

**ANÁLISIS DE LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA
LIBERTAD Y SU IMPACTO EN EL ERARIO 2018-2020**

Justino Cuero Rengifo, José Ricardo Varela Acosta



Maestría en Derecho con Énfasis en Administrativo y Ciencias Políticas, Facultad de
Derecho y Ciencias Políticas y Sociales

Universidad La Gran Colombia

Bogotá, D. C.

2022

**Análisis de los efectos jurídicos de la privación injusta de la libertad y su impacto en
el erario 2018-2020**

Justino Cuero Rengifo, José Ricardo Varela Acosta

**Trabajo de Grado presentado como requisito para optar al título de Magister en
Derecho**

Directora:

Lucila Reyes Sarmiento



**Maestría en Derecho con Énfasis en Administrativo y Ciencias Políticas, Facultad de
Derecho y Ciencias Políticas y Sociales**

Universidad La Gran Colombia

Bogotá, D. C.

2022

Tabla de contenido

<i>Resumen</i>	7
<i>Introducción</i>	9
<i>Capítulo I. Aspectos históricos y conceptuales de la privación injusta de la libertad ...</i>	18
1.1.2. Definición de Detención Injusta	19
1.1.3. Definición de Detención Ilegal	20
1.1.4.2. Posición de La Corte, según sentencia SU 072 del 2018	29
1.1.4.3. Posición del Consejo de Estado, en temas de privación injusta de la libertad desde el año 2006 hasta el 15 de agosto del 2018	31
1.1.4.4 Aplicación en el Consejo de Estado de la sentencia SU-072 de 2018 (Corte Constitucional) y la SU del 15 de agosto de 2018 (Consejo Estado)	36
1.1.4.5. Posición del Consejo de Estado a partir de la sentencia SU del 15 de agosto de 2018	38
1.1.4.6. Sentencia de tutela No 11001-03-15-000-2019-00169-0, emitida por la Sala Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado y que dejó sin efectos su misma Sentencia de Unificación del 15 de agosto del 2018	39
1.1.4.7. Posición del Consejo de Estado a partir de la sentencia de tutela No 11001-03-15-000-2019-00169-0, (2019), que dejó sin efecto la SU 46947 del 15-08-2018 de la misma Corporación.	41
<i>Capítulo II Afectación al erario en Colombia por privación injusta de la libertad</i>	48
2.1. El Erario	49

2.2. El Erario en Colombia.	50
2.3. El Impacto Fiscal Producto de las condenas de Privación Injusta de la Libertad.....	50
2.4. Afectación al erario por privación injusta de la libertad.....	51
2.5 Identificación y causa de la actividad litigiosa	55
<i>Capítulo III Marco legal y jurisprudencial del daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del estado.....</i>	<i>65</i>
3.1 Generalidades sobre el daño antijurídico	67
3.2 Responsabilidad patrimonial por daño antijurídico.....	70
<i>Capítulo IV. Acciones para contrarrestar las condenas por privación injusta de la libertad</i>	<i>76</i>
4.1.1. La acción de repetición aspectos históricos y conceptuales.	77
4.1.2. Aspectos Conceptuales	83
4.2. Capacitación a jueces y fiscales.....	85
4.3. Fortalecimiento de las tesis del Consejo de Estado.....	88
4.4 La conciliación	89
<i>Conclusiones y recomendaciones.....</i>	<i>92</i>
<i>Lista de Referencias.....</i>	<i>97</i>

Lista de tablas

Tabla 1 Identificación actividad litigiosa.....	55
Tabla 2 Causas de demandas por privación injusta de la libertad	57
Tabla 3 Causa general de privación injusta de la libertad y sus sub-causas	60
Tabla 4 Sentencias pagadas por motivo de reparación directa debido a privación injusta de la libertad, años 2018-2020.....	63
Tabla 5 Departamentos con mayor número de demandas admitidas.....	67
Tabla 6 Situaciones de privación de la libertad	21
Tabla 7 Principales causas de demanda al Estado en lo contencioso-administrativo (no laborales) por procesos.....	23
Tabla 8 Jurisprudencia Consejo de Estado y Corte Constitucional sobre privación injusta de la libertad	43

Lista de figuras

	Pág.
<i>Figura 1. ¿Cuánto debe la nación?.....</i>	<i>52</i>
<i>Figura 2. Departamentos donde se admitió mayor número de demandas.</i>	<i>66</i>

Resumen

La privación injusta de la libertad ha traído graves consecuencias no sólo para quienes son objeto de este daño antijurídico, sino que ha redundado en continuas demandas contra el Estado y en el consecuente desembolso de sumas billonarias cuando se falla en contra de éste. La presente tesis busca analizar los efectos que tuvo la privación injusta de la libertad sobre el erario en Colombia, entre los años 2018-2020, a la luz de la jurisprudencia y del Derecho Administrativo, para lo cual se empleó el método cualitativo mediante una revisión documental acuciosa fundamentada además en datos estadísticos, de esta manera se abordaron los temas que directamente inciden sobre las demandas como son el daño antijurídico y la responsabilidad estatal, el concepto de privación injusta de la libertad. Frente a los resultados que muestran un enorme detrimento patrimonial del Estado por esta causa, así como intenciones dolosas para expoliar los dineros públicos mediante argucias legales, se plantean posibles alternativas que puedan aliviar a corto, mediano y largo plazo esta dilapidación del erario a la luz de la jurisprudencia que dilucida los casos sobre responsabilidad patrimonial estatal.

Palabras clave: Privación injusta de la libertad, daño antijurídico, erario, Derecho administrativo.

Abstract

The unlawful imprisonment has caused serious consequences not only for those who are the object of this illegal damage but it has resulted in continuous lawsuits against the State and in the consequent disbursement of huge money payments when it is ruled against it, consequently, the present work of degree seeks to analyze the effects that this unlawful imprisonment has on the treasury in Colombia for the years 2018-2020 in the light of jurisprudence and Administrative Law, for which the qualitative method is used through a documentary review, based also on statistical data, in this way the issues that directly affect the lawsuits are addressed such as unlawful damage and state responsibility, and the concept of unlawful imprisonment. Faced with the results that show an enormous patrimonial detriment of the State for this cause as well as malicious intentions to plunder public money through legal tricks, possible alternatives are proposed that can alleviate this squandering of the treasury in the short, medium and long term in the light of the jurisprudence that elucidates the cases on state patrimonial responsibility.

Keywords: Unlawful imprisonment, unlawful damage, treasury, administrative law.

Introducción

"La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otro. Así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que aseguren a los restantes miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Estos límites sólo pueden estar determinados por la ley"

Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789). Artículo 4°.

La libertad siempre ha sido considerada un bien supremo y un derecho fundamental de los seres humanos. El artículo primero de la Constitución Nacional de Colombia reconoce al país como un Estado Social de Derecho, de lo que se infiere que el fin último del Estado es el bienestar de su población, incluyendo dentro de este bienestar de manera preeminente, por supuesto, su libertad; teorías jurídicas como la del maestro Ferrajoli acerca del garantismo penal ponen de relieve la importancia de los derechos fundamentales, como manera de contrarrestar un poder absoluto, tratando de cerrar la brecha entre la norma y los hechos (lo que debería ser *vs.* lo que es), detallando para ello los valores connaturales al ser humano: la vida, la dignidad, **la libertad**, y la supervivencia (Ferrajoli, 2006).

En línea con lo anterior, se reconoce a la libertad dentro de los más importantes derechos que puede poseer el ser humano, vinculado a su esencia misma y tanpreciado como su propia vida, de allí que uno de los mayores perjuicios que pueden acaecer al individuo es la pérdida de la misma.

1. Planteamiento del problema.

Cuando el proceso que inicia con la privación injusta de la libertad termina con sentencia absolutoria puede resultar en una demanda contra el Estado como responsable principal y en la consecuente solicitud de una indemnización, a causa de la ocasión de un

daño antijurídico. Esta situación sucede con una frecuencia pasmosamente habitual, de modo que la privación injusta de la libertad además de ser un problema teórico y académico se ha convertido en un asunto que atañe a la economía del país y de todos sus ciudadanos al impactar profundamente en el erario.

Para estos propósitos recuérdese lo enunciado en la Carta Magna (1991), artículo 90 sobre responsabilidad patrimonial por daños antijurídicos, así como la Ley 270 de 1996 la cual versa sobre el mismo tema haciendo énfasis en la reparación por perjuicios por parte del Estado ante la privación injusta de la libertad. Es decir, que en estos casos el Estado debe responder patrimonialmente siempre que existan los elementos que conforman su responsabilidad objetiva.

La responsabilidad estatal y el daño antijurídico ocasionado a los ciudadanos en estos casos han venido siendo resarcidos a través de cuantiosas indemnizaciones, usualmente a través de la reparación directa, lo que representó para el año 2020 el 95% de los litigios de este tipo (El Tiempo, 2020) y La Corte Constitucional en su sentencia de Unificación de la Privación injusta de la libertad, tiene como referencia las sentencias de tutela: T-6.304.188 y T-6.390.556 ya que recoge algunos de los principales pronunciamientos del alto tribunal como se verá en este trabajo, el asunto no es menor;

Desde el año 2011 hasta el 2018 las condenas por detención injusta representaron un costo para el erario superior al billón de pesos que salieron del patrimonio de la nación por la imputación errónea de delitos que condujeron a una privación injusta de la libertad (CC. SU072, 2018). La situación se torna aún más preocupante si se tiene en cuenta que para inicio del año 2020 había procesos pendientes por más de 370 billones de pesos y las sentencias ejecutoriadas representaban más de cinco billones de pesos.

Siendo este el sombrío panorama actual, el presente trabajo de grado pretendemos hacer un análisis jurídico que dé cuenta de los efectos jurídicos de la privación injusta de la libertad, así como de la responsabilidad patrimonial estatal en estos casos teniendo en cuenta la jurisprudencia de las altas cortes en lo contencioso y constitucional, principalmente del Consejo de Estado como juez máximo de la administración pública, así como el detrimento patrimonial en contra del Estado, ya que esta situación genera un enorme desequilibrio fiscal, disminuyendo en gran manera los recursos públicos, que por ende ya son precarios.

2. Formulación del problema o pregunta de investigación.

En este orden de ideas, se busca proponer alternativas en forma de herramientas jurídicas equilibradas, apegadas a Derecho, para funcionarios, es decir jueces y magistrados, así como para empleados de la rama judicial en el proceso de toma de decisiones frente a medidas de restricción de la libertad que redunden en la disminución del gasto público, buscando responder a la pregunta de investigación que promueva la elaboración del presente documento, la cual es:

¿Qué efectos tuvo la privación injusta de la libertad sobre el erario en Colombia, en el periodo 2018-2020, a la luz de la jurisprudencia Constitucional y Administrativa y qué medidas se deben adoptar?

3. Hipótesis

El desarrollo normativo de la privación injusta de la libertad y su impacto en el erario emana del artículo 90 de la Constitución Nacional de 1991, por la responsabilidad del Estado derivada del daño antijurídico, así como de la Ley 270 de 1996 que versa sobre

la reparación por perjuicios ocasionados por parte del Estado. Es decir, que cuando estamos frente a una privación injusta de la libertad es el Estado, el que debe responder patrimonialmente, siempre que se conjures los elementos de la responsabilidad objetiva.

Este tipo de responsabilidad ha sido tramitada de forma fluctuante por la jurisprudencia del Consejo de Estado, de tal forma que se acogieron tesis distintas en las subsecciones. Esta inseguridad jurídica se conjuró en la Sentencia de Unificación SU 072 de julio de 2018, mediante la cual se unificó el criterio de responsabilidad del estado y se determinaron los parámetros que debe valorar el juez de la responsabilidad en los casos de privación injusta de la libertad, convirtiéndose en la tesis imperante hasta el momento, parámetros que, si se aplican de una forma adecuada, ayudan a minimizar el impacto fiscal.

4. Objetivos general y específicos

En sintonía con la pregunta y la hipótesis se formula el objetivo general:

Examinar los efectos jurídicos que tuvo la privación injusta de la libertad sobre el erario en Colombia para los años 2018-2020. Para alcanzar este objetivo se plantean los siguientes objetivos específicos:

- Analizar los conceptos de daño antijurídico y responsabilidad extracontractual del Estado.
- Identificar la normatividad que trata de la privación injusta de la libertad y su evolución.
- Relacionar la jurisprudencia que dilucida los casos sobre responsabilidad patrimonial estatal.

- Elaborar una propuesta de plan de acción para disminuir las condenas al Estado por la privación injusta de la libertad.

5.1. Marco Teórico

La Privación de la Libertad a partir de la ley 270 del 15 de marzo de 1996 (estatutaria de la administración de justicia), estableció en el artículo 68 que “quien haya sido privado de la libertad podrá demandar al Estado en reparación de perjuicios”.

Sin embargo, el artículo 90 de Constitución política, consagra la responsabilidad patrimonial del Estado y que lo desarrolló el artículo 414 del C. de P.P., que no llevó de forma directa a establecer la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, a través del “título objetivo”.

El Alto Tribunal ha sostenido que “a los asociados corresponde soportar la carga pública que implica participar, por voluntad de la autoridad, en una investigación. Sin embargo, como lo indica Guillén Adriana (2013) la sala también ha considerado oportuno recoger expresiones en virtud de las cuales algunos sectores de la comunidad jurídica han llegado a decir, sin matiz alguna, que privar a alguien de la libertad ocasionalmente es una carga pública que los ciudadanos deben soportar con firmeza”

Desde la perspectiva de John Rawls en la Teoría de la Justicia esto sería un argumento insípido, en el sentido de enunciar que constituye una carga que se debe soportar, fundamentos que, para la teoría de la justicia, no tendría razón de ser, en el sentido de que para John Rawls la justicia es:

La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento. Por esta razón, la justicia rechaza el que la pérdida de

libertad de algunos sea justificada en el mayor bienestar compartido por otros. No puede permitirse que el sacrificio impuesto sobre unos pocos sea sobrepasado por la mayor cantidad de ventajas a disfrutadas por muchos (...) Los derechos garantizados por la justicia no están sujetos a regateos políticos ni al cálculo de intereses sociales. Por lo que la verdad y la justicia son innegociables (Rawls, 2009, p.90).

La Alta Corporación de lo Contencioso Administrativo a través de sus diferentes fallos ha manifestando que:

Es ilegítimo para un Estado Social de Derecho como el nuestro, exigir a los asociados, la asunción de la carga de soportar una investigación penal y la privación de la libertad, bajo el argumento de conservación del interés y seguridad general de la comunidad, en la investigación y sanción de los delitos” Y nuestro ordenamiento constitucional garantiza el derecho fundamental del derecho a la libertad, que obliga al Estado a su cuidadosa protección y defensa, es decir cualquier detención, por corta que sea, siempre que no encuentre justificación, configura un daño antijurídico que debe ser resarcido (...), análisis que debe realizar en cada caso concreto el juzgador, pues no se trata de condenar al Estado por todas las investigaciones penales en las que se absuelva al sindicado (Gamboa, 2011, p. 40).

Basados en la sentencia imperante hasta el momento en temas de privación injusta de la libertad SU-072 de 2018 de la Corte Constitucional, donde se definen los criterios

que debe observar el juez de la responsabilidad, en el momento de dirimir las demandas por privaciones injustas de la libertad contra el Estado.

5.2. Marco Jurídico.

- Constitución Política de Colombia. Arts. 13, 28 y 90.
- Ley 2700 de 1991. Art. 414.
- Ley 270 de 1996 (Ley Estatutaria de la Administración de Justicia).
- Ley 678 de 2001. Acción de repetición.
- Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal).
- Sentencia de la Corte Constitucional C-037 de 1996.
- Sentencia de la Corte Constitucional SU-072 de 2018.
- Sentencia de Unificación del Consejo de Estado No. 46947, Sección Tercera del 15-08-2018.
- Sentencia de tutela No 11001-03-15-000-2019-00169-0, emitida por la Sala Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado (2019), que dejó sin efecto la SU 46947, de la Sección Tercera del 15-08-2018.

6. Justificación

Analizar los efectos jurídicos de la privación injusta de la libertad y su impacto en el erario, amerita una profunda reflexión, debido al daño causado al erario por fallas en las decisiones que se toman en la administración de justicia.

Además, tener como común denominador de las sentencias de privación injusta de la libertad la configuración del daño antijurídico, como justificación para apartarse de manera radical de la interpretación realizada por la Corte Constitucional respecto de ese elemento, en cuanto afirman que una persona que le ha sido restringida su la libertad y posteriormente absuelta o se levante la medida de aseguramiento que pesaba sobre ella, por ese sólo hecho, ha sido víctima de un daño antijurídico, sin que sea necesario cualificar la conducta de las autoridades judiciales que dieron lugar a ella sería una carga desproporcionada para la hacienda pública:

De otra parte, el trabajo es factible y viable, debido a que se cuenta con los recursos, materiales e insumos para realizar la investigación, sobre todo teniendo en cuenta que la estrategia principal es el análisis y la revisión documental. Lo cual no sería posible, sin la disposición, interés, tiempo y entusiasmo por el tema a bordar.

