

**RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL Y PERJUICIOS A CARGO DE LA
NACIÓN POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD**

Vanessa Helo Ortiz



UNIVERSIDAD
La Gran Colombia

Vigilada MINEDUCACIÓN

Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Política y Sociales

Universidad La Gran Colombia

Bogotá D.C

2022

**Responsabilidad Extracontractual y Perjuicios a Cargo de la Nación por Privación Injusta
de la Libertad**

Vanessa Helo Ortiz

Trabajo de Grado presentado como requisito para optar por el título de Abogada

Víctor Manuel Cáceres Tovar

Director



Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales

Universidad La Gran Colombia

Bogotá D.C

2022

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN.....	6
ABSTRACT.....	7
INTRODUCCIÓN	8
OBJETIVOS.....	11
OBJETIVO GENERAL	11
OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	11
CAPÍTULO 1	12
RÉGIMEN LEGAL EN COLOMBIA POR LA INJUSTA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD.....	12
<i>1.1 Responsabilidad a cargo de la Nación por privación injusta de la libertad, una mirada histórica</i>	<i>12</i>
<i>1.2 Materialización de las privaciones injustas de la libertad.....</i>	<i>15</i>
<i>1.3 Fases hermenéuticas que ha manejado el Consejo de Estado</i>	<i>20</i>
<i>1.4 Consecuencias que genera la obligación de responder extracontractualmente por parte del Estado, en los casos injustos de la privación de la libertad.....</i>	<i>22</i>
CAPÍTULO 2	29
DIAGNÓSTICO DE LAS PRIVACIONES INJUSTAS DE LA LIBERTAD EN RELACIÓN CON LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO	29

2.1 Fuente de la Responsabilidad Extracontractual por los casos injustos de privación de la libertad.	29
CAPÍTULO 3	45
ALCANCES SOCIALES, ECONÓMICOS Y JURÍDICOS QUE SE PRESENTAN CUANDO EL ESTADO COLOMBIANO RESPONDE EN LOS ASUNTOS DE PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD	45
3.1 Alcance social.....	46
3.2 Alcance económico.....	48
3.3. Alcance Jurídico.....	50
3.4 Soluciones para este tipo de yerros judiciales	54
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	60
BIBLIOGRAFÍA.....	63

Lista de Figuras

Ilustración 1 Tasación de perjuicios morales. CE Radicación N° 68001-23-31-000-2002-02548-01(36149).....	26
Ilustración 2 Fórmula para actualizar el SMMLV según el año que corresponda- Elaboración Propia.....	27
Ilustración 3 Fórmula para Totalizar el Lucro Cesante - Elaboración propia.....	27
Ilustración 4 Modelo Indemnizatorio de la CIDH- Caso Loayza Tamayo Vs Perú	43

Resumen

En Colombia los desaciertos legales en materia de reparación directa por la injusta privación de la libertad, está generando al Estado un detrimento patrimonial por las condenas que obliga a pagar las sentencias emitidas principalmente por el Consejo de Estado, dinero que proviene del Erario. Este acontecimiento se desencadena por hechos que no cometió el imputado o porque no existió una conducta que se constituyera como un hecho punible, que suscita como consecuencia un juzgamiento erróneo.

Sobre el contexto anteriormente descrito se denotan las prácticas arbitrarias de la administración de justicia, que deja de lado el deber jurídico de investigar y destaca esa responsabilidad extracontractual del Estado. Manifestando las diversas posturas jurídicas dentro de la jurisprudencia que acoge el Consejo de Estado; de allí se subrayan los dos métodos utilizados por este organismo de cierre contencioso administrativo, el régimen de responsabilidad objetiva y el régimen de responsabilidad subjetiva.

De los dos regímenes ya mencionados se exponen tanto los límites punitivos del Estado, que en ocasiones son excedidos, como el derecho fundamental de la libertad, convirtiendo a la justicia en una noción correctiva por ese daño antijurídico que generó ese perjuicio y que debe tener una reparación directa para solicitar la indemnización de acuerdo a lo establecido en el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, pues la privación injusta de la libertad vulnera derechos fundamentales y genera estigmatización social, daños psicológicos y morales a la víctima y a sus familiares.

Palabras clave: Estado, Nación, Daño Antijurídico, Privación Injusta de la Libertad, Reparación Directa, Responsabilidad Extracontractual, Perjuicios, Víctimas.

Abstract

In Colombia, the legal errors in terms of direct reparation for the unjust deprivation of liberty are generating a patrimonial detriment to the State due to the convictions that force it to pay the sentences issued mainly by the Council of State, money that comes from the public treasury. This event is triggered by acts that the accused did not commit or because there was no conduct that constituted a punishable act, and as a consequence he is wrongly judged.

In the context described above, the arbitrary practices of the administration of justice are denoted, which leaves aside the legal duty to investigate and highlights the non-contractual responsibility of the State. Manifesting the various legal positions within the jurisprudence accepted by the Council of State; Hence, the two methods used by this contentious-administrative closure body are highlighted, the strict liability regime and the subjective liability regime.

Of the two regimes already mentioned, both the punitive limits of the State are exposed, which are sometimes exceeded, as well as the fundamental right of freedom, turning justice into a corrective notion for that unlawful damage that generated that damage and that must have a direct reparation to request compensation in accordance with the provisions of Article 90 of the Political Constitution of Colombia, since the unjust deprivation of liberty violates fundamental rights and generates social stigmatization, psychological and moral damage to the victim and their families.

Keywords: State, Nation, Unlawful Damage, Unjust Deprivation of Liberty, Direct Reparation, Extra-contractual Liability, Damages, Victims.

Introducción

La responsabilidad del Estado colombiano se ha visto comprometida en términos de responsabilidad contractual con los ciudadanos, en razón a las profundas fallas operativas de las que adolece el sistema judicial colombiano, lo que resulta particularmente grave tratándose del derecho penal, específicamente en lo relacionado con la libertad de las personas.

El trabajo que a continuación se presenta busca establecer las características de aquella responsabilidad del Estado y la forma en la que se está atendiendo a las “víctimas” del sistema judicial, que han sufrido la dilación de procesos en los que se han visto involucrados. Por otro lado, se estudiarán también, las distintas propuestas que atienden la solución a esta circunstancia.

Para constituir la responsabilidad extracontractual del Estado se precisa realizar un compendio de la jurisprudencia de las altas Cortes, que provienen del conjunto de sentencias decretadas por la Corte Constitucional y por el Consejo de Estado, desde la expedición de la Constitución Política de 1991. De modo que, los principios doctrinarios del derecho administrativo colombiano, tienen aplicación en las conductas que involucren la violación de los derechos fundamentales de las personas, y, por tanto, en materia penal, la transgresión de la normatividad también tiene implicaciones en materia administrativa, que se trasladan a los términos propios del derecho administrativo; en cuyo caso, el Estado, referenciando el patrimonio jurídico común de los asociados, ha sido dotado de mecanismos y herramientas jurídicas para su protección, como la figura de la repetición contra los responsables de los daños morales y materiales por los que resultare condenado. Este análisis también lo plantea Verónica Pastrana Santiago en su análisis del nexo causal en la responsabilidad extracontractual del Estado.

Así mismo, antes de la constitución política de 1991 de Colombia no se contemplaba ni la responsabilidad extracontractual ni tampoco la patrimonial por parte del Estado cuando debía

responder por los daños antijurídicos causados por el mismo. Aunque se debe recalcar que el precepto constitucional de 1886 ya recopilaba de manera armónica normas internacionales que abrieron paso a la estructuración legal que se tiene hoy en día.

Uno de los grandes cambios fue el surgimiento de la responsabilidad extracontractual por parte de los entes estatales de juzgamiento, debido a la vulneración del derecho a libertad, en el que un ciudadano es procesado y recluso injustamente en centro penitenciario o es condenado a prisión domiciliaria. Anteriormente la responsabilidad recaía solo sobre los particulares, y no se consideraba implícitamente imputar al Estado tal responsabilidad cuando fuera el causante.

Gracias al desarrollo de las constantes jurisprudencias del Consejo de Estado como de la Corte Suprema de Justicia y de la entrada en vigencia de la actual carta magna, el Estado colombiano logró identificar este yerro en la administración de justicia. Sin embargo, este reconocimiento por parte de sus operadores judiciales representa un impacto significativo al erario, genera un perjuicio fiscal, social y moral, puesto que las demandas interpuestas por las víctimas que padecen de este injusto son las que más le cuestan al Estado.

Es correcto interpretar que la competencia contencioso-administrativa reconoce el despliegue de una serie de actos inconstitucionales al privar injustamente de la libertad a una persona, que al final se extiende con la absolución de la persona como resultado de una duda favorable. No obstante, se debe recalcar el reconocimiento por parte del sistema judicial, en el que se encuentra la obligación de responder si se logra establecer: tanto el hecho que constituyó la transgresión al derecho de la libertad de un sujeto, como el daño antijurídico ocasionado, debido a que la declaratoria de responsabilidad no puede ser mecánica y caprichosa, es decir que debe existir un nexo causal.

Para no seguir cometiendo el mismo error nuevamente, en la Sentencia T-653/17 la Corte constitucional trabajó sobre el manejo de los principios de razonabilidad y proporcionalidad exponiendo que existen tres niveles de intensidad y que los mismos no pueden ser aplicables en todos los casos, los cuales se desarrollaran en el transcurso del proyecto.

Objetivos

Objetivo General

Determinar las consecuencias sociales, económicas y jurídicas que se presentan cuando el Estado colombiano responde patrimonialmente en los casos injustos por privación de la libertad, por medio de una revisión sistemática del conjunto de fallos y sentencias de la Corte Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, estableciendo el grado de evolución de los derechos fundamentales frente a la aplicación de la normatividad del Derecho Penal, con el propósito de contribuir al análisis sobre la correcta administración de la justicia con observancia de los propósitos del Estado Social de Derecho que consagra la Constitución Política de Colombia de 1991.

Objetivos Específicos

- 1- Comprender el desarrollo normativo y jurisprudencial esencial sobre los regímenes de responsabilidad extracontractual a cargo de la Nación.
- 2- Identificar los componentes del daño antijurídico y el nexo de causalidad que configuran la injusta privación de la libertad y por ende el reconocimiento de una indemnización.
- 3- Definir el daño fiscal que causa el pago de las indemnizaciones por la injusta privación de la libertad cuando Colombia debe reconocer los daños patrimoniales.
- 4- Establecer los efectos negativos respecto a la credibilidad y confianza en el sistema judicial colombiano cuando se presentan casos de privación injusta de la libertad.

Capítulo 1

Régimen Legal en Colombia por la Injusta Privación de la Libertad

En el desarrollo de este primer capítulo el lector encontrará la transformación que ha sufrido el sistema jurídico en materia constitucional, contencioso administrativo y penal en los procesos por privación injusta de la libertad; también encontrará los tipos de regímenes que abarcan el tema en mención, las diferentes corrientes jurisprudenciales que se han manejado a través de los años, junto con las consecuencias que se generan.

1.1 Responsabilidad a cargo de la Nación por privación injusta de la libertad, una mirada histórica

En los asuntos constitucionales, penales y contenciosos administrativos la injusta privación de la libertad se ha convertido en una de las cuestiones de gran controversia, debido a que las detenciones masivas y arbitrarias generadas por agentes del Estado sobrepasan los límites del poder, ocasionados no solo por una errónea interpretación de las normas penales sino también por la vulneración al debido proceso; errores que se cometen al momento de proceder con la investigación del sujeto y con su posterior juzgamiento.

El desarrollo de estas situaciones involucra privar a un ciudadano de su derecho fundamental y humano a la libertad, causando un daño que el particular no está en el deber de soportar y que conlleva a obtener la indemnización que permita reparar los perjuicios ocasionados.

