restricción a la misma, la cual, debe ser excepcional, al ser la libertad un derecho fundamental, un principio y valor salvaguardado por el Estado Social de Derecho, que comporta una dimensión subjetiva, como el reconocimiento del orden jurídico a favor del individuo y objetiva, en cuanto a la obligación de la autoridad pública de crear, interpretar y aplicar el derecho, de tenerlo presente.

La restricción excepcional a la libertad se produce a fin de asegurar la comparecencia del sindicado al proceso, asegurar los efectos de la sentencia o no seguir delinquiendo según afirma la interpretación por el Consejo de Estado en tal sentido, el precisar lo contrario, afectara el principio, valor y derecho fundamental de la libertad.

En conclusión, se tiene como sub regla, que el sistema jurídico debe interpretarse en su conjunto aplicando para la privación injusta de la libertad en cuanto a la responsabilidad estatal, los efectos de la presunción de inocencia como el principio, valor o derecho fundamental a la

libertad, encontrando a la víctima privada de la libertad después de levantada su restricción, en un desequilibrio de las cargas públicas y sin tener el deber jurídico de soportar el daño producido, sin importar si la privación cumplió los fines de la administración de justicia, es decir, ese daño especial conculcado a una persona a quien se le aplica el carácter excepcional de la detención preventiva y por ello, la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, da lugar a un restablecimiento consagrado en el artículo 90 de la Constitución Política.

La tendencia a obviar la culpa grave o dolo del funcionario judicial o configuración a un error judicial o defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, como requisito de la responsabilidad estatal, se concreta en un título objetivo de imputación, en desarrollo del principio de igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas, dando la modalidad de daño especial, sin estudiar la conducta desplegada por la víctima frente a la causación o no de la medida privativa de la libertad.

Por consiguiente, en el asunto de análisis se probó la responsabilidad del estado al no haberse desvirtuado la presunción de inocencia del privado ex servidor judicial Sr. Orozco Osorio, por lo que, no está en la obligación de soportar el daño que el Estado ocasiona calificado como antijurídico.

No obligación de reparación estatal de daños a una persona privada de su libertad con una medida preventiva, que es revocada posteriormente – su comportamiento irregular que la expone a una sospecha de participación en la comisión delictual investigada.

En el año 2018 el Consejo de Estado con base a los siguientes hechos probados, analiza los elementos de la responsabilidad estatal y como la víctima se expone a la medida preventiva y

privativa de la libertad como factor determinante en la responsabilidad estatal, modificando su jurisprudencia en tal aspecto.

Hechos Probados

La Señora Betancour Correa reportó ante el Ministerio de Relaciones Exteriores ser víctima de una trata de personas. El Ministerio lo remite al competente, la Fiscalía inicia su investigación solicitando la captura de la Señora Ríos Cortés y otros, ante el Juez Primero Penal Municipal de Pereira con función de Control de Garantías, quien accedió a dicha petición, capturándose la Señora Ríos Cortés el día 4 de agosto de 2006.

En audiencia la Fiscalía formuló imputación de cargos en contra de la Señora Ríos Cortés, ocasionando que el Juez con Función de Control de Garantías imponga la medida de aseguramiento de detención preventiva intramural, “...*al inferir de manera razonable..*” su responsabilidad en el ilícito investigado.

Posteriormente, se presenta la acusación en contra de la Señora Ríos Cortés, procesalmente se ocasiona un conflicto de competencias para proseguir conociendo el proceso, terminada esta situación procesal la Fiscalía 18 seccional de Pereira, ordenó la libertad de la Señora Ríos Cortés por haberse superado los 120 días sin que se calificara el sumario y adelantar una investigación previa a fin de establecer si la conducta existió, si está descrita como punible e identificar plenamente a los presuntos responsables, así como, determinar si es o no competente por parte de esa delegada para actuar.

La Señora Ríos Cortés recuperó su libertad, el día 16 de enero de 2007.

Se presenta por segunda vez, conflicto de competencia para conocer del proceso y a quien le corresponde se le envía el plenario para la audiencia de formulación de cargos, pero el 30 de

marzo de 2010 la Unidad Nacional de Fiscalías de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario profirió resolución de preclusión de la instrucción.