7. Metodología

Para responder la pregunta de investigación se utilizó un método cualitativo bajo un enfoque hermenéutico, a través de la técnica de análisis documental, coadyuvado con la información de tipo estadístico sobre erogaciones hechas por parte del Estado, para el pago de condenas por privación injusta de la libertad en el país.

Estructuralmente el trabajo de grado está conformado por la introducción en la cual se presenta el trabajo, describiendo la justificación y planteando la pregunta de investigación que origina el proyecto, así como una metodología de investigación descriptiva y, por lo tanto, con un enfoque cualitativo, en la medida que se buscó determinar

el alcance doctrinal, jurisprudencial de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad y las estadísticas de condenas que ha impactado al fisco.

Es decir, los límites en los que hay consenso para indicar la producción del daño antijurídico por una conducta que es propia de los servidores públicos de la administración de justicia. empleada para su desarrollo y los objetivos propuestos.

Para el primer capítulo del trabajo se estructura el tema de la privación injusta de la libertad y su desarrollo jurisprudencial de acuerdo a las posiciones que a lo largo del tiempo ha definido la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, en el segundo capítulo abordamos el tema del erario y el impacto que ha sufrido las demandas de privación injusta de la libertad; en el tercer capítulo realizamos un acercamiento a las nociones de daño antijurídico y la responsabilidad estatal y finalmente, en el cuarto capítulo, abordamos levemente la acción de repetición y otras alternativas de acción y persuasión para contrarrestar las condenas por privación injusta de la libertad y por último las conclusiones y recomendaciones.

Capítulo I. Aspectos históricos y conceptuales de la privación injusta de la libertad

*¿Están las prisiones superpobladas o la población está sobre encarcelada?
(Foucault, 1975, p.30)*

El propósito de este capítulo es realizar una conceptualización histórica y teórica de la Privación Injusta de La Libertad, para lograr este objetivo, se utiliza una metodología cualitativa de investigación, que admite la revisión de la bibliografía pertinente, entre ella doctrina especializada, jurisprudencia de las Altas Cortes (Constitucional y Consejo de Estado), se propone de manera general estudiar el tema de la Privación Injusta de la Libertad en Colombia, como fundamento de la responsabilidad extracontractual del estado, basándonos en elementos, generalidades, instituciones y especificaciones de la responsabilidad patrimonial derivada de la privación injusta de la libertad, pues solo de esa forma se logrará una aproximación a la finalidad planteada.

De acuerdo a las definiciones dadas por John Rawls como uno de los principales expositores de la justicia en su obra “La Teoría de la Justicia”, nos la define como:

La primera virtud de las instituciones sociales, así como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento. Razón por la cual, la justicia rechaza que la pérdida de libertad de algunos, sea justificada en el mayor bienestar compartido por otros”. No puede permitirse que el sacrificio impuesto sobre unos pocos, sea sobrepasado por la mayor cantidad de ventajas disfrutadas por muchos (...) Los derechos garantizados por la justicia no están sujetos a regateos políticos ni al cálculo de intereses sociales, la verdad y la justicia son innegociables (Rawls, 2009, p.90).

Este filósofo nos enrostra en que si bien, en un Estado Social y Democrático de Derecho, todos nosotros debemos contribuir con la materialización de las políticas públicas para el bien de todos los ciudadanos, y en el evento que débenos someternos a una restricción de un derecho fundamental, como lo es la libertad se deben reparar el daño que ocasiono una privación injusta a la libertad.

Según lo manifestado por Guillén Adriana (2013) con la aparición del Decreto 2700 de 1991, norma que predica la responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad y que califica los casos de lo injusto con fundamento en la exclusión de la responsabilidad penal, establece una línea en la que los conceptos tradicionales se oponen a los conceptos antiguos. En consecuencia, la jurisprudencia del Consejo de Estado es recorrida en estos aspectos por la tensión entre las nociones de falla del servicio judicial y un esquema de responsabilidad fundamentado en el daño especial del encarcelamiento preventivo injusto.

1.1.2. Definición de Detención Injusta

La detención injusta es la que da origen a responsabilidad del Estado se configura cuando finalizado el proceso, se determina por parte de las autoridades judiciales que no hay lugar a imponer una sanción penal. Señala Guillén Adriana (2013) que esta actuación genera un daño antijurídico para quien la padece debido a que se configura uno de los títulos de imputación de responsabilidad estatal a título de falla del servicio o daño especial.

Así mismo la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, según, Guillén Adriana (2013) configura claramente los desarrollos del artículo 90 de la Constitución Política, como en tiempos anteriores los venía trabajando el Código de Procedimiento Penal. Donde la norma sobre privación injusta de la libertad estaba enmarcada en “claros presupuestos de situaciones referente a un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, o falla”, como en los casos donde un ciudadano privado de la libertad alcanzaba decisión final de su caso por prescripción debido a la demora del aparato judicial.

En igual sentido, las normas referenciadas permitían un tratamiento adecuado para las situaciones de error judicial en los eventos en los que una equivocación en la aplicación legal o una valoración errónea de las pruebas para dictar medida de aseguramiento generaban una privación no justificada.

1.1.3. Definición de Detención Ilegal

De acuerdo a lo expuesto por Ortiz Gloria (2018) la detención ilegal se presenta cuando “la captura no se llevó a cabo con observancia de los requisitos legales y da origen a responsabilidad por funcionamiento defectuoso de los órganos estatales”, como la Policía o el CTI. Esta situación genera responsabilidad estatal por falla del servicio.

Para que se lleve a cabo la legalidad de una diligencia de captura Ortiz Gloria (2018) ha señalado las siguientes reglas:

El control judicial de cualquier modalidad de privación de la libertad, está sujeto a las siguientes reglas: i) debe realizarse por la autoridad judicial competente; y ii) el capturado será presentado ante el juez dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la restricción de la misma». De tal forma, que cuando se haga efectiva una orden de captura para el cumplimiento de una sentencia penal «[...] el capturado deberá ponerse a disposición del juez de conocimiento o en su ausencia ante el juez de control de garantías, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la privación de la libertad. En caso de que el control judicial de la aprehensión se surta ante el juez de control de garantías, ese funcionario resolverá sobre la situación de la captura del condenado, adoptará las medidas provisionales de protección a las que haya lugar y ordenará la presentación de la persona junto con las diligencias adelantadas ante el juez de conocimiento que profirió la sentencia, al día hábil siguiente, con la finalidad de garantizar los derechos fundamentales al debido proceso, de defensa y de contradicción del detenido, así como el principio de juez natural. (Ortiz, 2018, p. 4)

Desde la óptica del derecho administrativo se considera que la privación de la libertad puede ser: legal, ilegal, justa o injusta, de acuerdo con las circunstancias en las que se presente, para una mejor ilustración relacionamos la siguiente tabla:

Tabla 1

Situaciones de privación de la libertad

Modalidad	Descripción
-----------	-------------

Legal y justa	Es legal pues se lleva a cabo con apego estricto al ordenamiento jurídico y es justa pues se puede demostrar plenamente la responsabilidad penal del privado de la libertad. Captura declarada legal que tiene como consecuencia la imposición de la medida de aseguramiento privativa de la libertad y la posterior condena del infractor. De esta privación no surge un Daño Antijurídico para quien la padece, debido a que no se configuró ninguno de los títulos de imputación de responsabilidad estatal; en consecuencia, el Estado no debe responder civil y extracontractualmente.
Legal e injusta	Se presenta cuando los fiscales y jueces imponen la medida de aseguramiento con el cumplimiento estricto de los requisitos legales, pero, en el curso del proceso el imputado, acusado o condenado, resulta absuelto. Es legal en tanto se llevó a cabo con estricto apego al ordenamiento jurídico, y es injusta en tanto no se pudo demostrar plenamente la responsabilidad penal del privado de la libertad. La dificultad se presenta debido a que, a pesar de existir un Daño Antijurídico, no es posible endilgarle la responsabilidad al Estado, a título de falla en la prestación del servicio, sin embargo, sí hay responsabilidad del Estado, sustentado en el título de imputación del daño especial (Sentencia 13168 de 2006) (Consejo de Estado, 2006)
Injusta	Da origen a responsabilidad cuando la Fiscalía no es capaz de demostrar plenamente la responsabilidad penal del privado de la libertad. Esta actuación genera un daño antijurídico para quien la padece debido a que se configura uno de los títulos de imputación de responsabilidad estatal a título de falla del servicio o daño especial.
Ilegal	Se presenta cuando la captura no se llevó a cabo con observancia de los requisitos legales y da origen a responsabilidad por funcionamiento defectuoso de los órganos estatales, como la Policía o el CTI. De esta privación surge un daño antijurídico para quien la padece, debido a que se configura uno de los títulos de imputación de responsabilidad estatal, como es la falla en la prestación del servicio, en consecuencia, el Estado debe, indiscutiblemente, responder civil y extracontractualmente.

Adaptado de “Consejo de Estado (2006)” Por Agencia Jurídica del Estado, 2013. pp. 13-14) y Prato (2016, p. 20).

Conforme con algunos datos del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) para enero de 2019 en Colombia había 187.477 personas con limitación de la libertad y para marzo de 2019 se presentaron 16.084 demandas contra el Estado por privación injusta de la libertad, para el mismo mes del año 2020 se habían presentado 14.915 procesos por esta misma causa.

Para corroborar lo anterior se relaciona tabla con las principales causas de demanda al Estado, en lo no laboral.

Tabla 2

Principales causas de demanda al Estado en lo contencioso-administrativo (no laborales) por procesos

Causas	Marzo / 2019	Marzo / 2020
Privación injusta de la libertad	16.084	14.915
Falla en prestación de servicio de salud	3.920	3.504
Ilegalidad del acto administrativo que impone sanción disciplinaria	2.550	2.897
Lesión accidental o fortuita a conscripto	2.532	2.273
Violación al debido proceso administrativo	2.149	2.090

Tomado de “Informe de Litigiosidad Primer Trimestre 2021” por CHIP Agencia Jurídica del Estado, 2021. (https://defensajuridica.gov.co/gestion/informes/informes_litigiosidad_2021/210426_informe_litigiosidad_corte_31_marzo.pdf)

Como se mencionó, el hecho de privar injustamente de la libertad a un ciudadano provoca hondas lesiones a su ser, en todo nivel, otorgándole una a calidad de víctima ante el hecho antijurídico, adquiriendo de esta forma una expectativa legítima de solicitar un resarcimiento pecuniario por los daños que se le pudieron ocasionar.

Al respecto el Artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 (Código de Procedimiento Penal) dispone:

Indemnización por privación injusta de la libertad: Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado, en indemnización de perjuicios. Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su

equivalente porque el hecho no existió, el sindicato no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiese sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave (Dec. 2700, art. 414, 1991).

(Negrilla fuera de Texto)

Es pertinente mencionar aquí el Artículo 68 de la Ley 270 de 1996 (Ley Estatutaria de la Administración de Justicia) que también trata sobre la privación injusta de la libertad y al respecto afirma: “Privación injusta de la libertad. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios” en cuyo caso se responsabiliza al Estado: cuando hubiera actuado de manera abiertamente desproporcionada por falla del servicio de administración de justicia.

No obstante, en este caso se presenta un impase ya que no se amplía el significado exacto de la palabra “injustamente”, como sí sucedía con el Decreto 2700 del 91, pudiéndose presentar equívocos al respecto, por lo que la Corte Constitucional debió intervenir para dar luces, al respecto mediante Sentencia C-037 de 1996 arguyendo:

Este artículo, en principio, no merece objeción alguna, pues su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 6, 28, 29 y 90 de la Carta. Con todo, conviene aclarar que el término “injustamente” (Consideraciones de la Corte) se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la

libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria. Si ello no fuese así, entonces se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados. (CC, C-037/96, 1996)

Por el contrario, la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de la responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia, debe contemplarse dentro de los parámetros fijados y teniendo siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención (CC, C-037/96, 1996).

Ante estas evidencias contradictorias finalmente la Corte Constitucional en el año 2018 acogió las tutelas interpuestas en contra de los fallos del Consejo de Estado en los casos de reparación directa por privación injusta de la libertad y teniendo en cuenta la jurisprudencia emanada de las altas cortes, particularmente tomando en consideración que ni el artículo 90 de la Constitución ni el artículo 68 de la Ley 270 de 1996 ni tampoco la Sentencia C-037 de 1996 establecen puntualmente un régimen de imputación estatal específico en el caso de que:

El hecho que suscita el presunto daño antijurídico es la privación de la libertad, de acuerdo al (Linares,2018, p. 2), teniendo en cuenta que la Corte Constitucional y el

Consejo de Estado reconocen que “el juez administrativo, en aplicación del principio *iura novit curia*, (el juez conoce el derecho) **deberá establecer el régimen de imputación a partir de las particularidades de cada caso**” (Comunicado No.25/2018) (negrita añadida)

1.1.4. Posición de la Corte Constitucional en relación con los casos de privación injusta de la libertad

1.1.4.1 La sentencia C-037 de 1996

El legislador, en el marco de su libertad de configuración normativa, a través de la Ley 270 de 1996 – Estatutaria de la Administración de Justicia- reglamentó el artículo 90 de la Constitución en el sentido de definir la antijuridicidad del daño en lo que se refiere a la responsabilidad del Estado por los daños ocasionados por la privación de la libertad. En este sentido, para el legislador, el daño es antijurídico cuando la privación de la libertad fuera injusta. La primera sentencia que debemos traer a colación es la C-037 de 1996, la cual fue la que definió los primeros parámetros interpretativos en los casos de privación injusta de la libertad (Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado [ANJE], Concepto radicado 20215000002151-DDJ, p. 7, 2021).

En concordancia con lo anterior, la interpretación que realizó la Corte Constitucional en la Sentencia C-037 de 1996, respecto del artículo 68 de la Ley 270 de

1996, fue, ni más ni menos, la forma con efectos de cosa juzgada constitucional en la cual el máximo órgano de la Jurisdicción Constitucional, en plena armonía con la Carta Política determinó lo que debe entenderse por daño antijurídico. “Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado en reparación de perjuicios” (L. 270, art. 69, 1996).

La Corte, en la sentencia C-037 de 1996 indicó que será injusta la privación de la libertad que sea ilegal y/o arbitraria: su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 60, 28, 29 y 90 de la Carta. Con todo, conviene aclarar que el término “injustamente” se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria.

Si ello no fuese así, entonces se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados.

Por el contrario, la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de la responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia, debe contemplarse dentro de los parámetros fijados y teniendo siempre en consideración el

análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención. (...) (CC, C-037/96, 1996).

En ese orden de ideas, se encuentra que en la sentencia C-037 de 1996, que declaró la constitucionalidad condicionada del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, estableció que el daño antijurídico, en el criterio específico de atribución de responsabilidad por privación injusta de la libertad, se determinará a través de la prueba de la ilegalidad, la irracionalidad o la desproporción criterios que incluso están inmersos en la misma normativa de la decisión que impuso la medida de detención preventiva. (ANJE, 2021, p. 10).

Así las cosas, en virtud del control previo, formal, de fondo, automático e integral que efectuó la Corte, respecto del artículo 68 de la Ley 270 de 1995, se encontró que únicamente resultaba acorde con la Constitución la interpretación según la cual el término “injustamente” se refiere a que la imposición de la medida resulte abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, condicionamiento que permite afirmar sin hesitación alguna, que las demás interpretaciones de la norma se encuentran excluidas del ordenamiento jurídico. (ANJE, 2021, p. 15).

Exposición en la que la Corte, no fijó un régimen de imputación específico, sino que estableció cuándo debe entenderse que la privación de la libertad no debe soportarse por quien la padece. En consecuencia, la aludida interpretación es de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades judiciales y administrativas que pretendan aplicar el artículo 68

de la Ley 270 de 1996, el cual tiene plena concordancia con el artículo 90 de la Constitución.

1.1.4.2. Posición de La Corte, según sentencia SU 072 del 2018

La Corte Constitucional, en la sentencia SU-072 del 2018, expreso en relación con la condena que, equivocadamente, de manera automática se le estaba imponiendo al Estado, en esta clase de procesos, Determinando lo siguiente:

Como fórmula rigurosa e inmutable, que cuando sobrevenga la absolución por no haberse desvirtuado la presunción de inocencia, aplicación del principio in dubio pro reo, o incluso en otros eventos, por ejemplo, cuando no se acreditó el dolo, es decir, operó una atipicidad subjetiva, el Estado debe ser condenado de manera automática, esto es, a partir de un título de imputación objetivo, sin que medie un análisis previo que determine si la decisión a través de la cual se restringió preventivamente la libertad fue inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria, transgrede un precedente constitucional con efecto erga omnes, concretamente la sentencia (CC, C-037/96, 1996).

De lo anterior se puede inferir que para la Corte Constitucional el análisis de la culpa de la víctima se debe realizar desde un plano del derecho civil y no desde el derecho penal. En otras palabras, del hecho jurídico de que una persona sea absuelta de toda culpabilidad en el juicio penal, no implica necesariamente el no análisis de la culpa de la

víctima como causal exonerativa de responsabilidad extracontractual del Estado, y más en el criterio específico de atribución de responsabilidad por privación injusta de la libertad (ANJE, 2021, p. 16).