Históricamente, en los casos injustos por privación de la libertad se empezó establecer la responsabilidad por parte del Estado a mediados del siglo XIX, pues antes con la Constitución Política de Colombia de 1886, se entendía que el Estado no estaba obligado a responder por los daños promovidos por el mismo.

Aclarado lo anterior, el recorrido histórico comienza por la evolución dogmática que ha aceptado el Estado Colombiano a partir del artículo 90 y 93 de la Carta Magna de 1991, en el que se establece la responsabilidad y los daños antijurídicos causados por el Estado junto con el resarcimiento patrimonial. Aquel reconocimiento, responde a los tratados y convenios internacionales suscritos por Colombia, también llamado bloque de constitucionalidad, que permite la protección de los derechos humanos, siendo el derecho a la libertad y el debido proceso inherentes al ser humano. Entonces, el bloque de constitucionalidad proporciona el respaldo que muchas veces el ordenamiento interno no posee o no en su totalidad.

Un hecho no menos importante y que antecedió a la Constitución Política Nacional del 1991, fue la separación de los poderes públicos, concepto que fue desarrollado por el filósofo Montesquieu. En contexto la división de la rama ejecutiva, legislativa y judicial permitió en cierta medida la autonomía de decisión como también las responsabilidades, deberes y consecuencias que traía consigo. (García, 2016)

Ahora bien, uno de los primeros textos normativos internacionales ratificados por Colombia relacionados con derechos humanos, fue el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos adoptado como la Ley 794-1968 que determina expresamente en los artículos 9, 10, 14, 15, 16 y 17 las garantías judiciales que existen ante los casos injustos de la privación de la libertad por parte del Estado como, el derecho a la reparación, a no ser sometidos a conductas arbitrarias y a un juicio justo, entre otros.

Subsecuentemente al Pacto mencionado, se ratificó la Ley 16 de 1972 también llamada como la Convención Americana sobre Derechos Humanos o "Pacto de San José de Costa Rica", que entró en vigor el 30 de diciembre de 1972. En la que, se encuentran las garantías de los ciudadanos que manifiestan la vulneración del derecho a la libertad por parte de los operadores judiciales, razonamiento que se dispone en los artículos 5, 7, 8, 9, 10 y 11.

Luego del breve recorrido acerca de la constitucionalización del derecho a la libertad y las garantías judiciales que conlleva, a continuación, se enuncia resumidamente la evolución de los textos nacionales que fueron desarrollando la figura jurídica de la responsabilidad a cargo de la Nación en los casos injustos de privación de la libertad. En primer momento, la Ley 33 de 1909 conocido como el Estatuto Procesal Penal, en su artículo 4 presenta como el legislador instauró la responsabilidad exclusiva de los operadores judiciales en los casos que se demostrara la privación injusta de la libertad.

Otro articulado nacional que formalizó la responsabilidad de los jueces o magistrados en los eventuales supuestos de hecho que resultan de una condena en centro penitenciario de manera indebida, fue la Ley 94 de 1938, también llamado como el Código de Procedimiento Penal. Sin embargo, es necesario subrayar que aquella responsabilidad recaía de manera particular sobre los funcionarios judiciales y no sobre el Estado.

Es entonces, que el presidente Misael Pastrana Borrero en ejercicio de sus facultades extraordinarias que le otorgó el Congreso, expidió el Decreto Ley 522 de 1971 que derogó el decreto Ley 1355 de 1970 (actualmente es la Ley 1801 de 2016); el cual ya enunciaba la responsabilidad del Estado por fallas en el servicio judicial, concretamente la interpretación del artículo 103 anticipaba la capacidad de reconocer la desacertada decisión del juzgador y su respectiva indemnización.

Lo anterior encuentra lógica en que los agentes administrativos en el ejercicio propio de sus funciones, cuando emitían la decisión de privar de la libertad a un sujeto, se encontraban subyugados por lo dispuesto en la acción jurisdiccional policial, dando lugar no solo al reconocimiento de la falla en el servicio por parte del Estado, sino también al derecho a la compensación patrimonial.

Por último, el Decreto 01 de 1984 que fue derogado por la Ley 1437 de 2011, en los artículos 77 y 78 aterrizaron la responsabilidad del Estado por acción u omisión a cargo de sus operarios, evento que se traduce como una figura solidaria, por cuanto existe responsabilidad por parte de los agentes judiciales que representan El Estado en su jurisdicción. (Orejuela, 2017)

1.2 Materialización de las privaciones injustas de la libertad

Como se expuso anteriormente, en el derecho positivo colombiano no existía norma precisa ni palpable que determinara la responsabilidad del Estado, fue gracias a la división de poderes públicos, a la inserción del bloque de constitucionalidad y al constante estudio de jurisprudencia de las altas Cortes, que se encontró la obligación a cargo de la Nación de responder en los casos que se viera involucrada.

Continuando con el esquema normativo de la injusta privación de la libertad y su consecuente responsabilidad frente a los ciudadanos, la ley 270 de 1996 enuncia en el artículo 68 que, aquella persona que haya sido injustamente privado de la libertad conseguirá demandar a la Nación, pretendiendo la compensación de perjuicios. Con la materialización de la carta magna de 1991 el conjunto de fallos y decisiones, sufrieron una evolución favorable, ya que en su artículo 90 la responsabilidad del Estado se convierte en norma de categoría superior, que emana de los

daños antijurídicos que le sean atribuibles al Estado ya sea por acción u omisión de las autoridades públicas.

Con fundamento en este postulado, para que nazca la obligación de reparación y/o indemnización se debe configurar: la ocurrencia de un daño contrario a la ley y que sea adjudicable a la operación legal o negligencia de un ente estatal y además, que exista una correlación de causalidad entre el perjuicio y la acción u omisión de la institución pública; de esta forma se extiende la aparición de la responsabilidad, por cuanto resalta la premisa elemental de la insuficiencia en el servicio, para incorporarse en la condición del daño antijurídico concebido como el daño económico o extrapatrimonial que procede de manera lícita o ilícita ante el individuo, quien no está en la imposición jurídica de soportarlo.(CE SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO 19001-23-31-000-1998-03400-01(20097), 2011)

Por otro lado, el error jurídico y el deficiente ejercicio de la administración de justicia se encuentra envuelta sobre el funcionario. Es decir, en el primer caso el error jurídico se entiende como la falla en que incurre el funcionario investido de facultad jurisdiccional y, en el segundo caso es el incorrecto funcionamiento de la administración de justicia, en el cual la responsabilidad recae también en aquel agente judicial. En los dos casos, la obligación de responder sobreviene en el funcionario, en otras palabras, es de carácter subjetiva.

Pero en la injusta privación de la libertad de conformidad con la ley, se debe hacer hincapié en que el título de imputación corresponde al carácter objetivo, por cuanto la norma es la que indica los supuestos o lineamientos a seguir para interponer la demanda contra el Estado, de este aspecto se hablara a continuación, sobre los tipos de responsabilidad y de imputación al Estado.

1.2.1 Responsabilidad Subjetiva

Para empezar, se aclara que el régimen de responsabilidad estatal se presenta por aquellas labores ejercidas por las ramas del poder público que pueden provocar un perjuicio a la población colombiana, ya sea por acción u omisión. Por lo tanto, se crea un sistema dotado de normas, que determina la responsabilidad extracontractual del Estado.

En este aparte se presentarán las características del régimen de responsabilidad subjetiva; que muestra claramente el error judicial de la administración como el fundamento definitivo para activar el aparato judicial, y llegar a una resolución de conflicto, a través del método de reparación directa, en el que se busca resarcir los daños ocasionados a la víctima y se confiere una indemnización por daños y perjuicios producidos. En otras palabras, si no se prueba la falla de la administración, no hay lugar a que se declare la responsabilidad subjetiva del Estado; en consecuencia, no procede la obligación de responder ni tampoco el derecho a exigir la indemnización correspondiente.

En este régimen de responsabilidad se sitúa el proceso de atribución de la falla en el servicio probada, debido a que el sujeto perjudicado debía manifestar que preexistió una falla, error o insuficiencia del servicio, y al mismo tiempo debía demostrar el perjuicio ocasionado junto con el nexo de causalidad, para que naciera la responsabilidad a cargo de la Nación e indemnizar el daño. Es decir, que aquí la víctima necesitaba demostrar el elemento culposos y que se adquiriera el título de imputación, a fin de adjudicar la obligación resarcitoria a cargo de la Nación.

El Consejo de Estado en 2011 se pronunció en una acción de reparación directa interpuesta por un ciudadano contra una entidad de salud por una presunta falla en el servicio por parte del médico de turno; en el que este organismo de cierre de lo contencioso

administrativo referenció los diferentes títulos de imputación que ha producido la jurisprudencia en el transcurso de ese tiempo, en que describe los elementos que señalan la responsabilidad extracontractual al Estado; *“en cuanto a la imputación se exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico”* (CE SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO 63001-23-31-000-1998-00812-01(20144), 2011)

En el régimen de falla en el servicio la conducta del Estado es el factor que determina si el mismo es o no responsable, en caso de ser afirmativo debe mediar la culpa en la función estatal; es decir, cuando este sea a través de un comportamiento imprudente, irregular, negligente, entre otros.

En conclusión, la responsabilidad subjetiva o falla en el servicio proviene de la acción u omisión del operador judicial, ya sea por excederse en sus funciones o por no cumplirlas adecuadamente. Reiterando que el afectado es quien debía comprobar que, acaeció tal falla, el daño irremediable y el nexo de causalidad que las vinculan, con la finalidad de que prosperaran las pretensiones y la obligación por parte del Estado; de lo contrario no había lugar a que se generará el derecho a ser indemnizado.

1.2.2 Responsabilidad Objetiva o Responsabilidad sin falta

Contraria a la Responsabilidad subjetiva aquí la conducta del Estado no es determinante para comprobar si el mismo se ve en la obligación de responder o no, debido a que el papel que desenvuelve el Estado no es factor de estudio dentro de este régimen. Sin embargo, para que la Nación responda se debe determinar el daño causado y la

antijuridicidad producida, es decir, no se requiere que la actuación se configure como omisiva, tardía o irregular.

La Sentencia de la Corte de lo Contencioso Administrativo con fecha del veintiséis (26) de mayo (05) del año dos mil once (2011) radicado N° (20097) aplica este régimen de responsabilidad, en el que realiza e instaura un estudio de dos elementos para que endilgue plena responsabilidad al Estado en los asuntos de privación de la libertad injustamente, que son: el hecho y que subsista por un daño contrario a derecho, que el mismo daño, además de ser conocido como el daño antijurídico, pueda ser atribuible a la institución pública. A continuación, se explican aquellos elementos:

1.2.2.1.1 Hecho: conducta u omisión.

1.2.2.2 Daño antijurídico: el cual es imputable por daño especial, privación de la libertad injustamente, expropiación y ocupación de inmuebles en caso de guerra, riesgo excepcional.

1.2.2.2.1 Daño especial: el contenido recae sobre la entidad pública demandada y, se presenta cuando el Estado en el ejercicio de sus funciones provoca con su actuación u omisión perjuicios materiales o inmateriales al imputar cargos a los acusados. Aquí se busca restablecer las cargas soportadas por la víctimas a través de la indemnización de perjuicios.

1.2.2.2.2 Riesgo excepcional: procede cuando el Estado en el desarrollo de sus funciones realiza actividades que originan escenarios de riesgo excepcional a sus ciudadanos, riesgo al que, por supuesto ningún ciudadano debería estar expuesto, eso si hubiera una óptima realización de justicia.

Entonces, el lector se debe preguntar ¿Cuál es la diferencia entre el daño antijurídico por daño especial y el excepcional? Pues bien, en el daño especial se provee la observancia de una obligación legal, utilizada debido al quebrantamiento del principio de igualdad entre los administrados y la administración pública. Quiere decir, que recae sobre la actividad lícita ejecutada por los operarios judiciales.

