

**RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR PRIVACIÓN  
INJUSTA DE LA LIBERTAD EN COLOMBIA**



**CALDERÓN HENAO CAROLINA  
HENAO HURTADO HERBERTH GIOVANNI**

**UNIVERSIDAD SANTO TOMAS  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS  
ESPECIALIZACIÓN DERECHO ADMINISTRATIVO  
BOGOTÁ  
2015**

**RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR PRIVACIÓN  
INJUSTA DE LA LIBERTAD EN COLOMBIA**



**Calderón Henao Carolina  
Henao Hurtado Herberth Giovanni**

**Proyecto de Monografía de Grado para optar el título de Abogado Especialista en Derecho  
Administrativo**

**Director  
Diego Pérez  
Docente Especialización Derecho Administrativo**

**UNIVERSIDAD SANTO TOMAS  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS  
ESPECIALIZACIÓN DERECHO ADMINISTRATIVO  
BOGOTÁ  
2015**

Nota de aceptación

---

---

---

---

---

Firma del presidente del jurado

---

Firma del Jurado

---

Firma del Jurado

Bogotá, 17 de julio 2015

## ÍNDICE

2	OBJETIVOS.....	13
2.1	Objetivo General .....	13
2.2	Objetivos Específicos .....	15
2.3	Metodología.....	15
2.4	Hipótesis.....	17
3	RESEÑA HISTÓRICA SOBRE LIBERTAD.....	17
4.	EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL .....	25
3.1	Evolución de la Responsabilidad del Estado por Privación Injusta. ....	28
3.2	La Responsabilidad Del Estado Colombiano .....	29
3.3	La Responsabilidad Indirecta .....	31
3.4	La Responsabilidad Directa.....	34
3.5	La culpa, falta o falla del servicio .....	38
4	LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR PRIVACIÓN .....	40
5	EL SUPUESTO “DE LEGE FERENDA” .....	44
5.1	Sobre la De Lege Ferenda. ....	44
6.	CONCLUSIONES.....	48
7.	Bibliografía.....	52

## **RESUMEN**

**TÍTULO:                   RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL  
ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA  
LIBERTAD EN COLOMBIA**

**AUTORES:                CALDERÓN HENAO CAROLINA  
HENAO HURTADO HERBERTH GIOVANNI**

**PALABRAS CLAVES:       RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL,  
PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD,  
DAÑO ANTIJURÍDICO, IUS PUNIENDI,  
DE LEGE FERENDA.**

## SÍNTESIS:

La responsabilidad es, sin duda alguna, la piedra angular en la construcción y el entendimiento del fenómeno jurídico. No tendría columna vertebral el andamiaje forjado alrededor del Derecho, sin la presencia de este concepto. La responsabilidad es el presupuesto inmediato y esencial para aplicar las consecuencias jurídicas contenidas en la norma.

Ahora bien, la institución de la responsabilidad jurídica, manteniendo estos aspectos estructurales básicos, se traslada al campo del derecho administrativo como uno de sus fundamentos esenciales acompañado del principio de legalidad y la división del poder público.

Desde luego, para la correcta comprensión del funcionamiento de la figura, en el campo estatal, nos encontramos obligados a señalar que para la elaboración de las distintas formas de responsabilidad estatal se ha utilizado una premisa lógica: la directa percepción tangible del daño ocasionado por un agente del Estado, producto de la irrefragable e indiscutible acción u omisión emanada de este; lo que a todas luces ha dificultado que el desarrollo teórico de la responsabilidad patrimonial del Estado fluya en su estructuración en otros campos distintos a la acción u omisión de la Administración, tal como sucede en el caso de la responsabilidad del Legislador.

Pero, en todo caso, es claro que la multiplicidad de respuestas que se pueden ofrecer a problemáticas específicas como esta, la de la responsabilidad patrimonial del Legislador, se debe a la diferencia no en los procedimientos de elaboración o hermenéutica de las normas, sino en la

perspectiva desde la que se aborde el entendimiento de las premisas básicas de las que parte el Derecho Público en una sociedad determinada, premisas que, a su vez, son influenciadas por la específica concepción que se tenga sobre el Estado; lo que nos obliga a analizar el problema de raíz, esto es, desde el aspecto ideológico. Así, una organización jurídica y política estará determinada por las nociones de legitimidad, soberanía y poder público, obedeciendo a la naturaleza del modelo filosófico político dominante.

Largo ha sido, entonces, el camino recorrido para el análisis jurisprudencial y doctrinario de la responsabilidad del Estado Legislador. Este, podríamos decir, ha estado marcado por tres etapas: inicialmente, la etapa de negación de tal forma de responsabilidad; la segunda de aceptación de la misma y, en tercer lugar, el esfuerzo por determinar la forma en que aquella procede y se aplica.

Sin embargo, a lo largo del trabajo, el lector observará de forma evidente que durante el proceso de consolidación de una teoría de la responsabilidad patrimonial del Legislador el gran ausente, casualmente, ha sido el mismo legislador, quien ha dejado en manos de la jurisprudencia la reglamentación y solución de las problemáticas presentadas en la materia.

A propósito de lo dicho anteriormente, el presente trabajo pretende, predominantemente, analizar la problemática de la falta de sistematización de la responsabilidad del Estado y dentro de ello, en forma específica, del legislador, a efectos de formular un modelo de organización lógica y coherente entre los distintos elementos que la componen, para facilitar a los operadores jurídicos su labor técnica de hermenéutica y de aplicación.

En este orden de ideas, el aporte científico que se aspira a concretar, a partir de éste ejercicio académico, se encuadra dentro de la sistemática jurídica, componente estructural de la ciencia del Derecho que se ocupa de la ordenación coherente y lógica, de acuerdo con ciertos criterios clasificatorios, de todo ese conjunto imponente de normas jurídicas a primera vista desconectadas entre sí, que constituyen un derecho positivo.

La manera de llevar a cabo esta contribución teórico-práctica, será a partir de la implementación del método explicativo, técnica que procederemos a determinar, en primer lugar, la forma en que históricamente ha sido tratado el tema de la responsabilidad patrimonial del legislador en la jurisprudencia y doctrina occidental – y dentro de esto, en los sistemas de derecho continental -; en segundo término, pasaremos al análisis sistémico de la responsabilidad patrimonial del Estado como presupuesto para el entendimiento de la responsabilidad del Legislador, lo que nos servirá de fundamento para el desarrollo del apartado clave de este trabajo; en tercer término, donde propenderemos por la formulación de un subsistema de responsabilidad del Legislador para, en cuarto lugar, ocuparnos de presentar una propuesta de *lege ferenda* “para una futura reforma de la ley” y las respectivas conclusiones.

Un ejercicio investigativo de esta naturaleza nos permitirá contar con una herramienta jurídica para delimitar los requisitos necesarios donde se configure la responsabilidad estatal en aquellos casos en los que el legislador, a través de una acción, omisión o producción irregular de la Ley, cree, modifique, o extinga una situación jurídica y de ello se desprenda la producción de una circunstancia perjudicial para el ciudadano.



## 1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo es producto de un cuestionamiento permanente sobre la limitación de la libertad por parte del Estado en aplicación del *ius puniendi*. Es de ciudadanos preguntarnos a diario, qué está pasando con nuestro sistema judicial, que si bien es cierto y como se ha afirmado estamos en un estado de guerra, también es cierto que no podemos llevar ese enfrentamiento a las instancias de las equivocaciones permanentes por las que atraviesa nuestros operadores judiciales, impulsados por el afán de mostrar resultados en contra de los presuntos infractores de la ley penal, donde se toman medidas privativas de la libertad en el curso de las investigaciones en contra de ciudadanos que al final son absueltos, manteniendo intacta su inocencia.