Todo lo descripto y prescrito previamente nos lleva a preguntarnos, si solo en los casos de responsabilidad analizados bajo el régimen subjetivo se debe analizar la conducta de la víctima. Para esto la Corte, en su sentencia SU-072/18 ha afirmado que “con independencia del régimen de responsabilidad estatal que utilice el juez administrativo, la conducta de la víctima es un aspecto que debe valorarse y que tiene la potencialidad de generar una decisión favorable al Estado, en otras palabras, que pueda generar una declaratoria de irresponsabilidad administrativa.”

Lo anterior, también nos hace pensar que la sentencia SU-072 del 2018, no privilegia un régimen de responsabilidad en los casos de privación injusta de la libertad, y por el contrario, reitera la posición desarrollada en la sentencia C-037 de 1996, en relación a que no todos los casos en los que una persona es absuelta conlleva automáticamente a la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado, sino que se debe analizar es el daño privación injusta de la libertad desde el aspecto de la antijuricidad de la privación y no desde la noción de la libertad que pueda recobrar la persona al concluir el juicio penal (ANJE, 2021, p. 17).

1.1.4.3. Posición del Consejo de Estado, en temas de privación injusta de la libertad desde el año 2006 hasta el 15 de agosto del 2018

En eventos de privación injusta de la libertad, se puede explicar la jurisprudencia del Consejo de Estado, en este primer escenario a partir de cuatro sentencias: **(i)** la que reconoció el *in dubio pro reo* como causal objetiva de responsabilidad, del 4 de diciembre de 2006 (CE, Sala Contenciosa Administrativa, Expediente No. 13.168,2006). **(ii)** la que estableció la continuidad de las causales del artículo 414 del decreto 2700 de 2011 y la referida del *in dubio pro reo* en vigencia de la ley 270 de 1996, del 2 de mayo de 2007 (CE, Sala Contenciosa Administrativa, Expediente No. 15.463,2007).; **(iii)** la sentencia del 6 de abril de 2011, en la que se afirma que el fundamento de la privación injusta de la libertad es el daño antijurídico (CE, Sala Contenciosa Administrativa, Expediente No. 21.653,2011). y **(iv)** la sentencia de unificación en vigencia de la Ley 1437 de 2011, del 17 de octubre de 2013 (CE, Sala Contenciosa Administrativa, Expediente No. 23.354,2013) en la que se afirma que:

La absolución de un sindicado, o el levantamiento de una medida de aseguramiento, configura la injusticia de la privación de la libertad, sin que sea necesario calificar de lícita o ilícita la conducta de la administración de justicia que dio lugar a ella, pues por ese solo hecho se evidencia que el Estado no pudo desvirtuar la presunción de inocencia que protege al sindicado, por lo que se configura un daño que no estaba en el deber jurídico de soportar (CE, SU-23.354/13/, 2013).

En este orden de ideas, el común denominador de las sentencias para la (ANJE, 2021, p. 21). Es la de concentrarse en la configuración del daño antijurídico, como justificación para apartarse de manera radical de la interpretación realizada por la Corte Constitucional respecto de ese elemento, en eventos de privación injusta de la libertad, en cuanto afirman que “una persona que ha sido privada de la libertad y posteriormente sea absuelta o se levante la medida de aseguramiento que pesaba sobre ella, por ese sólo hecho, ha sido víctima de un daño antijurídico” sin que sea necesario cualificar la conducta de las autoridades judiciales que dieron lugar a ella.

La Sección Tercera del Consejo de Estado, al analizar los tres casos previstos en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal como hechos generadores de responsabilidad patrimonial del Estado, sostuvo:

La Sala reitera lo manifestado en la sentencia proferida el día 27 de septiembre de 2001 porque considera que en estos eventos la responsabilidad del Estado existe cuando se ha causado un daño antijurídico por la privación de la libertad de un sujeto que fue absuelto porque nada tuvo que ver con el delito investigado, sin que resulte relevante, generalmente, cualificar la conducta o las providencias de las autoridades encargadas de administrar justicia”. (CC, C-037/96, 1996).

La anterior premisa tiene fundamento en que la Sección Tercera del Consejo de Estado, consideró que se podían modificar los parámetros de aplicación del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, establecidos en la sentencia C-037 de 1996, a partir de la interpretación que hizo la Corte Constitucional de la cláusula general de responsabilidad de la

administración de justicia establecida en el artículo 65 de la misma ley, cuyo punto de partida es el daño antijurídico que, según la Sección Tercera, no admite limitación alguna por parte del legislador; la Sala ha señalado:

Transcritos, entonces, el conjunto normativo aplicable al presente caso y las consideraciones efectuadas por la Corte Constitucional en relación con cada uno de los artículos en cuestión en la sentencia C-037 de 1996, se impone puntualizar las conclusiones a las que ha llegado la Sala en torno a la incidencia de la Ley 270 del mismo año en el régimen aplicable a casos en los cuales se demanda la responsabilidad del Estado por el hecho de la privación de la libertad ordenada por autoridad competente, como en el sub lite, son las siguientes, a saber:

- a. (...)
- b. Así las cosas, para concretar el alcance del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 resulta imperioso conectarlo con el enunciado normativo contenido en el artículo 65 *ibidem*, de acuerdo con el cual “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales”.

Esta norma no introduce limitación o condicionamiento alguno encaminado a impedir el juzgamiento o la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado como consecuencia de la actividad de la Administración de Justicia, distinto de la causación de un daño antijurídico. No podía preverlo, por lo demás, como quiera que con ello conculcaría la regulación efectuada por el artículo 90 de la Carta, que igualmente constituye

el concepto de “daño antijurídico”, en el elemento central cuya concurrencia debe evidenciarse para que proceda el reconocimiento de la responsabilidad estatal siempre, claro está, que ese daño pueda imputarse jurídicamente a una autoridad pública (CC, C-037/96, 1996).

El daño antijurídico, es la que fundamenta la configuración de la responsabilidad por privación injusta de la libertad, en la Sentencia de Unificación del 17 de octubre de 2013, en la que:

La absolución de un sindicado, o el levantamiento de una medida de aseguramiento, configura la injusticia de la privación de la libertad”, sin que sea necesario calificar de lícita o ilícita la conducta de la administración de justicia que dio lugar a ella, pues por ese solo hecho se evidencia que el Estado no pudo desvirtuar la presunción de inocencia que protege al sindicado, por lo que se configura un daño que no estaba en el deber jurídico de soportar (ANJE, 2021, p. 22).

En la sentencia de 6 de abril de 2011, se dice que la responsabilidad patrimonial del Estado en eventos de privación injusta de la libertad se fundamenta en el daño antijurídico, tan es así que los supuestos establecidos en el artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991, no necesitan ser establecidos por el legislador, pues la limitación de la libertad que posteriormente no merezca algún reproche penal es, en sí misma, un daño antijurídico, la única justificación a una privación de la libertad es (ANJE, 2021, p. 22). “una sentencia condenatoria en la que se declare la responsabilidad penal del sindicado”.

En la misma sentencia se reconoce que es legítimo que el Estado prive una persona de la libertad, mediante una medida de aseguramiento, y aunque esa medida cumpla estrictamente con la Constitución y la ley, ello no justifica el daño antijurídico causado por una providencia absolutoria:

La consecuencia de los anteriores razonamientos es que el elemento central de la privación injusta de la libertad es el daño antijurídico no analizado conforme con las sentencias C-037 y SU-072-, toda vez que una medida de privación de la libertad deviene en injusta cuando se absuelve al procesado en aplicación del principio del in dubio pro reo o por cualquier otra causa, lo que configura un daño que no se está en el deber jurídico de soportar, pues no se desvirtuó la garantía constitucional de la presunción de inocencia.

Según la sentencia emitida en el expediente No 13168, por la Sala Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado (2006) El fundamento de tal razonamiento, en estos eventos, es que el interés general de la administración de justicia cede ante la garantía individual de la libertad personal. Se reitera que la injusticia no depende de la licitud o ilicitud de la conducta estatal que dio lugar a la limitación de la libertad. Así se deduce de la ratio decidendi de dicha sentencia

1.1.4.4 Aplicación en el Consejo de Estado de la sentencia SU-072 de 2018 (Corte Constitucional) y la SU del 15 de agosto de 2018 (Consejo Estado)

Con respecto a la posición jurisprudencial tomada por la Corte, en la sentencia SU-072, el Consejo de Estado, siguiendo dicha línea jurisprudencial y luego de descartarse la presencia de falla del servicio, optó por aplicar el título de imputación de daño especial, supuestamente acogiendo la posición jurisprudencial de la Corte Constitucional en sentencia SU-072 de 2018, toda vez que en el caso concreto se declaró la absolución penal por atipicidad objetiva de la conducta. Veamos:

En cuanto a la responsabilidad patrimonial de la demandada, respecto de la aplicación de un régimen objetivo de responsabilidad en materia de privación injusta de la libertad, la Corte Constitucional, en la sentencia de unificación SU-072 de 2018, ha señalado que existen dos eventos en los cuales el daño antijurídico se deduce de manera evidente, como son el hecho no existió y la conducta era objetivamente atípica (CC, SU-072/18, 2018).

Frente a las anteriores consideraciones, resultaría abiertamente desproporcionado afirmar que debía soportar la medida de aseguramiento dictada en su contra y la acusación posterior por los delitos que se le endilgaron, cuando es claro que al declararse que su conducta fue objetivamente atípica se desvirtuaron los fundamentos de tal medida, es decir, para evitar que obstruyera el debido ejercicio

de la justicia, que constituyera un peligro para la sociedad o la víctima, o que resultará probable que no comparecerá al proceso.

(...)

Si bien en el caso concreto, la conducta de la administración resultó legal, sería inequitativo exigir soportar una restricción a la libertad en pro de un bienestar general que, a posteriori, perdió fundamento, lo que configura una carga desproporcionada que no estaba en el deber jurídico de soportar y configura el título de imputación de daño especial.” (Negrilla fuera de texto) (ANJE, 2021, p. 32).

En esta sentencia si bien se utilizó los lineamientos dados por la Corte Constitucional en la sentencia SU-072, lo cierto es que los utilizó desde un plano descontextualizado pues no contempló lo primero que precisó la Corte que se debía realizar que era el análisis de la antijuricidad del daño, lo cual era trascendental por cuanto el mismo Consejo de Estado precisó que la medida de aseguramiento había sido legal, lo que necesariamente implica que no fue injusta.

Sin mayores esfuerzos se puede apreciar que al interior de la Sección Tercera del Consejo de Estado las posturas están divididas en cuanto al parámetro de resolución de los casos de privación injusta de la libertad. Las decisiones de la Corte Constitucional y del mismo Consejo de Estado, que propugnan por señalar que ni la Constitución Nacional ni la Ley, privilegiaron ningún régimen de responsabilidad, pudiendo el juez administrativo escoger el más adecuado en atención a la realidad del caso ha servido para que exista incertidumbre en cuanto a (i) la metodología de análisis de los casos, (ii) la manera como

se aborda un caso por atipicidad o porque el hecho no existió, (iii) la exclusión o no de las causales de eximentes de responsabilidad en los casos de privación injusta de la libertad y (iv) si la culpa de la víctima se debe analizar por actuaciones procesales o pre-procesales. (ANJE, 2021, p. 57).

1.1.4.5. Posición del Consejo de Estado a partir de la sentencia SU del 15 de agosto de 2018

El 15 de agosto del 2018, la Sección Tercera del Consejo de Estado (ANJE, 2021, p. 28) al decidir el caso No. 66001-23-31-000-2010-00235 01 (46.947) siendo demandantes la señora Martha Lucía Ríos Cortés y otros, modificó su jurisprudencia en relación con los casos en que la “Litis gravita en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños irrogados con ocasión de la privación de la libertad de una persona a la que, posteriormente, se le revoca esa medida”, sea cual fuere la causa de ello, y “UNIFICÓ los criterios en el sentido de que, en lo sucesivo, en esos casos, el juez deberá verificar lo siguiente:

- 1) Si el daño (privación de la libertad) fue antijurídico o no, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política;
- 2) Si quien fue privado de la libertad actuó con culpa grave o dolo, desde el punto de vista meramente civil -análisis que hará, incluso de oficio-, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva (artículos 70 de la ley 270 de 1996 y 63 del Código Civil) y,

3)Cuál es la autoridad llamada a reparar el daño

1.1.4.6. Sentencia de tutela No 11001-03-15-000-2019-00169-0, emitida por la Sala Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado y que dejo sin efectos su misma Sentencia de Unificación del 15 de agosto del 2018

La Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado mediante sentencia del 15 de noviembre del 2019, al resolver una acción de tutela en contra de la sentencia de unificación del 15 de agosto del 2018, decidió amparar el derecho fundamental al debido proceso de la señora Martha Lucía Ríos Cortés y otros, y en su lugar decidió dejar sin efectos la sentencia de unificación del 15 de agosto del 2018 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado (ANJE, 2021, p. 22). y ordenó que “se profiriera un fallo de reemplazo, valorando la culpa de la víctima sin violar la presunción de inocencia de la accionante”

La Sala precisó la siguiente tesis: La declaratoria de la causal exonerativa de responsabilidad de culpa de la víctima en los casos de atipicidad vulnera el derecho fundamental de presunción de inocencia Al respecto sostuvo lo siguiente:

- la construcción de la culpa de la víctima, en el caso de privación injusta de la libertad de la señora Ríos, pudo vulnerar estos derechos constitucionales porque se basó en las conductas que ya habían sido valoradas por el juez penal para declararla inocente.

la sentencia objeto de tutela violó directamente el derecho fundamental de la demandante a que se respetara la presunción de inocencia establecida a su favor a partir de la decisión que la absolvió de responsabilidad por considerar que la conducta imputada era atípica, decisión que fue adoptada por el funcionario penal competente y que tiene fuerza de cosa juzgada.

La valoración de la conducta pre procesal es competencia exclusiva del juez penal.

- Si el juez de la responsabilidad estatal concluye que la detención de la demandante fue generada por su propia conducta, no solo invade competencias de otras jurisdicciones, sino que desconoce la decisión penal absolutoria porque implica considerar, que al desplegar su conducta obró como sospechosa de estar cometiendo un delito y determinó que la Fiscalía abriera la investigación y ordenara su detención (ANJE, 2021, p. 42).

Cuando la Sala determinó que la conducta pre procesal de la demandante la hizo culpable de su detención, desconoció la presunción de inocencia y trasladó a un particular inocente la responsabilidad por el ejercicio indebido del ius puniendi del Estado (ANJE, 2021, p. 42).

De acuerdo a lo anterior la (ANJE, 2021, p. 22). entiende que, en la sentencia de tutela del 15 de noviembre del 2019, El Consejo de Estado, partió de varias premisas entre las que destacamos:

- a. La absolución por atipicidad implica per se la inexistencia de la culpa de la víctima.
- b. La causal exonerativa de responsabilidad de culpa de la víctima se debe analizar con base en conductas realizadas por la víctima dentro del proceso y no pre procesales.
- c. El momento de la detención es el escenario para analizar la tipicidad de la Conducta.

1.1.4.7. Posición del Consejo de Estado a partir de la sentencia de tutela No 11001-03-15-000-2019-00169-0, (2019), que dejó sin efecto la SU 46947 del 15-08-2018 de la misma Corporación.

Si se analiza las sentencias que la Sección Tercera del Consejo de Estado ha emitido en relación con los casos de privación injusta de la libertad a partir de la sentencia de tutela del 15 de noviembre del 2019, con el objeto de denotar la manera como se siguieron decidiendo los casos, sin la vigencia de la sentencia de unificación del 15 de agosto del 2018, que fue dejada sin efecto por la sentencia de tutela No 11001-03-15-000-2019-00169-0, emitida por la Sala Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado (2019), pero si se ha aplicado la S.U. 072/18 de la Corte Constitucional, lo que demuestra que esta Corporación, en general, por lo menos en este último período, ha continuado en la mayoría de sus sentencias siguiendo la línea trazada por la Corte Constitucional.

Conforme a lo antes descrito se puede afirmar que, al interior de la Sección Tercera del Consejo de Estado, las posturas están divididas en cuanto al parámetro de resolución de los casos de privación injusta de la libertad.

Las decisiones de la Corte Constitucional y del mismo Consejo de Estado, que propugnan por señalar que ni la Constitución Nacional ni la Ley, privilegiaron ningún régimen de responsabilidad, pudiendo el juez administrativo escoger el más adecuado en atención a la realidad del caso ha servido para que exista incertidumbre en cuanto según:

Se debe observar varios aspectos a (i) la metodología de análisis de los casos, (ii) la manera como se aborda un caso por atipicidad o porque el hecho no existió, (iii) la exclusión o no de las causales exonerativas de responsabilidad en los casos de privación injusta de la libertad y (iv) si la culpa de la víctima se debe analizar por actuaciones procesales o pre procesales; entre otras (ANJE, 2021, p. 22).

