

EL DEBER OBJETIVO DEL ESTADO DE INDEMNIZAR A LAS PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD Y ABSUELTAS EN VIRTUD AL PRINCIPIO DEL *IN DUBIO PRO REO*

*Lisseth Tatiana Rivera Olaya
Nelcy Yohanna Pulgarin Bustos*

RESUMEN

Es un hecho cierto que la Constitución Política está dirigida a la protección de los derechos humanos fundamentales, la libertad, y en ese orden no puede permitir la vulneración de tal derecho, basándose en un concepto revaluado consistente en que los ciudadanos están obligados a soportar una carga pública y ser sometidos a la privación de su libertad en aras de adelantar y culminar un proceso penal, pues el solo hecho que la medida de aseguramiento sea revocada con sentencia absolutoria cuando se configuren las causales previstas en el artículo 414 del C. de P.P., del tal forma que en este trabajo de investigación se analiza si el Estado está llamando a indemnizar los perjuicios que hubiere causado por razón de la imposición de una medida de detención preventiva, cuando se absuelva al detenido por en virtud a una duda probatoria.

ABSTRACT

It is a fact that the Constitution is aimed at protecting fundamental human rights, freedom , and in that order can not allow the violation of this right , based on a concept revalued which is that citizens are required to support a public charge and be subjected to deprivation of liberty in order to advance and complete a criminal case , since the mere fact that the detention order be revoked acquittal when the grounds provided are set out in that Article 414 of the Code of Criminal Procedure. , the so that in this research analyzes whether the State is calling compensate the damages caused by him because of the imposition of preventive detention , when acquitting the detainee by under a doubt probation.

INTRODUCCIÓN

A partir de la Constitución Política de 1991, al cambiar la estructura del estado colombiano, que siendo de un corte *liberal de derecho*, transitó a ser *social de derecho*, no es posible predicar que el Estado puede imponerse a todos sin que exista compensación por los daños ocasionados al desplegar su actividad. En el marco del artículo 90 de nuestra Carta Magna ya no existen órganos de poder que no puedan ser objeto de ser demandadas ante la jurisdicción administrativa, en éste sentido los daños ocasionados por las tres ramas de poder público son susceptibles de ser indemnizadas en virtud a los principios de dignidad humana, de equidad y solidaridad que informan al Estado Social de Derecho y tienen como meta la consecución del bienestar social. Lo anterior, da espacio para que la Rama Judicial deba responder administrativamente, ora por defectuoso funcionamiento de la justicia; ora por privación injusta de la libertad.

En lo concerniente la privación injusta de la libertad, existen normas que regulan el tema como podemos observar en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el Código de Procedimiento Penal, en el Código Contencioso Administrativo y en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, entre otros, que han servido de soporte a las diferentes tesis esbozadas por el Consejo de Estado, específicamente a la Sección Tercera que se ha encargado del tratamiento de éste tema en forma activa, identificados a groso modo tres líneas jurisprudenciales, así lo ha reconocido esa misma Corporación al explicar que la primera tesis jurisprudencial que se puede calificar como “restrictiva”, reservó el deber de reparar sólo a aquellas personas que por causa de alguna decisión judicial se hubieren visto ilegítimamente privadas de su libertad, de manera que solamente existía deber de reparar la “falla del servicio judicial”. La segunda línea jurisprudencial estableció que la responsabilidad por privación de la libertad regulada por el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, sería objetiva y que era procedente únicamente si la situación podía subsumirse en alguna de las tres causales normativas, en el evento contrario, el actor tenía el deber de demostrar la ocurrencia de error jurisdiccional derivado del carácter “injusto” o “injustificado” de la detención. Finalmente, la última tendencia que puede calificarse como “amplia”, ha señalado que la responsabilidad por privación injusta de la libertad, va más allá de los tres supuestos normativos del mencionado artículo 414, por lo que la obligación de reparación surge aún en eventos en los que el sindicado ha sido absuelto en aplicación del principio de *in dubio pro reo*, pues si bien es cierto el Estado tiene el deber jurídico de investigar, el ciudadano no tiene la obligación jurídica de soportar la privación de la libertad que es uno de los derechos de mayor protección en el Estado Social de Derecho.

En desarrollo de esta última posición, el Consejo de Estado ha manifestado que las normas que respaldan la procedencia de la responsabilidad por la privación injusta de la libertad son el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, el cual debe ser interpretado en armonía con las consideraciones del artículo 90 de la Constitución Política, sin olvidar que los supuestos del artículo 414 no quedan excluidos a pesar de estar derogados, porque el artículo 90 constituye una cláusula general y amplia de imputación de la responsabilidad de la administración sustentada en el daño antijurídico, en el cual se encuentran inmersos los elementos de responsabilidad que consagraba el precitado artículo 414, textualmente se señaló: *“En definitiva, no resultan compatibles con el artículo 90 de la Constitución, interpretaciones de normas infraconstitucionales que restrinjan la cláusula general de responsabilidad que aquél contiene. Partiendo de la conclusión anterior, la Sala determinó que en el artículo 90 de la Constitución Política tienen arraigo, aún después de la entrada en vigor de la Ley 270 de 1996, todos los supuestos en los cuales se produce un daño antijurídico imputable a la Administración de Justicia que no están contemplados –más no por ello excluidos, se insiste en el premencionado artículo 68 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia–, entre ellos, como en los eventos en los cuales se impone a un ciudadano una medida de detención preventiva como consecuencia de la cual se le priva del ejercicio del derecho fundamental a la libertad pero posteriormente se le revoca tal medida al concluir que los aspectos fácticos por los cuales el investigado fue detenido no constituyeron hecho delictuoso alguno, supuesto que estaba previsto en el artículo 414 del C. de P. P., y que compromete la responsabilidad de la Administración, pues con su actuación causó un daño antijurídico consistente en la privación de la libertad en contra de quien no cometió el hecho delictuoso imputado, circunstancia que torna injusta la medida y que debe ser reparada por la autoridad que produjo el hecho.”* (Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 25 de febrero de 2009, CP Mauricio Fajardo Gómez, Radicación 25508)