La preclusión se presenta ante la carencia del elemento primordial llamado tipicidad, es decir, la conducta que se persiguió no constituyó en realidad, delito alguno.

Al efecto, se plantea como problema jurídico *¿cuál es el título de imputación aplicable a los casos en que se reclama la reparación de daños con ocasión a la privación de la libertad de una persona, que posteriormente, es revocada?* (Consejo de Estado, 2018).

Es menester considerar que ya el simple hecho de tener una medida preventiva de libertad revocada como es del caso, no produce por sí misma la responsabilidad estatal, pues es primordial ahora para determinarla, establecer si la Señora Ríos Cortés incurrió –desde el punto de vista civil- en una conducta gravemente culposa o dolosa y si con ella, da lugar a que se le restrinja su libertad o si está resultó ser una medida injusta y generadora del daño antijurídico imputable al Estado.

Según las pruebas obrantes la Señora Ríos Cortés es quien compra el pasaje de la denunciante para viajar al exterior y hace gestiones para que la denunciante pudiera laborar en el exterior, nunca se probó que la hubieran captado, ni retenidos sus documentos, ni engañada fue por parte de la acusada e igual, quedó demostrada la deuda de la denunciante a favor de uno de los que la ubicaron en el exterior. Hechos que no estructuran un comportamiento delictual pero sí se presenta un comportamiento irregular que permitió sospechar su participación en la comisión del delito investigado.

Así las cosas, la Señora Ríos Cortés fue vinculada a un proceso y exonerada de responsabilidad, pero fue su conducta la que dio lugar a la investigación que se adelantó en su contra y originó la imposición de la medida de aseguramiento, al haberle cobrado la comisión

por la intermediación laboral –Decreto 3115 de 1997-. Ríos Cortés compra el tiquete a nombre de la denunciante y le hizo firmar una letra, por el valor del tiquete y de la comisión del servicio, cuyo pago debía amortizar la denunciante con el dinero que recibiera en Israel como pago por su trabajo.

La denunciante mayor de 50 años, cabeza de hogar y en estado de vulnerabilidad permitió que la señora Ríos Cortés le cobrara el valor por los conceptos mencionados, luego se presume la intención de sacar provecho de la debilidad de la denunciante y manipular su voluntad a través de la imposición de la deuda, aspecto que en la Convención de Palermo está atada al trabajo forzado y a la trata de personas.

Es por ello, que la Señora Ríos Cortés constituye su comportamiento en una conducta gravemente culposa pues trasgredió el Decreto 3115 de 1997 y le impuso una deuda en condiciones irregulares, comportamientos que no se esperan de quien ejercer a la luz del ordenamiento jurídico la intermediación laboral.

Dichos aspectos infieren en que las actuaciones de la señora Ríos Cortés motivaron la investigación penal y la medida restrictiva de libertad. Así las cosas, no existe vínculo causal (adecuado) entre la medida de aseguramiento y los perjuicios cuya indemnización se reclama, se reitera, la privación de la libertad no tuvo causa eficiente o adecuada en la actividad de la administración de justicia, sino en la conducta desplegada por la señora Ríos Cortés, por lo que nadie puede sacar provecho de su propia culpa y se declara la no Responsabilidad del Estado, señalando las siguientes sub-reglas:

“...1. Si el daño (privación de la libertad) fue antijurídico o no, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política.

2. Si quien fue privado de la libertad actuó con culpa grave o dolo, desde el punto de vista civil-análisis que hará, incluso de oficio- y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva (arts. 70 de la Ley 270 de 1996 y 63 del Código Civil) y,

3. Cuál es la autoridad llamada a reparar el daño.

En virtud del principio iura novit cura, el juez podrá encausar el análisis del asunto, siempre en forma razonada, bajo las premisas del título de imputación que, conforme al acervo probatorio, considere pertinente o que mejor se adecúa al caso concreto... ” (Consejo de Estado, 2018).