Lo que se resalta con más preocupación, es la distorsión e interpretación indebida que algunos Consejeros de Estado han realizado de la sentencia SU-072 del 2018, pues traen a colación lo mencionado en la misma de que;

En esta Corporación comparte la idea de que, en dos de los casos deducidos por el Consejo de Estado, el hecho no existió o la conducta era objetivamente atípica es

posible predicar que la decisión de privar al investigado de su libertad resulta irrazonable y desproporcionada, luego, para esos eventos es factible aplicar un título de atribución de carácter objetivo en el entendido de que el daño antijurídico se demuestra sin mayores esfuerzos (ANJE, 2021, p. 58).

Con base en lo anterior, algunos fallos del Consejo de Estado han promovido que los casos se resuelvan bajo un régimen de responsabilidad objetivo a través del título de imputación del daño especial manteniendo incólume la responsabilidad automática del Estado y en dichos casos no se realiza un estudio de legalidad de la medida de aseguramiento como lo establece tanto la sentencia C-037 como la SU-072, sino que amparándose en la interpretación extensiva de lo indicado por la Corte Constitucional han entendido que utilizar el fundamento del daño especial implica per se la ausencia de análisis de la medida de aseguramiento y por ende, de la antijuricidad de la privación (ANJE, 2021, p. 58).

Para recapitular lo mencionado sobre la jurisprudencia referente a la privación injusta de la libertad, en la tabla No. 8 se presentan la jurisprudencia emitida por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional con respecto a temas de privación injusta de la libertad.

Tabla 3

Jurisprudencia Consejo de Estado y Corte Constitucional sobre privación injusta de la libertad

Consejo de Estado

<p>Sentencia del 25 de febrero de 2009 radicado 25000232600019980585101 expediente 25508 del magistrado Mauricio Fajardo Gómez</p>	<p>La Sala amplió la posibilidad de que se pueda declarar la responsabilidad del Estado por el hecho de la detención preventiva de ciudadanos ordenada por autoridad competente a aquellos eventos en los cuales se causa al individuo un daño antijurídico aunque el mismo se derive de la aplicación dentro del proceso penal respectivo del principio in dubio pro reo, de manera tal que no obstante haberse producido la privación de la libertad como resultado de la actividad investigativa correctamente adelantada por la autoridad competente e incluso habiendo sido proferida la medida de aseguramiento con el lleno de las exigencias legales el imputado no llega a ser condenado porque la investigación es dudosa e insuficiente para condenar el imputado, circunstancia que hace procedente el reconocimiento de la obligación, a cargo del Estado de indemnizar los perjuicios irrogados al particular, siempre que éste no se encuentre en el deber jurídico de soportarlos – cosa que puede ocurrir, por vía de ejemplo, cuando el hecho exclusivo y determinante de la víctima da lugar a que se profiera, en su contra, la medida de aseguramiento</p>
<p>Sentencia 46790 de octubre 23 de 2017, el magistrado Jaime Orlando Santofimio Gamboa</p>	<p>En un estado social de derecho, la privación de la libertad sólo debería ser consecuencia de una sentencia condenatoria, con el fin de proteger el principio universal de la presunción de inocencia establecido en el artículo 29 de la Carta Política.</p>
<p>Sentencia del 9 de julio de 2021 radicado 05001233100020070259401 expediente 47222 del magistrado Martín Bermúdez Muñoz</p>	<p>Cuando el demandante es absuelto por “<i>atipicidad objetiva de la conducta</i>” se debe aplicar un régimen de responsabilidad objetiva, debido a que el estado le genera un daño a la persona el cual no está en capacidad de soportar por el hecho de vivir en sociedad, superando así las cargas públicas que los ciudadanos deben tolerar.</p>
<p>Sentencias de Unificación del Consejo de Estado</p>	
<p>52001233100019960745901 del 17 de octubre de 2013, expediente 23354 del</p>	<p>Sentencia de unificación jurisprudencial - por privación injusta de la libertad / acción de reparación directa - privación injusta de la libertad / privación injusta de la libertad.</p>

magistrado Mauricio Fajardo Gómez	
68001-23-31-000-2002-02548-01 de 28 de agosto de 2014. MP. Hernán Andrade Rincón.	Sentencia de unificación jurisprudencial - privación injusta de la libertad / privación injusta de la libertad - sentencia de unificación jurisprudencial / sentencia de unificación jurisprudencial
660012331000 20100023501 expediente 46.947 de Carlos Alberto Zambrano Barrera, del 15 de agosto de 2018	Unificó la jurisprudencia modificando la que se venía aplicando por responsabilidad patrimonial del Estado en los casos de privación injusta de la libertad. Siendo más exigente y rigurosa, exigía al juez verificar lo siguiente: 1) Si el daño (privación de la libertad) fue antijurídico o no, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política. 2) Si quien fue privado de la libertad actuó con culpa grave o dolo, desde el punto de vista meramente civil -análisis que hará, incluso de oficio, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva (artículos 70 de la ley 270 de 1996 y 63 del Código Civil) y, 3) Cuál es la autoridad llamada a reparar el daño.
La Sección Tercera del Consejo de Estado en sede de segunda instancia, a través de fallo de tutela del 15 de noviembre de 2019, amparo los derechos al debido proceso de los demandantes, y ordenó DEJAR SIN EFECTOS, la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018 emanada de la misma sección.	Esta sentencia tuvo vigencia entre el 15 de agosto de 2018 y el 18 de noviembre de 2019, ya que fue suprimida del ordenamiento jurídico el 19 de noviembre de 2019 por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, al resolver una acción de tutela mediante sentencia 11001031500020190016901 de noviembre 15 de 2019 del magistrado Martín Bermúdez Muñoz que la dejó sin efectos bajo el argumento de que el juez no puede exonerar al Estado con base en la culpa de la víctima cuando la edificación de la causal se construye de esa manera, evitando invadir las competencias de otras jurisdicciones y la decisión penal absolutoria. A la fecha, el Consejo de Estado no ha producido una sentencia de unificación teniendo en cuenta que la valoración de la conducta pre procesal es competencia exclusiva del juez penal.
73001-23-31-000-2009-00133-0 de 18 de julio de 2019. MP.	Sentencia de unificación jurisprudencial acción de reparación directa - condena acción de reparación directa /

Carlos Alberto Zambrano Barrera	privación injusta de la libertad / delitos de hurto calificado y agravado
11001-03-15-000-2021-00238-01 de 15 de julio de 2021. MP. Myriam Stella Gutiérrez Argüello.	Acción de tutela contra providencia judicial / medio de control de reparación directa / responsabilidad patrimonial del estado por privación injusta de la libertad / falta de valor probatorio
Corte Constitucional	
S. C-528 de 2003	Código de procedimiento penal-inexistencia de regulación acerca de la responsabilidad del estado por privación injusta de la libertad
S. C-528 de 2003	Privación injusta de la libertad-competencia para resolver demandas
S. C-528 de 2003	Responsabilidad patrimonial del estado por privación injusta de la libertad-regulación
S. C-528 de 2003	Responsabilidad del estado por privación injusta de la libertad-regulación gira en torno a la ley estatutaria de la administración de justicia
S. C-187 de 2006	Responsabilidad extracontractual del estado-privación injusta de la libertad
Sentencia T-667 de 2015	Acción de reparación directa en casos de privación injusta de la libertad-término de caducidad se cuenta desde el día siguiente a la ejecutoria de la decisión penal que absolvió al acusado
S. T-667 de 2015	Acción de tutela contra providencias judiciales-improcedencia por cuanto la aplicación de la caducidad a la acción de reparación directa por privación injusta de la libertad no configuró defecto procedimental absoluto, ni desconocimiento del precedente

S. C-037/96, SU.222 de 2016	Responsabilidad del estado por privación injusta de la libertad
S.P.V. SU.072 de 2018	Acción de tutela contra providencias judiciales en materia de responsabilidad del estado por privación injusta de la libertad-decisión adoptada implica modificar precedente de unificación jurisprudencial del consejo de estado
S.P.V. SU.072 de 2018	Acción de tutela contra providencias judiciales en materia de responsabilidad del estado por privación injusta de la libertad-desacuerdo con la interpretación de la sentencia c-037/96
SU.072 de 2018	Acción de tutela contra providencias judiciales en materia de responsabilidad del estado por privación injusta de la libertad-improcedencia por cuanto defecto orgánico propuesto no superó el requisito general de procedibilidad de la acción de tutela
SU.072 de 2018	Acción de tutela contra providencias judiciales en materia de responsabilidad del estado por privación injusta de la libertad-improcedencia por cuanto no se encontró acreditada la configuración de un defecto sustantivo por desconocimiento del precedente
S.P.V. SU.072 de 2018	Acción de tutela contra providencias judiciales en materia de responsabilidad del estado por privación injusta de la libertad-no se incurrió en defecto sustantivo ni por violación directa del artículo 90 de la constitución política
SU.072 de 2018	Acción de tutela contra providencias judiciales en materia de responsabilidad del estado por privación injusta de la libertad-procedencia por defecto material o sustantivo por desconocimiento de una sentencia con efectos erga omnes
SU.072 de 2018	Responsabilidad del estado por privación injusta de la libertad-derecho comparado
SU.072 de 2018	Responsabilidad del estado por privación injusta de la libertad-fuentes internacionales

S. T-045 de 2021	Acción de tutela contra providencias judiciales en materia de responsabilidad del estado por privación injusta de la libertad-improcedencia por cuanto no se configuró defecto fáctico alegado
S. T-045 de 2021	Responsabilidad del estado por privación injusta de la libertad-se debe demostrar daño anti-jurídico
SU.072/18, T-045 de 2021	Responsabilidad del estado por privación injusta de la libertad-jurisprudencia de la corte constitucional
SU.072/18, T-045 de 2021	Responsabilidad del estado por privación injusta de la libertad-jurisprudencia del consejo de estado
S. T-045 de 2021	Acción de tutela contra providencias judiciales en materia de responsabilidad del estado por privación injusta de la libertad-reiteración SU072/18

Adaptado de “CE, Sala Contenciosa Administrativa, No 25000-2326-000-1998-05851-01(25508),2009” (<https://es.scribd.com/document/138868291/25000-23-26-000-1998-05851-01-25508-Prueba-Parensco-Filiacion-Registro-Civil-de-Nacimiento-Unica-Prueba>); “CE, Sala Contenciosa Administrativa, No 73001-2331-000-2009-00429-01(46790),2017” (<https://vlex.com.co/vid/697189029>); CE, Sala Contenciosa Administrativa, No. 05001-2331-000-2007-02594-01(47222),2021 (<https://vlex.com.co/vid/841381733>); CE, Sala Contenciosa Administrativa, SU. No. 52001-2331-000-1996-07459-01(23354),2013 (<https://vlex.com.co/vid/-508632478>); CE, Sala Contenciosa Administrativa, SU. No. 68001-2331-000-2002-02548-01(36149),2014 (<https://vlex.com.co/vid/556676222>); CE, Sala Contenciosa Administrativa, SU No. 66001-2331-000-2010-00235-01(46947),2018 ([https://jurinfo.jep.gov.co/normograma/compilacion/docs/66001-23-31-000-2010-00235-01\(46947\).htm](https://jurinfo.jep.gov.co/normograma/compilacion/docs/66001-23-31-000-2010-00235-01(46947).htm)); CE, Sala Contenciosa Administrativa, SU. No. 73001-2331-000-2009-00133-01(44572),2019(<https://vlex.com.co/vid/807630769>); “S.C-528/03”CC, 2003(<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-528-03.htm>); “S.C-187/06”CC, 2006(<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-187-06.htm>); “S.T-667/15”CC, 2015(<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-667-15.htm>); “S.C-037/96”CC, 1996(<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-037-96.htm>); “S.U222/16”CC, Corte Constitucional, 2016(<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/SU222-16.htm>); “SU072/18”CC, 2018(<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU072-18.htm>); “T-045/21” Corte Constitucional, 2021. (<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/T-045-21.htm>);

Capítulo II Afectación al erario en Colombia por privación injusta de la libertad

“Bajo un gobierno que encarcele a alguien injustamente, el sitio adecuado para una persona justa es también la cárcel”

(Thoreau, 1984, p.143)

El propósito de este capítulo es realizar una conceptualización histórica y teórica de la afectación al erario que genera las condenas por privación injusta de la libertad, para lograr este objetivo, se utiliza una metodología cualitativa de investigación, que admite la revisión de la bibliografía pertinente, entre ella los informes y reportes emitidos por la Dirección Ejecutiva de la Rama Judicial, la Dirección Jurídica de la Fiscalía General de la Nación y La Agencia Nacional de defensa Jurídica del Estado, se propone de manera general conocer las condenas de privación injusta de la libertad y la afectación al fisco, en el periodo de tiempo 2018 – 2020 y las medidas para contrarrestar el desangre del presupuesto. Este tema ha sido de interés para la el Ejecutivo y la Rama Judicial en particular en la implementación de políticas publicas.

2.1. El Erario

Grosso modo, el erario se define como el conjunto de bienes públicos de un Estado, provincia o municipio (RAE, 2014). El concepto general del erario coincide con la totalidad del patrimonio del Estado, etimológicamente hablando proviene del vocablo latino *erarium*, (cobre) ya que en el mundo antiguo las monedas en su gran mayoría estaban elaboradas en dicho metal (Salvá, 1843), en nuestros días el término se emplea como sinónimo de tesoro público.

2.2. El Erario en Colombia.

En Colombia, según la ley 42 de 1993 la entidad que se encarga del manejo del erario es el Ministerio de Hacienda Nacional pero el Ente que por función constitucional se encarga de vigilar que los recursos públicos se utilicen en una debida forma es La Contraloría General de la Republica. Sin embargo, en los casos que un funcionario, por un error judicial u omisión, genere con sus acciones un daño al patrimonio público, será las jurisdicciones penal, disciplinaria y contenciosa administrativa las encargadas de sancionarlos y de solucionar el asunto a través de las diferentes acciones y medios de control. (L. 42, art.40, 1993).

2.3. El Impacto Fiscal Producto de las condenas de Privación Injusta de la Libertad

La Contraloría General de la Republica (*CGR*, 2017), determinó que en los últimos 14 años las condenas contra el Estado han obligado a destinar recursos del Presupuesto General de la Nación, por el orden de 11,2 billones de pesos, lo que se convierte en una gran pérdida de recursos públicos, aduciendo que: “se trata del mismo valor que ha costado la implementación de la Ley de Justicia y Paz desde 2005 hasta 2016, o dos veces los ingresos esperados en la última reforma tributaria”, Boletines de Prensa, [*CGR*] agosto 23 (2017).

Si tenemos en cuenta que el presupuesto general del Ministerio de Minas y Energía es de 37 billones para el 2018, 11,2 billones menos equivaldrían a la tercera parte, lo que

significa que, “por causa de errores de la Administración, centenares de personas se podrían quedar sin su alimentación, por ejemplo. Once billones es una cifra desorbitante” (García Segura y Laverde Juan, 2018, p. 1).

Pero el panorama es más preocupante aun si se miran las cifras dadas a conocer por el periódico el Espectador en donde se estima que:

Al 31 de diciembre de 2017, de acuerdo con el Sistema Único de Información Litigiosa del Estado, había 451.398 procesos activos en contra de la nación, con pretensiones por \$350,5 billones. Respecto del pago de condenas, la deuda generada por sentencias y conciliaciones a cargo de entidades públicas del orden nacional alcanzó el año pasado \$5,1 billones, mientras que los pagos realizados ascendieron sólo a \$730.000 millones. Los análisis indican que esa deuda por pagar por esas sentencias y conciliaciones crece 24 % en promedio cada año. Es decir, de continuar esta tendencia, en 10 años el capital adeudado alcanzará los \$16,7 billones, los cuales, sumados al pago de intereses de mora establecidos en la normatividad, podrían alcanzar los \$24 billones. (García Segura y Laverde Juan, 2018, p. 1)

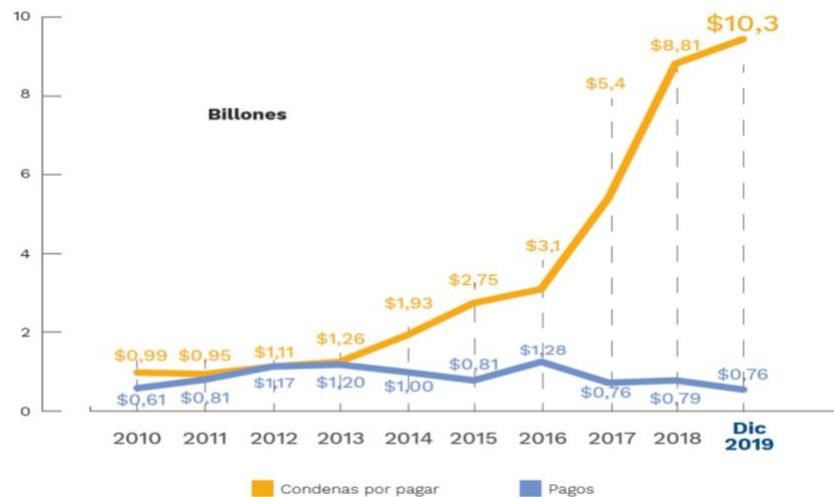
2.4. Afectación al erario por privación injusta de la libertad

El haber hecho una aproximación a las nociones de daño antijurídico, responsabilidad patrimonial del Estado por daño antijurídico y privación injusta de la libertad permite abordar con conocimiento de causa el tema que suscita la elaboración del presente trabajo que tiene que ver con el enorme impacto de las demandas por privación

injusta de la libertad sobre el erario de la nación. La situación es alarmante, como lo han notado los académicos, reconociendo que con corte a primer trimestre de 2020 los procesos de reparación directa, dentro de los cuales está el motivo del presente análisis, están cercanos a los 60.000 con pretensiones que ascienden a \$140 billones de pesos y a diciembre de 2019 “la cuenta créditos judiciales, [la cual] registra el valor de las cuentas por pagar de las entidades del Estado por concepto de sentencias y conciliaciones” (Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, 2021, p.36)., tenía un saldo de \$10, 3 billones de pesos

Figura 1

¿Cuánto debe la nación?