En el presente texto se pretende determinar cuál ha sido el tratamiento dado por la Sección Tercera del Consejo de Estado a la responsabilidad administrativa derivada de la privación de la libertad en el caso de las personas absueltas en virtud al principio del in dubio pro reo.

Debido a la amplia magnitud del tema que se abordará, en éste ensayo de investigación nos ocuparemos del estudio de la Jurisprudencia Colombiana a partir de un análisis jurisprudencial-doctrinal, a través del denominado método de lo que anteriormente se denominaba investigación jurídico-pura y que hoy los autores denominan Investigación Jurídico Doctrinal.

1.- RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD

La responsabilidad en sentido jurídico puede ser definida como *una deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal* (González Molina). El análisis de la responsabilidad del Estado no es hoy en día necesariamente el sistema de la responsabilidad civil del derecho privado; su estudio forma parte del Derecho Público. Históricamente, (Jimenez, 2013) la responsabilidad se origina en las relaciones de los ciudadanos de la antigua *polis* griega y de la *civitas* romana. Para el tratadista Enrique Gil Botero, la institución jurídica de la responsabilidad está íntimamente unida a la noción de dignidad humana, que se puede rastrear en la obra *Antígona* de Sófocles: “*Se da en Antígona un deber ser vinculante con un contenido material que minimiza el cumplimiento de la ley, por ser inicua y por ir contra la esencia misma del hombre: su dignidad. Es por ello por lo que en toda obligación, el obligado es tomado como persona responsable*” (Gil Botero, 2011). Para Oscar González la responsabilidad obedecía a un *régimen objetivo*, inmerso en el Derecho Romano a través de diversos cuerpos legales como la Ley del Talión, que pretendía el desarrollo de una justicia retributiva, donde la pena asignada al victimario no era equivalente al delito, sino que era idéntica a él (González Molina) .

La morfología de la responsabilidad es estudiada por varios investigadores (Margaux Guerra, 2007) (Nader Orfale, 2010). “La Responsabilidad por falla del Estado, es el título de imputación de mayor relevancia dentro del ordenamiento jurídico colombiano, en cuanto que las actuaciones irregulares de la administración generadoras de perjuicios, se han convertido en el criterio usual de responsabilidad administrativa. En efecto, no ha sido la responsabilidad objetiva sino la responsabilidad por falla la de mayor tradición, con fundamento en que los principios de legalidad y de buen servicio público son vulnerados dentro de la actuación de las entidades públicas; lo que significa, que el Estado se ha convertido en el principal transgresor del ordenamiento jurídico, ya que en la falla del servicio, de una u otra manera, lo que existe es una violación de normas que protegen derechos de los particulares. (Güechá Medina, 2012). Para este autor es en la sentencia Pelletier que se reconoce por primera vez la falla del servicio; cuando dicha providencia hace alusión a la culpa personal y a la culpa del servicio. La existencia de actuaciones irregulares atribuibles al particular o a la administración, constitutivas de falta o falla del servicio según el caso, pero que por ser el Tribunal de Conflictos el que hace los pronunciamientos en dicha sentencia, solo se refirió a la asignación de competencia, teniendo en cuenta la atribución o imputación de responsabilidad. En la Europa

renacentista los reyes tanto de Francia como de Inglaterra y España se van consolidando poco a poco a lo largo de varios siglos (tanto en el frente externo sobre los demás reinos, como en el frente interno sobre los señores feudales), hasta lograr una centralización y control del poder en el siglo XVI.

La intervención cada vez mayor del Estado en la economía y en la sociedad, el aumento de actividades y servicios a su cargo, generaron importantes desafíos para las doctrinas administrativistas y del Derecho público en general. Aparece en Francia la escuela de Burdeos, en donde se desarrollaría la teoría del servicio público. Según Jiménez, y como referente muy importante para el presente ensayo, hay que tener en cuenta la evolución de la responsabilidad estatal en un orden mundial caracterizado por la globalización y mundialización, en el cual el Estado-nación ha cedido soberanía en beneficio de organizaciones supraestatales o supranacionales con jurisdicción internacional. En este punto, se advierte la tendencia hacia diversos tipos de responsabilidad supraestatal por la intervención cada vez mayor de organismos globales o internacionales, los cuales en su actuar podrán generar grados diversos de daño antijurídico que alguien tendrá que reparar. Si la soberanía se cede, también se cede la responsabilidad.

