



Agencia Nacional de  
Defensa Jurídica del  
Estado

# 3.

**Lineamientos para la implementación  
de la conciliación en los casos de  
responsabilidad patrimonial del  
Estado originados en la privación  
injusta de la libertad**

Septiembre de 2013

**Documentos Especializados**  
*de la Agencia Nacional  
de Defensa Jurídica del Estado*

## **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado**

[www.defensajuridica.gov.co](http://www.defensajuridica.gov.co)

### **Dirección General**

Adriana María Guillén Arango

### **Dirección de Defensa Jurídica**

Yolanda Gómez Restrepo

### **Dirección de Políticas y Estrategias para la Defensa Jurídica**

Diana Marcela Fajardo Rivera

### **Dirección de Gestión de la Información**

Mariana Martínez Cuéllar

### **Secretaría General**

Isabel Abello Albino

### **Equipo Técnico**

Investigadora principal: Luisa Alexandra Torres

### **Diagramación e Impresión**

Imprenta Nacional de Colombia

### **1ª Edición**

### **© Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado**

Carrera 7 n.º 75-66, Bogotá, D.C.

Teléfono: 255 8955

ISSN: 2339-417X

## PRÓLOGO

La Defensa Jurídica del Estado Colombiano debe partir de conocer y explicitar las mejores opciones de solución de los conflictos entre los particulares y el Estado, en el marco de los límites establecidos por la Constitución Política. En este orden, cuando la jurisprudencia ha decantado la solución a conflictos reiterados como es el referente a la reparación patrimonial por la privación injusta de la libertad, las autoridades públicas están en el deber de analizar detalladamente cada caso, con el fin de definir si están reunidos los requisitos para resolver el caso concreto por el mecanismo de la conciliación, buscando siempre el óptimo resultado a favor de los intereses del Estado.

En este sentido, la consecución del fin legítimo de la solución de los conflictos surgidos entre los particulares y el Estado, en el marco de un Estado Social de Derecho, como es el caso de Colombia, en el cual la defensa de los derechos resulta ser piedra angular en el quehacer institucional, resulta relevante y para ello se deben implementar las diferentes herramientas que con este propósito se han creado por el Legislador, como lo es la conciliación, por ejemplo.

Así, el adecuado uso de las herramientas que permitan contrarrestar prácticas ineficientes y antieconómicas en la gestión de los conflictos en los cuales esté involucrado el interés de una persona de derecho público del orden nacional se convierte en imperativo para todos los actores institucionales que están llamados a proteger los intereses públicos, debiendo en consecuencia buscar las mejores opciones de solución. En este contexto, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado considera oportuno presentar estos Lineamientos para la implementación de la conciliación en los casos de privación injusta de la libertad, como insumo para el logro de tal propósito en este tema específico.

Estos Lineamientos son el resultado del análisis<sup>1</sup> que la Agencia ha realizado sobre el tema específico de la litigiosidad con implicaciones patrimoniales, derivada de la privación injusta de la libertad, tratada por la jurisprudencia. Como resultado, se ha encontrado que existe una tendencia hacia la objetivación de los criterios jurisprudenciales para juzgar los casos de responsabilidad patrimonial por privación injusta de la libertad, fundada en fuentes normativas tanto de derecho interno como de derecho internacional sobre la materia. Así mismo, se ha evidenciado y cuestionado la falta de concordancia de los operadores jurídicos (fiscales y jueces) respecto de la contundencia normativa y

---

<sup>1</sup> En este sentido la Agencia ha desarrollado diversos análisis, entre los que se resalta el documento de política denominado Privación Injusta de la Libertad: entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo. Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, mayo de 2013. Apoyo técnico, investigador Óscar Julián Guerrero. También se realizó un foro titulado "Aspectos relevantes de la privación injusta de la libertad", 25 de julio de 2013.

jurisprudencial, dando lugar como conclusión a la necesidad de una política criminal dirigida a promover una visión de conjunto entre los distintos actores institucionales (fiscales, jueces de garantías, jueces de conocimiento, autoridades penitenciarias y carcelarias) para evitar detrimento al erario por cuenta de decisiones injustas.

Estos Lineamientos buscan, en consecuencia, ofrecer una ayuda teórica y práctica a los Comités de Conciliación en relación con aumentar la certeza en la toma de decisiones relacionadas con los casos de solicitud o demanda de reparación patrimonial derivada de la denominada privación injusta de la libertad. En primer lugar, aportan un análisis de la jurisprudencia, así como también de los requisitos tanto fácticos como jurídicos que se deben acreditar para que sea viable conciliar; en segundo lugar, presentan los argumentos legítimos que existen para que las entidades se abstengan de conciliar. En relación con este último aspecto, conviene anotar que la guía de manera precisa enuncia, con sustento jurisprudencial, los supuestos en los cuales es procedente no acceder a las pretensiones resarcitorias en sede de conciliación por existir alguna causa que debidamente acreditada tiene una alta probabilidad de exonerar de responsabilidad a la entidad pública, en caso de llevarse el caso ante la Jurisdicción.

En síntesis, se debe partir de reconocer la realidad normativa y jurisprudencial a partir de la cual se estudian y resuelven las demandas de quienes resultan afectados por la privación injusta de la libertad.

Este reconocimiento incluye afrontar el elevado índice de litigiosidad en esta materia, para procurar que el detrimento patrimonial que *per se* ello comporta no se incremente en razón de la puesta en marcha del aparato judicial.

Adicionalmente, la Conciliación se tiene prevista como una medida para la descongestión judicial y por tanto el Estado debe procurar que esta medida resulte efectiva. Es necesario reivindicar la función del Estado frente a la sociedad, en los precisos términos del artículo 2º constitucional, como garante de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, de la convivencia pacífica y de la vigencia de un orden justo. Por lo tanto, se debe destacar la valiosa contribución de la Conciliación en la consecución de tales propósitos.

ADRIANA MARÍA GUILLÉN ARANGO  
**Directora General**



## **Lineamientos para la implementación**

de la conciliación en los casos de responsabilidad patrimonial del Estado  
originados en la privación injusta de la libertad



# 1 ■ Presentación del régimen normativo que regula la imposición de medidas privativas de la libertad y sus implicaciones en materia de responsabilidad patrimonial del Estado

Los instrumentos normativos internacionales, tanto en el Sistema Universal como Interamericano de Derechos Humanos, consagran el derecho a la libertad personal como derecho esencial del individuo.

Así se reconoció en el artículo 3° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 (A) III del 10 de diciembre de 1948, donde se proscribió la detención arbitraria (art. 9°).

En ese mismo sentido, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana de abril de 1948, protege la libertad personal previniendo que la privación de la libertad solo es admisible en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes y señalando que la persona privada de la libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgada sin

dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesta en libertad (art. 25).