Tomado de “Informe de Litigiosidad Primer Trimestre 2021” por CHIP Agencia Jurídica del Estado, 2021.

(https://defensajuridica.gov.co/gestion/informes/informes_litigiosidad_2021/210426_informe_litigiosidad_corte_31_marzo.pdf)

El empobrecimiento del erario constituye el fenómeno denominado detrimento patrimonial, para la Contraloría General de la República (2013), se refiere a una lesión del

patrimonio público “producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, que en términos generales no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado” (CC, C-340/07, 2007) y, la misma Contraloría, determinó que en los últimos 14 años las condenas contra el Estado han obligado al desembolso de recursos del Presupuesto General de la Nación por un valor de 11,2 billones de pesos (Contraloría General de la República, 2017).

De acuerdo con el Comité de Conciliación de la Dirección Jurídica de la Fiscalía General de la Nación, en estudio realizado sobre la actividad litigiosa en lo concerniente a la cantidad de demandas y condenas radicadas en el periodo comprendido entre enero de 2016 y diciembre del mismo año, se encontraron 2849 demandas y 935 condenas, de las cuales 2149 demandas correspondieron a privación injusta de la libertad generándole a la entidad pagos del orden de \$2.332.557.404.273. De acuerdo con la revisión de las resoluciones sobre privación de la libertad de la Dirección de Administración Judicial, el valor de las demandas en la rama judicial por privación injusta de la libertad durante los años 2015, 2016 y 2017 ascendió a \$5.360.757.962, \$32.017.991.468, y \$24.094.318.329, respectivamente (Peláez, 2020).

En este orden de ideas, se advierte que el año con los mayores valores por demandas por privación injusta de la libertad corresponde a 2016, esto obedece al criterio de imputación objetiva exteriorizado por el Comité de Conciliación de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, toda vez que para estos eventos el juez de la responsabilidad

condenaba automáticamente al Estado por los supuestos previstos en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, esto es como se recuerda:

Cuando el hecho no existió, cuando el sindicado no lo cometió, cuando o la conducta no constituía hecho punible. Igualmente, en circunstancias en las que se haya aplicado el principio de *in dubio pro reo*, es decir, cuando el procesado es absuelto por duda

Dicha imputación objetiva conlleva a que el Estado indemnice por estos hechos sin tener presente la consideración subjetiva de los mismos, resultando en que, no obstante, un proceso llevado a cabo apegado a Derecho termina condenando al pago por parte del Estado, teniendo como única eximente “la responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima” (Política Para La Prevención del Daño Antijurídico, 2018, p. 8).

Si se tuviera en cuenta los pronunciamientos realizados por la Corte Constitucional M.P.H: Gloria Ortiz al mencionar que “El Estado solo debe responder económicamente por esta violación a los derechos, cuando la persona que pide la indemnización es declarada inocente”. Es decir, cuando son absueltos por falta de pruebas o porque pasa el tiempo previsto en la ley para desarrollar una investigación y no hay resultados, en este caso la nación no tiene que pagarle una indemnización a quien la pide (Ortiz, 2018b, p. 53).

Como propone Ortiz (2018) sobre lo que debe probar el funcionario judicial que estuvo detrás de la privación injusta de la libertad que actuó de manera “inapropiada, irrazonable,

desproporcionada o arbitraria”. Se trata, en todo caso, de un asunto técnico en temas jurídicos, pero de extrema sensibilidad para quienes manejan las cuentas del Estado (p. 53).

2.5 Identificación y causa de la actividad litigiosa

Ahora bien, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado ha manifestado que existen 16.597 casos vigentes y que, de fallarse en contra del Estado, se debería pagar más de 23 billones de pesos, sólo la Fiscalía General de la Nación a diciembre de 2017 debía 965.000 millones de pesos siendo la privación injusta de la libertad la cuarta causa más frecuente de demandas contra el Estado (Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, 2021). En la tabla 1 se presenta la actividad litigiosa relacionada en contra del Estado de enero de 2015 a diciembre de 2016.

Tabla 1

Identificación actividad litigiosa

Nombre de la entidad		Dirección Ejecutiva De Administración Judicial - DEAJ		Nivel de litigiosidad: Medio	
Identificación de la actividad litigiosa					
Periodo analizado		Desde:	1 de enero 2015	Hasta	31 de diciembre de 2016
Tipo de insumo	Tipo de acción	Causa general		Frecuencia	Valor
Demanda	Reparación directa	Privación injusta de la libertad		2825	\$2.493.207.209.399
Demanda	Reparación directa	Defectuoso funcionamiento de la administración de justicia		341	\$204.970.123.182
Demanda	Reparación directa	Falla del servicio por error judicial		274	\$399.184.601.127
Demanda	Nulidad y restablecimiento	Ilegalidad del acto administrativo que no reconoce		404	\$74.805.746.269

Nombre de la entidad	Dirección Ejecutiva De Administración Judicial - DEAJ	Nivel de litigiosidad: Medio		
		la bonificación por compensación		
Demanda	Nulidad y restablecimiento	No reconocimiento en derecho de prestaciones sociales	470	\$58.545.093.929
Demanda	Nulidad y restablecimiento	Ilegalidad del acto administrativo que declara la insubsistencia de funcionario en provisionalidad	42	\$5.680.335.835
Demanda	Nulidad y restablecimiento	Mora en el pago de auxilio de cesantías	26	\$1.369.910.555
Demanda	Nulidad y restablecimiento	No pago de salarios	62	\$730.374.289
Demanda	Nulidad y restablecimiento	No reconocimiento de reajuste y/o nivelación salarial	60	\$3.770.915.408
Demanda	Nulidad y restablecimiento	Ilegalidad del acto administrativo que no reconoce la reliquidación de la pensión	14	\$1.224.158.923
Demanda	Nulidad y restablecimiento	Ilegalidad del acto administrativo que declara la insubsistencia de funcionario de carrera	18	\$2.027.262.369
Demanda	Controversias contractuales	Incumplimiento en la liquidación del contrato	11	\$1.149.335.562

Tomado de "Política Para La Prevención del Daño Antijurídico" por La Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, 2019. (Comunicación personal)

Entonces, al revisar los anales correspondientes a litigios en contra de la Rama Judicial se encuentra que para el año 2017 el número de demandas correspondientes a privación injusta de la libertad fue de 2.825, lo cual, de acuerdo con la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, 2019 permite inferir que "la priorización de la causa general se deriva de su alta frecuencia" (Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, 2019, p. 7), evidenciándose ya un patrón de comportamiento y alertando, a la vez, sobre la gran cantidad de presentación de estos casos.

Dentro de las principales causas detectadas en las demandas por privación injusta de la libertad se encuentran las desglosadas en la Tabla 2.

Tabla 2*Causas de demandas por privación injusta de la libertad*

Causas primarias / Subcausas	Frecuencia	Valor	Responsable	¿Se puede prevenir?	Prioridad
Deficiencias probatorias en la etapa investigativa lo que conlleva a que los procesos penales no finalicen en condenas penales definitivas	130	\$57.704.321.365	Fiscales de conocimiento	Sí	Alta
Falta de verificación de los requisitos legales y jurisprudenciales para la Imposición de medidas de aseguramiento de detención preventiva en procesos penales regidos por la Ley 600 de 2000	71	\$16.355.700.009	Fiscales de conocimiento	Sí	Media
Falta de verificación de los requisitos legales y jurisprudenciales para solicitar al Juez Penal de Control de Garantías la imposición de medidas de aseguramiento de detención preventiva en procesos penales regidos por la Ley 906 de 2004	59	\$41.348.621.355	Fiscales de conocimiento	Sí	Media
Absoluciones dentro de procesos penales	29	\$9.056.867.095	Fiscales de conocimiento	Sí	No aplica

Causas primarias / Subcausas	Frecuencia	Valor	Responsable	¿Se puede prevenir?	Prioridad
en los que la medida de aseguramiento fue correctamente impuesta					

Tomado de “Política Para La Prevención del Daño Antijurídico” por La Fiscalía General de la Nación, 2018. (Comunicación personal)

Como se aprecia, casi todas estas causas se pueden prevenir correspondiendo la responsabilidad, en su mayoría, a los fiscales de conocimiento, ratificándose así lo planteado acerca de la enorme negligencia e incuria que representan un desangre permanente a las arcas de la nación, que podría evitarse tomando las medidas pertinentes, las cuales se analizarán posteriormente.

De otra parte, se ha señalado que gran parte de las demandas que se incoan contra la nación corresponden a pretensiones cuyo fin es saquear el dinero de todos los colombianos, el entonces director de la Agencia Jurídica del Estado, Luís Guillermo Vélez, reconoció: “Existe una industria de abogados dedicada a esquilar al Estado y a extraer los recursos de todos para favorecer a unas pocas personas, abusando de la ley” (Agencia Jurídica del Estado, 2017, párr.2), de allí que resulte apremiante la adopción de medidas para contener la fuga de recursos públicos que deberían destinarse a alguna de las múltiples necesidades urgentes que tiene la nación.

Acorde con la determinación de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y de la Fiscalía General de la Nación, según la cual la causa principal de litigiosidad de demandas contra la Nación, en su rama judicial, es la privación injusta de la libertad (Consejo Superior de la Judicatura, 2019; Fiscalía General de la Nación, 2018) en la Tabla 3 se discriminan las causas principales que la generan, así como sus sub-causas y otras características pertinentes a la presente investigación.

Tabla 3

Causa general de privación injusta de la libertad y sus sub-causas

Nombre de la entidad		Dirección Ejecutiva de Administración Judicial - DEAJ				Nivel de litigiosidad : Medio	
Análisis de causas primarias o sub-causas							
Causa general	Hechos	Causas primarias o sub-causas	Frecuencia	Valor	Área generadora de la conducta	¿Es prevenible?	Prioridad
Privación injusta de la libertad	1. 17 de octubre de 2013, el Consejo de Estado, Sección Tercera, en sentencia de unificación, determinó que el régimen de responsabilidad aplicable bajo el título de imputación de privación injusta de la libertad es el objetivo, siempre que se presenten los supuestos previstos en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, esto es: Cuando el hecho no existió, cuando el sindicado no lo cometió o cuando la conducta no es constitutiva de delito. Igualmente, en eventos en que se haya aplicado el principio de in dubio pro-reo, es decir, cuando el procesado es absuelto por duda. Si bien, en sentencias de unificación del Consejo de Estado de 15 de agosto de 2018 Rad. No. 66001-23-31-000-2011-00235 01 (46.947) y de la Corte Constitucional SU072	Pese a que en sentencias de unificación del Consejo de Estado de 15 de agosto de 2018 Rad. No. 66001-23-31-000-2011-00235 01 (46.947) y de la Corte Constitucional SU 072 de 2018 fue rectificado el criterio de la sentencia de unificación de 17 de octubre de 2013, la Nación – Rama Judicial sigue siendo condenada cuando la persona a la que se le impuso medida de aseguramiento posteriormente es absuelta.	No aplica	No aplica	Jueces penales	No	Alta

Nombre de la entidad	Dirección Ejecutiva de Administración Judicial - DEAJ				Nivel de litigiosidad : Medio	
<p>de 2018, se cambió el anterior criterio, en el sentido de exigir la valoración efectiva de la antijuridicidad del daño, catalogado como una actuación ilegal, desproporcionada, arbitraria e irrazonable; no obstante, también estas sentencias, refirieron que en virtud del principio <i>iura novit curia</i>, debe el juez de lo contencioso administrativo determinar el régimen de responsabilidad aplicable a cada caso (subjeto u objetivo), por ello, algunos jueces han seguido aplicando régimen objetivo, lo que sigue motivando la presentación de demandas por este tema, como impactando en el número de condenas.</p>						
<ol style="list-style-type: none"> 1. Indebida individualización. 2. Vencimiento de términos. 3. Imposición de medida de aseguramiento y posterior absolución. 4. Prolongación ilícita de la privación de la libertad 	Imposición indebida de medida de aseguramiento	2825	\$2.493.207.209.399	Jueces penales	Si	Alta

Tomado de "Política Para La Prevención del Daño Antijurídico" por La Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, 2019.

El diagnóstico a esta problemática hace que la defensa jurídica se posicione como una política pública en torno a evitar ingentes pérdidas a la nación, generando estrategias de regulación de la responsabilidad extracontractual del Estado, de lo contrario se seguirá generando un desangre pecuniario por temas como la reparación a víctimas, inseguridad jurídica, o, como indica Arenas (2020), “porque la acción de repetición se torne ineficaz por deficiencia en los elementos probatorios con los que se pretenda demostrar el dolo o la culpa grave del actuante” (p. 7).

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional en sentencia No 27001-23-31-000-2001-01329-01 (26535) ya jurisprudencia emitida también por la Sección Tercera del Consejo de Estado, (2015), analizó los conceptos de culpa grave y dolo cuando estudió los elementos estructurales de la acción de repetición. En ese sentido, el máximo Tribunal Constitucional señaló que esas figuras no deben limitarse a las definiciones establecidas en el Código Civil, sino que también deben tenerse en cuenta las particularidades de cada caso y armonizarse con: Lo dispuesto en los artículos 6° y 91 de la Constitución Política sobre la responsabilidad de los servidores públicos, (ii) los manuales y reglamentos de funciones en la Administración, (iii) los principios constitucionales como la buena fe y (iv) algunas instituciones establecidas en la Ley como lo son los contratos, bienes y la familia.

Cuantitativamente hablando, respecto de los valores pagados por sentencias por parte del Estado debido a privación injusta de la libertad durante los años 2018-2020, la Dirección Ejecutiva de la Rama Judicial, informa lo presentado en la Tabla 4.

Tabla 4

Sentencias pagadas por motivo de reparación directa debido a privación injusta de la libertad, años 2018-2020

Año	Valor
2018	\$21.855.750.168
2019	\$29.624.032.612
2020	\$28.429.436.435
Total	\$79.909.219.215

Tomado de "Informe Privación Injusta Corte Constitucional" por La Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, 2020. (Comunicación personal)

Al revisar las sentencias se encuentra que en gran medida las demandas devienen por medidas de aseguramiento de detención preventiva, en línea con lo ordenado en el Artículo 313 del Código de Procedimiento Penal, modificado mediante Artículo 60 de la Ley 1453 de 2011, de acuerdo con lo cual la detención preventiva ocurre:

1. En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados.
2. En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años.

3. En los delitos a que se refiere el Título VIII del Libro II del Código Penal, cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
4. Cuando la persona haya sido capturada por conducta constitutiva de delito o contravención, dentro del lapso de los tres años anteriores, contados a partir de la nueva captura o imputación, siempre que no se haya producido la preclusión o absolucón en el caso precedente. (L. 1826, art. 7, 2017)

A lo anterior se le debe añadir como causa adicional la altísima carga laboral a la que están sometidos los empleados de la rama judicial, así como el poco personal de investigadores y de policía judicial; debido a las actuales condiciones socioeconómicas que afronta el país, la tasa de criminalidad que ha estado en crecimiento por el accionar de la delincuencia interna, la llegada extranjeros y la instrumentalización realizada por algunas bandas criminales a personal de inmigrantes. provocando que llegue una profusión de casos a los despachos judiciales, lo que es aprovechado por algunos abogados para atacar las debilidades del sistema judicial (a. Elaboración propia)

Es alarmante esta situación según ASONAL JUDICIAL, resulta desacertada la manera como se construyen actualmente los indicadores de gestión, y por ende, la calificación de servicios de los jueces y magistrados. Basandose estrictamente en criterios cuantitativos de entrada y salida de expedientes, que de forma alguna han redundado en una mejor administracion de justicia. Triplicandose la tasa de produccion de providencias

judiciales desde el año 1996, a costa de la salud de los funcionarios judiciales, para mantener un alto índice de aprobación social, que en otras palabras, la Rama Judicial se ha propuesto a contar pero no a medir las sobrecargas y necesidades de los trabajadores de la justicia (Lemus, 2015, parr. 3).

Capítulo III Marco legal y jurisprudencial del daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del estado.