Colombia es un Estado Social de Derecho fundado bajo el respeto de la dignidad humana, por tal motivo no puede permitir que las autoridades encargadas de materializar la ley, la infrinjan, en algunas oportunidades con cierto facilismo y ligereza, menoscabando el derecho fundamental más sagrado que tienen las personas en una sociedad políticamente organizada como es la libertad personal.

Contrario a lo establecido en nuestro marco jurídico, donde las autoridades están precisamente es para proteger a las personas en sus derechos y libertades, se les despoja con la mínima duda de los mismos. La libertad como derecho, debería ser la última instancia a que se llegue como consecuencia de una investigación penal, que si bien es cierto, el Estado debe asegurar la comparecencia de los sindicados a un proceso, se tiene que examinar de manera

celosa la imposición de medidas cautelares que vayan en desmedro del derecho fundamental a la libertad individual de las personas.

En el ordenamiento jurídico colombiano, se encuentra establecido que en el transcurso de una investigación penal, el sindicado pueda ser privado de la libertad de manera transitoria. Es ahí, donde empieza a operar el subjetivismo, la inclinación al error, la moral en las decisiones, las falencias en los cuerpos técnicos de investigación, encargados de recaudar pruebas, donde se estructuran una serie de actuaciones negativas del aparato judicial que va en contravía del derecho fundamental de la libertad, que una persona inocente no está obligado a soportar. Las condenas que imponen las normas penales son de imperativo cumplimiento para aquellas personas que las violan, siendo la excepción que justifica la libertad individual.

Pero es del caso, ¿someter a personas por sospechas o indicios a este tipo de medidas restrictivas de la libertad cuando es al Estado a través de sus agentes a quien le corresponde preservarle y garantizarle?, pues la respuesta obvia es un no, rotundo.

Es así, como el presente trabajo plasma los idearios de la libertad personal a través de la historia, desde la Carta Magna de 1215, pasando por la Revolución Francesa que la consagró en la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano efectuada el 26 de agosto de 1789, y en múltiples tratados y convenios internacionales que la consignaron.

Definida por la historia, en tratados y convenios internacionales como derecho fundamental, se avoca su estudio para profundizar la evolución de la responsabilidad patrimonial

del Estado por limitaciones a la libertad personal antes de la Constitución del 1991 y, después de su expedición, analizando sus fundamentos, alcances y elementos estructurales desde la doctrina y la jurisprudencia, y con suma importancia como ha evolucionado la responsabilidad por la adopción de medidas privativas de la libertad. Se hace un breve análisis en el contexto del derecho comparado Europeo, cercano a nuestra tradición jurídica.

Desde una metodología socio jurídica, se pretende mostrar lo injusto de la privación de la libertad, en primera medida para aquellas personas que han sido objeto de la prisión provisional en el transcurso de una investigación penal y finalmente se mantiene intacta su inocencia.

Por tal efecto, se analiza las diferentes etapas jurisprudenciales sobre la privación injusta de la libertad fundamentada en vigencia del artículo 90 de la Constitución Política, a título de imputación consagrado en el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, pasando por el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal anterior a la expedición del Código de Procedimiento Penal adoptado por la Ley 600 de 2000. (Congreso de Colombia , 2000)

A pesar de la negativa de la Fiscalía General de la Nación de suministrar información sobre las demandas que actualmente cursan en contra de esa entidad, se pudo acceder a ella, a través de otras entidades encargadas de acopiar estadísticas sobre esta problemática como la Defensoría del Pueblo y la Agencia Nacional de Defensa del Estado, quienes permitieron dar a conocer el volumen de demandas que cursan en su contra, permitiendo establecer que la privación injusta de la libertad personal viene creando un detrimento en el patrimonio, y un crecimiento en el hacinamiento de los centros carcelarios, que ineludiblemente conlleva a revisar la política

criminal que como facultad del *ius puniendi* debe estar encaminada a ser más efectiva y eficiente en la consecución de sus finalidades y buscar que los operadores judiciales revisen el principio en el cual la aplicación de medidas cautelares privativas de la libertad, el cual deben estar dirigidas a que su aplicación sea la excepcionalidad y no la regla.

## **2 OBJETIVOS**

### **2.1 Objetivo General**

La noción de privación injusta de la libertad no es un instituto nuevo en el marco del derecho administrativo nacional. El tratamiento de esta categoría antes de la Constitución de 1991 se basaba fundamentalmente en las nociones de responsabilidad extracontractual. No obstante, en el derecho comparado algunas legislaciones entendieron la noción de privación injusta más como una figura compensatoria que el Estado le debía al ciudadano por la afectación indebida del derecho a la libertad que como una modalidad de responsabilidad estatal. Con la Constitución Política de 1991, la consagración positiva de la responsabilidad estatal por el daño antijurídico como consecuencia de la acción u omisión de las autoridades públicas y las normas de índole procesal penal que contemplan expresamente la noción de privación injusta, resultaba necesaria una nueva apreciación de la jurisprudencia.

En efecto, la labor fundamental de la rama jurisdiccional frente a la afectación del derecho a la libertad por cuenta de jueces y fiscales implicaba buscar un modelo adecuado para definir la responsabilidad estatal en esta materia. En tal sentido, el recurso a los conceptos tradicionales de una falla injustificada en el funcionamiento del aparato judicial o el error judicial aparecían en la escena como propicios para encausar las discusiones sobre la privación injusta de la libertad. No

obstante, la aparición expresa del Decreto 2700 de 1991, norma que predica la responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad y que califica los casos de lo injustificado con fundamento en las categorías de exclusión de la responsabilidad penal, proyecta una línea en la que los conceptos tradicionales se ponen a prueba. En consecuencia, la jurisprudencia del Consejo de Estado en esta materia está recorrida por la tensión entre las nociones de falla del servicio judicial y un modelo de responsabilidad que fundamenta como daño especial el encarcelamiento preventivo injusto.

Como resultado de la tensión anterior surge el problema de definir qué es lo injusto en la privación de la libertad. Esto es así pues las consideraciones del Derecho Contencioso

Administrativo fundamentan este concepto en las normas constitucionales (artículo 90 de la Constitución Política) y legales (artículos 65 a 67 de la Ley 270 de 1996) que tienen una evaluación diversa a la del derecho procesal penal (artículos 354 a 356 de la Ley 600 de 2000; artículos 308 a 317 de la Ley 906 de 2004). En efecto, se debe analizar y tener en cuenta las decisiones de la jurisprudencia del contencioso según la cual la noción de lo justo se construye a partir del resultado final del proceso penal. Vale decir que, en los eventos en los que a una persona sometida a detención preventiva en un proceso penal se le declara inocente debido a que no fue posible probar su autoría o participación en la comisión delictiva, bien sea porque se demostró plenamente su inocencia o bien sea en virtud del *in dubio pro reo*, la privación de la libertad se reputa injusta. Por esto lo que resulta determinante para definir el carácter justo o injusto de la privación de la libertad se basa en la sentencia que define la responsabilidad penal.

## **2.2 Objetivos Específicos**

2.2.1 Conceptuar a partir de la ley 270 de 1996, la privación injusta de la libertad como fuente de la responsabilidad extracontractual del Estado.

2.2.2 Analizar, desglosar y determinar la relación existente entre el, artículo 90 de la carta y la privación injusta de la libertad como fuente de la responsabilidad extracontractual del Estado.

2.2.3 Analizar un grupo selecto de la jurisprudencia de unificación más significativa, del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, en materia de privación injusta de la libertad, para extraer sus elementos y profundizar en su estudio.

2.2.4 Construir a partir de la doctrina nacional y extranjera un concepto de privación injusta de la libertad, y determinar su naturaleza jurídica.

## **2.3 Metodología**

Elaborar un trabajo de investigación implica ampliar el conocimiento que se tiene acerca de un tema determinado o bien explicar y exponer de tal forma, uno ya existente, que se haga más fácil su entendimiento, por parte de los aplicados en la materia. El ser humano se encuentra en un devenir constante, en cuanto a la construcción permanente de un mayor conocimiento y en

nuestra condición de estudiantes de posgrado, el andamiaje que queremos lograr, para este proceso, es un trabajo de tipo descriptivo, en el que plasmamos un análisis hermenéutico conciso y dirigido a una situación particular, dentro del inagotable universo que constituye el ordenamiento jurídico.