Estas previsiones fueron recogidas por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tratado ratificado por Colombia el 16 de diciembre de 1966 y aprobado mediante la Ley 74 de 1968. El artículo 9° del Pacto, que garantiza el derecho a la libertad personal proscribiendo la detención arbitraria, condicionando la privación de la libertad al principio de legalidad e imponiendo el deber de control judicial de tal medida, también establece los siguientes preceptos en sus numerales 3, 4 y 5:

La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

Toda persona que sea privada de la libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.

Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.

Igualmente, debe destacarse la normativa contenida en el numeral 6 del artículo 14 del Pacto:

Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, tratado ratificado por Colombia el 22 de noviembre de 1969 y aprobado por la Ley 16 de 1972, consagra igualmente el derecho a la libertad personal (art. 7º) y de manera específica condiciona la privación de la “libertad física” a “las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”, admitiendo en todo caso que la libertad de la persona puede “estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio”. También señala que la persona detenida tiene derecho a que se “ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales”.

En el derecho interno colombiano, la Constitución Política de Colombia incorpora los postulados trazados por la normativa internacional y consagra el derecho fundamental individual a la libertad personal prescribiendo las condiciones bajo las cuales puede ser restringido ese derecho aun de manera preventiva.

Artículo 28. Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.

Artículo 30. Quien estuviere privado de su libertad, y creyere estarlo ilegalmente, tiene derecho a invocar ante cualquier autoridad judicial, en todo tiempo, por sí o por interpuesta persona, el Hábeas Corpus, el cual debe resolverse en el término de treinta y seis horas.

Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente 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 de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

En desarrollo de la regulación precedente, y en punto específico de la privación de la libertad, se destaca que incluso antes de la reforma constitucional de 1991 el Código Nacional de Policía (Decreto 1355 de 1970) condicionaba la privación de la libertad personal al cumplimiento de formalidades como solo procedía tal medida previo mandamiento escrito de autoridad competente (art. 56). Esta disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-176/2007, en el entendido de



que la privación de la libertad debe condicionarse a previo mandamiento escrito de autoridad judicial competente.

En cuanto a los casos en que resulta procedente la privación de la libertad, la Ley 65 de 1993 (Código Penitenciario y Carcelario) señaló que tal medida “obedece al cumplimiento de pena, a detención preventiva o captura legal” (art. 7°).

El derecho de la persona detenida a ser indemnizada por la restricción de su libertad personal fue ampliamente regulado por el Decreto 2700 de 1991, derogado por la Ley 600 de 2000:

Art. 242. Consecuencias de la decisión que exonera de responsabilidad. Si la decisión que se dictare en la actuación fuere cesación de procedimiento o sentencia absolutoria, el sindicado o sus herederos podrán demandar la restitución de lo pagado, sin perjuicio de las demás acciones que se deriven del acto injusto. Habrá lugar a solicitar responsabilidad del Estado.

Art. 414. Indemnización por privación injusta de la libertad. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios. Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave.

En la reforma al Código de Procedimiento Penal, la Ley 600 de 2000 consagró como norma rectora el derecho de toda persona a que su libertad personal sea respetada. Así se condicionó la privación de la libertad al cumplimiento de precisos requisitos y en particular se sujetó la medida de detención preventiva “a la necesidad de asegurar la comparecencia al proceso del sindicado, la preservación de la prueba y la protección de la comunidad” (art. 3°).

Al tratarse de una norma rectora, lo dispuesto en el artículo 3° es de aplicación obligatoria, prevalente y rige como fundamento de interpretación de las normas del respectivo Código (art. 24).

De conformidad con lo dispuesto en dicho Código, la privación de la libertad puede imponerse como medida preventiva en los siguientes casos:

1. Como resultado de la indagatoria del sindicado (art. 341).
2. En caso de flagrancia (art. 346).
3. En caso de flagrancia del servidor público y solo hasta que le sea recibida indagatoria, hecho lo cual “será puesto inmediatamente en libertad” (art. 347, exequible por C-296/2002).
4. En caso de captura públicamente requerida (art. 348).

En los casos 2 y 4 la captura puede ser realizada por un particular.

Se prescribe expresamente en la ley que la imposición de privación de la libertad como medida de aseguramiento resulta procedente con sujeción a las siguientes condiciones:

- A. Que con dicha medida se logre el cumplimiento de alguno de estos propósitos (art. 355, exequible por C-744/2001, únicamente en cuanto a los cargos formulados):
  - Garantizar la comparecencia del sindicado al proceso,
  - garantizar la ejecución de la pena privativa de la libertad,
  - impedir la fuga del sindicado,
  - impedir la continuación de la actividad delictual del sindicado,
  - impedir que el sindicado “emprenda labores” tendientes a ocultar, destruir o deformar elementos probatorios importantes para la instrucción, o entorpecer la actividad probatoria.

- B. Que la persona sobre la cual haya de recaer la medida sea imputable (art. 356, inciso primero, exequible por C-744/2001, únicamente en cuanto a los cargos formulados).
- C. Que existan “por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso” (art. 356, inciso segundo).
- D. Que no exista prueba “indicativa de que el imputado pudo haber actuado en cualquiera de las causales de ausencia de responsabilidad”.
- E. Que el delito investigado sea alguno de los enlistados en el artículo 357<sup>2</sup>.

En punto de la procedibilidad de la imposición de la medida de detención preventiva se debe advertir que la Corte Constitucional en la sentencia C-744/2001, al pronunciarse sobre la exequibilidad del artículo 357 de la ley en comento, la condicionó señalando que se debe entender que

[la] procedencia general de la detención preventiva, está sujeta a que en cada caso concreto se valore la necesidad de la misma en atención a los fines que le son propios, de acuerdo con la Constitución y con la ley, en los términos de esta providencia.

En este contexto, la Corte Constitucional precisa que si bien el derecho a la libertad no es un derecho absoluto sino que su restricción es admisible por razones de interés general, la detención con carácter preventivo a manera de medida cautelar se considera excepcional y por lo tanto la validez de tal medida se sujeta al estricto acatamiento de precisas condiciones, requisitos y finalidades que trascienden *stricto sensu* el contenido de las normas legales que la establecen haciendo exigibles requisitos adicionales fundados en la primacía del derecho, fundamentales individuales en general y el debido proceso en particular.

Por consiguiente, la Corte Constitucional, además de lo dispuesto en las normas correspondientes, señaló criterios constitucionales, tanto condicionantes como justificantes, de la restricción preventiva de la libertad:

Para la completa determinación del concepto de detención preventiva, reitera la Corte, la Constitución ha dejado un espacio a la potestad de configuración del legislador, la cual sin embargo, no está exenta de límites, puesto que debe ejercerse de manera que respete tanto la naturaleza cautelar de la figura como los principios y derechos constitucionales.