Lo expuesto se basa en los siguientes argumentos:

De la evolución jurisprudencial que ha tenido el Consejo de Estado en la privación injusta de libertad, se tiende al título jurídico objetivo, donde no interesa si el actuar del funcionario judicial fue con dolo o culpa grave, pero lo cierto es que de la tesis sostenida en la sentencia del 17 de octubre de 2013, se afecta el concepto del artículo 90 de la Constitución Política, al calificar como antijurídico el daño con la sola ocurrencia de la privación de la libertad como medida privativa y posterior, exoneración de responsabilidad penal, al obviar el análisis de la antijuridicidad del daño.

Igualmente, no es dable admitir que el ciudadano deba asumir la carga de la investigación penal y someterse a la detención preventiva, ya que se contrarían los principios básicos estipulados en la Convención de Derechos Humanos y en la Constitución Política (Consejo de Estado, 2012).

Al análisis del artículo 90 de la Constitución Política, se reitera que su contenido no puede ser limitado por norma legal, pero sí puede ser precisado y aclarado por el legislador como acontece con el artículo 68 de la Ley 270 de 1998 y la Sentencia C-037 de 1996 que afirman que no sólo con la privación y absolución se constituye la antijuridicidad del daño, sino que se debe analizar

si el daño padecido con esa privación fue o es antijurídico o no, es más, al hacer el análisis ni la Constitución, ni la Ley, han señalado un título jurídico de imputación debiendo cada Juez de acuerdo a los hechos ha decidir, aplicar el título jurídico que se adecúa al caso en concreto (Consejo de Estado, 2012).

Es más cuando se emplee el régimen de la falla del servicio no es dable confundir el carácter subjetivo de la responsabilidad estatal en asuntos de la privación de la libertad con el juicio de responsabilidad personal del funcionario judicial, porque no siempre se produce la falla estatal, de una actuación dolosa o gravemente culposa del funcionario, ni menos implica un prejuzgamiento a éste.

Aclarado lo anterior, se afirma que de seguir sosteniendo que por el simple hecho de haberse privado de la libertad y después ser revocada dicha medida, se ocasiona la responsabilidad estatal inevitablemente, vuelve la responsabilidad del estado una regla general, debido a que las exigencias para imponer una medida preventiva o cautelar privativa de la libertad sólo necesita de indicio o indicios graves de responsabilidad para su imposición según las normas penales caso diferente en la condena, ya que se necesita de la certeza de responsabilidad del investigado para su imposición, lo cual, sí, en el devenir procesal no se constituye, se produce como resultado la regla general de una reparación estatal.

Se expone además como otro contra argumento a la sentencia del 17 de octubre de 2013 en cuanto a la afectación de la presunción de inocencia con la medida preventiva de privación de la libertad , que la imposición de la medida preventiva de privación de la libertad es una medida cautelar no punitiva, por lo que no se contrapone a la presunción de inocencia según el contenido del artículo 29 Constitucional y el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos

Humanos y el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, al sostener estas normas que sólo con la imposición de la condena se desvirtúa la presunción de inocencia.

Entonces la atención del Juez no es centrarse en afectaciones a la presunción de inocencia o al derecho de libertad, sino que está en determinar si el daño derivado de la medida de aseguramiento de detención preventiva, se mostró como antijurídico, debido a que en lo injusto de ella radica la demanda.

Por otra parte, se contra argumenta a la decisión del 17 de octubre de 2013 cuando indica que la libertad no se pueda restringir, con el artículo 28 Constitucional porque permite que con las formalidades legales y motivos definidos en la Ley, de manera preventiva y excepcional, se puede restringir mientras se resuelve la responsabilidad del investigado, por eso se menciona como medida preventiva las medidas de aseguramiento (Ley 600 de 2000, arts. 355 y 356) (Ley 906 de 2004, arts. 296 y 308).

Lo mencionado, implica que la medida de detención preventiva debe estar contenida en un escrito de la autoridad judicial, con las formalidades legales y motivos previamente señalados en la Ley, requisitos sin los cuales su imposición sí es injusta e ilícita y como consecuencia, se produce la responsabilidad estatal del artículo 90 ob cit.