Mientras que, en el riesgo excepcional la acción u omisión de la administración estatal es la que provee las condiciones de conflicto al sujeto, sin tener que soportarla. De manera que, la responsabilidad reside en el hecho de que el daño doblegado por el ente estatal proviene del desarrollo de sus actividades, efecto que sin lugar a duda es producto atribuible a la administración. (CE Sala Contenciosa Administrativa, No. 73001-23-31-000-1995-02951-01(14220), 2003)

En resumen, en este sistema de responsabilidad se recalca la formalización del artículo 90 de la Constitución Política de Colombia de 1991, porque la obligación de responder de manera objetiva es producto de la incorrecta intervención del Estado desde su aparato judicial en el que, las funciones y deberes del mandato judicial, ocasionan un daño a un individuo que no tiene la obligación de soportarlo, quien en este caso debe entrar a demostrar la existencia del daño y que este se derive de la indebida actuación del Estado. Por lo tanto, el Estado como garante de los derechos, deberes y principios del que gozan todos los ciudadanos debe responder.

1.3 Fases hermenéuticas que ha manejado el Consejo de Estado

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha sido ilustrativa en materia jurisprudencial por privación injusta de la libertad. Considerando que ha manejado durante más de 40 décadas lo concerniente a la reparación directa, siendo la generadora de perjuicios y causal de demandas administrativas.

Inicia con una fase delimitada de condición subjetiva, en la que distingue la obligación estatal de responder por los daños y perjuicios ocasionados, cuando despojan a un ciudadano de su libertad injustamente, conocido también como la falla del servicio judicial.

La siguiente fase en el trayecto jurisprudencial es de tipo objetiva y tiene origen en el artículo 414 del derogado Decreto 2700 de 1991, actualmente la Ley 600 de 2000. De acuerdo con el artículo en mención, el sujeto que hubiere sido privado injustamente de su libertad tenía derecho a exigir la indemnización a cargo de la Nación, siempre que lograra demostrar que no realizó el hecho y que, al no cometerlo, no existió tal delito; por consiguiente, se resuelve con la absolución del sindicado quien pasa a ser víctima del Estado. En otras palabras, la carga probatoria la tenía el sujeto pasivo quien debía demostrar el yerro judicial sobre el injusto cometido por el operador judicial.

Otra fase que es de carácter constitucional es, el principio *in dubio pro-reo* empleado en materia penal para los casos que se han presentado por agentes judiciales del Estado, que fallan erróneamente y privan de la libertad de manera injusta a un individuo. En este caso la decisión debe estar conforme a la armonización del artículo 29 de la Carta Magna, puesto que al unir este supuesto de hecho injusto con el principio y el artículo en mención es evidente que, por un lado, hubo una vulneración al debido proceso y por el otro lado, en caso de duda se debe favorecer al imputado o acusado promoviendo la presunción de inocencia que no fue tomada en cuenta en todo el proceso, lo que da lugar a la indemnización patrimonial.

Si bien es cierto, la libertad está categorizado como uno de los derechos de esencial protección en el Estado Social de Derecho y reconocido como derecho humano a nivel internacional, el derecho a la libertad se encuentra elevado a rango constitucional. Por ende, el ciudadano no tiene la obligación de soportar la carga jurídica de ser privado injustamente de su

libertad y la administración judicial tiene el deber legal de investigar, y si no debe entrar a responder.

Es acertado reiterar que la pena compensatoria, resultado del dictamen condenatorio por responsabilidad frente a la injusta privación de la libertad de una persona, busca que no se deslegitime ni el proceder del funcionario judicial, ni los procesos judiciales; sino que busca a partir de la configuración de un perjuicio y del restablecimiento del derecho, brindar seguridad jurídica. Generalmente el régimen más usado es el objetivo, por lo que no se requiere determinar si hubo falla en la prestación del servicio.

La reparación por la vulneración de los derechos humanos y fundamentales, sobre todo el de la libertad, se ha visto en vuelto en múltiples conflictos. Aquellas personas que han sido víctimas del hecho en referencia son vinculadas por medio de una investigación criminal, que termina con la exoneración del proceso penal. Lo que indica nada más, que el reconocimiento de este yerro judicial vislumbra futuras sentencias hito, ampliando los enfoques judiciales y normativos, enriqueciendo los procedimientos en los casos en que se demande al Estado.

1.4 Consecuencias que genera la obligación de responder extracontractualmente por parte del Estado, en los casos injustos de la privación de la libertad

En el campo legal administrativo nacional, la privación injusta de la libertad es una figura jurídica que se reforzó con la expedición de la Constitución de 1991. Sin embargo, gracias a los diferentes estudios de derecho comparado que se han realizado jurisprudencialmente en los últimos 30 años, dentro de la legislación colombiana se ha comprendido la noción de la privación injusta de la libertad como carácter compensatorio a cargo del ente estatal responsable, frente al sujeto procesal al que se le causó un daño antijurídico; entendiéndose entonces, en las nuevas

legislaciones no sólo como una responsabilidad extracontractual sino también como una modalidad de responsabilidad estatal.

Actualmente, aquel asentimiento positivo en la Constitución sobre los casos particulares que se refieren a la responsabilidad a cargo de la Nación por el perjuicio antijurídico causado es producto de la acción u omisión de los operadores judiciales y de las autoridades públicas, por lo que se vuelve obligatorio la indemnización por privación injusta de la libertad, ya sea exigida por la víctima o de oficio. Entonces, para que la reparación se materialice se vuelve necesario tener uno de los fundamentos válidos que demuestren el funcionamiento defectuoso del Estado, los cuales han sido desarrollados en los subcapítulos 1.2.1 y 1.2.2 del presente proyecto de grado, es decir, la responsabilidad subjetiva (falla del servicio presunta) y responsabilidad objetiva (falla de servicio probada).

El Consejo de Estado ha caído en el mismo error durante varios años, dado que en los casos de privación injusta de la libertad sigue confundiendo el funcionamiento defectuoso de la administración de justicia y el error judicial. Así las cosas, es evidente que no ha existido una efectiva inversión estatal en cuanto a la capacitación y al control de conocimientos idóneos de los operadores judiciales

Se vuelve imprescindible que los operadores de la administración de justicia a través de las sentencias y armónicamente con las numerosas normatividades penales y constitucionales, concreten la insuficiencia y vacíos de las regulaciones legales, en la toma de decisiones en materia de reparación directa y, así cumplir con la efectiva aplicación del artículo 29 y 90 de la carta magna.

Una de las consecuencias que cobra relevancia no solo es el detrimento fiscal sino también, la tasación y las clases de perjuicios, que se generan con ocasión de la obligación estatal de

responder extracontractualmente por los casos injustos de la privación de la libertad, costando elevadas sumas adjudicadas al Estado.

Se debe tener como principio el daño antijurídico causado y la obligación estatal de responder. Generalmente, para que se reconozca el resarcimiento de los perjuicios es necesario que concurren los siguientes factores: que el hecho injusto haya sido realizado contrario a la ley, que exista una clara lesión a un derecho o bien jurídicamente tutelado por el ordenamiento; y que sea innegable, es decir, que se pueda estimar patrimonial y jurídicamente.

Ahora bien, para entender a fondo como se generan este tipo de reparaciones directas, se expondrán las clasificaciones de los perjuicios tasables que existen en Colombia entendidas como, la retribución económica por la acción u omisión a cargo de la Nación. Así las cosas, existen dos tipos de perjuicios: el inmaterial que es el daño moral producido por el daño a la dignidad o buen nombre de una persona y, el perjuicio material, que se refiere a la afectación de los bienes o ingresos dejados de percibir con ocasión de la conducta cometida por el agente judicial.

El Consejo de Estado por medio de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014-Expediente N° 32988 con ponencia del Magistrado Ramiro de Jesús Pazos Guerrero, desarrolló los perjuicios bajo su jurisdicción de la siguiente manera:

1.4.1 Perjuicios patrimoniales también conocidos como perjuicios materiales, están compuestos por el daño emergente y el lucro cesante.

1.4.2 Perjuicios no patrimoniales o inmateriales, conocidos también como el *pretium doloris* que se traduce como el perjuicio moral. Es aquel deterioro o daño causado a la salud del demandante; puede ser física, psicológicamente, como a cualquier otro bien que tenga protección legal o de rango constitucional.

La acción compensatoria por los perjuicios materiales generados, son los que se pueden valorar por la afectación económica de las personas privadas de su libertad injustamente. Dentro de este rubro para que sea reconocido el daño emergente se debe verificar el desembolso que ha realizado la víctima en el caso de este injusto, por ejemplo, las costas en honorarios del abogado defensor, los gastos de transporte de la familia por visitas, tratamientos psicológicos por el daño generado, entre otros.

En el caso del lucro cesante se presenta cuando la víctima deja de percibir sus ingresos debido a la detención o privación arbitraria de la libertad, es entonces que en la liquidación se asumirá como punto de base el salario o los ingresos que percibía la víctima al instante que fue recluido en centro penitenciario. Caso contrario en la indemnización de perjuicios inmateriales, ya que aquí se procura tasar el daño moral, fisiológico, a la salud, el perjuicio a la dignidad, a la vida, y la transformación de las situaciones de subsistencia, es decir los daños que no tienen carácter pecuniario.

Luego de la breve descripción de los tipos de perjuicios y su respectiva tasación en reparación directa, se formula el costo de cada una de estas indemnizaciones, es decir, lo que cuesta llevar este tipo de procesos al Estado y cuantas aproximadamente hay en curso. Pues bien, las cifras transmitidas por la Agencia para la Defensa Jurídica en marzo del dos mil dieciocho, el Estado tenía reunidas 15.943 demandas que exigían una indemnización por privación injusta de la libertad en donde las pretensiones de los demandantes ascendían a 21,9 billones de pesos.

Por último, en la sentencia de la Sala Plena de la sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo veintiocho (28) de agosto (08) de dos mil trece (2013), radicación N° 25002, junto con los avances jurisprudenciales de la sección Tercera, incorporaron una cuantificación de base en las decisiones del juez en el caso de estos injustos, así:

Primer paso:

	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
Reglas para liquidar el perjuicio moral derivado de la privación injusta de la libertad	Víctima directa, cónyuge o compañero (a) permanente y parientes en el 1° de consanguinidad	Parientes en el 2° de consanguinidad	Parientes en el 3° de consanguinidad	Parientes en el 4° de consanguinidad y afines hasta el 2°	Terceros damnificados
Término de privación injusta en meses		50% del Porcentaje de la Víctima directa	35% del Porcentaje de la Víctima directa	25% del Porcentaje de la Víctima directa	15% del Porcentaje de la Víctima directa
	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV
Superior a 18 meses	100	50	35	25	15
Superior a 12 e inferior a 18	90	45	31,5	22,5	13,5
Superior a 9 e inferior a 12	80	40	28	20	12
Superior a 6 e inferior a 9	70	35	24,5	17,5	10,5
Superior a 3 e inferior a 6	50	25	17,5	12,5	7,5
Superior a 1 e inferior a 3	35	17,5	12,25	8,75	5,25
Igual e inferior a 1	15	7,5	5,25	3,75	2,25

Ilustración 1 Tasación de perjuicios morales. CE Radicación N° 68001-23-31-000-2002-02548-01(36149)

Se debe verificar el cuadro en referencia para comenzar a realizar los cálculos actuariales respectivos. Aunado a ello, la sentencia 02679 del CE con fecha del 13 de noviembre de 2018, estableció una fórmula para tasar los perjuicios materiales. A continuación, se enuncia el desarrollo del cálculo:

Segundo paso:

Luego de que se determina la regla general para liquidar el perjuicio moral, se procede a calcular los perjuicios materiales, es decir el lucro cesante con la fórmula del siguiente paso.