La propia Carta contiene elementos que sin excluir otros que puedan resultar constitucionalmente admisibles, pueden configurar finalidades válidas para la detención preventiva. Así, por ejemplo, puede considerarse que la Constitución prevé, de manera implícita, como fin u objetivo de la detención preventiva, la necesidad de afianzar la preservación de la prueba, tal como se deduce del numeral 4º del artículo 250 de la Constitución, por virtud del cual, es función de la Fiscalía “*velar por la protección de las víctimas, testigos e intervinientes en el proceso*”. Si a dicha entidad le corresponde *velar por la seguridad de los testigos y de sus testimonios, modalidad de prueba reconocida por los ordenamientos procesales, es susceptible y admisible que para cumplir tal objetivo decrete las medidas de aseguramiento que considere pertinentes, circunstancia que bajo una interpretación sistemática no restringe su alcance a otros medios de prueba que puedan resultar en un serio y fundado peligro (fumus boni juris), y que requieran como única medida de protección la detención, ya que en ausencia de estas circunstancias, y en aras de proteger la dignidad humana (art 1º de la Constitución) y el derecho a la libertad personal (art 2º y 28 de la Constitución), es predicable la adopción de otro tipo de medidas menos lesivas de estos derechos fundamentales como disponer la vigilancia de las personas, o la incautación de documentos, entre otras (artículo*

<sup>2</sup> La Corte Constitucional se pronunció sobre esta norma en las sentencias C-744/2001, C-581/2001 (únicamente por los cargos analizados) y C-760/2001.

256 del Decreto 2700 de 1991). Condicionamiento que hace efectivo el postulado constitucional de la investigación integral por el cual es obligación de la Fiscalía General de la Nación investigar no sólo lo desfavorable al acusado sino también lo favorable.

*Igualmente, la protección de la comunidad en aras de impedir la continuación de la actividad delictual, puede concebirse como fin propio de la detención preventiva a partir de la consideración del mandato del artículo 1º de la Constitución, según el cual, el Estado colombiano se encuentra fundado en “la prevalencia del interés general”, cuyo desarrollo explica el precepto consagrado en el artículo 2º de la Constitución Política, por el cual, es fin esencial del Estado, “asegurar la convivencia pacífica” de la comunidad, no obstante, esta atribución debe actuar en concordancia con el principio de la dignidad humana, y por lo tanto, para no lesionar las garantías fundamentales del sindicado, el ejercicio de esta atribución impone la necesidad de investigar lo favorable como desfavorable al acusado.*

Por lo tanto, *los criterios legales de procedencia y de señalamiento de los fines de la detención preventiva, deben concurrir con los mandatos constitucionales*, y podrían ser objeto de juicio de constitucionalidad cuando no se ajusten a los postulados de la Carta fundamental. (Resaltados fuera del texto).

Y agrega la Corte:

Por lo cual, se puede concluir que *la procedencia constitucional de la detención preventiva se encuentra reglada en Carta Fundamental y reconocida por las normas rectoras del nuevo Código de Procedimiento Penal, según las cuales, los criterios legales de procedencia de la detención preventiva deben concurrir con los mandatos constitucionales*, de tal manera que si la detención se ordena sin considerar los principios y valores que inspiran la Constitución, y en particular, las

finalidades constitucionalmente admisibles para la misma, en su apreciación en el caso concreto, el presunto infractor de la ley penal, su defensor o el Ministerio Público pueden solicitar el control de legalidad de la medida adoptada, o hacer uso de los mecanismos constitucionalmente previstos para la defensa de los derechos fundamentales, toda vez que de ello, tal como se ha dejado sentado en esta providencia, *resultaría una violación de los derechos constitucionales a la libertad personal y a la presunción de inocencia y se presentaría, además, una violación del debido proceso, si se establece que la ley se ha aplicado en un sentido excluido como inconstitucional por la Corte.* (Resaltado fuera del texto).

Dado que las limitaciones al derecho a la libertad personal son admisibles con carácter excepcional, el restablecimiento de tal derecho se impone, en consecuencia, con carácter inmediato con la puesta en libertad del sindicado. Así corresponde en los siguientes casos:

- Como consecuencia de la falta de legalización de la captura dentro del término legalmente previsto con carácter preclusivo para tal diligencia: “treinta y seis (36) horas para legalizar dicha situación, contadas a partir del momento en que tenga noticia de la captura” (art. 352).
- Cuando la captura “se produzca o prolongue con violación de las garantías constitucionales o legales” (art. 353, declarado exequible por C-528/2003).
- Cuando la captura producida en flagrancia corresponda a delito querellable y la respectiva denuncia no se formule (art. 353).
- Cuando habiendo vencido los términos para recibir indagatoria y resolver la situación jurídica transcurra el término perentorio de doce horas siguientes al de la solicitud de la orden de libertad o detención y esta última no

se allegue al establecimiento de reclusión (art. 358, exequible por C-744 /2001).

En la evolución legislativa de la materia que se viene estudiando se introdujeron importantes modificaciones al Código de Procedimiento Penal mediante la expedición de la Ley 906 de 2004, en la cual se consagró como principio rector de la actuación penal la garantía de la libertad personal, dando prevalencia, por virtud del bloque de constitucionalidad, a los tratados internacionales ratificados por Colombia sobre esta materia (arts. 2º y 3º).

En aplicación de los postulados contenidos en la normatividad superior, se garantiza el respeto de la libertad personal al señalar, en el artículo 2º, modificado por el artículo 1º de la Ley 1142 de 2007, que la privación de la libertad solo procede “en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, emitido con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley”.

En esa misma norma:

- Se facultó a la Fiscalía General de la Nación para *solicitar* al Juez de Control de Garantías la imposición de tal medida.
- Se atribuyó al Juez de Control de Garantías la competencia para *ordenar* “la restricción de la libertad del imputado”.
- Se supeditó el proferimiento de dicha orden a que la misma “resulte necesaria para garantizar su comparecencia o la preservación de la prueba o la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas”.

Sin embargo, lo prescrito por esta norma es concordante con lo dispuesto en el artículo 306 de la Ley, modificado por el artículo 59 de la Ley 1453 de 2011 y que, al regular el trámite que debe seguirse para solicitar y ordenar la detención del sindicado, legitima a la víctima o a su apoderado para solicitar al Juez de Control de Garantías la imposición de la medida de detención preventiva en caso de que el fiscal no lo haga.

Así mismo, debe hacerse necesaria remisión al contenido de los artículos 308 y 309, en los cuales se indican detalladamente los requisitos que debe verificar el Juez de Control de Garantías para acceder a decretar la medida detención preventiva, con sujeción a los específicos casos en que esta resulta aplicable.

Finalmente, se dispuso que en todos los casos se debe solicitar al juez de garantías el control de legalidad de la captura dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la misma.