Ahora bien, en cuanto a la segunda línea de investigación, El Estado es responsable del daño ocasionado por la privación injusta de la libertad de una persona, y ello se fundamenta en el art. 90 de la Carta Fundamental y esta responsabilidad es de carácter OBJETIVO, por lo cual es irrelevante el estudio de la conducta del juez.

El profesor Gustavo Penagos en su obra “El Daño Antijurídico” (Penagos, 1997), conforme a la jurisprudencia de la Corte constitucional y del Consejo de Estado, enumera los requisitos para obtener una condena contra el estado por errores judiciales, en las siguientes formas:

- 1) Que se den los requisitos del artículo 90 de la constitución en armonía con el 414 del código de procedimiento penal.
- 2) El error judicial puede ser resultado de una errónea apreciación de los ecos, o de una grosera utilización de la normatividad
- 3) El error no está en los hechos, si no en el modo de subsumir estos con el ordenamiento jurídico
- 4) La responsabilidad del estado es general, cada vez que se cometa el error antijurídico que tratamos en el presente estudio

- 5) Debe probarse la existencia de un daño físico o moral, relación de causalidad, y perjuicio económico.
- 6) Que no se tipifique una actitud dolosa o culposa de parte de los damnificados
- 7) La reparación por el daño debe ser integral es decir comprender tanto el daño emergente como el lucro cesante, y el daño moral
- 8) Se trata de una responsabilidad objetiva, sin necesidad de entrar a estudiar la conducta del juez bien sea a título de dolo o culpa.
- 9) La indemnización es una respuesta al facilismo como en ocasiones resuelven los jueces, al disponer de la libertad del hombre como lo dice el consejo de estado en sentencia de septiembre 15 de 1994, al enseñar lo siguiente:

“En relación con la responsabilidad de la administración, por privación injusta de la libertad la sala de sea hacer las siguientes precisiones por la vía jurisprudencial, a saber:

a) ella toma apoyo en el artículo 90 de la constitución nacional y en el artículo 414 del código procedimiento penal, y se ubica en el ámbito de la responsabilidad directa del estado por error judicial, que se produce como consecuencia de la violación de deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho y previa una valoración serie y razonable de las distintas circunstancias del caso o como lo ha dicho la corte constitucional italiana: “todo procedimiento judicial que prive a la personada unos de sus derechos y que luego sea considerado erróneo” (sentencia número 12 del 2 de febrero de 1978).

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

c) el error de hecho, por si solo jamás será determinante de la responsabilidad administrativa, pues como lo enseña la doctrina (Tawill): “cualquiera que sea el vicio determinante de la resolución, el error judicial no estará en los hechos o en las pruebas, en sí mismo o considerados, si no en el MODO DE SUBSUMIR a estos en el ordenamiento jurídico cuya aplicación en cada caso resulte obligada”.

d) la responsabilidad de la administración, dentro del ámbito que se estudia no opera solo en los casos contemplados en el artículo del C. de procedimiento penal, pues la constitución nacional ordena reparar el daño que se genere por una conducta antijurídica de ella con esto se quiere significar que el error judicial se debe reparar no solo en los casos de una injusta privación de la libertad, si no en todos los eventos en que se demuestre, con fuerza de convicción la existencia de una manifiesta en una equivocación. El mismo tratadista en antes citado explica su posición académica sobre la materia, la cual patrocina la sala dentro del siguiente temperamento:

“lo contrario sería admitir que a pesar de reconocerse la existencia de conductas manifiestamente antijurídica, ellas resulten inmunes a la reparación de los daños que han causado, como consecuencia de no a verse podido recurrir a la resolución que les dio origen, sea, por ejemplo, por no ser advertido el error en término, porque resultado dañoso se manifestó una vez firme aquella, por no tratarse de una de las resoluciones recurribles conforme al ordenamiento formal, o, lo que es aún peor, por no ave sido el damnificado parte en el proceso en el que el supuesto error se cometió” (Tawill)

e) además de la existencia del error judicial, en el pronunciamiento judicial debe probarse la existencia de un daño físico o moral, evaluable económicamente, y una relación de causalidad entre el erro y el daño indemnizable.

f) *conditio sine qua non* para que se pueda declarar la responsabilidad de la administración es la de que no se registre una actitud dolosa o culposa por parte del sindicado o de los damnificados. En este particular la se debe hacer énfasis en la pauta de la jurisprudencia española y que puede ser traída al ordenamiento jurídico colombiano (Tribunal Supremo Español, 1986), en la cual se predica:

“cuando un error de uno u otro sentido, se ha producido en el desarrollo de la actividad judicial, es obligado para cuantos intervienen en el proceso, procurar con lealtad procesal y con la buena fe exigible a todo litigante, ponerlo de relieve para su subsanación”.

g) la reparación por el daño causado debe ser integral, esto es, se debe indemnizar el daño emergente como el truco cesante y el daño moral. Ni la constitución nacional ni ley alguna han puesto limitaciones en este particular.

h) la responsabilidad que se deduce del artículo 414 del C. de P. penal es OBJETIVA, motivo por el cual resulta irrelevante el estudio de la conducta del juez o magistrado, para tratar de definir si por parte de él hubo dolo o culpa.