Tercer paso:

(RA) renta actualizada (IF) Índice Final (II) Índice Inicial (VH) Valor Histórico

$$RA = VH \times \frac{IF}{II}$$

Ilustración 2 Fórmula para actualizar el SMMLV según el año que corresponda- Elaboración Propia

Nota 1: Si la víctima no tenía un sueldo definido (tal vez por trabajar de manera informal) se debe tomar el S. M. L. V del año en que fue despojado de su libertad, sumarle el 25% por concepto de prestaciones sociales, más el lapso que estuvo privado de la libertad, según la ilustración N° 1.

Cuarto paso:

(LCC) Lucro Cesante Consolidado (i) Interés

(n) tiempo en meses transcurridos entre fecha del daño y la sentencia

$$LCC = RA \times \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$

Ilustración 3 Fórmula para Totalizar el Lucro Cesante - Elaboración propia

Nota 2: En el cálculo de las liquidaciones el interés aplicable siempre es el 6% anual, interés que está señalado conforme al artículo 1.617 del Código Civil Colombiano. No obstante, debe existir una equivalencia entre el tiempo y la tasa. En ese sentido, la aplicación del tercer paso de la fórmula, el tiempo y el interés estarán expresados en meses, en donde este último equivale al 0,04867%.

De igual forma, la subsección tercera del Consejo de Estado ha señalado que, cuando un ciudadano es despojado de su libertad y cumple su pena en centro domiciliario, el monto indemnizatorio deberá ser reducido en un 30%.

Capítulo 2

Diagnóstico de las privaciones injustas de la libertad en relación con la responsabilidad extracontractual del Estado

Durante este segundo capítulo se abordarán temas como: los casos en que procede o no la obligación de responder extracontractualmente por parte del Estado en los casos injustos de la privación de la libertad, un análisis acerca del tratamiento que la administración judicial esta proporcionando en los casos injustos por la privación de la libertad, y un breve recorrido de derecho comparado.

2.1 Fuente de la Responsabilidad Extracontractual por los casos injustos de privación de la libertad.

2.1.1 Normatividad Vigente

La obligación del Estado por responder en los sucesos ilícitos que terminan con la injusta privación de la libertad de un ciudadano, encuentra sustento constitucional en los artículos 6, 12, 21, 28, 29 y 90, en ellos se consagra que sean atribuibles a los entes públicos, en el que debe responder por las intervenciones, desatenciones del servicio y por los abusos de autoridad; el derecho de no tener que soportar tratos y penas que excedan lo dispuesto por la ley, el derecho a que se respete el buen nombre, el derecho a la libertad, el derecho a un debido proceso y a la presunción de inocencia, y al derecho de ser reparado por parte del Estado.

En ese orden de ideas, el artículo 93 permite que a través del bloque de constitucionalidad se armonicen convenios y tratados internacionales que protejan el derecho humano a la libertad, a ser indemnizado cuando el Estado es directamente responsable y al debido proceso. Tal y como se mencionó en el subcapítulo *1.1 Responsabilidad a cargo de la Nación por privación injusta de la libertad, una mirada histórica*

Entonces, el Estado colombiano al estar vinculado con organizaciones internacionales debe someterse al pleno cumplimiento de los derechos humanos y en caso de que estos sean vulnerados, se encuentra obligado a garantizar la respectiva reparación y la no repetición, sin dejar de lado que Colombia como Estado Social de Derecho está en la responsabilidad de hacer cumplir su legislación interna.

Por otro lado, en materia penal la fundamentación normativa se encuentra la ley 906 de 2004- Código de Procedimiento Penal, específicamente en el artículo 2, 7, 117, 111, 138, 139, 372, 381, 474 y ss. En materia administrativa la Ley 1437 de 2011 también conocido como el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, encuentra sustento legal en los artículos 3, 86, 104, 138, 140, 142, 145, 152, 155, 156, 257, entre otros.

Por último y no menos importante, se tiene la Ley 270 de 1996 que en su artículo 68 también manifiesta de manera concreta el derecho que tiene el afectado de demandar por privación injusta de la libertad, complementando lo dispuesto por el artículo 67 y 69.

2.1.2 Procedencia

Los ciudadanos que son vinculados a procesos penales y que no están en la obligación de tener que soportar la condena impuesta por el juzgador, siendo este último quien incurre en la transgresión de los derechos jurídicamente tutelados que han sido reiterados en el transcurso del actual proyecto. Evidencia que, este tipo de procesos involucran tiempo, daño emocional tanto para la víctima como para sus familiares y una importante alteración irremediable sobre sus propósitos de vida.

El poder judicial está al servicio de los ciudadanos y debe garantizar que se cumpla lo dispuesto por la ley; en los casos en que sea este mismo quien incurra en faltas legales, está en el deber de reparar a aquellas personas a quienes les causare el daño. Por lo tanto, con los acontecimientos que han marcado la evolución normativa, jurisprudencial y doctrinaria, hoy en día es posible que estas personas obtengan una reparación patrimonial por parte del Estado.

Para entender los casos en que opera o no la responsabilidad extracontractual del Estado en los casos injustos por privación de la libertad, a continuación se presenta grosso modo la justificación de aplicar la privación de la libertad como medida de aseguramiento, los tipos de medidas que existen en Colombia y un breve acercamiento del procedimiento que se realiza para enjuiciar a una persona e interrumpir el goce del derecho a la libertad de conformidad a lo dispuesto por la ley y el derecho. Lo anterior, con el objetivo de entender cómo opera la actividad judicial penal en Colombia:

2.1.2.1 Medida de aseguramiento:

Es aquella captura que solicita la fiscalía general de la Nación en contra de un sujeto de derecho que está siendo investigado por cometer un delito, porque se infiere que aquella persona representa un peligro para la presunta víctima o sociedad; adicional asegura que el procesado comparezca a todas las actuaciones requeridas, que este no dilate el proceso y que no cause la prescripción de términos.

2.1.2.2 Tipos de medidas de aseguramiento

En Colombia de conformidad con el artículo 307 y 315 (modificado por el artículo 28 de la Ley 1142 de 2007) existen dos tipos de medidas de aseguramiento, las privativas de la libertad y las no privativas de la libertad.

Las primeras se cumplen en centro penitenciario o en centro domiciliario, mientras que las segundas son menos restrictivas. Sin embargo, hay una excepción de restricción general, y es que no puede haber autorización para salir del país mientras esté vigente el proceso.

2.1.2.3 Proceso de captura

Lo primero que se requiere para detener a una persona como medida de seguridad, es que el Fiscal encargado adelante la investigación en contra del individuo, solicite una orden escrita del juez de control de garantías en la audiencia denominada “orden de captura”, allí el Fiscal deberá sustentar los motivos de su petición y demás requisitos exigidos por el artículo 298 de la Ley 906 de 2004 (modificado por el artículo 56 de la Ley 1453 de 2011).

Con base en lo dispuesto por el artículo 297 y ss del Código de Procedimiento Penal y sus modificaciones por la Ley 1142 de 2007 y por la Ley 1453 de 2011, el siguiente paso es determinar, si el juez de garantías encuentra motivo razonable, proferirá la sentencia condenatoria, otorgándole al Fiscal el derecho de disponer de los mecanismos judiciales y policiales para proceder con la respectiva orden de captura y realizar la aprehensión física del individuo investigado.

Por último, el Fiscal debe colocar al indiciado a disposición del juez de control de garantías, para verificar que la captura haya sido realizada de manera legal y que se surta la diligencia preliminar en el que se señalaran los elementos materiales y probatorios que justificaron la aprehensión del individuo. Aquí se debe demostrar que la medida de aseguramiento es ineludible, siendo esta proporcional a su efecto-consecuencia.

Luego de esta explicación se comienza a desarrollar cómo procede la responsabilidad extracontractual del Estado por la privación injusta de la libertad.

El individuo básicamente pasa por tres etapas durante el proceso, la primera en la que se despliega la investigación, aprehensión en su contra y el sujeto recibe el nombre de indiciado; la segunda etapa que es la de imputación de cargos en la que se señala de manera provisional la perpetración de un delito, aquí como su nombre lo dice el sujeto recibe el nombre de imputado y; la última etapa que es la de condena, en la que se solicita la imputación formal de cargos por un hecho delictuoso, en donde el sujeto recibe el nombre de acusado.

Si después de este proceso penal el acusado demuestra su inocencia, el juez de conocimiento deberá dictar sentencia a favor del individuo, absolviéndolo de los cargos acusados,

recuperando así su libertad. Sin embargo, la vida de esta persona que desde el principio fue inocente, no vuelve a ser la misma, sus ejes personales, mentales, físicos, profesionales, laborales, sociales y familiares se ven completamente afectados; convirtiéndose en víctima del Estado.

De conformidad con el artículo 164 literal i) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la víctima tiene dos años para presentar la demanda a través del medio de control de reparación directa, los cuales empiezan a correr términos a partir del siguiente día al suceso de la acción u omisión que le ocasiono el daño; para el caso en concreto a partir del día que fue dejado en libertad, por medio de la sentencia absolutoria.

Es poco usual que la víctima tenga ánimo conciliatorio, no obstante, el artículo 161 numeral 1 del Código de Procedimiento administrativo exige como requisito previo y de procedibilidad la conciliación extrajudicial. Aquel requisito se adelanta ante la Procuraduría General de la Nación en el centro de conciliación administrativa. Y, en los casos en que no se logre conciliar se dará por fracasada y la victima pasa a demandar ante los jueces administrativos, es necesario aclarar que este requisito de procedibilidad también se puede agotar durante la audiencia inicial.

2.1.3 Improcedencia

Así como existen casos en que procede la responsabilidad extracontractual del Estado, expuesta en el subcapítulo anterior; también existen casos en que se presenta la improcedencia. Tema que será desarrollado en el presente subcapítulo junto con, un recuento del caso en el que el Consejo de Estado como máxima autoridad de lo Contencioso administrativo, es demandado por la vulneración al derecho de presunción de inocencia y, es analizada la improcedencia de la responsabilidad objeto de estudio.

La legislación estatutaria que se encarga de administrar justicia (Ley 270 de 1996), fue creada con el objetivo de resolver los conflictos que se puedan presentar entre los ciudadanos con

otros ciudadanos, o con ciudadanos y entidades. Sobre este último comenzará a versar el argumento normativo, del porqué en algunos casos no debe responder el Estado extracontractualmente por privación injusta de la libertad.

El artículo 70 de la Ley Estatutaria en mención, proporciona una figura jurídica denominada la “*culpa exclusiva de la víctima*” y como su nombre lo refiere, si la culpa recae completamente en la víctima, es motivo suficiente como eximente de responsabilidad para el Estado. Debido a que, el proceder de la víctima dentro de alguna de sus actuaciones fue equívoca y condujo a una interpretación errónea, comprobando su propio daño.

Así como la responsabilidad objetiva por parte del Estado maneja el deber de responder ya sea por acción o por omisión, la misma es aplicable a la víctima en el caso que se llegue a demostrar que, quien produjo el perjuicio fue ella misma y no el Estado. Por ende, deberá asumir las consecuencias que resulten probadas en la sentencia final.

Para que se determine de manera objetiva el elemento de culpa es necesario que, concurra el hecho antijurídico, y la posterior investigación que de aquella culpa surja por la conducta de la víctima, o por las erróneas declaraciones que de la misma se despliegue. Entonces, si la culpa es exclusivamente de la víctima y se logra demostrar firmemente, se configurará como eximente de responsabilidad por parte del agente estatal y, por supuesto no habría lugar a recibir indemnización.

2.1.4 Análisis acerca del tratamiento procesal que la administración judicial esta proporcionando en la privación injusta de la libertad

Para el desarrollo de este subcapítulo y siguiendo con la línea anterior, se plantea por medio de un breve recuento jurisprudencial reciente, como el Consejo de Estado como máxima autoridad

de lo Contencioso Administrativo está resolviendo los casos injustos por la privación de la libertad. Todo ello, con el objetivo de que el lector de cuenta del tratamiento que está proporcionando la administración judicial.