Expuesto lo anterior, se aparta la sala del 15 de agosto de 2018 de la tesis sostenida el 17 de octubre de 2013, pues no es sólo importante haber sido privado de la libertad preventivamente y después revocarse tal decisión por las causales del artículo 414 del C.P.P, en aplicación del principio *in dubio pro reo* o porque se estructura una exoneración a la responsabilidad penal como por ejemplo el estado de necesidad, sino que es fundamental el análisis de la participación o incidencia del comportamiento desplegado por la parte demandante en la generación del daño que se afirma sufrir.

El análisis del comportamiento de la parte demandante frente al daño que dice haber sufrido, impone que se estudie, si éste se encuentra dentro de la culpa grave o dolo contenidos en el artículo 63 del Código Civil (Consejo de Estado, 2018) y si con este comportamiento da lugar a la apertura del proceso penal e imposición de la medida de aseguramiento. De ser así, se configura la causal de exoneración de responsabilidad del Estado llamada culpa exclusiva de la víctima –Ley 270 de 1996, artículo 70-.

En síntesis, “...*nadie puede sacar provecho de su propia culpa...*” (Consejo de Estado, 2018) para lograr una reparación del Estado con base al artículo 90 de la Constitución Política.

Responsabilidad estatal al privarse preventivamente de la libertad a una persona, a quien posteriormente en el proceso penal se le revoca su restricción.

En la actualidad, se reitera que la responsabilidad estatal puede producirse por una falla en el servicio que hace parte del un criterio subjetivo o por un criterio objetivo, pero lo importante radica en el análisis del daño como antijurídico, si la víctima con su comportamiento se encasilla en un actuar doloso o gravemente culposo, que ocasiona la investigación penal o la medida privativa de la libertad como medida de aseguramiento, si es así se configura la exclusión de responsabilidad para el Estado, y cómo, por qué y por quién se produce el daño, satisfechas estás preguntas que facilitan la aplicación de las sub-reglas expuestas por el Consejo de Estado en sentencia del 15 de agosto de 2018, se podrá concluir si es responsable el Estado o no conforme al artículo 90 de la Carta Política.

Es así que, en los siguientes supuestos fácticos, se desarrollan y confirman las sub-reglas de la sentencia de agosto de 2018:

El señor Correa Salazar fue capturado el 16 de diciembre de 2004 por la presunta comisión del comportamiento delictual de extorsión, pero ocho días después la Fiscalía le dicta medida de aseguramiento como coautor de los delitos de hurto calificado agravado, secuestro simple, porte ilegal de armas de fuego y extorsión tentada.

El 15 de junio de 2005 es acusado por la Fiscalía ante los jueces penales por los delitos anteriores y el 5 de diciembre de 2006, el Juez Penal de Conocimiento decide absolverlo de los delitos anteriores, dejándolo libre el 7 de diciembre de 2005.

Al respecto, se plantea como problema jurídico *¿El Estado está en la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados a los demandantes, por la privación injusta de la libertad del señor Correa Salazar, causada por la Fiscalía?*

Para resolverlo, se recuerdan las sub-reglas, así:

“...1. Si el daño (privación de la libertad) fue antijurídico o no, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política.

2. Si quien fue privado de la libertad actuó con culpa grave o dolo, desde el punto de vista civil-análisis que hará, incluso de oficio- y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva (arts. 70 de la Ley 270 de 1996 y 63 del Código Civil) y,

3.Cuál es la autoridad llamada a reparar el daño.

En virtud del principio iura novit cura, el juez podrá encausar el análisis del asunto, siempre en forma razonada, bajo las premisas del título de imputación que, conforme al acervo probatorio, considere pertinente o que mejor se adecúa al caso concreto...” (Consejo de Estado, 2018).