Como causales eximentes de responsabilidad opera la fuerza mayor, el hecho de un tercero y la conducta exclusiva del damnificado. Respecto a esta última la sala la doctrina (Tawill), enseña:

“aunque se trata como hemos expresado anteriormente de una responsabilidad de carácter objetivo, razón por la cual la conducta del damnificado parecería en principio carecer de mayor relevancia, ello no es así dada la exigencia de exclusividad que caracteriza en este supuesto a la responsabilidad estatal.

Por tal razón resultara esencial que aquel que persigue una reparación no se haya extralimitado o hubiera abusado de su libertad o derecho, valiéndose de ardidés o procedimientos mediante los cuales pudieron haber inducido a error o al funcionamiento normal de la justicia que dio origen al perjuicio.

i) la exoneración puede ser fruto de una sentencia judicial o de una providencia judicial. El artículo 414 del C. de P. penal habla de sentencia absolutoria o su equivalente expresión esta que debe tomarse en sentido amplio.

Así las cosas la responsabilidad de la administración resulta clara, no solo la luz de la filosofía jurídica que informa el artículo 90 de la constitución nacional sino también del artículo 414 del C. de P. penal. En la legislación colombiana este es uno de los pocos casos en que el legislador ha resuelto, por ley, la situación fáctica, no dejándole al juez ninguna alternativa distinta de valoración jurídica. En otras palabras, al juez no le está permitido manejar la faceta relativa que tiene la falla del servicio, ora para indagar lo que podía demandarse de este, ora para analizar las circunstancias variables en que ella se puede presentar, ora para hablar de la responsabilidad patrimonial desde una concreta realidad, como lo enseña el profesor TOMAS RAMON FERNANDEZ.

Realidad para la sala, la orden legal de indemnizar los perjuicios es una respuesta adecuada al facilismo con el cual los jueces suelen disponer de la libertad del hombre, con olvido de que ella es la cualidad fundamental de ser espiritual, esto es, la que le permite a la realización de su propia vocación no se puede seguir jugando con la honra de las personas con la orientación dañina que predica que una medida de aseguramiento como la detención preventiva no se le niega a nadie.”

2.- LÍNEAS JURISPRUDENCIALES ACERCA DE LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD

El concepto de responsabilidad tiene un historial de estudios (acordes a épocas y sociedades diferentes) como también una morfología que la teoría jurídica ha ido estudiando. Para Agustín Gordillo la responsabilidad más importante para destacar es la extracontractual: aquella que surge de una conducta cualquiera de los órganos del Estado no referida a un acuerdo previo de voluntades con el sujeto damnificado (Gordillo, 2013). El análisis de la responsabilidad del Estado no es hoy en día necesariamente el sistema de la responsabilidad civil del derecho privado. La morfología de la responsabilidad es estudiada por varios investigadores. (Güechá Medina, 2012) analiza la responsabilidad del Estado en el ordenamiento jurídico el cual tiene sus antecedentes en el sistema jurídico francés. Para William Guillermo Jiménez en la evolución del Estado en Occidente fue importante la teoría de la irresponsabilidad del gobernante. Aparece en Francia la escuela de Burdeos, en donde se desarrollaría la teoría del servicio público. Según Jiménez, y como referente muy importante para el presente ensayo, hay que tener en cuenta la evolución de la responsabilidad estatal en un orden mundial caracterizado por la globalización y mundialización. En esa línea de reflexión vale la pena el estudio de los textos de Iris Marion Young (Young) cuando nos habla de las obligaciones jurídicas que se extienden de forma mundial en algunos temas se fundamentan, por tanto, en el hecho de que algunos procesos socio-estructurales tienen un alcance mundial; y de (Pogge, 2007) cuando se pregunta por la justicia global. Puelles analiza la misma relación (Puelles Benitez, 2009).

En cuanto a la segunda línea de estudio sobre el alcance de la modalidad de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, debemos señalar que no ha sido un tema sereno, pues se han identificado tres grandes líneas jurisprudenciales, a saber:

LA PRIMERA TESIS. Se calificó jurisprudencialmente por el Consejo de Estado como “restrictiva”, condiciona la responsabilidad del Estado en cuanto a la conducta, a que la imputada esté fundamentada en decisiones jurisdiccionales arbitrarias y abiertamente ilegales. Reconoce indemnización por privación injusta sólo a aquellas personas que, por causa de alguna decisión judicial –ilegal y arbitraria-, se hubieren visto privadas de su libertad, esto es, solamente surgía el deber de reparar frente a la “falla del servicio judicial”.