2.1.4.1 Recuento de la Sentencia del Consejo de Estado que analiza la culpa de la víctima como eximente de responsabilidad Estatal.

La Fiscalía 15 en la Unidad Nacional de Derechos Humanos y D.I. Humanitario, estableció adelantar investigaciones en contra de la ciudadana Martha Lucía Ríos Cortés por haber cometido los delitos de *Trata de personas en concurso con concierto para delinquir*.

Acto precedido por la denuncia instaurada por la ciudadana Inés Elena Betancour Correa ante el Ministerio de Relaciones Exteriores. En el que la denunciante declara que la señora Ríos Cortés, la engañó ofreciéndole un trabajo de enfermera en Israel, lo cual, según las declaraciones, nada de lo que acordaron fue cierto, quedo sola en ese país y posteriormente fue detenida por la autoridad judicial israelí siendo deportada a Colombia.

Producto del proceso, la señora Ríos Cortés fue privada de su libertad en centro intramural como disposición de aseguramiento de manera preventiva, desde el 15 de agosto de 2006 hasta el 15 de enero del año 2007. Empero, el 30 de marzo de 2010 la Fiscalía dispuso precluir la investigación realizada a la procesada porque determinó atipicidad de las conductas.

Hecho anterior que, condujo a que el 26 de abril de 2011, la señora Martha Lucía Ríos Cortés interpusiera demanda en contra del Estado, dirigido a la Rama Judicial, con copia a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y fiscalía general de la Nación,

con la finalidad de conseguir la reparación directa y la respectiva indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por la privación de su libertad.

Decisión del A quo, el 29 de noviembre de 2012 en primera instancia la corporación citada, falló a favor de la demandante parcialmente, condenando a los demandados al reconocimiento de los perjuicios morales y materiales. Decisión recurrida por la fiscalía general de la Nación.

El 04 de marzo de 2013 se realizó la audiencia de conciliación, la cual resultó fracasada.

Decisión Ad quem: el 15 de agosto de 2018 mediante sentencia de unificación, se revocó la sentencia proferida en primera instancia, analizando si la promotora del proceso incurrió en alguna conducta que se configurare como culposa o dolosa (civilmente hablando), o si por el contrario la privación de su libertad fue producto de una conducta desproporcional y errónea por parte del ente juzgador.

Encontrando, probada la culpa exclusiva en la víctima, en este caso en la señora Martha Lucía Ríos, porque a pesar de que el ilícito denunciado se configuró como una conducta atípica, el material probatorio demostró que la demandante cometió el delito. En consecuencia, revocó la decisión del a quo, exime de responsabilidad patrimonial al Estado y, unificó criterios jurisprudenciales.

Acción de tutela: el 18 de enero de 2019, la demandante presenta por medio de apoderado judicial acción de tutela contra Providencia, en contra de la decisión expuesta por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, por verse afectada en la privación de su libertad suceso que, según la demandante manifiesta vulneró el derecho

fundamental a la igualdad y al debido proceso; buscando obtener dejar sin efectos la sentencia impugnada emitida por el Ad quem.

Luego de un recuento jurisprudencial, el 15 de noviembre de 2019, la Subsección B de la Sección Tercera del C.E decidió: amparar los derechos fundamentales incoados por las partes actoras, dejar sin efectos la sentencia recurrida, ordenar a la misma autoridad responsable de dicho fallo, proferir un fallo de sustitución en el que se observe la resolución del caso adecuadamente teniendo en cuenta la culpa de la víctima sin que este vulnere el precepto de presunción de inocencia.

En suma, el 28 de agosto de 2020 la Sala de Selección de Tutelas número Tres de la Corte Constitucional, emite auto de revisión sobre la sentencia del 15 de noviembre de 2019, debido a que la magistrada sustanciadora de esta corporación Cristina Pardo Schlesinger y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE), formularon solicitud de insistencia tal y como los faculta el artículo 57 del acuerdo 02 de 2015, para la revisión y verificación de la acción de tutela en mención. Ordenando a la fiscalía general de la Nación un informe que relacione las sentencias proferidas en su contra por privaciones injustas de la libertad, cuántas de esas sentencias se han pagado en los periodos de 2018, 2019 y 2020, junto con el número exacto de las sentencias que están pendientes por indemnizar.

También exigió, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado un cálculo concreto acerca de cuanto es la inversión que ha debido realizar el Estado por litigios similares entre los años 2018, 2019 y 2020. Aunado a lo anterior, le ordenó al Consejo de Estado un informe detallado en los casos que la misma entidad haya empleado la sentencia de unificación 072-18 y/o la sentencia objeto de revisión.

A modo de conclusión de este subcapítulo, se evidencia la procedencia que ocasiona la responsabilidad en los casos que se priva de la libertad a un ciudadano, cómo es su proceso, la improcedencia cuando se logra demostrar que la culpa recae exclusivamente en la presunta víctima y; los actuales pronunciamientos del Consejo de Estado en el asunto materia de estudio.

2.1.5 ¿Cómo se liquida en materia de reparación directa en otros países?

Este subcapítulo final busca mostrar de manera general cómo México y España justifican normativamente la reparación estatal por perjuicios y daños, derivados de la privación injusta de la libertad frente al modelo de liquidación que aplica el Estado Colombiano.

2.1.5.1 Estados Unidos Mexicanos:

Así como en el Estado Colombiano existe la procedencia de responsabilidad Estatal y su contraria, la improcedencia. El artículo 20-literal B- Numeral IX y el literal C en todos sus numerales, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, enuncia de manera taxativa la oportunidad de presentar demanda en contra del ente judicial responsable, en los casos en que una persona resulta imputada por algún acto delictuoso (materia penal) y que, luego de su posterior absolución pruebe de manera objetiva el error judicial y consecuentemente su indemnización.

Por otro lado, el Congreso de los Estados Unidos Mexicanos en representación de sus ciudadanos creó la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado. En miras de, crear un apoyo normativo que reconozca el derecho a la indemnización de quienes crean que han sido defraudados y que han tenido que soportar la obligación jurídica proveniente de la responsabilidad por parte del Estado Mexicano.

De lo antes planteado, surge el artículo 11 y ss de la Ley Federal en referencia, en donde se puede encontrar también la aplicación de daños y perjuicios materiales e inmateriales y, que los mismos puedan ser tasables o cuantificables; siendo la responsabilidad de carácter objetiva, de conformidad por un error judicial demostrable ya sea por acción o por omisión del ente juzgador.

Un acto diferenciador entre el Estado Mexicano con el Estado Colombiano, en cuanto a la reparación directa en que el Estado se ve obligado a responder extracontractualmente, por los casos injustos de privación de la libertad, es el tiempo que tienen los ciudadanos para exigir el resarcimiento de los derechos transgredidos a través de la compensación patrimonial por daños y perjuicios.

El artículo 25 de la misma Ley Federal dispone que, el tiempo para reclamar el derecho de la indemnización es de un año. Sin embargo, dentro del mismo artículo ordena que cuando los daños sean de carácter físico y psíquico el tiempo de prescripción es de dos años. Mientras que, en Colombia, el tiempo para interponer la demanda que busque resarcir los daños patrimoniales y perjuicios es de dos años, según lo expuesto por el artículo 164 *literal i*) del CPACA (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo).

En suma, desde el artículo 1910 hasta el artículo 1928 del Código Civil Federal de México, se logra encontrar apoyo normativo por cuanto, manifiesta la obligación que surge de actos ilícitos y su debido derecho a la indemnización. Del mismo modo, la Ley Federal de Procedimiento Federal de los Estados Unidos Mexicanos, establece la responsabilidad del servidor público infractor en los casos en que ya se he hubiere cometido el error jurídico.

En seguida se referencia el artículo 9 de la Carta Magna de los Estados Unidos Mexicanos, que proporciona la interpretación necesaria para abrir paso a la aplicación del Código Fiscal del Distrito Federal de México, en el que expone un sistema de liquidación de responsabilidades resarcitorias, debido a que las normas desarrolladas y presentadas en este subcapítulo no muestran expresamente un modelo de liquidación en estos eventos de responsabilidad. Entonces, es factible descifrar y comparar aquel modelo de cálculos indemnizatorios frente al Estado Colombiano.

La base que es usada por las autoridades judiciales mexicanas para el cálculo de la indemnización por responsabilidad extracontractual estatal es, el parámetro inicial patrimonial que parte de la actualización del monto a indemnizar, y el tiempo en el que se efectúe la resolución del conflicto. Téngase en cuenta que el artículo 14 de la carta magna mexicana en el numeral II inciso segundo establece que, la indemnización por daños morales no puede exceder el “*equivalente a 20,000 veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal*”.

Otro aparte normativo importante es la Ley General de Víctimas en el que establece, el derecho a la reparación y a ser indemnizado, conforme a las leyes vigentes. Concretamente, en el artículo 12 numeral II, el Título Segundo- Capítulo VI, el Título Quinto- Capítulo I –Capítulo III-Capítulo IV, señalan de manera conceptual el derecho que tienen las víctimas a la reparación íntegra de sus derechos, al reconocimiento de los daños y perjuicios ocasionados por las autoridades y judiciales.

2.1.5.2 Reino de España

En materia penal el Reino de España tiene similitudes con Colombia, por ejemplo, la Ley Orgánica 10/1995 también conocido como el Código Penal del Reino de España,

desde el Título IV- Capítulo II- Sección 1ª, expresan la práctica de las disposiciones legales de seguridad, en las que se encuentran las medidas privativas de la libertad y las no privativas.

No obstante, en estas últimas se encuentra una gran diferencia frente al ordenamiento de Colombia puesto que, en el artículo 105 del Código Penal del Reino de España se prevé en un tiempo que no supere los cinco años la custodia vigilada y/o familiar, y por un periodo máximo de 10 años el custodiado no tendrá derecho a portar y tener en su poder armas, como tampoco tendrá el derecho a manejar vehículos.

Por otra parte, el artículo 167 de la normatividad internacional en referencia dispone que, si el agente público en el desempeño de sus atribuciones judiciales privare de la libertad ilegalmente a un ciudadano español o prolongare aquella privación, deberá responder con pena de prisión y la inhabilitación de sus funciones de ocho a doce años.

Para finalizar, se describe sucintamente un modelo de liquidación de responsabilidad extracontractual en los casos injustos de la privación de la libertad desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

El caso se conoce como *Loayza Tamayo Vs. Perú*; en el que la víctima se desempeñaba como profesora universitaria en el Estado Peruano y fue detenida por Integrantes de *la División Nacional contra el Terrorismo*, detención fundada en una presunta colaboración por parte de la señora Loayza, con el grupo armado denominado Sendero Luminoso.

En este caso internacional de derechos humanos, la víctima fue privada de su libertad el 06 de febrero de 1993 en la ciudad de Lima, no le fueron proporcionadas las

garantías judiciales necesarias para contradecir las acusaciones que se adelantaron en su contra, recibió tratos inhumanos y fue condenada a veinte años de prisión. El procedimiento ante la CIDH fue remitido el 12 de enero de 1995 y decidido el día 17 de septiembre de 1997. Allí la Corte, reconoce que el Estado Peruano transgredió lo dispuesto por el artículo 5, 7, 8.1, 8.4 y 25 de la Convención Americana, que explica la protección a las garantías judiciales y a la integridad personal. Razón por la cual, la República de Perú, fue condenada a indemnizar a la demandante por lo ya expuesto.