En relación con este último aspecto, la Corte Constitucional (C-163 /2008) se pronunció señalando que debe entenderse que “dentro del término de treinta y seis (36) horas posteriores a la captura, previsto en la norma, se debe realizar el control efectivo a la restricción de la libertad por parte del juez de garantías, o la autoridad judicial competente”.

En el marco de la citada ley se permite de forma excepcional que la orden de captura para hacer efectiva la medida de detención preventiva sea expedida por la Fiscalía General de la Nación con las condiciones y en los específicos casos contemplados en el artículo 300, modificado por el artículo 21 de la Ley 1142 de 2007, facultad justificada en el hecho de no encontrarse juez que pueda ordenar la captura.

Sobre la procedencia de esta situación excepcional fundada en la imposibilidad de obtener la orden judicial, la Corte Constitucional encontró exequible dicha medida a condición de que se entienda que “el fiscal debe agotar diligentemente la búsqueda de todos los jueces legalmente competentes, incluido el juez de control de garantías ambulante” (C-185/2008).

Subsiste en el marco de la Ley 906 de 2004 la procedencia de la privación de la libertad en casos de flagrancia, caso en el cual se faculta a cualquier persona para realizar la captura, prescribiéndose en todo caso que si el supuesto delito no admite detención preventiva o la captura es ilegal, la persona afectada con tal medida debe quedar en libertad. De



encontrarse procedente la captura<sup>3</sup>, la Fiscalía debe solicitar al juez de garantías el control de legalidad de la medida a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes (art. 302).

Se impone igualmente el deber de dejar en libertad a la persona detenida cuando se presente al centro de reclusión sin la respectiva orden de captura y esta no se allegue dentro del término máximo y preclusivo de treinta y seis (36) horas desde el momento de la captura; también cuando la orden de captura pierda vigencia (art. 304 modificado por el artículo 58 de la Ley 1453 de 2011).

Además de los casos mencionados, en los cuales se impone la puesta en libertad de la persona detenida o capturada, la Ley 904 de 2004 en el artículo 61 (modificado por el artículo 61 de la Ley 1453 de 2011) se ocupa de señalar expresamente los eventos en los cuales “la libertad del imputado o acusado se cumplirá de inmediato”:

1. Cuando se haya cumplido la pena según la determinación anticipada que para este efecto se haga, o se haya decretado la preclusión, o se haya absuelto al acusado.
2. Como consecuencia de la aplicación del Principio de Oportunidad.
3. Como consecuencia de las cláusulas del acuerdo cuando haya sido aceptado por el Juez de Conocimiento.
4. Cuando transcurridos sesenta (60) días contados a partir de la fecha de la formulación de imputación no se hubiere presentado el escrito de acusación o solicitado la preclusión, conforme a lo dispuesto en el artículo 294. El término será de noventa (90) días cuando se presente concurso de delitos, o cuando sean tres o más los imputados.

<sup>3</sup> La Corte Constitucional, en sentencia C-591/2005, condicionó la exequibilidad de este apartado de la norma “bajo el entendido de que el fiscal únicamente puede examinar las condiciones objetivas para la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva”.

5. Cuando transcurridos ciento veinte (120) días contados a partir de la fecha de la formulación de la acusación, no se haya dado inicio a la audiencia de juzgamiento.

Finalmente, en tratándose de los menores infractores, la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia), el artículo 87 dispone que la medida de privación de la libertad resulta aplicable a los menores de edad que sean mayores de 16 años y menores de 18 años, se cumplirá en un Centro de Atención Especializada y procede cuando “sean hallados responsables de homicidio doloso, secuestro, extorsión en todas sus formas y delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexual”.

Conforme a lo anterior, puede entenderse que respecto de los menores infractores la privación de la libertad no puede imponerse como medida de aseguramiento o medida preventiva, sino como medida definitiva respecto de ciertos delitos y como resultado de su comprobada responsabilidad penal.

De todos modos, según quedó visto, la normatividad vigente en el derecho internacional y en la Constitución Política señala las condiciones bajo las cuales resulta procedente la restricción de la libertad personal mediante la imposición de medidas preventivas y privativas de la misma, son explícitas al señalar igualmente la responsabilidad que se origina por la transgresión de los lineamientos contenidos en los distintos instrumentos normativos y el consecuente derecho que surge para las personas afectadas con tales medidas a ser indemnizadas. Por tanto, conviene tener presente cuál es el régimen de responsabilidad estatal que al respecto rige a nuestro sistema jurídico.

Este régimen se concreta principalmente en la Ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia) bajo tres supuestos fundamentales que tienen clara incidencia en la configuración de las diversas hipótesis que pueden llegar a comprometer

la responsabilidad patrimonial del Estado por la privación de la libertad:

1. Responsabilidad por error judicial.
2. Responsabilidad por defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.
3. Responsabilidad por privación injusta de la libertad.

Estos supuestos generales se encuentran descritos en los siguientes términos:

Artículo 65. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales.

En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad.

Artículo 66. Error jurisdiccional. Es aquel cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley.

Artículo 67. Presupuestos del error jurisdiccional. El error jurisdiccional se sujetará a los siguientes presupuestos:

1. El afectado deberá haber interpuesto los recursos de ley en los eventos previstos en el artículo 70, excepto en los casos de privación de la libertad del imputado cuando ésta se produzca en virtud de una providencia judicial.
2. La providencia contentiva de error deberá estar en firme.

Artículo 68. Privación injusta de la libertad. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios. (Exequible por C-037/1996).

Artículo 69. Defectuoso funcionamiento de la administración de justicia. Fuera de los casos previstos en los artículos 66 y 68 de esta ley, quien haya sufrido un daño antijurídico, a consecuencia de la función jurisdiccional tendrá derecho a obtener la consiguiente reparación.

Artículo 70. Culpa exclusiva de la víctima. El daño se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley. En estos eventos se exonerará de responsabilidad al Estado.

Artículo 71. De la responsabilidad del funcionario y del empleado judicial. 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, aquél deberá repetir contra éste.

Para los efectos señalados en este artículo, se presume que constituye culpa grave o dolo cualesquiera de las siguientes conductas:

(...)

2. 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.

(...)

Artículo 74. Aplicación. Las disposiciones del presente capítulo se aplicarán 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 presente Ley Estatutaria.

En consecuencia, en los preceptos que anteceden los términos “funcionario o empleado judicial”

comprende a todas las personas señaladas en el inciso anterior.

Respecto a la incidencia del referido régimen de responsabilidad estatal en la responsabilidad patrimonial por la privación de la libertad, cabe destacar el pronunciamiento efectuado por la Corte Constitucional en la sentencia C-528/2003 al estudiar los artículos 57, 227, 353, 363 y 535 de la Ley 600 de 2000. En dicha oportunidad dijo la Corte que

“[la] jurisprudencia del Consejo de Estado abunda en fallos donde se reconoce la responsabilidad del Estado por acción y omisión de sus autoridades judiciales y se acepta que la privación injusta de la libertad constituye fuente de aquella”.