*El derecho es una ordenación normativa del comportamiento humano, lo que significa: un sistema de normas que regulan el comportamiento humano
(Kelsen, 1973, p.23)*

La cantidad y el monto de las demandas contra la nación aumentan año tras año de manera alarmante alcanzando para el año 2018 los 400 billones de pesos, para el 2019 los 427 billones y para el primer trimestre de 2020 los 424 billones de pesos (Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, 2020). Dentro de estas se encuentra que en su mayoría son procesos de reparación directa con un (62.8%) También llama la atención que cerca de un 62% de los procesos activos junto con un 31% de las pretensiones se han admitido desde el año 2017.

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, entidad que lidera la defensa jurídica de la Nación, para proteger la institucionalidad y los recursos públicos, informa que, dentro de los departamentos de Colombia, aquellos en los que más, se admitieron procesos de reparación directa fue Bogotá con (73.020 procesos), Antioquia (59.027

procesos) y Valle del Cauca (45.447 procesos). Cuyas pretensiones alcanzan respectivamente los 26,3 billones de pesos, 27,7 billones de pesos y 23,8 billones de pesos¹;

Las principales causas en lo contencioso administrativo (no laboral) para procesos en el año 2019 figura la privación injusta de la libertad (con 16.084 casos) y para el año 2020 por esta causa ya había 14.915 procesos. Siendo así que para diciembre de 2019 el Estado adeudaba un monto de \$10,3 billones de pesos por concepto de sentencias y conciliaciones (Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, 2020).

Figura 2. Departamentos donde se admitió mayor número de demandas



Tomado de “Informe de Litigiosidad Primer Trimestre 2021” por CHIP Agencia Jurídica del Estado, 2021.
(https://defensajuridica.gov.co/gestion/informes/informes_litigiosidad_2021/210426_informe_litigiosidad_corte_31_marzo.pdf)

¹ Información correspondiente a los años 1981-2020.

Tabla 5

Departamentos con mayor número de demandas admitidas

Departamento	Procesos	%	Pretensiones (Billones)	%
Bogotá	73.020	18,3%	\$26,29	6,6%
Antioquia	59.027	14,8%	\$27,68	7%
Valle del Cauca	45.447	11,4%	\$23,76	6%
Atlántico	21.686	5,4%	\$13,02	3,3%
Cundinamarca	19.653	4,9%	\$130,75	32,9%
Santander	16.967	4,3%	\$7,25	1,8%
Bolívar	14.572	3,7%	\$32,01	8%
Norte de Santander	11.808	3%	\$6,78	1,7%
Risaralda	11.775	3%	\$3,27	0,8%
Caldas	11.576	2,9%	\$1,80	0,5%
Demás	113.517	28,4%	\$125,37	31,5%

Tomado de “Informe de Litigiosidad Primer Trimestre 2021” por Agencia Jurídica del Estado, 2021. (https://defensajuridica.gov.co/gestion/informes/informes_litigiosidad_2021/210426_informe_litigiosidad_corte_31_marzo.pdf)

Lo anterior permite hacer una idea de la gravedad del problema que se está tratando y del enorme detrimento del erario, (Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2021, pág. 10) no obstante, antes de entrar plenamente en materia es necesario tener claridad que: Al hablar de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad se está en un terreno donde se entre lapsa el derecho penal y el administrativo, resultando imperioso hablar del daño antijurídico y de la responsabilidad extracontractual del Estado, temas estrechamente ligados con la materia.

3.1 Generalidades sobre el daño antijurídico

Cuando se hace referencia a un acto antijurídico se está hablando de aquél prohibido por el ordenamiento jurídico, es decir, opuesto o contrario a Derecho, dicho término deviene de la doctrina jurídica alemana y este, a su vez, se desprende del concepto de antijuridicidad el cual proviene del Derecho Romano aproximadamente en el siglo III antes de la era cristiana. En el ámbito jurídico un acto contrario al ordenamiento jurídico, es decir aquel que cumpla la condición de antijuridicidad, es susceptible de ser sancionado si a la vez se cumplen los criterios de tipicidad y culpabilidad, de acuerdo con la teoría del delito.

Ahora, cuando se habla de un daño antijurídico se entiende como la lesión a un derecho, bien jurídico o interés legítimo que la persona que lo padece no está en la obligación legal de soportar, como se ratifica en la Sentencia C-333 de 1996, con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero: “El daño antijurídico, no como aquel que es producto de una actividad ilícita del Estado, sino como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo”, el daño antijurídico no se desprende de la licitud o ilicitud de la actuación sino del daño en sí mismo, por lo cual se considera indemnizable obligando al Estado a buscar que se reparen, en la medida de lo posible, las condiciones al estado previo al acaecimiento del perjuicio, es decir a resarcir el daño.

Con la promulgación de la Constitución de 1991 que se dio vigencia en el país al concepto de “daño antijurídico”, especialmente en lo tocante al artículo 90 se le atribuye al Estado la responsabilidad patrimonial de responder por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el

evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de uno de sus agentes, aquél deberá repetir contra éste (Const. P., art. 90, 1991).

Aquí se aprecian dos cosas, primero que la noción de daño antijurídico surge como sustento de la responsabilidad de la administración pública, cambiando el enfoque previo de responsabilidad de lo subjetivo hacia lo objetivo (García, 1984) al desplazar la antijuridicidad de la causa del daño al daño mismo y, segundo, se hace patente el principio de igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas y ante la ley. No obstante, también es necesario decir que en el artículo 90 de la Carta Magna, ya citado, se menciona el daño antijurídico, mas no se ofrece una definición del mismo, de allí el énfasis en dar luces sobre dicho término.

Queda en claro, de acuerdo con las altas cortes, que el daño antijurídico según la sentencia SU 072/18 es un “perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo” y de acuerdo con el Consejo de Estado en su sentencia Radicado No. 8163 de 1993 es “la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extra patrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar”

Finalmente, es necesario aclarar que no todo daño antijurídico es indemnizable, se deben cumplir ciertos requisitos para que entre en este apartado, La Sección Tercera del Consejo de Estado (2017) aporta al respecto que se requiere la ocurrencia de los siguientes

eventos: i) que exista la certeza de la ocurrencia de la antijuridicidad del hecho, para ello no basta con suposiciones o situaciones hipotéticas, sino que debe ser un hecho cierto, donde se pueda apreciar el daño material y jurídicamente; ii) que sea de carácter personal, de modo que sea experimentado por quien lo demanda o alega, bien sea como parte de su patrimonio material o inmaterial, por vía directa o hereditaria; iii) que sea lícito, siendo así debe recaer sobre un bien o una cosa amparada por el ordenamiento jurídico, y iv) que tenga carácter de persistencia, mientras no haya sido reparado anteriormente mediante otras vías.

3.2 Responsabilidad patrimonial por daño antijurídico

La responsabilidad patrimonial estatal por daño antijurídico está definida por el precitado artículo 90 de la Constitución Nacional, en línea con el carácter de Estado Social de Derecho que caracteriza a Colombia, a manera de mecanismo de protección de los ciudadanos manteniendo los pesos y contrapesos (El País, 2019) ante el aumento de la actividad del poder público, ofreciendo así mayor garantía jurídica al patrimonio particular.

Vale la pena tener presente que antes de 1991 no había en el ordenamiento jurídico de nuestro país una mención puntual que estableciera la responsabilidad patrimonial del Estado, fue hasta la consagración de la Constitución de ese año que se configuró tal responsabilidad en forma específica, ya no derivada de otras normas, según lo manifestado en sentencia C-286/17 emitida por la Corte Constitucional (2017) siempre que se

cumplieran tres requisitos: i) *Que ocurriera un daño antijurídico (considerado en el numeral anterior)* ii) *Que hubiera causalidad jurídica (imputatio facti)*, es decir que el daño o lesión fuera imputable al Estado, y iii) *Que se presentara causalidad material (imputatio iuris)*, es decir que el daño o lesión fueran producidos como efecto inmediato por acción u omisión de una entidad pública o de uno de sus agentes.

El máximo tribunal de la jurisdicción constitucional en su sentencia C-644/11, aclara sobre la noción de responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia, indicando que; la responsabilidad patrimonial del Estado, en nuestro sistema jurídico, encuentra fundamento en el principio de la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, y se configura cuando concurren tres presupuestos fácticos a saber: i) un daño antijurídico o lesión, definido como el menoscabo o perjuicio que sufre la víctima en su patrimonio o en sus derechos personalísimos, sin tener el deber jurídico de soportarlo; ii) una acción u omisión imputable al Estado, que se presenta cuando la Administración Pública no satisface las obligaciones a su cargo dentro de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que han sido fijadas; y iii) una relación de causalidad, para que el daño antijurídico atribuido al Estado sea indemnizable, que exige que éste sea consecuencia del incumplimiento de las obligaciones de la Administración, esto es, desde una perspectiva negativa, que el daño sufrido por la víctima no se derive de un fenómeno de fuerza mayor o sea atribuible a su conducta negligente. (CC, C-644/11.2011)

Se infiere de lo mencionado hasta ahora en este apartado que no se mencionan excepciones en cuanto a la responsabilidad patrimonial del Estado por daños antijurídicos imputables causados tanto por acción como por omisión de las autoridades públicas.

De manera que ningún órgano del Estado está exento de responder patrimonialmente cuando se presenten daños antijurídicos y la obligación de reparación, en este caso la responsabilidad del Estado, proviene del daño antijurídico, antes que de la ilicitud de la conducta; así mismo con la ocurrencia del daño antijurídico se ve comprometida la responsabilidad del Estado, bien sea porque éste ofrece un servicio que funciona de manera anormal o bien porque aunque dicho servicio funcione de manera normal ocasiona un daño que el ciudadano no está en obligación de soportar (CC, C-484/02, 2002).

Para resarcir los daños así ocasionados, el Estado deberá conferir una reparación de tipo pecuniario acorde con lo establecido por el Consejo de Estado y los tribunales administrativos y aquí la jurisprudencia (CC, C-484/02, 2002) aclara que la responsabilidad le corresponde al Estado, en su calidad de garante máximo de los derechos y garantías de la sociedad. No obstante, en caso de fallo contrario al Estado, éste tiene el deber de repetir contra el servidor público, involucrado para hallar su responsabilidad en las acciones ocurridas: El constituyente determinó el fundamento de la responsabilidad personal de sus agentes al ordenarle que repita contra éstos cuando su condena a la reparación patrimonial sea consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de tales agentes. (CC, C-484/02. 2002).

Es claro que la responsabilidad del Estado en este caso es objetiva y directa de manera que las personas lesionadas en sus intereses tendrán derecho a reclamar un resarcimiento económico de acuerdo con lo establecido por la ley. Al respecto vale la pena considerar la postura que adopta el Consejo de Estado sobre el asunto de la responsabilidad estatal. Esta alta corte reconoce dos tipos de regímenes principales en este caso: la responsabilidad subjetiva y la objetiva, la primera toma como prioridad la existencia de dolo o culpa en la conducta del actuante mientras que la segunda omite la variable de la conducta bastándole solamente la existencia misma de un daño ocasionado bien sea por acción u omisión por parte de la administración.

En el régimen subjetivo deben concurrir tres factores: i), la ocurrencia del daño; ii), conducta culposa o dolosa del actuante y/o la omisión de su parte; y iii) la existencia de una relación de causa entre el daño ocurrido y la conducta que lo ocasiona; mientras que en el régimen objetivo deben concurrir dos factores: primero, el hecho, que en este caso puede ser la conducta o la omisión; y segundo: el daño propiamente dicho. En este último régimen los títulos de imputación son: 1) el daño especial, 2) la privación injusta de la libertad, 3) la expropiación y ocupación de inmuebles en caso de guerra y 4) el riesgo excepcional. En el tema que nos compete, la privación injusta de la libertad, esta se materializa cuando:

Una persona ha sido cobijada bajo detención preventiva en el curso de una investigación penal y al finalizar el proceso, este no termina con una sentencia

condenatoria para el procesado, sin importar los motivos que condujeron a dicho resultado, que puede ser por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente, porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o porque la conducta no constituyese hecho punible alguno (Royero, 2018, p. 147).

A pesar de que el Consejo de Estado, en cuanto tiene que ver con la privación injusta de la libertad, admite como criterio general el régimen de responsabilidad objetivo, no excluye el subjetivo concediendo que en ciertos casos concretos se deben analizar las circunstancias fácticas para decidir qué régimen se debe adoptar; es así como la Ley 270 de 1996 sostiene la responsabilidad subjetiva del Estado mientras que el Decreto 2700 de 1991 admite la responsabilidad con base en el régimen objetivo en el caso en comento.

Respecto a esta dicotomía la Sección Tercera del Consejo de Estado del 17 de octubre de 2013 profirió la sentencia No 52001-23-31-000-1996-7459-01 (15469), determinando que cuando se cumplan los supuestos del Art. 414 del Decreto 2700 de 1991 se deberá aplicar el régimen de responsabilidad objetiva, de manera que: “El Estado debe indemnizar por la sola ocurrencia de los supuestos antes señalados”, sin ninguna consideración de carácter subjetivo de la actuación que dio lugar a la privación de la libertad”, por ende, incluso una actuación judicial penal correctamente adelantada bajo los procedimientos legales, da lugar a indemnización en los casos reseñados, y solo puede exonerarse el Estado si tiene ocurrencia el eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima.

No obstante, tanto la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante sentencia de unificación radicada bajo el 66001-23-31-000-2011-0023501(42966), del 2018 y la Corte Constitucional en Sentencia SU 072/18 rectificaron la sentencia precitada de unificación aduciendo que: “En todos los casos debe establecerse si la privación de la libertad resulta ser injusta y, en consecuencia, antijurídica, entendida ésta como una actuación desconocedora de los presupuestos y procedimientos convencionales, constitucionales y legales que legitiman la restricción de la libertad, e inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria.

La Sesión Tercera del Consejo de Estado dejó sin efectos la decisión. Al respecto esa alta corporación indicó que: en nuestro ordenamiento jurídico, el hecho de ser privado injustamente de la libertad le permite a un ciudadano, demandar al Estado por esa condición injusta; sin embargo, en el caso en particular, con una ponencia de la Sesión Tercera del Consejo de Estado, no se ordena reparar al sujeto, y razón es la culpa de la víctima.

Esa Corporación explicó que la culpa de la víctima se configura cuando, quien fue exonerado de responsabilidad penal, no lo fue porque no hubiera dado toda la ocasión para ser investigado y privado de la libertad. (Octavio & James, 2018) por lo que el derecho penal es mucho más exigente, ya que éste “se rige por principios distintos al derecho administrativo, en la medida que exige la prueba plena de la responsabilidad del procesado. (RCN radio, 2018)

De hecho, el art. 381 del estatuto procesal penal establece que: “*Conocimiento para condenar. Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio...*”; en derecho administrativo el hecho de que una persona haya sido absuelta, no significa automáticamente que se haga acreedora o merecedora de una reparación por privación injusta de la libertad. (Octavio & James, 2018)

Pese a lo anterior y en correspondencia con el principio *iura novit curia* sigue siendo potestad del juez de lo contencioso administrativo establecer el régimen de responsabilidad que se debe aplicar en cada caso, lo que ha impedido zanjar la cuestión de manera definitiva. Más recientemente la subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 15 de noviembre del 2019 dejó sin efecto la precitada Sentencia 66001-23-31-000-2011-0023501/2018 que unificaba la jurisprudencia sobre responsabilidad del Estado frente a la privación injusta de la libertad al considerar que: “No siempre que alguien sea privado de su libertad y se beneficie con la preclusión de la investigación “o” con la declaratoria de su inocencia tiene derecho a ser indemnizado de manera automática”

Capítulo IV. Acciones para contrarrestar las condenas por privación injusta de la libertad

“Cien años de injusticia no hacen derecho”
(Hegel, 1821, p.28)

Como se ha podido vislumbrar la afectación al erario como consecuencia de demandas por privación injusta de la libertad, es enorme representando una carga presupuestaria que pone en riesgo las vigencias consideradas para estos rubros. No obstante, también es cierto que no existe una panacea que pueda disminuir de manera radical y rápida el número de demandas, deteniendo de raíz el desangre continuo al Estado.

Dentro de las medidas que se deben adoptar con carácter urgente para empezar a solucionar este enorme problema están las que a continuación se señala:

4.1.1. La acción de repetición aspectos históricos y conceptuales.

En la Constitución Nacional de 1886 en su artículo 20 se hace referencia a la acción de repetición estipulando que “los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la constitución o las leyes. Los funcionarios públicos lo son por la misma causa y por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de estas” (Const. P., art. 20, 1986).

En el decreto 1400 de 1970, código de procedimiento civil, artículo 40. Se responsabiliza a los magistrados y jueces por los perjuicios que causen a las partes en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, determina el procedimiento para demandar y castiga con multa al demandante en caso de absolución del funcionario (Dec. 1400, art. 40, 1970).

En el decreto ley 150 de 1976, por el cual se dictan normas para a celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas, en los artículos 194 a 201, plasmo la acumulación de responsabilidades del funcionario y de la administración, introdujo la posibilidad para hacer comparecer en juicio al funcionario o exfuncionario que ocasiono la demanda a la entidad contratante, condiciono la responsabilidad de agente del Estado a su actuar u omitir con culpa grave o dolosa, determino que la jurisdicción para demandar la repetición cuando la entidad contratante hubiere pagado es la jurisdicción coactiva. (Dec. 150, art. 194 – 201, 1976).