LA SEGUNDA TESIS. Denominada jurisprudencialmente "objetiva o amplia", condiciona la responsabilidad en cuanto a la conducta imputada a que la persona que ha sido privada de la libertad y que posteriormente ha sido liberada como

consecuencia de una decisión de autoridad competente, la decisión se haya fundamentado en que el hecho no ocurrió, o no le es imputable o que no constituyó conducta punible, sin necesidad de valorar la conducta del juez o de la autoridad que dispuso la detención. El Consejo de Estado adoptó esta posición jurisprudencial con base en lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991 y mediante la interpretación del artículo 414 del decreto ley 2.700 de 1991: basta la demostración de la antijuridicidad del daño imputable a la Administración para que se configure la responsabilidad patrimonial del Estado, sin que sea menester la evaluación de la conducta del funcionario judicial y la comprobación de si la misma era errada, ilegal, arbitraria o injusta.

LA TESIS ACTUAL. Actualmente el Consejo de Estado maneja dos situaciones: cuando se estudian hechos que ocurrieron bajo la vigencia del artículo 414 del C. P, entonces se aplica lo expresado en por la Sección Tercera del Consejo de Estado (Colombia, Sección 3ª del Consejo de Estado, MP. ALIER EDUARDO HERNANDEZ, 2000), porque se considera que en esos eventos la responsabilidad del Estado existe cuando se ha causado daño antijurídico por la privación de la libertad de un sujeto que fue absuelto 1) o porque la detención resultó injusta o 2) porque fue exonerado por sentencia absolutoria definitiva debido: o a que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible; como lo indica el artículo 414 del C. P. P-, ya citado.

2.1. LA PRIMERA TESIS. Se calificó jurisprudencialmente por el Consejo de Estado como “restrictiva”, condiciona la responsabilidad del Estado en cuanto a la conducta, a que la imputada esté fundamentada en decisiones jurisdiccionales arbitrarias y abiertamente ilegales. Reconoce indemnización por privación injusta sólo a aquellas personas que, por causa de alguna decisión judicial –ilegal y arbitraria- , se hubieren visto privadas de su libertad, esto es, solamente surgía el deber de reparar frente a la “falla del servicio judicial”.

2.1.1. SENTENCIAS HITO QUE CONSAGRAN ESTA TESIS

2.1.1.1. Sentencia del 1º de octubre de 1992, Sección 3ª del Consejo de Estado, expediente 7058, MP. DANIEL SUAREZ HERNANDEZ.

- A) ARGUMENTO CENTRAL DE LA SENTENCIA: Para que se repare el daño a la víctima, es obligación que la providencia judicial que ordenó la detención preventiva que causó el daño debe contener una decisión ilegal, ostensible y manifiestamente errada.

B) SUBARGUMENTOS.

B.1. "Si bien, el Consejo de Estado se ha mostrado renuente a declarar la responsabilidad del Estado por falla del servicio judicial, considera la Sala que tal posición jurisprudencia] no puede ser tan inflexible ni volver la espalda a determinadas realidades de equidad y justicia en cuanto se trata de resarcir los perjuicios ocasionados con acciones u omisiones escandalosamente injurídicas y abiertamente ilegales, ocurridas en la prestación de dicho servicio. Desde luego, no se trata de reconocer responsabilidad administrativa a cargo del Estado como consecuencia de un fallo, sentencia o providencia definitivas y con efectos de cosa juzgada, por la simple equivocación conceptual en que pueda incurrir el juzgador. Al contrario, se trata de que los administrados conozcan que cuando sus jueces incurren en eventuales conductas abiertamente contrarias a derecho y generadores de daños y perjuicios materiales y morales, junto con su personal responsable, originan también en el propio Estado la obligación resarcitoria".

B.2. "El profesor Guido Santiago Tawil, al comentar la obra titulada "La responsabilidad del Estado por error y anormal funcionamiento de la administración de justicia" de José María Reyes Monterreal, resalta que la Constitución española de 1978 se ha transformado en una de las normativas de derecho público de mayor trascendencia sancionadas en el último cuarto de siglo, en la que al establecer interesantes soluciones jurídicas, "una de ellas, la prevista en su artículo 121, se destaca nítidamente en el ámbito del derecho administrativo, el propugnar expresamente el reconocimiento de la responsabilidad estatal derivada como consecuencia del obrar u omisiones cometidas en la administración de justicia, disponiendo que "los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la administración de justicia darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley".

2.1.1.2. Sentencia del 15 de septiembre de 1994, Sección 3ª del Consejo de Estado, expediente 9391, MP. JULIO CESAR URIBE.

A) ARGUMENTO CENTRAL DE LA SENTENCIA: El error judicial es una conducta que puede dar lugar a la responsabilidad del Estado.

C) SUBARGUMENTOS.

B.1. La responsabilidad de la administración por privación injusta, “toma apoyo en el artículo 90 de la Constitución Nacional y en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, y se ubica en el ámbito de la responsabilidad directa del Estado por error judicial, que se produce como consecuencia de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, y previa una valoración seria y razonable de las distintas circunstancias del caso, o como lo ha dicho la Corte Constitucional Italiana: “Todo procedimiento judicial que prive a la persona de uno de sus derechos fundamentales y que luego sea considerado erróneo”.

B.2. “El error judicial puede responder a una errónea apreciación de los hechos, o a una desfasada subsunción de la realidad táctica en la hipótesis normativa, o a una grosera utilización de la normatividad jurídica, en el caso sometido a consideración del juez.”.