En esta oportunidad queremos realizar una investigación de un tema de mucha controversia y actualidad en el Derecho Administrativo, nos referimos a la privación injusta de la libertad, como título de imputación y fuente de responsabilidad extracontractual del Estado. Para abordar este fenómeno jurídico, debemos empezar desde lo general, es decir, situándome en el Derecho Administrativo y Constitucional y a su vez, dentro de ellos, en la responsabilidad del Estado y las jurisprudencias de unificación del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional.

Es cierto que existen en la doctrina nacional e internacional, muchos tratados acerca de estos temas, pero es menester citar algunos, para hacer claridad sobre conceptos básicos relacionados con el tema, a fin, de que quien tenga estos apuntes en sus manos, tenga una meridiana claridad de lo general, para poder situarse con precisión, dentro de lo que a la privación injusta de la libertad se refiere.

En un segundo momento la investigación intentara, construir un concepto propio de privación injusta de la libertad, teniendo como faro inmarcesible y punto de referencia, la doctrina y la unificación jurisprudencial nacional y extranjera, llevadas con el ánimo de hacer un aporte personal al tema y a la vez exponer los conceptos, de los grandes doctrinantes y las Altas Cortes.



Por último, (y fundamos que éste es el verdadero aporte de nuestro trabajo) analizaremos un grupo selecto de jurisprudencias del Honorable Consejo de Estado y de la Honorable Corte Constitucional, en el que identificaremos, los elementos que configuran la responsabilidad extracontractual del Estado, haciendo énfasis en el título de imputación de privación injusta de la libertad. Funcionario acusado de interés ilícito en la celebración de contratos y contra persona, a quien se le profirió medida de aseguramiento, pero se le exonera, en aplicación al principio “**in dubio pro reo**”. Iniciamos así con este breve pero constructivo trabajo.

## **2.4 Hipótesis**

Es necesario determinar cómo la potestad del *ius puniendi* propicia en el Estado una responsabilidad objetiva y, consecuentemente, hacinamiento carcelario y detrimento en el mismo patrimonio estatal.

## **3 RESEÑA HISTÓRICA SOBRE LIBERTAD**

Para iniciar un estudio evolutivo sobre libertad de las personas y las implicaciones que acarrearán en el ordenamiento jurídico de los Estados debidamente organizados, es preciso traer las referencias más antiguas que han consolidado la libertad de los seres humanos como el valor supremo que gozan éstos.

Como referencia más antigua se tiene la Carta Magna de 1215, en la que el Rey Juan Sin Tierra, confirió a los nobles ingleses algunas garantías entre ellas la del Due Process of Law (Ticona P. Víctor: 1999:63), la cláusula 39 consagraba: “...ningún hombre libre podrá ser apresado, puesto en prisión, ni desposeído de sus bienes, costumbres y libertades, sino en virtud del juicio de sus partes, según la ley del país”. (Baraun M: 1).

De algunas cláusulas, el significado preciso es todavía una cuestión de discusión, por ejemplo la cláusula 39 de la Carta Magna en la que se disponía que ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y con arreglo a la ley del reino.

Algunos autores hacen partir de esta cláusula al Principio De Legalidad, esto no es así, ésta cláusula 39, se refiere solamente al Principio De Legalidad Jurisdiccional (“Nemo damne turnis per legal eiudicium”) ya que solo dice que no hay condena sin sentencia firme “...de sus pares y con arreglo a la ley del reino” y que es solo una clase del citado Principio De Legalidad.

El verdadero enunciado del Principio de Legalidad está en el libro de De los Delitos y de las Penas (Beccaria, 2015) dice que: “[...] sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos; y que esta autoridad no puede residir más que en el legislador que representa aun toda la sociedad agrupada por una contrato social. El concepto de libertad se encuentra implícito dentro del

principio universal de debido proceso se incorporó en la constitución de los Estados Unidos en las enmiendas V y XIV. La Quinta Enmienda (efectuada en 1791), está relacionada con el procedimiento legal y proviene del Derecho Común Británico como se estableció en la Carta Magna, en ella se estableció que “ninguna persona será privada de su vida, libertad o propiedad, sin el debido proceso legal”.

La Revolución Francesa consolidó la libertad como una de las grandes expresiones y cualidad fundamental del ser humano que fue ejemplo en el mundo, la cual está consagrada en la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano efectuada el 26 de agosto de 1789, la cual consagra que “Nadie puede ser acusado, detenido o arrestado sino en los casos previamente establecidos en la Ley”. (Beccaria, 2015)

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre, (1948) aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de dicho año, establece en su artículo 8 que “toda persona tiene un recurso para ante los tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales, reconocidos por la constitución o por la ley” principio de debido proceso que guarda íntima relación con lo señalado en artículo 10: ...toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones y para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal. (Beraun, 2013)

Entre otros instrumentos internacionales, la garantía del debido proceso está consagrada en los artículos 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 6º del Convenio Europeo

de Derechos Humanos y 7° de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 5° de la Declaración Islámica Universal de los Derechos Humanos.

En el artículo 93 (Constitución política de Colombia, 1991), se estableció que: Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

La norma constitucional citada, lo que establece es que en materia de derechos humanos, las normas internacionales debidamente ratificadas por el Congreso prevalecen sobre las disposiciones legales y constitucionales internas.

En este orden, la Asamblea General de las Naciones Unidas, (1948) aprobó y proclamó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, donde se estableció que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros. En la misma se estableció que todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona, y no podrán ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.

En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, (1948), aprobada por la IX conferencia internacional Americana, donde se dispuso la creación de la Organización de los Estados Americanos (OEA). En la historia se tiene como el primer acuerdo internacional sobre derechos humanos, donde se estableció que todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

De la misma forma, se instituyó que nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y, según las formas establecidas por leyes preexistentes, no puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil. Se estableció, que todo individuo que haya sido privado de su libertad, tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad, también tiene derecho a un tratamiento humano durante la privación de su libertad.

El, (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos , 1976), fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas. El PIDCP es un tratado multilateral que reconoce Derechos Civiles y Políticos a los Estados Miembros, con relación a la libertad se dispuso que “todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales, no podrán ser sometidos a detención o prisión arbitrariamente, ni deberá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en esta. Se estableció que toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella, y será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales. Tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad.

En el mismo Pacto se consagró que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo. La persona que sea privada de la libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad, si la prisión fuera ilegal tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.

De la misma manera se estableció que todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia, asimismo deberán ser oídas públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil, pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública.

Se pactó uno de los principios fundamentales de las personas acusadas de un delito, el derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a ser juzgado sin dilaciones indebidas; y de probarse que se produjo la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José", suscita en la Conferencia Especializada sobre Derechos Humanos de San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, el cual entró en vigencia el 18 de julio de 1978, suscrita en esa fecha por Colombia y ratificada el 31 de julio de 1973, aprobada por la Ley 16 del 30 de diciembre de 1972, el cual dispuso el derecho a la libertad personal, el cual nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

Se consagró que nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento de forma arbitraria, y la persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

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

La persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) es un órgano principal y autónomo de la Organización de los Estados Americanos (OEA), cuyo mandato surge de la Carta de la OEA y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Comisión Interamericana tiene el mandato de promover la observancia de los derechos humanos en la región y actúa como órgano consultivo de la OEA en esta materia.

(Constitución política de Colombia, 1991 Art. 28) E.P, se estableció que “...toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley. La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley. En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.”