De allí parte, que efectivamente el daño ocasionado al Señor Correa Salazar es antijurídico no debe soportarlo, incluso se concretó que no se expone a la privación de la libertad ni da lugar a la investigación penal, pues es un taxista y probó que fue contratado por unos de los autores de los

punibles para que los llevará en el taxi por ciertos lugares, sin que participara en ninguna de las fases delictuales, además, tiene celular pero de éste no se realizan llamadas a quien fue extorsionado, ni conoce porque fueron a un taller donde había un carro que para la investigación era robado, no fue reconocido como delincuente por la víctima de la extorsión en el reconocimiento en fila.

Razones que exponen que no existe culpa grave o dolo en el actuar del Sr Correa Salazar que determinara la imposición preventiva de la restricción a su libertad e inicio de investigación penal, porque el sólo hecho de que el Sr. Correa hubiera sido contactado por los delincuentes para que los transportara el día del delito no logra arrojar indicio o dos indicios de responsabilidad exigidos en la norma penal para que se profiriera la medida de aseguramiento.

De esta manera, la Fiscalía debe verificar los requisitos formales y sustanciales para privarlo de la libertad, el no hacerlo como acontece, trae consigo la falla en el servicio y consecuente, responsabilidad del Estado.

En cambio, el Juez bajo el principio *in dubio pro reo* lo deja libre, pero lo cierto es que durante el proceso nunca se demostró que el Señor Correa Salazar hubiera cometido el o los comportamientos penales, motivo de investigación y juicio penal, luego no existe ni siquiera prueba indiciaria que sirva para soportar la privación de la libertad, ni la acusación hechas por la Fiscalía.

Luego, es la Fiscalía la Entidad del Estado, que con su actuar ocasiona el daño antijurídico al Señor Correa Salazar, menoscabo que se reitera no debe soportar.

En resumen, “...*la parte actora no estaba en la obligación de soportar el daño que padeció y que el mismo debe calificarse como antijurídico, lo cual determina la obligación para el Estado de indemnizar o resarcir los perjuicios causados a los demandantes, por la privación injusta de*

la libertad del señor Correa Salazar, a la cual dio lugar la actuación que adelantó la Fiscalía General de la Nación...” (Consejo de Estado, 2019)

Conclusiones

La responsabilidad del Estado con base al artículo 90 de la Constitución Política, es una cláusula general de responsabilidad que no puede limitarse por norma inferior a ella, guardando una interpretación sistemática y social, y muchos menos por afectarse el presupuesto de justicia, por causa de la aplicación de un regla jurisprudencia, al ser la Constitución Política la que traza los derroteros del equilibrio de derechos, principios, valores, deberes, obligaciones del Estado con sus habitantes y viceversa.

En cumplimiento del mandato constitucional, el Consejo de Estado como órgano de cierre en la Jurisdicción Contenciosa Administrativo, direcciona el estudio de la Responsabilidad Estatal Extracontractual, en dar a cada cual lo que le corresponde, avance jurisprudencial que, a nivel presupuestal y económico, ha logrado disminuir el pago de esta clase de sentencias en un 80% aproximadamente (Rama Judicial, 2018-2019) .

Reconstruido el balance jurisprudencial, se grafica de la siguiente manera

Tabla 1. *Línea jurisprudencial*

¿Cuál es el título de imputación aplicable a casos, en los que se reclama la reparación de daños ocasionados por la privación de la libertad de una persona a la que, posteriormente, se le levanta la medida restrictiva?		
Responsabilidad Subjetiva	Responsabilidad Objetiva	Resp Subjetiva u Objetiva Análisis del Daño/comportamiento de Víctima.
Sent. 1 de Octubre de 1992		
Sent. 30 de junio de 1994		
Sent. 25 de julio de 1994	Sent. 12 de diciembre de 1996	
	Sent 4 de diciembre de 2006	
	Sent. 17 de octubre de 2013	Sent. 15 de agosto de 2018
		Sent. 18 de julio de 2019
		Sent. 2 de agosto de 2019

Las sub-reglas elaboradas por el Consejo de Estado el 15 de agosto de 2018, las cuales se enumeran:

“...1. Si el daño (privación de la libertad) fue antijurídico o no, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política.