2.1.1.3. Sentencia del 2 de octubre de 1996, Sección 3ª del Consejo de Estado, expediente 10923, MP. DANIEL SUAREZ HERNANDEZ.

A) ARGUMENTO CENTRAL DE LA SENTENCIA: "Para configurar la responsabilidad reclamada en este proceso, la privación de la libertad ha debido ser injusta, es decir fruto de decisiones contrarias al derecho o abiertamente arbitrarias, con desconocimiento de disposiciones tanto constitucionales como legales, constitutivas de verdaderas garantías de ese derecho fundamental de las personas, las cuales en ningún momento se vieron vulneradas por la medida privativa de la libertad”.

B) SUBARGUMENTOS.

B.1. El error judicial es la causa de la responsabilidad de la administración por privación injusta.

B.2. El Estado responde cuando sus funcionarios al imponer una medida privativa de la libertad desconocen en sus providencias disposiciones legales y constitucionales.

2.2. LA SEGUNDA TESIS. Denominada jurisprudencialmente "**objetiva o amplia**", condiciona la responsabilidad en cuanto a la conducta imputada a que la persona que ha sido privada de la libertad y que posteriormente ha sido liberada como consecuencia de una decisión de autoridad competente, la decisión se haya fundamentado en que el hecho no ocurrió, o no le es imputable o que no constituyó conducta punible, sin necesidad de valorar la conducta del juez o de la autoridad que dispuso la detención. El Consejo de Estado adoptó esta posición jurisprudencial con base en lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991 y mediante la interpretación del artículo 414 del decreto ley 2,700 de 1991: basta la demostración de la antijuridicidad del daño imputable a la Administración para que se configure la responsabilidad patrimonial del Estado, sin que sea menester la evaluación de la conducta del funcionario judicial y la comprobación de si la misma era errada, ilegal, arbitraria o injusta.

2.2.1. SENTENCIAS HITO QUE CONSAGRAN ESTA TESIS

2.2.1.1. Sentencia del 30 de junio de 1994, Sección 3ª del Consejo de Estado, expediente 9734, MP. DANIEL SUAREZ HERNANDEZ.

A) ARGUMENTO CENTRAL DE LA SENTENCIA: "El artículo 414 del C. de P. Penal consagra una acción indemnizatoria en contra del Estado y a favor de quien ha sido privado injustamente de la libertad, cuando sea exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible. Como en el sub judice se determinó la inexistencia de hecho punible, el actor tiene derecho a reclamar del estado colombiano, una indemnización por los perjuicios sufridos. Este artículo 414 es fiel desarrollo del artículo 90 de la Carta Política, sólo que circunscrito al daño antijurídico proveniente de las precisas circunstancias allí previstas."

B) SUBARGUMENTO.

B.1. El artículo 414 es fiel desarrollo del artículo 90 de la Carta Política, solo que circunscrito al daño antijurídico proveniente de las precisas circunstancias allí previstas, es decir que el privado de la libertad quede

exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicato no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible.

2.2.1.2. Sentencia del 27 de septiembre de 2000, Sección 3ª del Consejo de Estado, expediente 11601, MP. ALIER EDUARDO HERNANDEZ.

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

B) SUBARGUMENTOS.

B.1. En todo caso, se reitera que, al margen de la legalidad o ilegalidad de la decisión tomada, la responsabilidad del Estado sólo existirá en aquellos eventos en que, en virtud de ella, se haya causado un daño antijurídico.

B.2. No puede considerarse que en virtud de la formulación de cargos, en el curso de una investigación disciplinaria, y de la expedición de una orden de captura, dentro de una investigación penal, se atente contra la presunción de inocencia o contra el principio de *in dubio pro reo*, como lo afirma, en este caso, el apoderado de los demandantes, al sustentar su recurso de apelación. Los funcionarios competentes para adelantar los respectivos procesos deben tomar las medidas necesarias para

investigar la verdad, practicando pruebas dirigidas a demostrar tanto la inocencia como la responsabilidad de los posibles autores, y no por ello se incurre en violación de los citados principios. Por lo demás, es claro que sólo al adoptar la decisión definitiva y agotada las etapas anteriores, previstas, precisamente, para despejar las dudas existentes, mediante la práctica de pruebas, debe tomarse en cuenta el principio que obliga a resolver la duda en favor del procesado. De otra manera se haría imposible la función instructiva.

2.3. LA TESIS ACTUAL. Actualmente el Consejo de Estado maneja dos situaciones: cuando se estudian hechos que ocurrieron bajo la vigencia del artículo 414 del C. P, entonces se aplica lo expresado en la sentencia de 27 de septiembre de 2000 (**Sección 3ª del Consejo de Estado, expediente 11601, MP. ALIER EDUARDO HERNANDEZ**), porque se considera que en esos eventos la responsabilidad del Estado existe cuando se ha causado daño antijurídico por la privación de la libertad de un sujeto que fue absuelto 1) o porque la detención resultó injusta o 2) porque fue exonerado por sentencia absolutoria definitiva debido: o a que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible; como lo indica el artículo 414 del C. P. P-, ya citado.