El decreto-ley 01 de 1984 “Código Contencioso Administrativo” en el artículo 77 consagra “sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a la Nación” y a las entidades territoriales o descentralizadas, o las privadas que cumplan funciones públicas, los funcionarios serán responsables de los daños que causen por culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones” (Dec. 01, art. 77, 1984).

Con la ley 80 de 1993, por medio de la cual se expide el estatuto general de contratación de la administración pública, y se consagra en el artículo 4 numeral 7 como un derecho y un deber de las entidades estatales el realizar el llamamiento en garantía, la repetición contra los servidores públicos, contra el contratista o los terceros responsables, según el caso, por las indemnizaciones que deban pagar como consecuencia de la actividad contractual. Reforzó la responsabilidad de las partes contratantes en el artículo 50 y siguientes.

El artículo 54 *ibídem* expresamente se refiere a la acción de repetición, en los siguientes términos; “De la Acción de Repetición. En caso de condena a cargo de una entidad por hechos u omisiones imputables a título de dolo o culpa grave de un servidor público, la entidad el Ministerio Publico, cualquier persona u oficiosamente el juez competente, iniciara la respectiva acción de repetición, siempre y cuando aquel no hubiera sido llamado en garantía de conformidad con las normas vigentes, sobre la materia” (Artículo derogado por el Artículo 30 de la Ley 678 de 2.001).

La importancia de esta ley radica en la inclusión de la figura del llamamiento en garantía para esta clase de procesos, igualmente la competencia que brinda a cualquier persona para iniciar esta acción.

En el estatuto de la administración de justicia, ley 270 de 1996, art 71 inciso primero, se tipificó el deber de repetir en el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial por un daño antijurídico que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo. Igualmente es de destacar la inclusión en el inciso segundo de este artículo la presunción de culpa grave o dolo en la ocurrencia de las siguientes conductas: La violación de normas de derecho sustancial o procesal, determinada por error inexcusable. El pronunciamiento de una decisión cualquiera, restrictiva de la libertad física de las personas, por fuera de los casos expresamente previstos en la ley o sin la debida motivación. La negativa arbitraria o el incumplimiento injustificado de los términos previstos por la ley procesal para el ejercicio de la función de administrar justicia o la realización de actos propios de su oficio, salvo que hubiere podido

evitarse el perjuicio con el empleo de recurso que la parte dejó de interponer.

En el artículo 72 *ibidem*, el legislador determina a la acción de repetición como una acción civil, la cual para poder ejercitarla se debe haber realizado el pago la indemnización a que fue condenado el Estado y limita su ejercicio al representante legal de la entidad estatal condenada y al ministerio público, admitiendo la aplicación del llamamiento en garantía del funcionario o empleado judicial dentro del proceso que se lleva contra las entidades del Estado.

La jurisdicción para conocer de la acción de repetición es concedida por el artículo 73 de esta misma ley a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a través de un procedimiento ordinario y de acuerdo con las reglas comunes de distribución de competencia entre el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos. Se resalta de este artículo la vinculación como sujetos pasivos de la acción de repetición a todos los agentes del Estado pertenecientes a la Rama Judicial, así como también a los particulares que excepcional o transitoriamente ejerzan o participen del ejercicio de la función jurisdiccional de acuerdo con lo que sobre el particular dispone la ley 270 de 1996.

En el año de 1998 con la ley 446 artículo 31 , se subroga el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, determinando en el inciso segundo de este artículo que las entidades públicas deberán promover la acción de reparación directa cuando resulten condenadas o hubieren conciliado por una actuación administrativa originada en culpa grave o dolo de un servicio o ex servidor público que no estuvo vinculado al proceso

respectivo, o cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública.

Se introdujo en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, el término de la caducidad de la acción de repetición en dos años, contados a partir del día siguiente de la fecha del pago total efectuado por la entidad.

La Constitución Política de Colombia de 1991 es el acontecimiento normativo más importante para la determinación de la responsabilidad de los funcionarios públicos, pues en el artículo 90 de la carta se elevó a rango Constitucional tanto la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, así como la acción de repetición por parte del Estado ante el evento de ser condenado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo. En la misma carta constitucional el artículo 124 impone el deber al legislador de reglamentar y hacer efectiva la responsabilidad de los servidores públicos.

Con el decreto 1214 de 2000, el Ministerio de Justicia y el Derecho, estableció las funciones que deben ejercer Os Comités de Conciliación de que trata el artículo 75 de la ley 446 de 1998. En el artículo 12 del precipitado decreto establece y regula la función de estudiar y determinar la procedencia de la acción de repetición para los comités de conciliación, de esta manera se estableció un filtro que decanta las acciones de repetición que tienen su trámite en la instancia Jurisdiccional; sin embargo, se abre la puerta para que

los responsables eludan esta acción, por el manejo que se puede dar a estos Comités, debido a su conformación ya que en muchos casos los implicados en esta responsabilidad hacen parte de ellos. En el artículo 13 ibídem, se entregó el estudio y la decisión de llamar en garantía a los apoderados de las entidades que llevan la defensa en los respectivos asuntos, situación que no se ve con buenos ojos debido al mal desempeño que estos han tenido representado a las entidades estatales.

Un importante aporte fue el realizado por el Consejo de Estado, al facultar al Ministerio Público para que en cumplimiento de sus funciones Constitucionales realice el llamamiento en garantía A partir de la vigencia del art 90 de la Constitución Nacional que hace el llamamiento no facultativo sino obligatorio, el Ministerio Público encabezado por el Dr. JUAN CARLOS HENAO, procurador 1 ante el Consejo de Estado y exmagistrado de la Corte Constitucional, quien inició una campaña para que los agentes del Ministerio Público, Procuradores Judiciales, realizaran llamamientos en garantía cuando les notificaran la admisión de demandas contractuales y de reparación directa únicamente. Poniendo en práctica los artículos 57 del C.P.C. y 217 del C.C.A.

Con la ley 2195 del 18 de enero de 2022 se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción, efectuándose modificaciones a la ley 678 de 2001 con la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado, a través del ejercicio de la acción de repetición, sufriendo modificaciones el dolo, la culpa grave, gravísimas, la legitimación, caducidad y oportunidad para presentar la demanda de repetición contra los servidores públicos,

exigiéndole al representante legal de la entidad in iniciar la acción de repetición en el plazo de seis meses posteriores al pago de la obligación so pena de la sanción disciplinaria a que haya lugar (L. 2195, art.41,Pr 2, 2022).

4.1.2. Aspectos Conceptuales

La Real academia de la lengua española define el verbo Repetir como: “reclamar contra tercero, a consecuencia de evicción, pago o quebranto que padeció el reclamante”.

Del anterior termino se puede aducir que se adecua al concepto jurídico el cual se quiere expresar en la definición de acción de repetición, toda vez que busca el reintegro o recobro por el detrimento patrimonial, ocasionado al Estado, lo anterior a consecuencia de un actuar doloso “o” gravemente culposo de unos de sus agentes. Es decir, cuando el Estado sea condenado por una conducta dolosa o gravemente culposa de uno de sus funcionarios, se debe iniciar la acción de repetición en contra de este último para que con su patrimonio le devuelva a la Nación, lo ya pagado con dineros públicos. (Mendoza, 2017, p. 6)

Según Enríquez, A., & Portilla, R. (2012), Esta clase de acción, está prevista en nuestro ordenamiento jurídico para que el Estado, recupere u obtenga ante la jurisdicción contenciosa administrativa el reintegro de lo pagado en virtud de la condena de perjuicios que haya sido impuesta judicialmente ya sea en una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, como consecuencia de la acción u omisión gravemente culposa o dolosa de un servidor o ex servidor público o de un particular investido de una función pública.

La acción de repetición es una acción civil con soporte Constitucional en el artículo 90 parágrafo segundo y soporte legal ley 678 del 2001, tiene un carácter patrimonial que la entidad estatal, está en la obligación de adelantar en contra del funcionario, ex – funcionario público o particular que ejerce funciones públicas, que con su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado reconocimiento, indemnizatoria por parte del estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto.

Se pretende que con esta acción el agente que ocasiono el daño reintegre o reembolse los dineros cancelados por motivo del fallo condenatorio inicial a la entidad.

Según, Bolívar Velásquez, S. L. La acción de repetición es muy importante para el Estado, sin embargo, es muy poco usada ya que exige el cumplimiento de un ingrediente subjetivo para que el Estado, una vez haya cancelado una condena indemnizatoria promueva este tipo de acción frente a funcionarios públicos y para el objeto del presente trabajo a funcionarios judiciales (Bolívar, 2017, p. 25).

Es importante resaltar la autonomía e independencia que acompaña las decisiones judiciales, eso sí bajo el cumplimiento y acatamiento de las normas previstas para la resolución de un caso en concreto, so pena, además de incurrir en caso de apartarse de estas en un delito penal denominado Prevaricato (Bolívar, 2017, p. 25).

Es de competencia del representante legal de la entidad, el disipar si se interpone o no la acción de repetición, en contra del servidor, ex funcionario público “o” el particular que

desempeñe funciones públicas y que por su actuar doloso o gravemente culposo genere una condena para la Entidad Estatal. Se exoneran de esta regla las entidades que por función legal deben componer un comité de conciliación. Acontecimiento en el cual son los integrantes de dicho comité quienes acordarán si se interpone o no la acción. Es obligación de la entidad entablar la respectiva demanda en el caso en que previa revisión se verifique que se cumple con los requisitos de la acción. En los casos en que proceda la acción y esta no se efectuara, acarreará faltas disciplinarias para los funcionarios y es deber de la Procuraduría General de la nación iniciar las respectivas investigaciones. (Mendoza, 2017, p. 11)

El artículo 54 de la ley 2195 del 2022 indica que; La acción de repetición. En caso de condena a cargo de una entidad por hechos u omisiones imputables a título de dolo o culpa grave de un servidor público, la entidad, el ministerio público, cualquier persona u oficiosamente el juez competente, iniciarán la respectiva acción de repetición, siempre y cuando aquél no hubiere sido llamado en garantía de conformidad con las normas vigentes sobre la materia.

Conforme a lo señalado en el artículo 41 de la ley de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción, esta obligación de iniciar la acción de repetición, también se extendió al Ministerio de Justicia y del Derecho, a través de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado o quien haga sus veces (L. 2195, art.41, 2022).

4.4. Capacitación a jueces y fiscales

Una de las principales causas de las demandas por privación injusta de la libertad deviene precisamente del desconocimiento del tema debido a una mala capacitación de los funcionarios judiciales, lo que conlleva a errores que se podrían evitar con el conocimiento de la jurisprudencia y el apego al Derecho, de esta manera se prevendría el daño antijurídico al tener en cuenta criterios puntuales tales como:

La naturaleza y gravedad de los hechos, la proporcionalidad e idoneidad de la sanción atendida, la gravedad de los hechos y las necesidades de la sociedad y del infractor, la edad de éste, la aceptación de los cargos y el incumplimiento de los compromisos adquiridos con el juez. (Velásquez, 2019, p. 298).

Por lo que resulta necesario que los funcionarios judiciales sean capacitados y sensibilizados sobre la enorme responsabilidad que reposa en sus actuaciones y decisiones, para ello es forzoso que tengan conocimiento de los lineamientos ofrecidos por parte de la dogmática Jurídica, la jurisprudencia y la experiencia de los diferentes comités de conciliación de las entidades publicas, para que así estén a tono sobre las consecuencias que pueden ocasionar las inexactitudes tanto investigativas como probatorias, así como los complejos procesos de acciones de repetición que se puedan ocasionar en su contra. (b. elaboración propia)

De igual forma, para disminuir el daño antijurídico de la privación injusta de la libertad, se debe hacer hincapié en una adecuada capacitación de jueces, fiscales y demás servidores involucrados en la materia, sobre las características de necesidad,

proporcionalidad y oportunidad de la medida de aseguramiento, para que cumpla todos los requisitos legales para evitar tantas nulidades y revocatorias de providencias (c. elaboración propia)

El anterior análisis requiere un gran aporte administrativo, humano y económico de parte del Gobierno Nacional y la Rama Judicial, para que tanto las escuelas de formación de la Fiscalía y la Judicial “Lara Bonilla” fortalezcan sus programas de capacitación y se hagan extensivos a todos los que de una u otra forma se ven involucrados en la toma de decisiones que conlleven a la privación de la libertad (d. elaboración propia).

Una formación tenga un alcance nacional, que llegue a los territorios mas alejados de la geografía nacional, lo cual avanza en gran medida, debido reinventos adoptados con el fin de mitigar la pandemia ocasionada por el nuevo Coronavirus (SARS-CoV-2) conocido como (COVID – 19) fortaleciendo el uso de las nuevas tecnologías de la comunicación, mediante plataformas virtuales, sistematización de archivos y simplificación de tramites (e. elaboración propia).

Es necesario también fortalecer la carrera judicial a través de convocatorias publicas y rigurosos procesos de selección, en donde se escoja al personal por sus méritos y no por recomendaciones o favores políticos, lo que ayudaría a despolitizar un poco las entidades publicas y que la función del servidor judicial sea la de servirle a la comunidad con apego a la constitución y la ley, utilizando un trato diferencial y acorde con las realidades sociales

y económicas del país, prevaleciendo la justicia, la ética y los valores y principios que irradian nuestra carta magna (f. elaboración propia).

Algunos profesionales del derecho consideran que la acción de repetición resultaría contraproducente al coartar la autonomía e independencia de jueces y fiscales quienes se sentirían coaccionados a la hora de tomar sus decisiones, ante el temor de una investigación que implique acción de repetición, pero hay que generar medidas para contrarrestar el actuar doloso o gravemente culposo de agentes del Estado, que con sus decisiones le ocasionan grandes pérdidas al estado, por lo que es viable que con su propio patrimonio ayuden a menguar la pérdida de recursos públicos (h. elaboración propia).

4.3. Fortalecimiento de las tesis de la Corte Constitucional

Una vez expuestos los criterios que ha utilizado la jurisprudencia para efectos de determinar los eventos en que el daño “no está en la obligación de soportarse” y luego de establecer que el ordenamiento jurídico permite la privación de la libertad, en tanto se dé estricto cumplimiento a los presupuestos constitucionales y legales, es importante visualizar la forma en que deben armonizarse estos aspectos con la responsabilidad extracontractual del Estado.

Es importante para atenuar el desangre del erario por las demandas incoadas por privación injusta de la libertad, la aplicación de la Sentencia de Unificación SU 072 de 2018 de la Corte Constitucional, como precedente judicial imperante para los operadores

judiciales al entender que, “no en todas las ocasiones que alguien sea privado de su libertad y sea beneficiado con la preclusión de la investigación o con declaratoria de su inocencia la persona debe ser indemnizado de manera automática, es así como en todos estos casos el juez debe analizar previamente si la decisión que restringió la libertad ha sido “inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria”, pudiendo entonces discernir si está en presencia de “un daño jurídicamente permitido o, lo que es lo mismo, un daño que carece del elemento de antijuridicidad” (CC, SU/07218, 2018).

Se debe analizar conforme lo ha expuesto la Agencia de Defensa Jurídica del Estado (Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, 2021, p.96) adicionalmente si las condiciones que tuvo en cuenta la autoridad para tomar la decisión de privar a alguien de la libertad, se observaron los aspectos fácticos como de tiempo, modo y lugar, como jurídicos tales como la normatividad aplicable al momento del “hecho privación de la libertad”. Lo anterior, con el objeto de tener claridad si existen condiciones únicamente de autoridades o también de la propia víctima o un tercero.

Teniendo en cuenta el anterior análisis de las condiciones fácticas y jurídicas, se debe revisar desde un esquema subjetivo si la decisión de limitación de la libertad se ajustó a los parámetros dados por el ordenamiento constitucional y legal para decretar dicha restricción de la libertad (Olivares, 2021, p. 96).

4.4 La conciliación

El llegar a un acuerdo o conciliación ha sido la manera más sabia de resolver controversias a través de la historia de la humanidad, aunque no siempre ha sido la más utilizada, sin embargo, ha evitado el escalamiento de muchos conflictos y es un aliado incondicional del Derecho. Históricamente se tiene que:

El origen de la conciliación se remonta a los sistemas jurídicos de las primeras sociedades, al tiempo que fue desarrollada por los regímenes legales más evolucionados, como el romano. Su importancia como herramienta de control social y pacificación de la comunidad ha sido reconocida por casi todas las culturas en todos los tiempos. La ley de las XII tablas, por ejemplo, otorgaba fuerza obligatoria a lo que convinieran las partes al ir a juicio. En el régimen judicial de la antigua China, la mediación era considerada como el principal recurso para resolver las desavenencias, tal como lo planteaba Confucio al sostener que la resolución óptima de las discrepancias se lograba mediante la persuasión moral y el acuerdo, pero no bajo coacción. (CC, C-893/01, 2001)

Con el tiempo estas componendas voluntarias tomaron una forma directa entre las partes enfrentadas, incluyendo la participación de terceros neutrales, a quienes se les denomina conciliadores a quienes se les reconoce condiciones de idoneidad profesional en el tema, quienes deben garantizar la imparcialidad en la resolución del diferendo. Esta

percepción de problema y solución es intrínseca de cualquier forma moderna procesal o extraprocésal para la solución de conflictos.