A partir de esto, en criterio de la Corte Constitucional, la jurisprudencia desarrollada por el Consejo de Estado da lugar establecer “la responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia —particularmente por la privación injusta de la libertad—” como “principio” que se sustenta en

el citado régimen de responsabilidad regulado por la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

Por tanto, en razón del criterio esbozado por la Corte Constitucional, aunado al hecho indiscutible del carácter vinculante que comportan la jurisprudencia del Consejo de Estado como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo en la construcción y desarrollo de la prescripción contenida en el artículo 90 de la Constitución Política en punto de la responsabilidad patrimonial del Estado<sup>4</sup>, ha de acudir a los fallos proferidos por el Consejo de Estado para, con base estos, identificar los lineamientos con apego a los cuales se deciden los casos de responsabilidad originada en la privación de la libertad y de este modo poder establecer las pautas reiteradas en esta materia.

<sup>4</sup> Con la expedición del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, mediante la Ley 1437 de 2011, se establece para las autoridades el deber de extensión de los efectos de las sentencias de unificación dictadas por el Consejo de Estado (art. 102), al igual que el trámite jurisdiccional para solicitar tal extensión ante el mismo Consejo de Estado (art. 269).





## 2 ■ La ‘facultad’ conciliatoria de las entidades públicas en la solución de conflictos de responsabilidad patrimonial del Estado por la privación injusta de la libertad

Con la entrada en vigencia de la Ley 23 de 1991 (“Por medio de la cual se crean mecanismos para descongestionar los Despachos Judiciales”<sup>5</sup>) se otorgó a las personas jurídicas de derecho público la facultad de conciliar, total o parcialmente, judicial o extrajudicialmente, los conflictos de carácter particular y contenido patrimonial que pudieran ser objeto de demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo mediante las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo.

La consagración normativa de la Conciliación dada por el artículo 70 de la Ley 446 de 1998 como mecanismo alternativo para la solución de controversias resulta, conforme a dicha norma, procedente cuando las pretensiones recaen sobre asuntos transigibles,

desistibles y sobre los que la ley expresamente así lo disponga. Este es el caso de los conflictos de contenido particular y concreto que pudieran llegar a ser objeto de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo y así lo reiteró el artículo 56 del Decreto 1818 de 1998 al establecer el Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos.

A su turno, la Ley 640 de 2001, en el artículo 35, modificado por el artículo 52 de la Ley 1395 de 2010, estableció la Conciliación Extrajudicial como requisito de procedibilidad para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La exigencia de la conciliación como requisito de procedibilidad fue acogida por el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, que adicionó la Ley 270 de 1996 respecto a los asuntos que pudieran ser tramitados mediante las acciones de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, Reparación Directa y de Controversias contractuales.

<sup>5</sup> El artículo 59 fue incorporado en el Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos mediante el Decreto 1818 de 1998. El artículo 56 fue modificado por el artículo 70 de la Ley 446 de 1998.

Al efecto exigió la norma que el agotamiento de la etapa previa de conciliación debía surtir de manera exclusiva ante la Procuraduría General de la Nación, condicionando la viabilidad del respectivo acuerdo conciliatorio a su aprobación por parte de la autoridad judicial competente, señalando como causales de improbabación “que no se hayan presentado las pruebas necesarias para ello, que sea violatorio de la ley o resulte lesivo para el patrimonio público” (art. 60).

Finalmente, la exigencia del agotamiento de la etapa de Conciliación Extrajudicial como requisito de procedibilidad “de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales” fue expresamente consagrada por la Ley 1437 de 2011, mediante la cual se expidió el Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (artículo 161, num. 1). Así mismo, se admite la posibilidad de conciliación en etapa judicial, la cual puede darse durante la audiencia inicial del proceso contencioso administrativo (artículo 180, num. 8).

Ahora bien, para materializar la aplicación de la Conciliación en materia contencioso-administrativa, se expidió el Decreto 1716 de 2009, reglamentario del artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, del artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y del capítulo V de la Ley 640 de 2001.

Prescribe tal Decreto que la conciliación (art. 2º, párrafos 1 y 2):

- Puede ser total o parcial,
- no procede “en los asuntos en los cuales la correspondiente acción haya caducado”,
- debe garantizar que “no se menoscaben los derechos ciertos e indiscutibles”.

De igual manera se consagra la procedencia de la conciliación judicial en cualquier estado del proceso, en la segunda instancia inclusive, antes de que se profiera el respectivo fallo (art. 66).

Ahora bien, desde la perspectiva de la Administración Pública, la puesta en marcha del mecanismo conciliatorio ha sido encomendada al Comité de Conciliación, para lo cual se dispuso su conformación en las entidades de derecho público (artículo 16, Decreto 1716 de 2009). Estos comités son considerados como una “instancia administrativa” que tiene atribuidas varias funciones, dentro de las cuales se destaca precisamente aquella concerniente al estudio y decisión, en cada caso específico, sobre la procedencia de la conciliación o cualquier otro medio alternativo de solución de conflictos, con sujeción estricta a las normas jurídicas sustantivas, procedimentales y de control vigentes, evitando lesionar el patrimonio público.

En aras de incentivar la utilización de la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos, se señala expresamente en la norma que las decisiones que en materia de conciliación adopten los miembros del Comité de Conciliación, con sujeción a las mencionados parámetros, de por sí “no darán lugar a investigaciones disciplinarias, ni fiscales, ni al ejercicio de acciones de repetición contra los miembros del Comité”, al tiempo que, agrega la norma, tal decisión “no constituye ordenación de gasto”.

En punto específico de la función atinente a la determinación de la viabilidad de la conciliación, prescribe el artículo 19 del citado decreto que la decisión de considerar la procedencia o improcedencia de la conciliación, así como el señalamiento de los parámetros de la conciliación, deben darse en cada caso con fundamento en el análisis de “las pautas jurisprudenciales consolidadas, de manera que se concilie en aquellos casos donde exista identidad de supuestos con la jurisprudencia reiterada” (num. 5).

Se ha considerado de tal importancia la labor de los comités de conciliación, en tanto que de ella depende la eficacia misma de este mecanismo jurídico, que el Gobierno Nacional se ha ocupado del tema mediante pronunciamientos específicos que, a manera de directivas, han sido dirigidas a ministros, directores

de departamentos administrativos, superintendentes, gerentes, directores, representantes legales de entidades descentralizadas del orden nacional y miembros de los comités de conciliación de los organismos y entidades del orden nacional:

La Directiva Presidencial n.º 02 de 28 de febrero de 2003 impartió instrucciones al Vicepresidente de la República, ministros del Despacho, directores de los departamentos administrativos y directores, gerentes y presidentes de entidades descentralizadas y descentralizadas del orden nacional señalando que

En el marco del desarrollo de los principios de economía procesal y satisfacción de los fines del Estado Social de Derecho, cuando entre las entidades destinatarias de esta directiva exista un conflicto jurídico susceptible de ser negociado, antes de acudir a la vía procesal o al arbitraje, estas entidades deberán buscar la solución del conflicto a través de los mecanismos alternativos de solución de conflictos que establece la ley.