Para (Villoro, 2002 pág 443), la dignidad de la persona humana y la libertad se presentan como algo sin lo cual no habría derecho, y afirma, como un modo de ser del hombre al que se dirige el derecho, y como una característica que permite a quien lo posee –y sólo a él-, ser sujeto de las relaciones jurídicas. De esta manera, se rechaza la privación injusta y también ilegítima de la libertad del hombre y se constituyen en pilares o soportes fundamentales de las condenas contra la administración, por desconocimiento de esos derechos fundamentales.



Debe precisarse que la dignidad de la persona ha sido sacralizada del modo más solemne en Declaraciones y Pactos Internacionales, Constituciones y leyes de cada Estado. En la historia de la humanidad, jamás un valor fundamental alcanzó tal grado de adhesión, ni más cuidadosa regulación en los derechos positivos, ni tantas organizaciones para velar por su respeto y protección.

#### **4. EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO**

Es palmario que actualmente en el derecho colombiano ha operado un régimen pretoriano de responsabilidad estatal; lo que es reconocido por el profesor (Aristizabal, 2012), quien sobre el tema acota lo siguiente:

“El derecho de la responsabilidad extracontractual del Estado tiene en Colombia un desarrollo típicamente jurisprudencial, pues su concepción originariamente viene de las normas sobre responsabilidad civil del Código Civil, que como se explicó con anterioridad, fueron traídas al campo administrativo para regular también con ellas las relaciones de la Administración.”  
(Aristizabal, 2012) E.P.

En la medida en que fue adquiriendo autonomía el derecho público y con él ésta especial materia de la responsabilidad del Estado, se han venido adaptando las interpretaciones a las

nuevas tendencias del derecho moderno y en particular en lo concerniente al derecho administrativo.

Así, respondiendo a la evolución conceptual y jurisprudencial, terminó por consagrarse en la (Constitución política de Colombia, 1991), la denominada “cláusula general de responsabilidad del Estado”, con la cual se formalizó la independencia y autonomía del derecho de la responsabilidad en materia contencioso administrativa.

Pero, agrega el autor, continuamos frente a un contexto legal que carece de normas propias que lo desarrollen, esto es, que la responsabilidad civil continúa siendo el soporte fundamental de la responsabilidad del Estado, sin duda, razón por la cual entonces, la jurisprudencia ha adquirido en ésta materia una importancia singular pues ha creado toda una “arquitectura jurídica” para concebir la aplicación de aquellas normas “ius privati stas” en lo que concierne al derecho público, a través de aplicaciones, presunciones e interpretaciones jurisprudenciales.

Es por ello que, según dice el autor colombiano, si una persona estudiosa quisiera encontrar un cuerpo de normas que recopilara el contenido y los fundamentos del derecho de la responsabilidad del Estado, tendría que pasearse literalmente por la Constitución Nacional, el Código Civil, el Código Penal, el Contencioso Administrativo y por varios de los de Procedimiento, a riesgo de encontrar todavía que algunas interpretaciones jurisprudenciales recurren a las normas de derecho internacional, tratados públicos, convenciones de derecho humanos y aún, a la propia doctrina nacional y foránea.

Como primera medida, para entrar en el estudio de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, es necesario establecer cómo fue evolucionando el tema de la responsabilidad patrimonial del Estado. En un principio el Estado no respondía, dando aplicación a la irresponsabilidad absoluta de estatal, siendo hasta mediados del siglo XIX cuando se empezó a reconocer que el poder soberano, pese a los poderes y prerrogativas que lo definen y caracterizan, y como sujeto de derechos que es, estaba obligado a responder por los perjuicios que sus actuaciones causen a los administrados.

Lo anterior, da origen al derecho administrativo donde se reconoce la obligación indemnizatoria por parte del Estado. Como antecedente se encuentra el Fallo Blanco de 1873, en el que se reclama de la justicia la reparación de los daños sufridos como consecuencia de haber sido atropellada por una empresa del Estado.

Mediante el Fallo Blanco, el Tribunal de Conflictos pone de presente que se necesitan normas especiales para decidir esos casos donde se presentan controversias entre el Estado y los particulares por perjuicios que surgen como consecuencia de la función estatal.

El Tribunal de Controversias mediante el fallo Blanco, consagró la responsabilidad del Estado, poniendo fin a una larga historia de irresponsabilidad, de la que no hay excepciones más que en cuestiones de responsabilidad contractual o intervención legislativa, tal como la ley de 28 de Pluvioso VIII que regula los daños a obras públicas, sin embargo, se somete esta responsabilidad a un régimen específico, considerando que la responsabilidad del Estado por el

servicio público no puede regirse por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones entre particulares.

La necesidad de aplicar un régimen especial, se justifica por las necesidades que el servicio público mismo implica, corolario de la existencia de reglas especiales reside en la competencia de la jurisdicción administrativa para conocer de dicha responsabilidad conforme a la ley 16 y 24 de agosto de 1790 **CITAR**, que impone a los tribunales la prohibición de “perturbar de cualquier manera de las operaciones de los órganos administrativos”. Más allá de la responsabilidad misma, el fallo reconoce al servicio público, como la materia de competencia del Tribunal Administrativo y, por otra parte, reconoce la especificidad de las reglas aplicables a los servicios públicos y establece un vínculo ente el fondo del derecho aplicable y la competencia de la jurisdicción administrativa.

### **3.1 Evolución de la Responsabilidad del Estado por Privación Injusta.**

Podemos decir que fue (Pareja, 1939), quien por la vía doctrinaria, dio los primeros pasos de enseñanza que se exigiera responsabilidad del Estado, cuando un condenado es procesado y condenado por un delito que no ha metido, y posteriormente se demuestra su inocencia. (Uribe, 2000) Por medio de la Ley 74 de 1968, Colombia ratificó la Carta Internacional de Derechos Humanos, en el artículo 9º preceptúa:

“Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. (...) Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.”  
(Uribe, 2000) E.PC

En sus inicios, la responsabilidad extracontractual del Estado por privación injusta de la libertad, se encuentra sustentada en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), la cual fue aprobada por Colombia mediante la Ley 16 de 28 1972, el cual entró a regir el 18 de julio de 1978 En la misma normatividad se establece el derecho a la indemnización (artículo 10), en la cual ya se establecía que toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial.

### **3.2 La Responsabilidad Del Estado Colombiano**

Bajo la dirección de la ideología conservadora en las estructuras estatales, se dan en el país los primeros avances jurisprudenciales sobre la responsabilidad del Estado colombiano, cambiando la tesis que venía imperando en cuanto a la irresponsabilidad que de este se predicaba a partir de los albores de la independencia. El profesor (Porto, 2004), indica que la historia de la responsabilidad patrimonial del Estado ha sido escrita principalmente de puño y letra de jueces y magistrados, teniéndoles que destacar que paso a paso se fue construyendo un sistema propio, sin

olvidar que la evolución de la responsabilidad ha tenido una evolución semejante a la que tuvo lugar en el sistema jurídico europeo, en lo fundamental siguiendo los pasos del modelo francés.(Porto, 2004)

Es así, que los primeros lineamientos fueron sentados por la Corte Suprema de Justicia, (Mendoza, 2009), en la cual plasma la génesis de la responsabilidad del estado colombiano, en los siguientes términos:

“Es cierto que el sistema federal que regía en Colombia, al tiempo que se cumplieron aquellos hechos ofrecía dificultades para que el gobierno general pudiera impedirlos oportunamente; pero los defectos de un sistema de gobierno no deben servir para privar a los extranjeros de las garantías a las que tiene derecho; y si esas garantías se vulneran por los mismos funcionarios públicos que deben hacerlas eficaces, y si esto sucede obedeciendo a órdenes de una autoridad superior como lo era el Gobernador de Panamá, la equidad exige que a la Nación se le declare obligada a reparar el daño ocasionado por agentes suyos, ya que sería ilusorio la responsabilidad civil que pudiera demandarse de los empleados delincuentes.” (Mendoza, 2009)

Todas las naciones deben protección a sus habitantes, nacionales y extranjeros, y si bien es cierto que un estado, como persona jurídica, no es susceptible de responsabilidad penal, sí está obligado a las reparaciones civiles por los daños que resultan por un delito imputable a sus funcionarios públicos, cuando no es posible que estos los resarzan con sus bienes, como sucede en el presente caso, y cuando concurren circunstancias especiales que originaron la muerte de Rosazza. Estos son los principios universales del derecho internacional moderno, conformes con la moral y la justicia, principios que obligan a las naciones civilizadas.