En los demás casos, ocurridos después de la derogatoria tácita que la ley hizo del Art. 414 del C.P.P, y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado es patrimonialmente responsable por los daños antijurídicos que le sean imputables; de manera que si un sujeto es privado de la libertad en desarrollo de una investigación penal y posteriormente liberado mediante providencia judicial en la que se resuelve desvincularlo del proceso penal, los daños que demuestre y que deriven de la detención deben serle indemnizados, toda vez que no estaba en el deber de soportarlos.

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

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

3.- RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL ESTADO POR IN DUBIO PRO REO

Con relación a la aplicación del *in dubio pro reo*, como causal de sentencia absolutoria, tenemos que el Consejo de Estado ha expresado:

“La Sala amplió la posibilidad de que se pueda declarar la responsabilidad del Estado por el hecho de la detención preventiva de ciudadanos ordenada por autoridad competente, a aquellos eventos en los cuales se causa al individuo un daño antijurídico, aunque el mismo se derive de la aplicación, dentro del proceso penal respectivo, del principio in dubio pro reo —de manera tal que no obstante haberse producido la privación de la libertad como resultado de la investigación e incluso habiendo sido proferida la medida de aseguramiento con el lleno de las exigencias legales, el imputado no llega a ser condenado—, circunstancia que hace procedente el reconocimiento de la obligación, a cargo del Estado, de indemnizar los perjuicios irrogados al particular, siempre que éste no se encuentre en el deber jurídico de soportarlos. En cualquier caso, aún en este tipo de supuestos la Sala ha dejado a salvo la posibilidad —que constituye, en realidad, una obligación— de valorar las circunstancias de cada caso concreto y evitar la formulación de enunciados categóricos o absolutos, pues las particularidades de cada evento específico pueden conducir a la conclusión de acuerdo con la cual el individuo afectado por la medida de aseguramiento sí se encuentra en el deber jurídico de soportar los perjuicios que la misma le ocasiona.” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del dos (2) de mayo de 2007; Radicación No. 73001-23-31-000-1997-15879-01(15989); Actor: Adielia Molina Torres y otros; Demandado: Nación- Rama Judicial)

Frente a este principio, que se configura en dos hipótesis, la primera cuando se presenta duda probatoria, por cuanto existen pruebas tanto a favor y en contra que no llevan a la certeza al juez o fiscal respecto de la ocurrencia del hecho o la comisión de la conducta punible por parte del sindicado creando un manto de incertidumbre que no desvirtúa la presunción de inocencia y genera una sentencia

absolutoria; la segunda se presenta cuando no existen pruebas en contra del sindicato; en estos casos no es posible exonerar al Estado de responsabilidad al no realizar o culminar las averiguaciones que habrían -probablemente conducido a la estructuración de la causal de detención preventiva o por el contrario a corroborar la inocencia del sindicato-.

Precisado lo anterior, es necesario señalar que en cualquiera de las dos hipótesis señaladas se haga el estudio bajo un régimen de carácter objetivo, pues se tornaría inequitativo, obligar a un ciudadano a soportar la vulneración de su derecho a la libertad mediante una medida de aseguramiento a fin de garantizar su comparecencia al proceso, y el Estado, ente encargado de la labor investigativa y de recaudar pruebas, después de determinado plazo no logra desvirtuar la inocencia del sindicato.

Conforme a lo anterior, si bien es cierto en algunas providencias el Honorable Consejo de Estado ha efectuado un análisis en dos sentidos frente al IN DUBIO PRO REO con FALSO INDUBIO E IN STRICTU SENSU (MENESES CUDRIZ & RAMIREZ VILLANUEVA) bajo un régimen subjetivo y objetivo dependiendo de cada caso concreto, sin embargo a nuestra consideración la teoría de responsabilidad objetiva es la que se debe aplicar en la actualidad, no solo como una manera de indemnizar a quien tiene que soportar la carga de ser privado de su libertad y luego por falta de pruebas o porque existían pruebas a favor como en contra del sindicato y es absuelto; sino también como una manera de modular el poder del Estado que encarcela para investigar, situación que ha agudizado la situación de hacinamiento en las cárceles de nuestro país, convirtiéndolo en uno de los mayores problemas sociales que afronta el derecho penal colombiano.

Lo anterior encuentra su pleno sustento en lo establecido por el la jurisprudencia nacional (CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION C Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil doce (2012) Radicado numero: 25000-23-26-000-1999-00095-01(21330)), en la cual se hace un estudio objetivo, por responsabilidad directa en la que la injusticia de la pena impuesta no depende de la ilegalidad de la providencia sino del daño antijurídico endilgado al sindicato, que se insiste no tenía el deber de soportarlo, por lo tanto no se entra analizar si la conducta del juez o fiscal fue con dolo o con culpa o si la providencia contenía un error judicial y mucho menos se distingue la clase de in dubio.

Por consiguiente, estamos de acuerdo con el precedente de la sección tercera del Consejo de Estado donde no se distingue ni clasifica el principio de in dubio pro reo,

y que cuando este se presente en un proceso penal nos encontramos frente al marco de responsabilidad objetiva, y además que en estos momentos no encuentra esta sala suficiente argumentación jurídica o jurisprudencial para desconocer el actual precedente del Consejo de Estado, y lo contrario podría llegar incluso a afectar derechos fundamentales de los demandantes y en general posibles acciones constitucionales en contra de las decisiones que desconozcan el precedente de nuestro órgano superior.