La Directiva Presidencial n.º 05 del 3 de febrero de 2009 exhortó a los ministros, directores de departamentos administrativos, superintendentes, gerentes, directores, representantes legales de entidades descentralizadas del orden nacional y miembros de los comités de conciliación de los organismos y entidades del orden nacional a cumplir los deberes que les son exigibles en materia de conciliación, con sujeción a los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, señalando, entre otros aspectos, que

- La decisión de conciliar tiene “control de legalidad previo al desembolso de los dineros públicos, lo que brinda seguridad y garantía al manejo fiscal”.
- “La decisión sobre la procedencia de la conciliación debe ser adoptada con sujeción estricta a las normas jurídicas sustantivas, procedimentales y de control vigentes, de manera que las entidades públicas deben

conciliar siempre que se presenten los supuestos jurídicos y probatorios que hagan viable la celebración de un acuerdo conciliatorio”.

- “En los asuntos en los cuales exista alta probabilidad de condena, con fundamento en el acervo probatorio allegado al expediente y en la jurisprudencia reiterada y decantada de las altas Cortes, especialmente en asuntos relacionados con reconocimientos pensionales y eventos de responsabilidad objetiva, los miembros de los Comités de Conciliación deberán analizar las pautas jurisprudenciales consolidadas, de manera que se concilie en aquellos casos donde exista identidad de supuestos con la jurisprudencia reiterada”.
- “Los Comités de Conciliación deberán ser especialmente cuidadosos en la identificación de los casos en que se presente indebida legitimación de la parte convocada, a fin de decidir oportunamente la improcedencia de la conciliación y comunicarán de manera inmediata tal pronunciamiento, tanto al convocante como al agente del ministerio público ante quien se adelante el trámite extrajudicial”.
- “[S]e insiste en la necesidad de tomar todas las medidas necesarias para cumplir de manera seria, eficiente y oportuna con lo ordenado en la reforma a la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, de manera que la consagración de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, incida en forma directa en la efectividad de la prestación del servicio público de administración de justicia, al contribuir a la descongestión de los despachos judiciales, a la protección de derechos de los ciudadanos y a la defensa del patrimonio público”.

En esa misma línea de criterio, el Ministerio Público también ha dado importantes directrices sobre la materia. Así, en la Circular Conjunta del 10 de noviembre de 2008, dirigida a miembros de los comités

de conciliación, representantes legales y apoderados de entidades públicas del orden nacional y territorial y procuradores delegados ante el Consejo de Estado y judiciales administrativos, el Procurador General de la Nación, el Contralor General de la República y el Ministro del Interior y de Justicia, “se recuerda a los integrantes de los Comités de Conciliación de las entidades públicas de los distintos órdenes y niveles, la importancia de dar estricto y adecuado cumplimiento a lo ordenado por el Decreto 1214 de 2000, respecto de las ... funciones orientadas a optimizar la defensa judicial y a garantizar una eficiente y eficaz gerencia jurídica pública”.

Mediante la Circular 004 del 3 de febrero de 2009, dirigida a los miembros de los comités de conciliación, representantes legales y apoderados de entidades públicas del orden nacional y territorial y procuradores delegados ante el Consejo de Estado y Judiciales Administrativos, el Jefe del Ministerio Público

- “[C]onvoca” especialmente “a los comités de conciliación de las entidades públicas” para que “como instancias decisorias” actúen en aras del fortalecimiento de la conciliación para “(i) combatir la congestión de la administración de justicia, (ii) fortalecer a la conciliación como un eficaz mecanismo alternativo de solución de conflictos, especialmente en aquellos casos en que las entidades aparecen convocadas o demandadas y existe alta probabilidad de condena en su contra, y (iii) hacer efectiva la protección de los derechos ciudadanos”.
- Advierte que el comité de conciliación, “al igual que organismos de derecho público que no tienen la obligación de constituir tal instancia administrativa”, debe decidir en cada caso sobre la procedencia de la conciliación “con sujeción estricta a las normas jurídicas sustantivas, procedimentales y de control vigentes”. También debe proceder de conformidad con los principios constitucionales y legales que rigen el

ejercicio de la función pública y las actuaciones administrativas, “en el sentido de tramitar las solicitudes de conciliación que se radiquen en sus sedes administrativas con eficiencia, eficacia, celeridad, transparencia y publicidad”.

- Recuerda los deberes funcionales de los servidores públicos aplicables a los miembros del Comité de Conciliación, al tiempo que señala que “estará atento y aplicará los correctivos disciplinarios u ordenará la compulsación de copias para las investigaciones penales y fiscales que resulten pertinentes, cada vez que se encuentre que los comités de conciliación o los representantes legales de las entidades públicas, se abstienen de dar viabilidad a acuerdos conciliatorios que resulten beneficiosos para el patrimonio público y sean respetuosos del ordenamiento jurídico, apoyados en razones ajenas al interés general, por ejemplo cuando busquen evitar que se inicien acciones de repetición o investigaciones disciplinarias contra los jefes, directores, representantes legales o superiores jerárquicos de las respectivas entidades, o cuando pretendan impedir que se afecten rubros presupuestales de la administración de turno, sin consideración a la existencia real de la obligación indemnizatoria”.

El Procurador General de la Nación expidió la Circular 005 del 3 de febrero de 2009 para los miembros de los comités de conciliación, representantes legales y apoderados de entidades públicas del orden nacional y territorial y procuradores delegados ante el Consejo de Estado y Judiciales Administrativos, sobre los “aspectos a considerar respecto de la conciliación como requisito de procedibilidad para el ejercicio de las acciones consagradas en los artículos 85, 86 y 87 del C.C.A.”.