Sentada la posición sobre la responsabilidad del Estado colombiano, se equiparó esta responsabilidad a la asumida frente a las personas jurídicas, aplicándosele el mismo régimen de esta, según las disposiciones consagradas en el código civil y la competencia que como tribunal máximo ostentaba la corte Suprema de Justicia.

Partiendo de lo establecido en la mencionada normatividad de derecho Privado, en lo referente a responsabilidad, esta institucionaliza varias clases de responsabilidades, las que su acoplamiento a la realidad del estado como responsable, generó varias tesis cuya aparición se planteó a partir del proceso de paralelaje propio de la remisión de las normas establecidas para las interrelaciones particulares, frente a la inserción del estado como sujeto de dicho proceso de interacción.

Con ocasión de lo anterior, se plantearon la aparición de dos tesis fundamentalmente: primeramente la responsabilidad indirecta y posteriormente la responsabilidad directa.

### **3.3 La Responsabilidad Indirecta**

La responsabilidad indirecta es inicialmente atribuida a las personas jurídicas, tanto privadas como públicas, cimentándose en la culpa incurrida por el funcionario o empleado de la persona jurídica en el evento de que se ocasionaran perjuicios a terceros en ejercicio de sus funciones o con razón y ocasión de estas.

Esta manifestación tenía su sustento legal en las instrucciones contenidas en la normatividad civil, del Código Civil, (Velez, 2014) donde se consagra la responsabilidad indirecta de los derechos ajenos.

El Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Tercera de lo contencioso administrativo, en sentencia del 12 de diciembre de 1986, (Arango, 2012) sentó en jurisprudencia la evolución de la responsabilidad del Estado colombiano en los siguientes términos:

Hasta 1898 la jurisprudencia nacional no reconocía la responsabilidad aquilina de las personas morales, fueran ellas de derecho Privado o de derecho Público, pues, es lo cierto que ni el código de Napoleón, ni el código de Bello, ni legislación alguna del siglo pasado, reconocieron tal responsabilidad. Es en tal año que la corte Suprema de Justicia, en sentencia aludida, reconoce que las personas morales, sean de derecho Privado o de derecho Público, pueden ver comprometida su responsabilidad, en forma indirecta, por la culpa de sus agentes o de sus subordinados, a tenor de los artículos 2347 y 2349 (Velez, 2014), con base en la “*culpa in eligendo*” o en la “*culpa in vigilando*”.(...)Tal responsabilidad, se configuró jurisprudencialmente así:

“existe una responsabilidad civil indirecta de la persona moral, privada y pública, basada en el hecho dañoso de sus agentes, por los actos ejecutados en ejercicio de sus cargos o con ocasión de los mismos, cualquiera que sea la posición jerárquica de aquellos y la especie o calidad de sus funciones o tareas; a) Se presume la culpa de la persona moral, porque esta tiene la obligación de elegir el personal y de vigilarlo diligentemente. b) Dicha presunción puede desvirtuarse probando



ausencia de culpa; c) Existe, además una responsabilidad del autor frente a la víctima; d) Responden solidariamente al damnificado la persona jurídica del agente infractor, con el derecho de la primera a ser reembolsada por el último. e) La acción indemnizatoria contra la persona moral prescribe en tres años, contra el autor, si se trata de infracción penal, en el lapso de prescripción de la pena, o en veinte años, si de cuasidelitos. f) Le sirve de arraigo a esta doctrina especialmente, los citados artículos 2.347 y 2.349 del código civil que tratan de responsabilidad indirecta por los hechos llamados “ajenos”.” (Mancipe, 2005)

Por su parte la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 30 de junio de 1941, Sala de Negocios Generales, Magistrado Ponente Arturo Tapias Pilonieta, con respecto a la responsabilidad indirecta, había determinado posiciones similares a las que plantearía el consejo de estado con algunas variantes propias de la concepción civilista latente en la jurisdicción ordinaria:

Tratándose como se trata de una entidad de derecho Público, el acto de sus agentes o representantes compromete a dicha entidad. La responsabilidad civil para reparar el daño resulta en esas condiciones de los actos de quienes, como agentes del estado, obran en el ejercicio regular de sus funciones. Por lo demás aunque no se tratara de un agente o representante del estado, cuando los tratadistas basamentan la responsabilidad por hechos de terceros en una sanción por falta en la elección o la vigilancia, están preconizando fórmulas justificativas doctrinarias para hacer caer la responsabilidad en quien no hizo directamente el daño.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia del 10 de noviembre de 1941, ..Magistrado Ponente José Miguel Arango, estableció que “El artículo 2.347 establece el principio de la responsabilidad por hechos ajenos, y entre los ejemplos que trae cabe perfectamente el caso de los funcionarios públicos, ya que la enumeración que allí se hace es meramente ilustrativa”.

### **3.4 La Responsabilidad Directa**

Luego de la aplicación de la tesis de la responsabilidad indirecta por parte de la jurisdicción ordinaria y civil, esta empezó a ser recriminada por distintos sectores de la sociedad jurídica. Eran múltiples los contradictores quienes planteaban entre las razones de su desaprobación a la tesis de la vigilancia y la elección las siguientes:

- 1) El concepto de *in eligendo* tenía su desfase, dado que no todos los funcionarios eran escogidos por el estado, sino que por el contrario existían algunos que le eran impuestos por los asociados tales como los de elección popular.
- 2) No era posible realizar la escisión entre el estado y sus agentes, dado que el primero en sus distintas formas de actuación se veían abocadas necesariamente a materializarse a través de los segundos, por lo que el estado era responsable directamente por los efectos de sus acciones.

El segundo argumento comienza a considerar a la persona jurídica y a sus agentes como un solo cuerpo, de forma tal que la culpa de sus agentes correspondía a la misma culpa del estado. Se mantenía como fundamento la normatividad civil pero en este caso se partía del artículo 2341.

La corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, en sentencia del 30 de junio de 1962, (Gómez, 1962), manifestó con respecto al punto de la duplicidad de los agentes y del Estado, y su imposibilidad de contemplarse como opción “La calidad de ficticias de las personas jurídicas no permite en verdad establecer la dualidad personal entre la entidad misma y su representante legal, que se confunden en la actividad de gestión.” (Gómez, 1962)

A partir de lo anterior se empieza, por parte de los tribunales superiores de nuestro órgano jurisdiccional, a construir la fundamentación de la teoría de la responsabilidad directa, más concretamente denominada responsabilidad por el hecho propio.

Frente a lo anterior la corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, (Vargas, 1946) expresó:

“La responsabilidad civil por actos ilícitos, no solo corresponde a la persona natural, sino a la jurídica, por el hecho de sus legítimos y plenarios representantes en el desempeño de sus cargos.” (Vargas, 1946)

Si la entidad jurídica puede adquirir por medio de sus representantes, debe también, para constituir una persona ser capaz de obligarse. Así cuando al moverse en el radio de sus

atribuciones y funciones, los representantes de la persona jurídica han ejecutado medidas perjudiciales a los intereses y sobre todo a la propiedad ajena, esta se encuentra obligada a reparar el daño causado. Las personas jurídicas son pues, civilmente responsables de los ilícitos cometidos por sus agentes en el ejercicio de su función o cargo.

La responsabilidad civil de las personas jurídicas por actos ilícitos, se desprende como una lógica consecuencia de la real y amplia capacidad de obrar, reconocida por el derecho a estas personas o entidades colectivas.