Sobre este último es que a continuación se expone de manera ilustrativa, cómo indemniza la Corte por privación injusta de la libertad:

Reparaciones

La Corte decide,

- Que el Estado del Perú debe tomar todas las medidas necesarias para reincorporar a la señora María Elena Loayza Tamayo al servicio docente en instituciones públicas, en el entendimiento de que el monto de sus salarios y otras prestaciones deberá ser equivalente a la suma de sus remuneraciones por esas actividades en los sectores público y privado al momento de su detención, con valor actualizado a la fecha de esta sentencia.
- Que el Estado del Perú debe asegurar a la señora María Elena Loayza Tamayo el pleno goce de su derecho a la jubilación, incluyendo para ello el tiempo transcurrido desde el momento de su detención.
- Que el Estado del Perú debe adoptar todas las medidas de derecho interno para asegurar que ninguna resolución adversa que hubiere sido emitida en el proceso a que fue sometida ante el fuero civil la señora María Elena Loayza Tamayo produzca efecto legal alguno.
- Que el Estado del Perú debe pagar una suma global de US\$ 167.190,30 (ciento sesenta y siete mil ciento noventa dólares de los Estados Unidos de América con treinta centavos), o su equivalente en moneda peruana, distribuida de la siguiente manera: (i) US\$ 99.190,30 a la señora María Elena Loayza Tamayo; (ii) US\$ 15.000,00 a Gisselle Elena Zambrano Loayza y US\$ 15.000,00 a Paul Abelardo Zambrano Loayza; (iii) US\$ 10.000,00 a la señora Adelina Tamayo Trujillo de Loayza y US\$ 10.000,00 al señor Julio Loayza Sudario; y (iv) US\$ 18.000,00 a los señores Carolina Maida Loayza Tamayo, Delia Haydee Loayza Tamayo, Olga Adelina Loayza Tamayo, Giovanna Elizabeth Loayza Tamayo, Rubén Edilberto Loayza Tamayo y Julio William Loayza Tamayo, correspondiéndole a cada uno de ellos la suma de US\$ 3.000,00.
- Que el Estado del Perú debe tomar las medidas de derecho interno necesarias para que los Decretos-Leyes 25.475 (Delito de Terrorismo) y 25.659 (Delito de Traición a la Patria) se conformen con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Que el Estado del Perú debe investigar los hechos del presente caso, identificar y sancionar a sus responsables y adoptar las disposiciones necesarias de derecho interno para asegurar el cumplimiento de esta obligación.
- Que el Estado del Perú debe pagar, por concepto de honorarios y gastos, la suma de US\$ 20.000,00 (veinte mil dólares de los Estados Unidos de América) o su equivalente en moneda peruana, a la señora Carolina Maida Loayza Tamayo.
- Que las medidas de restitución ordenadas en los puntos resolutivos 1, 2 y 3, el pago de las indemnizaciones compensatorias ordenado en el punto resolutivo 4, el reintegro de honorarios y gastos ordenado en el punto resolutivo 7, la adopción de otras formas de reparación ordenadas en el punto resolutivo 5, y las medidas de ejecución del deber de actuar en el ámbito interno ordenadas en el punto resolutivo 6, deberán ser ejecutados dentro del plazo de seis meses a partir de la notificación de la Sentencia de Reparaciones y Costas.
- Que todo pago ordenado en la Sentencia de Reparaciones y Costas estará exento de cualquier impuesto o tasa existente o que llegue a existir en el futuro.
- Que supervisará el cumplimiento de la Sentencia de Reparaciones y Costas.

Ilustración 4 Modelo Indemnizatorio de la CIDH- Caso Loayza Tamayo Vs Perú

Es evidente que el Estado Colombiano tiene un modelo de liquidación en materia de reparación directa, más desarrollado y justificable, en el que maneja unos parámetros actuariales de perjuicios materiales e inmateriales, que si bien es cierto se vuelve patrimonial, pero analiza factores de fondo; no solo el lucro cesante sino también que realiza estudios que convocan factores como, el daño emergente, daño a la vida, daño moral, daño físico, se tienen tablas que gradúan el monto a pagar según el nivel de consanguinidad con la víctima, y un factor de corrección en los casos de gravedad de la lesión, la que concede una indemnización de hasta 400 smmlv. Aquel sustento jurídico se encuentra en las sentencias del Consejo de Estado- Sección Tercera- N° de radicado 26251 del 28 de agosto de 2014; N° de radicado 19146 de 22 de abril de 2015 y radicado N° 48898 del 19 de marzo de 2021.

Capítulo 3

Alcances sociales, económicos y jurídicos que se presentan cuando el Estado colombiano responde en los asuntos de privación injusta de la libertad

Durante el desarrollo de este capítulo, se presentará al lector los alcances que genera la responsabilidad extracontractual del Estado en los casos injustos de la privación de la libertad, desde un enfoque social, económico y jurídico. Junto con las soluciones para este tipo de yerros judiciales propuestas por la autora del proyecto. Lo anterior, con el propósito de ahondar en las consecuencias que genera el erróneo funcionamiento del sistema judicial penal y administrativo en Colombia para estos casos en particular.

A modo de introducción, la obligación de responder extracontractualmente del Estado adquirió a través de las normas de derecho internacional, la Constitución Política de 1991, el bloque de constitucionalidad y normas orgánicas y complementarias; el deber de resguardar la dignidad de las personas, garantizando el cumplimiento veraz de los derechos humanos y fundamentales. Es entonces que, el derecho a la libertad se vuelve de suma protección e importancia.

A la luz del artículo 90 de la Constitución Nacional, se genera un nuevo panorama mucho más amplio en cuanto a la obligación extracontractual a cargo de la Nación, debido a que permite el avance de nuevas teorías tanto a nivel jurisprudencial como doctrinal respecto al reconocimiento por parte del Estado por la injusta privación de la libertad, aunado a ello también permite que se evalúen nuevas interpretaciones normativas.

Sin lugar a duda, la responsabilidad extracontractual a cargo de la Nación en los casos de la privación injusta de la libertad dentro de la sistematización jurídica colombiana ha sido un tema investigado por la exégesis del Consejo de Estado, así como por los diferentes Códigos

Procedimentales, disciplinarios, correctivos y por la Ley 270 de 1996. Por lo que se puede identificar cual es el marco normativo sobre la cual se ha desarrollado el tema de privación injusta de la libertad en Colombia, concentrándose inicialmente en el artículo noventa de la C.N, anteriormente mencionado, que enalteció a categoría constitucional la responsabilidad del Estado, por daños y perjuicios antijurídicos.

Por otra parte, el Código de Procedimiento Penal, enfocó la Responsabilidad estatal hacía un título de imputación objetivo, para cerrar con la línea actual del Consejo de Estado, pues no resulta plausible que los sindicados del proceso tengan que soportar una carga superior a la legalmente permitida en aras de la seguridad general, pues el derecho objeto de estudio en el actual proyecto de grado, goza de una protección suprema, luego entonces, la restricción de la misma, sin sustento legal, conforma un daño antijurídico, que debe ser atendido e indemnizado por el Estado.

En ese orden de ideas, claramente y de manera pausada se va acercando el desarrollo del tema central de este tercer capítulo; es decir, las consecuencias que se generan al país, a su patrimonio y a la sociedad, el pago de millonarias indemnizaciones que a raíz de los casos de privación injusta de la libertad se debe cancelar a las víctimas de estos sucesos. Generando así, un vacío en el patrimonio de la nación que repercutirá tanto en la inversión social y en la realidad económica del país, por un lado; y por otro, la desazón y la falta de credibilidad sobre el sistema judicial del país, que se convierte en la deslegitimación de este frente a la ciudadanía.

3.1 Alcance social

Dado lo anterior, y en razón de que la libertad - después de la vida - es el derecho que permite al ser humano la existencia y participación en el contexto social, es pertinente indagar sobre las consecuencias sociales que se generan a la víctima del aparato judicial, en los casos que

se configura la privación injusta de la libertad; dentro de las que se encuentran alteraciones emocionales que lógicamente son un agravio generado a causa de la vulneración a este derecho fundamental llamado Libertad; genera alteraciones en su mismo proyecto de vida, al buen nombre, a la salud, a la honra de la persona y de su familia, alteraciones en la sexualidad, y otros perjuicios como el lucro cesante y el daño emergente.

Se debe entender entonces que, la privación injusta de la libertad es aquel acto u omisión judicial que vulnera los derechos al debido proceso, a la presunción de inocencia, a la libertad y a la dignidad de un ciudadano que debe soportar aquella carga judicial. En consecuencia, el acusado está sometido a pagar una condena confinado en centro carcelario, como medida preventiva, por un fallo que no fue objetivo por parte de los operadores del sistema judicial quienes presumen que el individuo intervino en algún hecho criminal.

Otra consecuencia de alcance social contiene un efecto psicológico, y se conoce como la prisionización, entendido como el cambio de conducta y hábitos que desarrolla una persona privada de su libertad. En el que, a través de la cultura de prisión, el sujeto consigue adaptarse a las claves y normas que en estos espacios carcelarios se generan, con el objetivo de sobrevivir a esta nueva situación.

Aquella subcultura carcelaria, se va adoptando inconscientemente, estableciendo cambios negativos en el estilo de vida del sujeto privado de la libertad injustamente y que posterior a su liberación se ven marcados en su entorno personal y psicológicos, como, trastornos de ansiedad, disgregación de la personalidad, baja autoestima, complicaciones sexuales, entre otros. Creando así, dificultades de adaptación familiar y social. (Muñoz, 2008)

Aunado a lo anterior, la privación injusta de la libertad genera un estigmatización, exclusión y discriminación, no solamente en ámbitos familiares, públicos y círculos amistosos,

sino que también produce consecuencias a nivel laboral. Debido a que, el sujeto involucrado en este yerro judicial cuenta ahora con un antecedente penal, lo que obstaculiza una reinserción laboral adecuada.

Esto implica la vulneración de otro derecho humano, el trabajo; puesto que el derecho al trabajo compone el entorno principal de subsistencia, incrementa la calidad de vida de las personas y se comprende como una realización personal. El trabajo es fundamental para la convivencia, la paz y la satisfacción de las personas tanto individual y colectivamente, pues ayuda a forjar el progreso social y económico. (Organización Internacional del Trabajo , 2009)

En conclusión, las consecuencias sociales producto de la privación injusta de la libertad tienen un alcance psicológico, emocional, físico y laboral, afectando completamente la vida de los implicados y de sus allegados. Sin embargo, la víctima del sistema judicial, cuando logra demostrar que hubo un error legal por parte de los jueces de la república como representantes legislativos del Estado, estos deben responder por los daños y perjuicios causados a la víctima.

3.2 Alcance económico

Como se ha venido mencionando en el desarrollo del palpitante proyecto, las sumas billonarias generadas por el pago de indemnizaciones y pretensiones que se producen con ocasión de las demandas en contra del Estado, por privaciones injustas de la libertad suscitan un detrimento en el patrimonio fiscal.

El informe de Litigiosidad de 2021 emitido por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, evidencia a través de un análisis estadístico que, la privación injusta de la libertad es una de las principales causas en materia contenciosa administrativa por procesos, evidentemente no laborales, que generan mayor activación del sistema judicial por errores en el servicio. Nada

más en el año 2020 se tenían 11.246 procesos activos por privación injusta de la libertad representando un 13,4% del total de procesos en sede administrativa; lo que por errores judiciales simboliza en dinero 16,1 billones de pesos colombianos.

Aunque, para el 2021 esta suma sí disminuyó, quedando en 9.803 procesos activos por este injusto, lo que llegó a representar un 11,8% del total de procesos adelantados en sede administrativa. Estos valores se comparan en relación con los procesos de insuficiencia en la asistencia del servicio de salud, prevaricato en el acto administrativo que conlleva a una sanción administrativa, inobservancia del conjunto de sentencias judiciales y lesión accidental o fortuita a conscripto.

También se observa que, dentro del informe en mención, los procesos administrativos que no son de carácter laboral y que se adelantan en contra de la Nación por falta de competencia y por acción, se centran en reparación directa representando 50.829 procesos activos, siendo un 61,3% de procesos en total, lo que se traduce en pesos colombianos como 150,1 billones. Hallándose que el departamento con más procesos activos es Bogotá D.C, seguido por Antioquia y Valle del Cauca. Lo anterior frente a procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, por acciones ejecutivas, por amparo de los derechos e intereses colectivos, entre otros.