En Colombia el mecanismo de la conciliación ha sido utilizado como una alternativa de solución de conflictos y, en cuanto a materia penal la conciliación ha sido regulada por el máximo Tribunal Constitucional, en el sentido de afirmar que:

La conciliación en materia penal no hace parte del ámbito de regulación de las leyes 23 de 1991, 446 de 1998 y 640 de 2001 sino de legislación especial. El artículo 38 del anterior Código de Procedimiento Penal, Decreto Ley 2700/91, modificado por el artículo 6° de la Ley 81/93, señalaba los presupuestos de la conciliación durante la etapa de la investigación previa o del proceso [...] la Ley 600 de 2000, prescribe que la acción penal se extingue, entre otras causales, por conciliación en aquellos delitos que admitan desistimiento o indemnización integral (arts. 38 y 41). Dispone también el artículo 41, entre otras normas acerca de la conciliación dentro del proceso penal, que “Obtenida la conciliación, el Fiscal General de la Nación o su delegado o el juez podrá suspender la actuación hasta por un término máximo de sesenta días para el cumplimiento de lo acordado” (CC, C-1257/01, 2001)

Mediante la conciliación se podría obviar en cierta medida el proceso de imposición de la pena de privación de la libertad, incluso a través de un programa de mediación que concilie la reparación a que haya lugar. En esta línea está el planteamiento del jurista Barros

(Valencia, 2021, p. 33) quien propone que para ciertos delitos a partir de la audiencia de imputación de cargos la medida de aseguramiento podría cambiarse por cauciones de cumplimiento obligatorio so pena de perder el beneficio otorgado de no detención intramural y de hacer efectiva la fianza.

En el caso de que la persona resulte inocente y se le exima de la responsabilidad, se ordenaría devolverle el valor de la fianza, resultándole más económico a la nación, reparar los daños morales en los términos penales. Comoquiera que los daños morales y materiales no resultan tan considerables como los que conlleva una privación de libertad, las demandas se reducirían enormemente y, por consiguiente, los pagos por sentencias ejecutoriadas contra la Nación.

Sin embargo, para que este requisito pudiera hacerse válido tendría que pensarse en reformar los artículos 308 y 313 del Código de Procedimiento Penal.

Conclusiones y recomendaciones

En este trabajo abrimos una puerta a corto y mediano plazo de alternativas para mitigar las condenas contra el estado por el daño antijurídico que produce la privación injusta de la libertad, como consecuencias de las decisiones de los operadores judiciales, por la falta de argumentación jurídica y una robusta carga probatoria, que reduzca el menoscabo de los recursos públicos.

En la elaboración de este documento integramos desarrollos jurisprudenciales a los que pueden acudir los servidores judiciales para mitigar el impacto fiscal, al igual que alternativas para el fomento de cátedras por parte de las escuelas de formación judicial. Así mismo el fortalecimiento de mecanismos alternativos de solución de conflictos como la conciliación que permitan reducir los pagos que deben hacer la administración, por las sentencias condenatorias y soluciones en aras de reducir la alta carga laboral de los operadores judiciales.

De otra parte, el uso de la acción de repetición como mecanismo para recuperar los recursos públicos pagados por las entidades debido al actuar doloso o gravemente culposo de los agentes del Estado.

Es importante señalar que las indemnizaciones producidas por la privación injusta de la libertad, representa uno de los principales componentes de la deuda pública de La Nación, generando un desangre continuo de nuestros recursos y un enorme hueco fiscal, a causa de un daño patrimonial que en cierta medida se puede mermar, si ponemos en práctica las herramientas establecidas a nivel legal y jurisprudencial, al igual que poner en práctica medidas tan importantes como la acción de repetición, para aquellos funcionarios que por su extralimitación, negligencia y omisión, faciliten la interposición de demandas contra el estado.

Por lo que se hace necesario el direccionamiento de políticas públicas hacia las entidades involucradas en la investigación, judicialización, administración y defensa

jurídica del Estado, en torno a la generación de estrategias de regulación frente a la responsabilidad extracontractual del Estado.

Lo anterior no es óbice, para que se tenga que evitar a toda costa la privación de la libertad de una persona, sino por lo contrario, lo que se busca es un procedimiento adecuado de investigación y juzgamiento que permita atenuar futuras demandas contra el Estado.

Es de suma importancia no dejar a lado el derecho que les asiste a las víctimas, de una eficaz y recta impartición de justicia, castigando a los responsables con medidas de aseguramiento debidamente sustentadas que conduzcan a sentencias condenatorias en firme.

Bajo los anteriores términos, se esclarece que el actuar de la víctima es algo que siempre se debe valorar con el fin de suponer cual va a ser el sentido del fallo que va resolver un proceso de reparación directa por privación injusta de la libertad, independientemente del régimen de responsabilidad que le atribuya el juez administrativo.

Igualmente se debe entender que cuando sobrevenga una absolución penal por la dificultad de desvirtuar la presunción de inocencia, cuando medie una medida de aseguramiento intramural o sentencia condenatoria, esto implique una sentencia condenatoria a la Nación, para esto debe existir un análisis previo por parte del juez de lo

contencioso administrativo que establezca si la decisión que restringió preventivamente la libertad, fue injusta o arbitraria.

Lo que nos lleva a concluir que no todos los casos en los que una persona es absuelta sobrellevan, automáticamente a la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado, primero se debe examinar el daño que produjo la privación injusta de la libertad desde la óptica de la antijuricidad de la privación y no desde el espectro de la libertad enmarcada en un juicio penal.

Por lo anterior la Corte Constitucional y El Consejo de Estado, reconocen dos regímenes principales que guían la responsabilidad, de una parte, la responsabilidad subjetiva que toma como prioridad la existencia de dolo o culpa en la conducta del actuante. Por otra parte, la responsabilidad objetiva la cual omite la variable de la conducta bastándole solamente la existencia misma de un daño ocasionado bien sea por acción u omisión por parte de la administración.

Adicional a lo previsto dentro de las acciones necesarias para contrarrestar las condenas por privación injusta de la libertad está la necesidad de capacitar a jueces y fiscales para evitar errores que se podrían neutralizar con el conocimiento de la jurisprudencia y el apego a derecho, especialmente en lo que obedece a la capacitación sobre las características de necesidad, proporcionalidad y oportunidad de la medida de aseguramiento. Reforzado con controles de evaluación a jueces y fiscales.

Por último, cabe señalar que recurrir a instrumentos como la conciliación para solucionar conflictos, esto aliviaría en cierta medida el proceso de imposición de la pena de privación de la libertad, incluso a través de un programa de mediación que concilie la reparación a que haya lugar, evitando procesos largos y complejos que pueden terminar en grandes sumas de dinero a cargo del estado producto de intereses y costas procesales.

Lista de Referencias

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado [ANDJE]. (2013). *Privación injusta de la libertad: entre el derecho penal y el derecho administrativo*. Bogotá, D.C

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado [ANDJE]. (2020). *Informe litigiosidad 2020. Principales avances a 31 de diciembre de 2020*. <https://bit.ly/30UPFhP>

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado [ANDJE]. (2021). *Informe de litigiosidad. Primer trimestre de 2021*. <https://bit.ly/3oXeIsZ>

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado [ANDJE]. (2017, 27 de mayo). *Hay industrias de abogados dedicadas a esquilmar al Estado.:* <https://www.defensajuridica.gov.co/saladeprensa/noticias/Paginas/300517.aspx>

Arenas, H. (2020). ¿Los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia son dos o tres?: a propósito de la relación de causalidad. *Universitas*, 69, 1-17. doi: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj69.erec>

Constitución política de Colombia [Const. P.]. (1886). Colombia. Obtenido el 21 de mayo de 2022. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=7153>

Constitución política de Colombia [Const. P.]. (1991). Colombia. Obtenido el 17 de diciembre de 2021. <https://bit.ly/3nIUrrW>.

Ley270/96,0315,1996. Diario Oficial [D.O.]: Número 42.7451 secretaria del senado.

(Colombia). Obtenido el 15 de marzo de 2020 de

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0270_1996_pr001.html

Ley 42/93, enero 26, 1993. Diario Oficial. [D.O.]: 40732. (Colombia).

Consejo de Estado [CE], *Sección Tercera*, diciembre 4 (2006). *Sentencia 13168*. CP: Mauricio Fajardo Gómez. Obtenido de Legal.legis.com.co: <https://bit.ly/3CG7A9m>.

Consejo de Estado, [CE] *Sección Tercera*, mayo 2, 2007, M.P.:H Mauricio. No. 15.463. (Colombia)

Consejo de Estado, [CE] *Sección Tercera*, abril 6, 2011, M.P.:H Ruth. No. 21.653. (Colombia)

Consejo de Estado, [CE] *Sección Tercera*, octubre 17, 2013, M.P.:H Mauricio. No. 23.354. (Colombia)

Consejo de Estado [CE], *Sección Tercera*, mayo 2, 2014. M.P.:H Mauricio. No. 15.463. (Colombia)

Consejo de Estado [CE], *Sección Tercera*, abril 7 (2015). *Sentencia 26535*. CP: Olga Melida Valle de la Hoz. Obtenido de repository unab.edu.co: https://repository.unab.edu.co/bitstream/handle/20.500.12749/538/2017_Tesis_Edson_Jhair_Barragan_Ruiz.pdf?sequence=1.

Consejo de Estado, [CE], *Sección Tercera*, julio 16 (2015). *Responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la administración de justicia*. Obtenido de Sala de lo contencioso administrativo. Boletines 170/S3/76001-23-31-000-2006-00871-01: <https://bit.ly/3l6fEKu>.

Consejo de Estado, [CE], *Sección Tercera*, agosto 17 (2017). *Sentencia 25000232600020050037001*. *Sección tercera*. MP. Martha Nubia Velásquez Rico.

Consejo de Estado, [CE], *Sección Tercera*, noviembre 15 (2019). *Sentencia 11001031500020190016901*, Nov. 15/19. *Sección tercera*. MP. Martin Bermúdez Muñoz.

Consejo Superior de la Judicatura, [CSJ], Dirección Ejecutiva, julio 15 (2019). *Política para la prevención del daño antijurídico, adoptada por el comité nacional de defensa judicial y conciliación de la dirección ejecutiva de administración judicial*. Bogotá, D.C.: Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

Consejo Superior de la Judicatura, [CSJ], Dirección Ejecutiva, julio 15 (2019). *Política para la prevención del daño antijurídico, adoptada por el Comité Nacional de Defensa Judicial y Conciliación de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial*. Obtenido de Rama Judicial: <https://bit.ly/2Zgs5vB>.

Contraloría General de la Nación, [CGR] junio 13 (2013). *Detrimiento o Daño Patrimonial al Estado*. Obtenido de Glosario: https://www.fbscgr.gov.co/atencion_ciudadano/glosario/detrimiento_dano_patrimonial_estado

Contraloría General de la República, [CGR] agosto 23 (2017). *Comunicado de prensa: Durante los últimos 14 años: Las crecientes condenas contra el Estado, han obligado a destinar recursos del Presupuesto General de la Nación por \$11,2 billones*. Obtenido de Boletines de prensa: <https://n9.cl/iex9>

Corte Constitucional. [CC] febrero 5 (1996). *Sentencia C-037. MP. Vladimiro Naranjo Mesa*. Obtenido de Relatoría: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-037-96.htm>

Corte Constitucional, [CC] agosto 1 (1996). *Sentencia C-333. Daño antijurídico. Concepto*. MP. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, [CC] agosto 22 de 2001). *Sentencia C-893. Mecanismos alternativos de resolución de conflictos.* Obtenido de Relatoría:

https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-893-01.htm#_ftn18

Corte Constitucional, [CC] noviembre 29 (2001). *Sentencia C-1257. Conciliación.* Obtenido de Relatoría: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1257-01.htm>

Corte Constitucional, [CC] agosto 22 (2001). *Sentencia C-893. Mecanismos alternativos de resolución de conflictos.* Obtenido de Relatoría:

https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-893-01.htm#_ftn18.

Corte Constitucional, [CC] junio 25 (2002). *Sentencia C-484. MP. Alfredo Beltrán Sierra.* Obtenido de Relatoría: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-484-02.htm>

Corte Constitucional, [CC] mayo 25 (2016). *Sentencia T-276. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.* Obtenido de Relatoría: https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2016/T-276-16.htm#_ftnref19

Corte Constitucional, [CC] mayo 3 (2017). *Sentencia C-286. MP. Gloria Stella Ortiz Delgado.* Obtenido de Relatoría: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-286-17.htm>

Corte Constitucional [CC] julio 5 (2018). *Sentencia SU072. Acción de tutela contra providencias judiciales en materia de responsabilidad del estado por privación injusta de la libertad.* Obtenido de Referencia: T-6.304.188 y T-6.390.556 (AC). MP. José Fernando Reyes Cuartas: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU072-18.htm>

Corte Constitucional, [CC], julio 5 (2018). *Comunicación 25. Expedientes T-6304188 y T-6390556 AC - Sentencia SU-072/18.* Obtenido de Comunicados: <https://bit.ly/3xfoN>.

- Corte Constitucional, [CC] diciembre 11 (2019). *Auto 110. Adopción de medidas contingentes con relación a la aplicación de la regla de equilibrio decreciente en el marco del seguimiento a las Sentencias T-388 de 2013 y T-762 de 2015.* Obtenido de Relatoría: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2019/a110-19.htm>
- Cotes, C., & Fuentes, A. (2015). Populismo punitivo: incidencia actual en el contexto legislativo colombiano. *Actualidad jurídica*, 64-70.
- Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, [DEJ] diciembre 11 (2019). Obtenido de Rama judicial: <https://n9.cl/bwnop>
- Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. agosto 28 (2021). *Estado actual de la jurisprudencia sobre el allanamiento a cargos y preacuerdos.* Obtenido de YouTube: <https://bit.ly/3rjHQOf>.
- El Tiempo, abril 14 (2020). *Demandas por privación injusta de la libertad suman \$ 37 billones.* Obtenido de Sección: Justicia: <https://bit.ly/311DerK>.
- El País, febrero 15 (2019). *Pesos y contrapesos.* Obtenido de Sección: Opinión: <https://www.elpais.com.co/opinion/columnistas/ricardo-villaveces/pesos-y-contrapesos.html>.
- Sociedad & Tecnología (5), 354-355.
<https://institutojubones.edu.ec/ojs/index.php/societec/article/view/219>.
- Fernández, I. (2015). *Manual de derecho procesal administrativo y contencioso administrativo. Tomo I. Volumen 2.* Bogotá, D.C.: Editorial Universitaria.
- Ferrajoli, L. (2006). *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia.* Madrid: Trotta.
- García, E. (1984). *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa.* Madrid: Civitas S.A.

- Peláez, J. (2020). La defensa jurídica pública en Colombia: un importante camino recorrido, un largo camino por recorrer. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, 7(2), 89-135. doi:10.14409/redoeda.v7i2.9564
- Prato, L. (2016). *La responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad en Colombia (Maestría en Derecho Administrativo)*. Bogotá, D.C.: Universidad del Rosario. Facultad de Jurisprudencia.
- Presidencia de la República. noviembre 30 (1991). *Decreto 2700. Por el cual se expiden las normas de procedimiento penal*. Obtenido de Sistema único de información normativa - SUIN: <https://bit.ly/3cMQzQ8>.
- RAE. agosto 14 (2014). Obtenido de Fundeu RAE. Buscador urgente de dudas: <https://www.fundeu.es/recomendacion/erario-publico/>
- Romero, A., & López, E. (2017). Populismo punitivo, actitudes punitivas y a crisis del sistema penal en Colombia. *Pluriverso*, 1(8), 55-67.
- Royero, L. (2018). La responsabilidad objetiva como criterio de valoración en los procesos de reparación directa por privación injusta de la libertad. *Vis Iuris*, 5(9), 139-159.
- Lemus, V. (2015). *Jueces y Carga de Trabajo*. Recuperado de <https://www.asojudiciales.org/jueces-y-carga-de-trabajo/>.
- Salvá, V. (1843). *Diccionario Latino-español*. Valencia: Mallén y sobrinos.
- Corte Constitucional, [CC], julio 5 (2018). SU072. Referencia: T-6.304.188 y T-6.390.556 <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU072-18.htm>
- Valencia, J. (2021). *La responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad en Colombia: Un análisis crítico*. Bogotá, D.C.: Universidad Cooperativa de Colombia.

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado [ANJE] enero 12, 2021. Concepto radicado 2021-50000-2151. (Colombia). Concepto sobre Privación Injusta Corte Constitucional.

Mendoza, W. (2017). El impacto de la acción de repetición en la fiscalía general de la nación, durante el periodo 2015 a 2016 [Trabajo de especialización]. Universidad la Gran Colombia.