2. Si quien fue privado de la libertad actuó con culpa grave o dolo, desde el punto de vista civil-análisis que hará, incluso de oficio- y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la

subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva (arts. 70 de la Ley 270 de 1996 y 63 del Código Civil) y,

3. Cuál es la autoridad llamada a reparar el daño.

En virtud del principio iura novit cura, el juez podrá encausar el análisis del asunto, siempre en forma razonada, bajo las premisas del título de imputación que, conforme al acervo probatorio, considere pertinente o que mejor se adecúa al caso concreto... ” (Consejo de Estado, 2018).

A efectos prácticos ha viabiliza el presupuesto estatal para poderse utilizar en los fines del Estado Social de Derecho relacionados con salud, educación, entre otros.

El cambio social, político y económico del país, ha influido en los últimos dos años en el cambio jurisprudencial por razones de equidad, permitiendo observar variables jurídicas que en principio se obviaban, como es el caso, de la responsabilidad del Estado cuando quien es privado de la libertad da lugar a esa medida de aseguramiento e investigación penal, que en un principio su comportamiento no era objeto de análisis para determinar si se repara conforme al artículo 90 de la Constitución o no, es hasta el 2 de mayo de 2007 aproximadamente que se menciona como contenido de la exclusión de la responsabilidad estatal por culpa exclusiva de la víctima.

El H. Consejo de Estado como Tribunal de Cierre de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en sus últimos precedentes jurisprudenciales traídos a colación en el presente artículo, ha establecido una serie de sub reglas que hacen más estricto el juicio de responsabilidad en procesos de reparación directa iniciados por la privación injusta de la libertad que padeció una persona, habida cuenta, que se debe hacer un estudio de la conducta desplegada por la víctima directa, de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida de aseguramiento, esto en atención a los principios de justicia y orden justo, que deben ser utilizados para estudiar las actuaciones de las partes que integran un proceso de privación injusta de la libertad.

Referencias bibliográficas

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Tercera, sentencia 1 de octubre de 1992. MP. Dr. Daniel Suárez Hernández. Recuperada el 29 de agosto de 2019, de relatoría Consejo de Estado: <http://relatoria.consejodeestado.gov.co/>.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Sentencia de 4 de diciembre de 2006. Recuperada el 29 de agosto de 2019, de relatoría Consejo de Estado: <http://relatoria.consejodeestado.gov.co/>.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 19 de abril de 2012. Recuperada el 29 de agosto de 2019, de relatoría Consejo de Estado: <http://relatoria.consejodeestado.gov.co/>.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 26 de julio de 2012. Recuperada el 29 de agosto de 2019, de relatoría Consejo de Estado: <http://relatoria.consejodeestado.gov.co/>.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera- Subsección A. Sentencia del 17 de octubre de 2013 MP Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Recuperada el 29 de agosto de 2019, de relatoría Consejo de Estado: <http://relatoria.consejodeestado.gov.co/>.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, sentencia del 10 de mayo de 2018. Recuperada el 29 de agosto de 2019, de relatoría Consejo de Estado: <http://relatoria.consejodeestado.gov.co/>.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, sentencia del 15 de agosto de 2018 MP Dr. Carlos Zambrano Barrera. Recuperada el 29 de agosto de 2019, de relatoría Consejo de Estado: <http://relatoria.consejodeestado.gov.co/>.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia del 18 de julio de 2019 MP Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Recuperada el 29 de agosto de 2019, de relatoría Consejo de Estado: <http://relatoria.consejodeestado.gov.co/>.

Constitución Política de Colombia, artículo 90.(4 de julio de 1991). Asamblea Nacional Constituyente.

Ley 600 de 2000. Arts 355 y 356. Normas de Procedimiento Penal. (24 de julio de 2000). Diario oficial No.44.097.

Ley 906 de 2004. Arts. 296 y 308. Normas de Procedimiento Penal. (1 de septiembre de 2004). Diario oficial No.45.658.

Rama Judicial. Sistema Estadístico Muestreo. Juzgados Administrativos. Sincelejo, Sucre. Años 2018-2019. Recuperado el 29 de agosto de 2019, de <https://www.ramajudicial.gov.co/>.