Así las cosas, las cifras que se acaban de expresar cobran mayor relevancia cuando no solo se comparan a nivel judicial, sino también cuando se comparan frente a la inversión educativa y de salud. Pues bien, el Decreto 1805 del 31 de diciembre de 2020 expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, expuso el presupuesto de inversión para el 2021 dirigido al Ministerio de Educación por un valor de total de 46'050.249.160,420 billones de pesos colombianos, en la que se prevé comedores, cocinas, infraestructura escolar, entre otros.

Del mismo modo, el informe de Ejecución Presupuestal del Sector Salud a diciembre de 2021, expedido por el Ministerio de Salud y Protección Social, muestra en su análisis general del sector salud que se contaba con 43'181.579.668.179 billones de pesos. Los valores descritos en el sector educación y salud, son apreciados de manera general.

Redondeando la idea y a modo de conclusión, el lector puede evidenciar que el promedio de inversión, para el pago de indemnizaciones por yerros judiciales por privación injusta de la libertad, frente a la inversión del sector de educación y del sector de salud es de \$ 20.716.749.720.140,00 billones de pesos, representando un 33,33% del total de inversión en los rubros comparados, los cuales hubieran podido ser invertidos en educación, salud, áreas que mejoran la calidad de vida de los ciudadanos.

3.3. Alcance Jurídico

3.1.1 Acceso real a la justicia

Cuando un ciudadano es supeditado y vinculado a un proceso penal debe tener garantizado los principios procesales y constitucionales que le son inherentes y por ningún motivo pueden ser interrumpidos o desconocidos; es el Estado mismo y sus operadores judiciales quienes velarán por el cumplimiento del derecho que gozan todas las personas, sin importar que los cargos imputados se encuentren bien demostrados o no.

En contraste con lo anterior, los preceptos penales y administrativos deben cumplir con los valores ideológicos constitucionales de legalidad, gratuidad, acceso a la justicia, proporcionalidad, justicia, verdad, debido proceso, libertad, dignidad, entre otros. Entonces, el Estado soberano se encuentra en la obligación de garantizar y salvaguardar

que se ejecuten idóneamente sus fines esenciales. Pero se ha evidenciado, que tanto la autoridad pública como el juzgador no cumplen a cabalidad con estos principios, incurriendo en actuaciones contrarias a la ley y como consecuencia se generan daños a la víctima, a la sociedad, al sistema jurídico y al erario público, debido a que este último debe ser asumido de los recursos que generan los tributos económicos.

A pesar de las transformaciones de los códigos penales y de los avances jurisprudenciales, la obligación extracontractual de responder por los casos injustos de privación de la libertad; el Estado no ha alcanzado a suplir las necesidades básicas que se afirman en los preceptos citados, parece ser que funcionarán nada más como normas enunciativas a sabiendas de que su funcionalidad es taxativa.

Cabe precisar que los superiores judiciales han tratado de enfrentar los nuevos retos que se presentan con el transcurso del tiempo. La sentencia que más ha sido recurrida en estos casos es la sentencia SU-072 de 2018, dado que ha proporcionado un referente legal aproximado a los fines del Estado.

Finalmente, un principio esencial que está conexo con el acceso a la justicia y que al parecer no se es bien ilustrado ni enseñado a los funcionarios judiciales de manera correcta, es la presunción de inocencia, que está determinado constitucionalmente como valor, derecho y principio.

3.1.2 Legitimación del sistema judicial

La legitimación del sistema judicial se encuentra vinculado con los principios mencionados en el sub capítulo anterior, pero aquí el enfoque estará en el principio de seguridad jurídica.

Anteriormente en la jurisprudencia colombiana no se concebía ni se aprobaba la responsabilidad estatal en el *decisum* de la sentencia, ocasionando una clara perturbación a los derechos fundamentales, penales y administrativos, entonces los afectados directos en varias ocasiones debían acudir a instancias internacionales generando no solo retrasos en el proceso, sino también la generación de más gastos al individuo y al mismo Estado cuando fallaba a favor del sujeto.

Poco después con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 la jurisprudencia comenzó a desarrollar el régimen de responsabilidad extracontractual por parte del Estado, demostrando que existía una falla en el servicio judicial. Pero, como estaba en sus cimientos se comprendía de manera subjetiva mediante la cual, la falla de la administración era el factor decisivo para conseguir la adecuada indemnización y su respectivo cálculo matemático, es decir que la imputación de la falla probada de la administración estaba en cabeza de la víctima, quien también debía probar el nexo de causalidad de ambas partes y el perjuicio causado para que pudiera nacer aquella obligación estatal.

En la última década surgió el régimen objetivo siendo este más sencillo de probar para la víctima, ofreciendo la efectiva protección a sus derechos y que resguarda una de las bases de los fundamentos constitucionales, el de la seguridad jurídica. En este punto la presunta víctima del sistema judicial y administrativo solo requería demostrar el nexo de causalidad entre la víctima y el Estado y el daño generado por parte del Estado al privarlo injustamente de la libertad. El conflicto recae en que actualmente existen jueces que utilizan el régimen subjetivo, acarreando no solo la vulneración de los derechos del sujeto sino también un choque de trenes jurisdiccionales.

Aquellas fallas en el servicio son producidas por el defectuoso y poco idóneo desempeño de las labores administrativas, también por la baja inversión y el bajo interés en capacitaciones aptas para los funcionarios judiciales, la existencia del débil control judicial, y la falta de criterio acertado por parte de los jueces.

Es de aclarar que, en el error judicial el Estado se defendía por medio del principio de cosa juzgada y la carga probatoria recaía solamente en los administrados en pro de resguardar la seguridad jurídica, eximiendo al Estado de toda responsabilidad.

Consecuentemente, se evidencia la existencia de una legitimidad incuestionable en el sistema judicial, debido a que los operadores judiciales no fallan objetivamente y vuelven sus decisiones indudables. Estos yerros generan una total desconfianza en el servicio; por lo tanto, se volvió necesario desarrollar adecuadamente tal responsabilidad estatal, llegándose a percatar que en estos casos excepcionales la constitución de error judicial se asemejaba a una vía de hecho.

El contexto jurídico nacional sobre la responsabilidad extracontractual del Estado emanada de los casos injustos de la privación de la Libertad, ha tenido un recorrido legal numeroso pasando por más de dos códigos de Procedimiento Penal y por varias reformas a la Ley Estatutaria de Administración de Justicia también conocida como la Ley 270 de 1996; lo que indica que no sobreviene una estrategia de política criminal estable ni contundente creando una inseguridad jurídica en el horizonte penal interno, motivo por el cual se presenta una gran incertidumbre para aquellos que están esperando un juicio justo.

3.4 Soluciones para este tipo de yerros judiciales

Durante el desarrollo de la investigación planteada por la autora del proyecto, es claro que la obligación de responder del Estado procede por el incumplimiento en la asistencia del servicio, que se encuentra en cabeza del mismo. De aquella responsabilidad surgen diferentes teorías acerca de los motivos que la generan, como el error judicial, que emana de la imprudencia, inconsciencia, descuido y desconocimiento de los deberes de los operadores judiciales.

Otra teoría es la ineficaz aplicación de la normatividad vigente, equívoco que cometen los jueces de la República, por cuanto desconocen los precedentes jurisprudenciales, empleando el régimen de responsabilidad subjetivo; el cual, por medio de los fallos emitidos por el Consejo de Estado por responsabilidad extracontractual, ha expuesto que el régimen a aplicar en dónde la Nación tenga que responder, es el objetivo.

Lo anterior, implica no solo el desconocimiento de los precedentes judiciales sino también el desconocimiento y la vulneración de los principios y preceptos que prevalecen en el debido proceso, generando así un daño irreparable e injusto. A pesar de que, a través del medio de control administrativo conocido como la reparación directa, se busca tasar o indemnizar el daño causado al sujeto víctima del Estado quien busca el resarcimiento de las negligentes actuaciones del agente estatal; la realidad es que el daño ya está causado y la vida de las víctimas del Estado no vuelve a ser la misma, el dinero no compensa todo el daño causado, ni mucho menos devuelve las cosas al estado anterior en que se encontraba antes del suceso que los perjudicara.

Por consiguiente, una solución que se propone es:

3.4.1 Análisis Jurisprudenciales virtuales:

Crear un sistema virtual de compendios de sentencias que versen sobre la responsabilidad extracontractual que tiene el Estado por el erróneo juzgamiento en los casos injustos de la privación de la libertad; en el que se incorpore no solo los fallos judiciales anteriores, sino que también tenga los actuales y que se pueda ir retroalimentando. Con la finalidad de que los jueces a través de esta modalidad de revisión más eficiente y específica, pueda estudiar e interpretar mucho mejor la línea jurisprudencial y los errores que se han cometido, para que aquel juez no cometa las mismas faltas de falladores anteriores.

Método que ayudara a reducir este tipo de yerros judiciales, puesto que el operador judicial dentro de sus facultades debe aplicar el principio correctamente *iura novit curia*, pero más allá, el juzgador tiene la potestad y la obligación de corregir de manera apropiada la interpretación de derecho inexacta que el juzgador anterior realizó. En otras palabras, el juez también es creador de derecho, por ello la idoneidad de aquellos debe ser rigurosa y conforme no solo a las normas que describen sus funciones, sino también a la realidad que se presenta en la sociedad. Tal concepto fue reiterado por la Corte Constitucional en sentencia C-386-01.

3.4.2 Aumentar el personal de trabajo que auxilie a los jueces:

Es evidente que el sistema judicial colombiano esta rebotado de procesos que llevan años y de otros que simplemente son archivados, como respuesta a esta problemática se crearon los Juzgados de descongestión, los cuales servirían de manera provisional, pero que en realidad llegaron para quedarse a causa de la ineptitud organizacional judicial

nacional. Otra solución que ha tratado de establecerse en este sistema es, el Método Alternativo de Solución de Conflictos que es aplicable a asuntos conciliables con el objetivo de que las partes logren llegar a un acuerdo sin necesidad de acudir a la jurisdicción ordinaria, método que coadyuva a que la rama judicial se descongestione en una mínima porción, porque parecen no ser tan efectivos.

Debido a esta carga de trabajo judicial, la labor de los mismos jueces se ve perjudicado y muchas veces entorpecido, por cuanto tienen que solucionar los procesos que lleguen a sus despachos de manera rápida y eficaz, demostrando que entre más procesos logren resolver velozmente más errores cometen. Por más preparación profesional que tengan aquellos jueces que se interesan por hacer idóneamente su trabajo, se infiere que no cuentan con el personal suficiente que puedan auxiliarlos.

Sobre este punto se propone que, los despachos judiciales en conjunto con el Consejo Superior de la Judicatura y con las Universidades, cuando ofrezcan la Judicatura, realicen mejores y mayores incentivos a los estudiantes de derecho que se encuentren en su etapa productiva o de práctica; por medio de la adquisición no solo de experiencia laboral, sino que también se estimule la opción de seguir estudiando, como el pago de una beca para realizar una especialización dentro de la universidad en el que se encuentre el estudiante, debido a que muchos jóvenes no tienen la ventaja de seguir con sus estudios por factores económicos

Lo anterior, contiene varios beneficios, uno de ellos es que efectivamente apoyarían las labores de los jueces, proporcionando una mejor administración de justicia y por ende una clara disminución de la congestión judicial; por otro parte, se impulsaría a los

estudiantes a seguir preparándose y a seguir ahondando en las diferentes líneas de derecho, lo que permite una mejor seguridad jurídica y permite el acceso a la educación.

Es necesario entender que, el Estado debe ofrecer a los jueces y magistrados las herramientas aptas para el desempeño veraz y oportuno de sus funciones, y que por supuesto, su preservación se encuentra en el principio de justicia. Es por eso que la óptima administración de justicia recae no solo en los operadores judiciales, también requiere de personas comprometidas y estudiantes motivados que ayuden a sostener la carga judicial.