El concepto de la responsabilidad civil extracontractual se funda, en el hecho delictivo o culposo de donde deriva el daño, ya por razón de un acto u omisión personales de su autor, o del hecho de la cosa que está bajo su guarda o custodia (culpa directa); o ya también, por la conducta de un tercero que depende de otro, o que se halla a su cuidado (culpa indirecta).

Por lo anterior, la Corte Suprema de Justicia, (Sala de casación civil, 1958), consideró que:

“Cuando la persona jurídica realiza sus funciones sirviéndose de uno de sus órganos, tenemos responsabilidad directa o por el hecho propio, en razón de los daños causados a terceros, y cuando los órganos se sirven de personas auxiliares, mediante una relación de subordinación que dé a la persona jurídica la calidad del patrón y al trabajador la calidad de dependiente, los daños que este cauce a terceros en el cumplimiento de sus órdenes, generan responsabilidad indirecta o por hecho ajeno a la persona jurídica.” (Sala de casación civil, 1958)

Es por lo anterior que se genera el misterio de descifrar en qué momento el Estado actuaba a través de sus órganos y cuándo no lo hacía, además de los criterios que se debían emplear para realizar dicha distinción. En este escenario entra la jurisprudencia considerando en qué casos la actuación se desarrollaba a través de funcionarios de dirección la responsabilidad se catalogaba como directa o por hecho propio, mientras que cuando la acción era desplegada por alguien que no lo era se tenía como responsabilidad indirecta o por hecho ajeno.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, (Gómez P. F., 1960), expresó en uno de sus análisis jurisprudencial es lo siguiente:

“Estima el Consejo de Estado que la responsabilidad del Estado en materia como la que ha originado esta controversia no puede ser estudiada y decidida con base en las normas civiles que regulan la responsabilidad extracontractual, sino a la luz de los principios y doctrinas del derecho administrativo en vista de las diferencias sustanciales existentes entre este y el derecho civil, dadas las materias que regulan ambos derechos, los fines perseguidos y el plano en que se encuentran colocados.” (Gómez P. F., 1960)

En efecto el derecho civil regula las relaciones patrimoniales y de familia entre las personas privadas; tiene como fin inmediato el interés de los individuos y las personas que se encuentran colocadas en un plano de igualdad. En cambio el derecho administrativo regula las relaciones jurídicas de las entidades públicas entre sí y con respecto a los particulares o administrados; tiene por objeto la satisfacción de las necesidades colectivas o públicas y goza de especial es prerrogativas para lograr sus fines.

Así se dan los primeros pasos para el surgimiento de una nueva teoría que fundamentaría de manera distinta la responsabilidad del estado, fundamentando su análisis esencialmente en un juicio de valor sobre la actuación de la administración.

### **3.5 La culpa, falta o falla del servicio**

Establecidas las anteriores citas jurisprudenciales, se instituyó en Colombia una nueva tesis que cimentaba los nuevos parámetros sobre la teoría de servicio público que se encontraba preceptos en la teoría de servicio público que se encontraba en auge en Europa en el período de postguerra, denominada: Teoría de la culpa, falta o falla en el servicio.

Esta consistía en la imputación que se la hacía a una persona pública que frente a determinado caso o circunstancia no ha actuado cuando debía hacerlo, ha actuado mal o ha actuado tardíamente.

El Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección Tercera, en sentencia de (Porto, 1975), expresó que Cuando los servicios prestados por la Nación o por cualquier otra entidad de derecho Público fallan, dando por consiguiente lugar a la declaratoria de responsabilidad y condena al pago de los perjuicios, cuando quiera que no se prestan, se prestan deficientemente o al prestarlos se infiere un daño a una persona; en otras palabras: cuando el

estado rompe el equilibrio de las cargas públicas a que están sometidas las personas residentes en Colombia.

En la misma línea, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 28 de octubre de 1976, con ponencia del doctor Jorge Valencia Arango, trazó, algunos aspectos requeridos para efecto de instruirse la responsabilidad del estado, bajo las luces de la teoría de la culpa, falta o falla del servicio, realizando una delimitación conceptual en los siguientes términos:

Cuando el Estado, en desarrollo de sus funciones incurren en la llamada “falta o falla del servicio”, o mejor aún falta o falla de la administración, trátense de simples actuaciones administrativas, omisiones, hechos y operaciones administrativas se hace responsable de los daños causado al administrado. Esta es la fuente común y frecuente de la responsabilidad estatal y requiere: a) Una falta o falla del servicio o de la administración, por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio. La falta o falla de que se trata, no es la personal de la gente administrativo, sino la del servicio o anónima de la administración; b) Lo anterior implica que la administración ha actuado o ha dejado de actuar, por lo que se excluyen los actos del agente, ajenos al servicio, ejecutados como simple ciudadano; c) Un daño que implica la lesión o perturbación de un bien protegido por el derecho bien sea civil, administrativo, etc., con las características generales predicadas en el derecho Privado para el daño indemnizable, como de que sea cierto, determinado o determinable, etc.; d) Una relación de causalidad entre la falta o falla de la administración y el daño, sin la cual aún demostrada la falta o falla del servicio, no habrá lugar a la indemnización.

Con el traslado de la competencia de la jurisdicción ordinaria a la contencioso administrativa evolucionó el derecho público en materia de responsabilidad administrativa a través de la teoría de la culpa o falla del servicio, que sostiene que el daño es producido porque la persona pública actúa mal, no actúa o lo hace tardíamente.

#### **4 LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD**

En Colombia se consideraba que la única rama del poder público que podía causar daños susceptibles de ser reparados era la ejecutiva. Las decisiones y actuaciones de los funcionarios judiciales no generaban obligación de indemnizar porque estaban cobijados por el principio de la cosa juzgada y eran una emanación de la soberanía.

Cuando, la responsabilidad del poder judicial fue aceptada en países como Francia, Italia y España, en Colombia se empezaron a contemplar manifestaciones de dicha responsabilidad. Su primera expresión fue el decreto 522 de 1971, que en su artículo 103 señaló que Si la revisión prosperare y la pena hubiere sido la pérdida de la libertad, se ordenará pagar al injustamente condenado, a título de compensación por falla en el servicio de justicia, la suma de cincuenta pesos por cada día de privación de la libertad. Esta compensación la deberá el tesoro nacional y serán competentes los jueces de trabajo para conocer de la acción de cobro.



Es así como, se consagró una indemnización de perjuicios precisa, que no tenía en cuenta las características de cada caso y el grado de afectación por la detención; no se dejaba entonces al juez ninguna posibilidad de tasar los perjuicios según su criterio.

Además, tampoco se establecía el concepto de culpa grave o dolo del funcionario judicial para poder repetir en contra suya, sino que la multa debía ser pagada siempre por el Estado.

Posteriormente, el decreto 50 de 1987, (Velez, 2014) anterior Código de Procedimiento Penal, en el punto relativo al recurso extraordinario de revisión, estableció que “Si la sentencia que se dictare en la causa revisada fuere absolutoria, el procesado será puesto en libertad, y él o sus herederos podrán demandar lo pagado como sanción o como perjuicio” (Velez, 2014) E.P.. No fijaba la indemnización a que tendrían derecho los familiares, sino que dejaba dicha tarea al juez competente.

La acción de repetición terminó por consagrarse en el año de 1984 (Velez, 1984), dispuso que Sin perjuicio de la responsabilidad que corresponde a la nación y a las entidades territoriales o descentralizadas, o a las privadas que cumplan funciones públicas, los funcionarios serán responsables de los daños que causen por culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones”. El artículo 90 de la Carta Política determina y delimita el campo de aplicación de la responsabilidad patrimonial estatal, que en el caso colombiano, comprende a la totalidad de autoridades públicas sin que de esa regulación se encuentren exentos los agentes judiciales o los colaboradores de la administración de justicia.