Del contenido de esta circular se destaca el señalamiento de presupuestos generales que de conformidad con la normatividad y jurisprudencia vigentes se deben tener en cuenta para llegar a un acuerdo conciliatorio:

- a. Debida representación de las personas que concilian.
- b. Obrar por medio de apoderado, quien deberá ser abogado titulado y contar con facultad expresa para conciliar (parágrafo 3, artículo 1°, Ley 640 de 2001).
- c. Decisión favorable del respectivo Comité de Conciliación, cuando a ello hubiere lugar<sup>6</sup>.
- d. Que el asunto por conciliar sea susceptible de transacción, desistimiento o conciliación (artículo 19, Ley 640 de 2001) y además sea de carácter particular y contenido económico (artículo 70, Ley 446 de 1998 y artículo 2°, Decreto 2511 de 1998), lo que permite que el acuerdo sea viable aun en los casos en los que verse sobre la totalidad de las pretensiones del convocante.
- e. Que no haya operado la caducidad de la acción que eventualmente se ejercería en caso de no llegar a acuerdo conciliatorio (parágrafo 2, artículo 81, Ley 446 de 1998).
- f. Que lo reconocido patrimonialmente cuente con adecuado respaldo probatorio en la actuación, como se dispone en el artículo 73 de la Ley 446 de 1998, según el cual, “[l]a autoridad judicial improbará el acuerdo conciliatorio cuando no se hayan presentado las pruebas necesarias para ello”.
- g. Que el acuerdo no resulte abiertamente lesivo para el patrimonio público (artículo 73, Ley 446 de 1998).
- h. Que el acuerdo no sea violatorio de la ley (artículo 73, Ley 446 de 1998).
- i. Que no proceda la vía gubernativa o que esta estuviere debidamente agotada (artículo 81, Ley 446 de 1998).
- j. Que se presente alguna de las causales de revocatoria directa previstas en el artículo 69 del C.C.A. (artículo 71, Ley 446 de 1998), cuando se trate de conciliación respecto de los efectos económicos de actos administrativos<sup>7</sup>.
- k. Que el asunto no verse sobre conflictos de carácter tributario (artículo 70, Ley 446 de 1998).
- l. Que el asunto por conciliar no esté contenido en un título ejecutivo<sup>8</sup>.

En esta circular se reiteraron nuevamente los deberes que en materia de conciliación les corresponde cumplir a los representantes legales de las entidades públicas e integrantes del respectivo Comité de Conciliación en el cumplimiento de sus “funciones orientadas a garantizar la eficiente y oportuna atención de las solicitudes de conciliación extrajudicial”.

Como corolario de lo anterior ha de considerarse que la atribución legal conferida a las entidades públicas para decidir respecto de la conciliación, más

<sup>7</sup> Nota original del documento citado:

Sobre el particular la Corte Constitucional en la Sentencia C-033 de 2005 sostuvo: “En lo que toca con la conciliación en materia administrativa, el régimen especial estatuido en la mencionada Ley 23 de 1991 fue objeto de análisis en la Sentencia 143 del 12 de diciembre de 1991 de la Corte Suprema de Justicia, que declaró la conformidad con la Constitución Política de 1991 pero en el entendido de que ‘para poder entrar a conciliar sobre los puntos puramente patrimoniales, tanto tratándose de acto ejecutoriado como de acto cuya ejecutoria se halle apenas en ciernes, la administración siempre ha de dilucidar previamente si se encuentra ante alguno de los supuestos que la legitiman para revocar directamente el acto, bien por inconstitucionalidad o ilegalidad manifiestas o por inconveniencia y sólo en caso afirmativo podrá proceder a la conciliación’ y aclarando que ‘...la institución de la conciliación contencioso administrativa prevista en las normas sub iudice y contraída a los casos que en precedencia fueron examinados, no entraña posibilidad alguna de que la legalidad del acto o su firmeza pendan del mero querer de las partes involucradas en la litis contenciosa, lo cual sería a todas luces inaceptable por inconstitucional. En ese entendimiento y con las precisiones anotadas, la Corporación la juzga exequible”.

<sup>8</sup> Nota original del documento citado:

El artículo 1 de la Ley 1231 de 2008 establece: “El artículo 772 del Decreto 410 de 1971, Código de Comercio, quedará así: Factura es un título valor que el vendedor o prestador del servicio podrá librar y entregar o remitir al comprador o beneficiario del servicio”.

<sup>6</sup> Nota original del documento citado:

Sobre el particular el artículo 75 de la Ley 446 de 1998, dispone: “Las entidades y organismos de Derecho Público del orden nacional, departamental, distrital y de los municipios capital de departamento y los Entes Descentralizados de estos mismos niveles, deberán integrar un comité de conciliación, conformado por los funcionarios del nivel directivo que se designen y cumplirá las funciones que se le señalen. Las entidades de derecho público de los demás órdenes tendrán la misma facultad”. Por su parte, el artículo 2° del Decreto 1214 de 2000 establece que los comités de conciliación son la instancia administrativa competente para decidir en cada caso sobre la procedencia de la conciliación o cualquier otro medio alternativo de solución de conflictos.

que una mera competencia discrecional, constituye un auténtico deber funcional, pues tal decisión comporta el estudio de un caso respecto del cual sería plenamente verificable la concurrencia de los requisitos de orden sustancial, procedimental y de conveniencia para el patrimonio público que, de conformidad con los requisitos señalados en la normatividad vigente y contenidos en los criterios jurisprudenciales decantados por el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, hacen jurídicamente viable la respectiva conciliación.

En esa medida, y con el propósito de contribuir en la toma de decisiones que permitan la implementación

de la conciliación en los supuestos de responsabilidad patrimonial del Estado originados específicamente en la privación injusta de la libertad, seguidamente en esta guía se presentan algunos elementos de análisis relevantes para identificar los presupuestos esenciales que permiten llegar a un acuerdo conciliatorio en tales eventos.

La presentación de los elementos de análisis pertinentes se circunscribe a aspectos relevantes de orden sustancial, procesal y patrimonial que, de conformidad con la normatividad y jurisprudencia vigentes, constituyen aspectos de ineludible comprobación.



## 3 ■ Identificación de casos jurídicamente conciliables

El primer aspecto de análisis que corresponde efectuar al estudiar un caso respecto del cual se pretenda llegar a un acuerdo conciliatorio es sin duda aquel atinente a la determinación de la probabilidad de condena para la entidad. Por tanto, el mayor grado de acierto de la decisión basada en dicho aspecto depende necesariamente del resultado que arroje la confrontación de las particularidades propias del caso específico sometido a estudio con los presupuestos normativos y los lineamientos jurisprudenciales correspondientes.

Conviene entonces identificar tales criterios para hacer posible la puesta en práctica del pretendido ejercicio de confrontación.

### 3.1. Primer criterio de verificación: inobservancia de prescripciones constitucionales y legales

Con fundamento en el marco normativo que en materia penal regula la restricción del derecho a la libertad personal, es posible concluir que existen

ciertas reglas ineludibles que al ser desconocidas hacen inadmisibles la imposición de las medidas restrictivas de la libertad personal.

1. Es ilegal la privación de la libertad impuesta a una persona, ya sea de manera preventiva o como pena definitiva, cuando la medida carece de alguno de los requisitos que de conformidad con la Constitución, los tratados internacionales y la ley deben estar cumplidos de manera previa a la detención.
2. Es ilegal la privación de la libertad cuando tal medida se impone, sea de manera preventiva o como pena definitiva, y no se formaliza o legaliza dentro de los términos perentoriamente establecidos por la Constitución, los tratados internacionales y la ley.
3. Es ilegal la privación de la libertad personal impuesta de manera preventiva como medida de aseguramiento cuando respecto del presunto

delito y por las circunstancias en que este se produjo tal medida no esté señalada como procedente en la ley.