3.4.3 Capacitación de los Jueces y Magistrados

Es indudable que a los operadores judiciales se les ha otorgado la faena de administrar justicia, en ellos recae la confianza para la terminación de los conflictos que surgen en la sociedad, presumiendo que en el momento de tomar sus decisiones y fallar a favor de una de las partes que se encuentran en controversia, lo hacen de manera motivada, y que armonizan las normas existentes con las realidades latentes.

La labor de administrar justicia no es una actividad solo legal y económica, conlleva una responsabilidad social, asiste a los lineamientos de comportamiento de la población, procura por encontrar la equidad y la justicia. Es por ello, que el trabajo de los jueces y magistrados debe ser de suma importancia y cuidado, pero también debe estar marcada por el conocimiento adecuado, por la experiencia y objetividad necesaria, debido a que ellos son quienes proporcionan un equilibrio a la sociedad y ponen fin a las controversias que se presentan.

Sin embargo, es notorio que los jueces y magistrados de la República siguen cometiendo los mismos o nuevos errores en la *ratio decidendi* que, como consecuencia generan fallos judiciales desacertados que concluyen con nuevas víctimas del Estado y una

elevada suma de dinero a cargo de la Nación. Entonces ¿realmente se está comprobando la preparación académica de los jueces y magistrados, si incurren en las mismas faltas?

Se aclara que, toda la responsabilidad no recae completamente en los jueces y magistrados, como se ha venido explicando, el Estado debe invertir y proporcionar modelos o políticas públicas de prevención que ayuden a mitigar las condenas a cargo de la Nación, con el propósito de mantener la seguridad jurídica establecida en Estado Social de Derecho.

Si bien es cierto, las capacitaciones permanentes requieren de inversión de capital para que se lleven a cabo, pero, sí se analiza esta inversión beneficiosa no solo la destinación de dinero que anualmente el Estado debe pagar por indemnizaciones por reparación directa en los casos injustos de la privación de la libertad, sino también resguarda y fortalece la confianza de la población frente a los administradores de justicia.

Un claro ejemplo se encuentra en las políticas públicas en materia laboral, que están dirigidas a los empleadores, en el que se expone adecuadamente las maneras de cómo contratar a los trabajadores, el trato que deben tener hacia ellos, les recuerda los derechos y deberes que ambas partes tienen, el límite de exigencias que requiera la operación por la cual fue contratada el trabajador, entre otros. Esto, con la finalidad de no incurrir en faltas graves por parte de los jefes, la reducción de demandas interpuestas por el trabajador en contra de la empresa accionada y aminorar el pago de indemnizaciones.

En conclusión, las capacitaciones a los operarios judiciales deben ser realizadas por lo menos dos veces al año, con el objetivo de explicar los yerros judiciales que cometen los agentes judiciales, las consecuencias que se generan, ilustrar el modelo de liquidaciones

cuando el Estado es hallado responsable extracontractualmente, y una actualización en materia normativa y jurisprudencial.

Finalmente, se debe recalcar que el Ministerio Público está llamado a intervenir en las actuaciones procesales que se ocupen sobre derechos humanos y sobre la vigilancia de los comportamientos de quienes ejerzan cargos públicos, así como lo expresa el artículo 118 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

Ciertamente, las intervenciones del Ministerio Público que son también conocidas como el *obiter dicta*, no tienen carácter vinculante y son presentadas como criterios auxiliares hermenéuticos sobre un caso en concreto; las cuales deben igualmente ser objetivas y de conformidad con la normatividad existente, con las que los jueces y magistrados pueden comenzar a elaborar un trayecto sobre la motivación de su decisión.

Es entonces que, se cuestiona si aquellas intervenciones del Ministerio Público como garante de los derechos humanos y fundamentales han sido bien estudiadas, si han sido proyectadas apropiadamente. Por supuesto, que los jueces dentro de sus atribuciones tienen la autonomía y el criterio suficiente para decidir si se acogen o no por lo expuesto por esta entidad. No obstante, si el operador judicial tuviera un escenario mejor esbozado con la participación y colaboración del Ministerio Público, tal vez no incurrirían en decisiones desacertadas o por lo menos, no recaería todo el error judicial sobre el juzgador ni tampoco toda la carga pública.

Conclusiones y Recomendaciones

Entre las importantes novedades incorporadas en la Constitución Política de Colombia de 1991 cabe mencionar, por citar apenas la que interesa al presente trabajo, la expresa responsabilidad patrimonial del Estado por las deficientes actuaciones y omisiones en detrimento de los particulares quienes desde entonces, pueden hacer valer su condición de material y moralmente afectados a instancias tanto de las garantías internas de que empezaron a disponer como también, a partir de esa precisa reforma como de los tratados internacionales suscritos por Colombia, en defensa del derecho a la reparación integral de los perjuicios ocasionados por las autoridades a las víctimas de su proceder administrativo y judicial.

Dentro de los alcances filosóficos y normativos de tan relevante reforma constitucional, se halla la injusta privación de la libertad, una conducta que puede ser perpetrada en concreto por los abusos de la administración de la justicia penal, claro está, con efectos económicos que el Estado debe asumir con recursos del presupuesto nacional destinados a la satisfacción pecuniaria de los daños ocasionados a las víctimas de los procesos penales, con fundamento entre otras inconsistencias, en eventuales faltas a los principios de presunción de inocencia, de publicidad, de sustentación motivacional, así como las carencias probatorias y la denegación arbitraria de los recursos e impugnaciones que, en general, configuran violaciones del derecho fundamental al debido proceso.

Así mismo, las condenas indemnizatorias por privación injusta de la libertad, que nacen del desarrollo legal de que da cuenta la Constitución de 1991, se resuelven judicialmente desde la Acción de Reparación Directa conforme al artículo 140 de la Ley 1437 de 2011, que sin duda sitúa las inconsistencias de los procesos penales dentro del tipo de las responsabilidades extra

contractuales del Estado, como puede colegirse de una lectura sistemática de las acciones de control con fines resarcitorios que hacen parte del título III, *ibídem*.

No obstante, la citada ampliación de las pretensiones de que disponen las personas naturales que resulten damnificadas dentro de un proceso penal en el que violaron de sus derechos, se logra establecer que el efecto pecuniario de la reparación es susceptible de extenderse aún más allá en razón del carácter objetivo que adquirió la responsabilidad estatal luego de la aprobación de la Constitución de 1991, que conforme a la hermenéutica del artículo 90 del mismo texto constitucional no exige ni dolo ni culpa del funcionario implicado en la trasgresión; basta, pues, con probar el menoscabo del bien jurídico que el Estado tutela para legitimar el derecho a la reparación a que aspire el particular afectado.

La privación de la libertad es una medida de detención preventiva que debe ser racional, y debe ser comprendida como una disposición excepcional aplicable en situaciones extremas y que demuestren un peligro inminente para la sociedad, mas no como procedimiento frecuente. El Fiscal encargado de activar el organismo judicial es quien primeramente debe evaluar detenidamente las circunstancias que el proceso demande.

El Fiscal encargado debe estar seguro y promover adecuadamente la solicitud ante el Juez de garantías la orden de captura contra del sujeto presuntamente responsable de haber cometido un delito; seguidamente es aquel juez, quien debe examinar el material probatorio y las acusaciones que se adelantan en contra de ese sujeto. Si el juez luego de una ardua valoración de documentos y declaraciones probatorios encuentra que la orden de captura se encuentra bien motivada, hay lugar a la privación legal de la libertad mientras se aclara la situación legal del sujeto involucrado.

Pero, también la privación de la libertad se vuelve injusta cuando aquella orden de captura no se encuentra formalmente fundada, así como lo describen los artículos 296, 297, 298, 299 y 300

de la ley 906 de 2004. Desde ese momento se rompe con la seguridad jurídica, con el debido proceso, con la presunción de inocencia y con el derecho a la libertad. Suceso que el ciudadano privado de la libertad injustamente debe soportar aun cuando no está en la obligación de hacerlo.

Por lo anterior, es que las millonarias indemnizaciones por estos yerros judiciales se mantienen constante en el tiempo, representado una proporción absurda del gasto público para resarcir los equívocos cometidos por los operadores judiciales. Aunado a ello e igual de importante, se produce una desconfianza total del aparato judicial junto con la aparición de nuevas víctimas del Estado por la injusta privación de la libertad, que después de haber tenido que soportar una carga emocional, física, psicológica y judicial, que no debía soportar, les he difícil acoplarse a su entorno familiar, social, personal y laboral.

Sin duda, es una cuestión de manejo adecuado y trascendental para las entidades del Estado encargadas de administrar justicia y para la autora del presente proyecto.

Bibliografía

CE Sala Contenciosa Administrativa, No. 73001-23-31-000-1995-02951-01(14220). (27 de noviembre de 2003). Consejo de Estado. *Sección Tercera; Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra.*

CE SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO 19001-23-31-000-1998-03400-01(20097). (26 de mayo de 2011).
<https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=44490>.

CE SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO 63001-23-31-000-1998-00812-01(20144). (19 de agosto de 2011).
https://repository.ugc.edu.co/bitstream/handle/11396/2377/Guia_APA_interactiva_vol2%20%282%29%20%281%29.pdf?sequence=3&isAllowed=y.

Código Penal del Reino de España

Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

Constitución Política de Colombia de 1991

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Clavijo et al. (2014). MÉTODO, METODOLOGÍA Y TÉCNICAS DE LA INVESTIGACIÓN APLICADA AL DERECHO. En https://fui.corteconstitucional.gov.co/doc/pub/31-08-2017_7b9061_60327073.pdf. Bogotá, D.C. - Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.

García, H. A. (2016). Nuevas tendencias del derecho administrativo. En A. B. rozo, *El análisis de la división de los poderes públicos en Colombia: guía de instrucciones iniciales* (págs. 363-384). Bogotá D.C: Universidad de los Andes.

Informe de Litigiosidad de 2021 .Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

https://www.defensajuridica.gov.co/gestion/informes/informes_litigiosidad_2021/Informe_litigiosidad_cuarto_trimestre_DDJJ_270122.pdf

Ley 33 de 1909.

Ley 94 de 1938.

Ley 794 de 1968.

Ley 16 de 1972.

Ley 270 de 1996.

Ley 600 de 2000.

Ley 906 de 2004

Ley 1142 de 2007

Ley 1453 de 2011

Ley 1437 de 2011.

Muñoz, D. A. (2008). *SUBCULTURA CARCELARIA DICCIONARIO DE LA JERGA CANERA*.

[https://epn.inpec.gov.co/documents/32743/102187/Subcultura+Carcelaria+-+Diccionario+de+jerga+canera.pdf/3ba06219-7cbc-3de4-eb91-](https://epn.inpec.gov.co/documents/32743/102187/Subcultura+Carcelaria+-+Diccionario+de+jerga+canera.pdf/3ba06219-7cbc-3de4-eb91-5c96c21a63e4?version=1.0)

[5c96c21a63e4?version=1.0](https://epn.inpec.gov.co/documents/32743/102187/Subcultura+Carcelaria+-+Diccionario+de+jerga+canera.pdf/3ba06219-7cbc-3de4-eb91-5c96c21a63e4?version=1.0): INPEC ESCUELA PENITENCIARIA NACIONAL GRUPO

DE ESTUDIOS E INVESTIGACIONES PENITENCIARIAS Y CRIMINOLOGICAS.

Orejuela, W. R. (2017). RESPONSABILIDAD DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO POR LOS ACTOS DEL PODER CONSTITUYENTE. En & *María Concepción Rayón* (págs. 6-11). Bogotá - Colombia: ECOE EDICIONES.

Organización Internacional del Trabajo . (2009). Conocer los Derechos Fundamentales en el Trabajo. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@americas/@ro-lima/@sro-san_jose/documents/publication/wcms_180458.pdf. Costa Rica.