La libertad como bien jurídico, se instrumentaliza desde el derecho de daños por medio del título de imputación denominado “privación injusta de la libertad”, consagrado en el artículo 68 de la ley 270 de 1996, ya que el Estado en ejercicio del *ius puniendi* decreta medidas cautelares que aseguran la comparecencia del sujeto a la pesquisa criminal, razón por la cual, en ocasiones, en el proceso penal deben adoptarse limitaciones a la libertad individual. (Gil, 2011 Pág 421), asegura que el Estado al decretar medidas cautelares con base en lo consagrado en el artículo 307 de la Ley 906 de 2004, no tiene en cuenta la distinción que hace la norma en cuanto a medidas de aseguramiento que privan de la libertad y otras que no lo hacen, toda vez, que todas tienden a restringir el derecho fundamental de la libertad y de la autonomía personal. En consecuencia, cualquier medida de aseguramiento siempre limitará el derecho de la libertad.

Como en el presente estudio, se busca establecer de alguna forma, sí en efecto la limitación de la libertad personal configura una carga que los asociados deben o no soportar, se analizara la doctrina y la jurisprudencia para establecer una posición sobre el particular.

En ese sentido, se analizará la jurisprudencia del Consejo de Estado para analizar su evolución. Esa corporación ha sostenido en sentencia de 4 de diciembre 2006, que a los asociados corresponde soportar la carga pública que implica participar, por voluntad de la autoridad, en una investigación. Sin embargo la Sala considera oportuno recoger expresiones en virtud de las cuales algunos sectores de la comunidad jurídica han llegado a sostener, sin matiz alguno, que el verse privado de la libertad ocasionalmente es una carga pública que los ciudadanos deben soportar con estoicismo. (Gil, 2011)

En la misma providencia y contrario a lo manifestado, se dice que eso no puede ser así por cuanto la libertad personal ocupa un lugar de primer orden en una sociedad que se aprecie de ser justa y democrática. Por lo tanto no se puede afirmar que experimentar la pérdida de la libertad, pueda considerarse como una carga pública normal que cualquier asociado está obligado a soportar.

En ese momento se abre el estudio a fin de establecer sí el Estado debe responder por los daños que se le ocasionan a las personas que son sometidas a una investigación penal, y durante la misma, se les priva de su libertad personal.

En este estado de cosas la Corte Constitucional en sentencia C-333 de 1996, señaló que: “...El perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. La Corte considera que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado social de derecho, pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la Administración. Así, la responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares.” (Corte Constitucional, 1996)

La Corte en su sentencia establece que el Estado debe responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por acción u omisión de sus agentes judiciales.

Establece, que una vez causado el daño antijurídico y este sea imputable al Estado, se origina el deber de indemnización.

## **5 EL SUPUESTO “DE LEGE FERENDA”**

### **5.1 Sobre la De Lege Ferenda.**

La expresión *lege ferenda*, como bien se sabe, hace referencia a una Ley cuya promulgación se solicita. Es decir, se utiliza como medio de presentación del derecho no como es, sino como debería ser.

Por lo dicho, hemos querido dedicar un apartado de la presente obra a la consecución de otro de los objetivos específicos de la misma, valga decir, a la proposición de una herramienta normativa que permita a los operadores jurídicos aproximarse de una manera sistemática, lógica y coherente, al entendimiento y aplicación de la responsabilidad patrimonial del legislador.

Así, y con base en todos los análisis efectuados a lo largo del presente trabajo investigativo, pasaremos a explicar la forma en que podría estructurarse una regulación legislativa del tema

objeto de estudio, partiendo en su articulado, de la formulación de una parte general, de un capítulo dedicado a la regulación del régimen subjetivo aplicable y otro consagrado a la reglamentación del régimen objetivo ajustable, ambos, con sus respectivos títulos jurídicos de imputación.

Parte general de la *lege ferenda* sobre la responsabilidad patrimonial del Legislador y de los principios de la responsabilidad del Estado en general y del Legislador en particular.

Resultaría útil comenzar a diseñarse una Ley como ésta, a partir del reconocimiento de unos principios que sirvan como directrices que permeen la interpretación y aplicación de la misma la cual debería contener.

Una garantía del patrimonio de los Asociados, en virtud del cual se establecería que “en sus actuaciones, el Estado protegerá la integridad de los bienes de las personas y los demás derechos económicos adquiridos de acuerdo al orden jurídico”.

Generar una confianza Legítima. Según este principio se dispondría que “el Estado garantizará que las actuaciones de los particulares realizadas de buena fe al amparo de las normas jurídicas existentes gocen de la protección pertinente y, en caso de que con las acciones u omisiones de aquel resulte vulnerada, se indemnice cabalmente el daño anti jurídico presentado”.

Que exista una igualdad de las Cargas Públicas, a través de esta directriz legislativa se señalaría que “Se garantiza el derecho de todos los residentes en Colombia a recibir el mismo

trato de las autoridades. En caso de que alguna persona sea obligada a soportar una carga superior a la de los demás individuos que se encuentren en la misma la posición jurídica, el Estado deberá indemnizar el perjuicio que de tal acción u omisión se derive”.

La anti juridicidad del Daño, por medio de tal principio que operaría, a su vez, como cláusula de cierre del sistema de responsabilidad del Estado en general y del Legislador en particular, se indicaría que “el Estado indemnizará a aquella persona que sufra un deterioro en su haber jurídico sin estar obligada a soportarlo. Se presumirá que una persona no está obligada a soportar un daño cuando en su actuar el Estado infringe uno de los principios mencionados precedentemente y, de manera especial, cuando el beneficio perdido tiene un origen lícito y la actividad dentro de la que se padeció aquel fue desarrollada de buena fe.

Es decir, en el ejercicio anormal de la función legislativa. En desarrollo de ello se reglaría la responsabilidad por acción. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos derivados de las irregularidades presentadas en ejercicio de la función legislativa, reconocidas así por el juez constitucional al momento de examinar la constitucionalidad de las leyes.

Y la responsabilidad por omisión. El Estado responderá por las omisiones presentadas en el marco de la función legislativa, siempre que una norma desarrolle un mandato constitucional de manera parcial, incompleta o defectuosa desde el punto de vista de la misma constitución, de donde se derive, por tanto, la creación, modificación o extinción de una situación jurídica concreta, al amparo de la cual nazca un perjuicio que quien lo padece no está obligado a soportar.

La propuesta de lege ferenda se encamina a que tal norma exprese sustancialmente lo siguiente:

“Daño Especial. El Estado responderá patrimonialmente cuando a través de la expedición válida de una Ley genere a un individuo o grupo específico de individuos, un perjuicio anormal, excepcional y superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón de la especial naturaleza de los poderes y actuaciones del Estado”. Lege Ferenda

Desde la anterior perspectiva, se encuadraría, básicamente, una regulación normativa del tema de la responsabilidad del Legislador, cosa que hasta el momento no ha sido efectuada en Colombia y razón por la cual el país asumiría un liderazgo importante en el plano jurídico internacional.

## 6. CONCLUSIONES

La libertad ha sido uno de los grandes desafíos de la historia en la consolidación de la libertad como valor supremo de la persona en sociedad. Varias revoluciones, para no decir que todas, ha propugnado la libertad como una de las grandes expresiones de respeto a la dignidad humana y cualidad fundamental del ser humano.

Dentro del poder punitivo que tiene el Estado aparece el *ius puniendi* que es la facultad que tiene los Estados para crear normas que castiguen mediante penas y/o medidas de seguridad, como consecuencia jurídica de posibles infracciones de las anomalías en el comportamiento social. Dentro de ese marco subjetivo de penas y medidas de seguridad aparecen aquellas que restringen la libertad de los individuos en sociedad.

Es así, que la nueva (Constitución política de Colombia, 1991) al regular la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual, consignó que el Estado tiene la obligación de indemnizar cualquier actuación de sus autoridades, que de manera lícita o ilícita cause un daño antijurídico que el administrado no esté en la obligación de soportar.