Por lo tanto, se reitera, que actualmente existe claridad y unidad en el Consejo de Estado, frente a la procedencia de la responsabilidad objetiva en materia de privación injusta de la libertad, incluso en la aplicación del principio del in dubio pro reo, y que si bien es cierto en algunas oportunidades el Consejo de Estado ha aplicado la teoría de las cargas públicas, al cual están sometidos todos los asociados del Estado y que supuestamente legitiman la ordenes de captura que posteriormente generan absoluciones, y ha dado también aplicación a la teoría del falso in dubio pro reo, para hablar de falla en el servicio, también lo es que estas posiciones son aisladas y cada vez más han sido derrotadas por sus mismos defensores en determinado momento, por consiguiente.

Así las cosas, la Constitución Política está dirigida a la protección de los derechos humanos fundamentales, la libertad, y en ese orden no puede permitir la vulneración de tal derecho, basándose en un concepto revaluado consistente en que los ciudadanos están obligados a soportar una carga pública y ser sometidos a la privación de su libertad en aras de adelantar y culminar un proceso penal, pues el solo hecho que ya medida de aseguramiento sea revocada con sentencia absolutoria cuando se configuren las causales previstas en el citado artículo 414 del C. de P.C., o incluso cuando se absuelva al detenido por in dubio pro reo, el Estado está llamando a indemnizar los perjuicios que hubiere causado por razón de la imposición de una medida de detención preventiva.

CONCLUSIONES

La posición mayoritaria, reiterada y asumida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, la extensión del radio de protección del derecho fundamental a la libertad ha supuesto la declaración de la responsabilidad del Estado por la detención preventiva de ciudadanos ordenada por autoridad competente frente a aquellos eventos en los cuales se causa al individuo un daño antijurídico aunque el mismo se derive de la aplicación, dentro del proceso penal respectivo, del principio universal in dubio pro

reo, dentro de la regla general consolidada jurisprudencialmente, la responsabilidad de la administración por la privación injusta de la libertad ha sido desarrollada de tal manera que, a menos que opere la causal de exoneración específica para estos eventos, como es la culpa exclusiva y determinante de la víctima, la protección del derecho fundamental a la libertad deberá imponerse.

Referencias Bibliograficas

Sentencia de 24 de noviembre de 1986 (Tribunal Supremo Español 24 de Noviembre de 1986).

Colombia, Sección 3ª del Consejo de Estado, MP. ALIER EDUARDO HERNANDEZ, expediente 11601 (27 de septiembre de 2000).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del dos (2) de mayo de 2007; Radicación No. 73001-23-31-000-1997-15879-01(15989); Actor: Adielia Molina Torres y otros; Demandado: Nación- Rama Judicial.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION C Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil doce (2012) Radicado numero: 25000-23-26-000-1999-00095-01(21330).

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION C Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil doce (2012) Radicado numero: 25000-23-26-000-1999-00095-01(21330) .

Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 25 de febrero de 2009, CP Mauricio Fajardo Gómez, Radicación 25508.

Gil Botero, E. (2011). *Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Temis.

González Molina, O. (s.f.). Responsabilidad del Estado. *Derecho Administrativo Universidad Central de Chile*.

Gordillo, A. (2013). *TRATADO GENERAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO*. Buenos Aires: IJSA.

Güechá Medina, C. N. (2012). La falla en el servicio: una imputación tradicional de responsabilidad del Estado. *Revista Prolegómenos - Derechos y Valores*, 96-109.

Jimenez, W. G. (2013). Origen y evolución de las teorías sobre la responsabilidad estatal. *Dialogos de saberes*, 63-78.

Margaux Guerra, Y. y. (2007). Diversas formas de la responsabilidad del estado por la actividad administrativa. *Revista universidad libre*.

MENESES CUDRIZ, C. E., & RAMIREZ VILLANUEVA, G. (s.f.). Contribución en Torno al Principio Presunción de Inocencia en el Marco del Nuevo Modelo Acusatorio de Enjuiciamiento Penal (Ley 906 de 2004). *Advocatus, Edición especial No. 15: 26 - 46, 2010*.

Nader Orfale, R. F. (2010). Evolución jurídica de la responsabilidad extracontractual del estado en Colombia. *Advocatus Universidad Libre*.

Penagos, G. (1997). *El Daño Antijurídico*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

Pogge, T. (2007). ¿Qué es la justicia global? *Revista latinoamericana de filosofía*.

Puelles Benitez, M. (2009). Globalización, Neoliberalismo y educación. *Revista de la Asociación de Inspectores de Educación de España*.

CONSEJO DE ESTADO.SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA SUBSECCION C Consejera ponente: OLGA MELIDA
VALLE DE DE LA HOZ Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil
doce (2012) Radicado numero: 25000-23-26-000-1999-00095-01(21330) .

Tawill, G. S. (s.f.). *La responsabilidad del estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por mal funcionamiento de la administración de justicia, de palma*.

Young, I. M. (s.f.). Responsabilidad y justicia global: un modelo de conexión social.