En este orden de ideas, es que se ha abordado el estudio y análisis de la evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado en relación con la responsabilidad de la Administración por



la privación injusta de la libertad, con fundamento en el concepto de daño antijurídico previsto en el Art. 90 de la Constitución Política.

El Consejo de Estado profundizó en el tema, y si bien las primeras líneas jurisprudenciales encontraban legítimo que el ciudadano soportara la carga pública que implica participar, por voluntad de la autoridad, en una investigación penal, resultaba más ajustado a la Constitución predicar que la restricción de la libertad en un proceso penal no es un acto más establecido en *el ius puniendi*, sino que en el derecho universal la libertad aparece implícita en la realización de todo proyecto de vida, que no puede considerarse como una carga pública normal que se esté obligado a soportar.

Según esta regla jurisprudencial, es irrelevante la discusión entre si la decisión de privación de la libertad fue ilegal o errónea, porque incluso siendo ésta perfectamente legal, puede causar un daño antijurídico; la injusticia de la privación de la libertad se hace evidente con la decisión definitiva de carácter absolutorio.

La prisión como medida cautelar debe ser de carácter excepcional, y solo se justifica para aquellas personas que sobre las cuales tenga certeza que infringieron el ordenamiento penal, quienes quedan obligadas a soportar las penas que se les imponga como consecuencia de su conducta delictiva y antisocial; pero se vuelve injusta, cuando el procesado que ha sido sometido a prisión provisional como medida cautelar es liberado definitivamente al mantenerse intacta su inocencia, pues en este caso, el procesado no ha violado el orden jurídico establecido que aprresta como consecuencia la sanción que ha padecido.

La persona que ha sido privada de la libertad en desarrollo de una investigación penal y posteriormente puesta en libertad, desvinculada totalmente mediante providencia judicial, manteniéndose intacta su inocencia, debe demostrar y probar la existencia del daño causado por esa privación de la libertad, para que proceda la prisión como medida cautelar debe ser de carácter excepcional, y solo se justifica para aquellas personas que sobre las cuales tenga certeza que infringieron el ordenamiento penal, quienes quedan obligadas a soportar las penas que se les imponga como consecuencia de su conducta delictiva y antisocial; pero se vuelve injusta, cuando el procesado que ha sido sometido a prisión provisional como medida cautelar es liberado definitivamente al mantenerse intacta su inocencia, pues en este caso, el procesado no ha violado el orden jurídico establecido que apresta como consecuencia la sanción que ha padecido.

La persona que ha sido privada de la libertad en desarrollo de una investigación penal y posteriormente puesta en libertad, desvinculada totalmente mediante providencia judicial, manteniéndose intacta su inocencia, debe demostrar y probar la existencia del daño causado por esa privación de la libertad, para que proceda la indemnización por parte del Estado, toda vez que no está en el deber de soportarlo.

El Estado debe asegurar la reparación de daño antijurídico causado por el uso inadecuado de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad. Esta reparación debe ser integral.

Como consecuencia de la reparación integral de los daños materiales y morales causados a quien padece una medida privativa de la libertad, incoadas por el medio de control de reparación directa, se viene afectando el patrimonio del Estado y de la misma manera, tenemos que la ligereza con la que se adoptan las medidas de aseguramiento, y la mora en la resolución de la

situación jurídica de los imputados, ha generado en Colombia un hacinamiento carcelario y un porcentaje muy alto de los sindicados que están privados de la libertad sin resolver su realidad penal.

Sobre este punto, se debe orientar una política criminal dirigida a capacitar y sensibilizar a las autoridades judiciales en la adopción de las medidas restrictivas de la libertad. De esto deben ser conscientes jueces y fiscales que han dejado que el facilismo y el afán mediático de mostrar resultados en el proceso de identificar los infractores de la ley penal, abusen de estas normas que privan de la libertad a los asociados.

Queda así, pues, como producto del presente trabajo, la formulación de una serie de herramientas que, esperamos, contribuyan a clarificar la forma correcta de hacer justicia.

La forma correcta de restablecer, en su haber jurídico, a las personas que han sufrido, como consecuencia de un hecho positivo o negativo del legislador, un daño anti jurídico.

Es claro que la formulación de un subsistema de responsabilidad del legislador, simultáneamente, dota al ciudadano de un mecanismo de defensa jurídica para proteger sus derechos y constituye un nivel más de control al accionar del Estado, lo cual legitima el ejercicio del poder al permitir que cada uno reciba lo que en justicia le corresponde.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

Aristizabal, D. L. (Na de Na de 2012). *urosario*. Obtenido de urosario.edu.co:

<http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/4494/71790895-2013.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Beccaria, C. (2015). *Tratado de los delitos y las penas*. Madrid: Editorial Committee.

Beraun, M. (22 de 08 de 2013). *Procesal civil*. Obtenido de <http://blog.pucp.edu.pe/>:

<http://blog.pucp.edu.pe/blog/seminariotallerdpc/2013/08/22/vision-tridimensional-del-debido-proceso-definici-n-e-historia/>

Congreso de Colombia . (NA de NA de 2000). *HCHR*. Obtenido de [hchr.org.co](http://www.hchr.org.co):

[http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/carceles/4\\_Nacionales/1\\_Normas\\_basicas/2\\_Regimen\\_penal\\_ejec\\_penas/Ley%20600%20de%202000\\_Cod%20procedimiento%20penal.pdf](http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/carceles/4_Nacionales/1_Normas_basicas/2_Regimen_penal_ejec_penas/Ley%20600%20de%202000_Cod%20procedimiento%20penal.pdf)

Constitución política de Colombia. (NA de NA de 1991). *Procuraduría General de la Nación*.

Obtenido de [procuraduria.gov.co](http://www.procuraduria.gov.co):

[http://www.procuraduria.gov.co/guiamp/media/file/Macroproceso%20Disciplinario/Constitucion\\_Politica\\_de\\_Colombia.htm](http://www.procuraduria.gov.co/guiamp/media/file/Macroproceso%20Disciplinario/Constitucion_Politica_de_Colombia.htm)

Corte Constitucional, Sentencia C- 333 (7 de 08 de 1996).

García, S. R. (2002). *Los derechos humanos y la jurisdicción Interamericana* . México : Mex.

Der. Inter vol.8 2008.

Gil, E. B. (2011). *Responsabilidad Extracontractual del estado*. Bogotá, Colombia : TEMIS S.A.

Gómez, M. J. (30 de 06 de 1962). Artículo 2341. *Corte Suprema de justicia* . Bogotá.

Gómez, P. F. (17 de 07 de 1960). *Consejo de Estado*. Obtenido de Sala de lo contencioso administrativo.

hombre, D. u. (NA de NA de 1948). *Naciones Unidas*. Obtenido de un.org.es:

<http://www.un.org/es/documents/udhr/>

Mancipe, A. R. (NA de NA de 2005). *Javeriana*. Obtenido de Javeriana.edu.co:

<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere7/DEFINITIVA/TESIS%2020.pdf>

Mendoza, H. A. (2009). *¿Estado responsable o irresponsable?* Bogotá: Editorial URosario.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos . (NA de NA de 1976). *Naciones unidas*

*derechos humanos*. Obtenido de ohchr.org:

<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

Pareja, C. (1939). *Derecho Administrativo* . Bogotá: El escolar.

Porto, J. C. (2004). *La responsabilidad patrimonial del estado*. Bogotá: Legis Editores S.A.S.

Uribe. (2000). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En O. d. Americanos, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (pág. 299). Washington D.C : N.W.

Vargas, M. J. (30 de 09 de 1946). Sala de casación civil. Bogotá: Legis editores S.A.S.

Velez, L. M. (2014). *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso*

*Administrativo anotado*. Bogotá: Legis Editores S.A.S.