4. Es ilegal la privación de la libertad personal impuesta de manera preventiva, como medida de aseguramiento, cuando recaiga sobre persona inimputable o sobre menor infractor.
5. Es ilegal la privación de la libertad personal impuesta de manera preventiva, como medida de aseguramiento, cuando no se cumpla con la exigencia probatoria indiciaria que la justifique y no resulte necesario garantizar alguna de las finalidades reconocidas por la Constitución, los tratados internacionales y la ley para esta clase de medidas.
6. Es inconstitucional la privación de la libertad personal impuesta de manera preventiva, como medida de aseguramiento, cuando tal restricción resulte contraria a las garantías constitucionales por vulnerar el derecho fundamental al debido proceso (vía de hecho), entre otros derechos.
7. Es ilegal la privación de la libertad cuando, habiéndose configurado una causal de libertad, el sujeto afectado no es puesto en libertad de manera inmediata.
8. Toda privación ilegal e inconstitucional de la libertad es calificable como privación injusta de la libertad.
9. También se califica de injusta la privación de la libertad por la ocurrencia de los casos legalmente señalados conforme a la normatividad vigente en el momento de su ocurrencia: sentencia absolutoria definitiva o su equivalente motivada en que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no constituía hecho punible.
10. La privación de la libertad es ilegal e injusta cuando dicha medida es impuesta como consecuencia de decisión proferida por un funcionario judicial que incurre en error jurisdiccional.

En consecuencia, la privación de la libertad que pueda ser señalada como inconstitucional, ilegal o injusta y genera para el afectado el derecho a ser indemnizado.

### **3.2. Segundo criterio de verificación: que en el caso concreto se configure alguno de los supuestos jurisprudencialmente señalados como constitutivos de detención injusta que han dado lugar a la declaratoria de responsabilidad estatal**

En este punto cabe advertir que, aun cuando desde la perspectiva normativa un específico caso de privación de la libertad pudiera pasar el correspondiente examen de legalidad, lo cierto es que, de conformidad con las elaboraciones hechas sobre la materia por el Consejo de Estado, la legalidad de la detención no excluye la responsabilidad estatal puesto que en ciertos casos tal responsabilidad se establece en consideración a otros criterios que conducen a que tal medida resulte injustificada y, por ende, constitutiva de daño antijurídico indemnizable.

Sobre este planteamiento el Consejo de Estado ha sostenido (21140/2011) que lo que explica el presupuesto de responsabilidad contenido en el derogado artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 es precisamente el hecho de que la legalidad de la medida privativa de la libertad no excluye su carácter injusto, por lo cual en los eventos señalados en la norma:

[N]o es determinante establecer si la medida se adoptó en cumplimiento del deber constitucional señalado y con el lleno de los requisitos previstos para tal efecto, esto es, si fue legal, por cuanto en estos casos la responsabilidad se predica de lo antijurídico del daño padecido, mas no de la ilegalidad de la conducta desplegada por la entidad demandada.

Precisando que aun cuando dicha norma no se encuentra vigente, ni se haya previsto su aplicación ultractiva,

[La]s hipótesis que preveía se encuentran subsumidas en el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, razón por la cual, en todo caso en el que lo injusto de la privación devenga de tales eventos, así su ocurrencia tenga lugar con posterioridad a



la derogatoria de la citada norma, el régimen de responsabilidad que lo habrá de regir para establecer la posible imputabilidad de la responsabilidad en cabeza del Estado será, sin lugar a dudas, el objetivo (Consejo de Estado 21140/2011)<sup>9</sup>.

Por manera que según lo establecido por el Consejo de Estado, para los casos de privación de la libertad ocurridos tanto en vigencia del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 como en vigencia del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 en relación con los eventos que aquel decreto contempla, “no se requiere establecer, para efecto del reconocimiento del perjuicio ocasionado, que se hubiere presentado una falla en la prestación del servicio de administrar justicia” (Consejo de Estado 14740/2005. Ver también 9391/1994, 10056/1995 y 14676/2004).

No obstante, se debe tener en cuenta igualmente que la determinación del carácter injusto de la privación de la libertad fundada en el citado artículo 414, y por ende actualmente en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, se ha hecho extensiva, por virtud de la jurisprudencia del Consejo de Estado, a aquellos casos en los cuales la absolución del sindicado tiene lugar en aplicación del principio *in dubio pro reo*, esto es, cuando el Estado no desvirtuó la presunción de inocencia que ampara al procesado en la investigación penal y por tanto dio lugar al rompimiento del principio de igualdad de los ciudadanos frente a las cargas públicas.

De esta postura dan cuenta diversos fallos (por ejemplo, Consejo de Estado 13168/2006, 16057/2007, 15980/2008, 16848/2009 y 15769/2009) que acogen consideraciones del siguiente orden:

... no se puede exonerar al Estado de responsabilidad cuando a pesar de haber dictado una medida de detención con el lleno de los requisitos que exige la Ley para el efecto, profiere posteriormente una resolución de preclusión

de la investigación por no encontrar pruebas suficientes en contra del investigado ... *La falta de certeza no provee un justo título –ex post– a una privación de libertad ...*, si el resultado del proceso, a su culminación y de cara a la situación del aquí demandante, continuó siendo la misma que ostentaba antes de ser detenido, esto es que *jamás se ha desvirtuado la inocencia que siempre ha acompañado* y cabe predicarse respecto del aquí demandante.

Así pues, resultaría desde todo punto de vista desproporcionado exigir de un particular que soportase inerme y sin derecho a tipo alguno de compensación –como si se tratase de una carga pública que todos los coasociados debieran asumir en condiciones de igualdad–, el verse privado de uno de sus bienes jurídicos más preciados, quizá el segundo en importancia después de la vida, como es la libertad y menos si esa situación se prolongó por un período superior a un año, en aras de salvaguardar la eficacia de las decisiones del Estado prestador del servicio público de Administración de Justicia *si, una vez desplegada su actividad, esta Rama del Poder Público a la cual le corresponde la carga de la prueba no consiguió desvirtuar la presunción de inocencia del particular al que inculpaba*<sup>10</sup>. (Resaltado propio).

En síntesis, de conformidad con lo anterior, “**la privación de la libertad compromete la responsabilidad estatal cuando, siendo legal, resulte injusta**”. Lo injusto de la medida privativa de la libertad deviene de la ocurrencia de cualquiera de los supuestos referidos en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, que jurisprudencialmente se han considerado incorporados en el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, además del específico evento de la absolución por aplicación del principio *in dubio pro reo*.

Por tanto, el régimen objetivo de responsabilidad por privación de la libertad es aplicable en los siguientes casos:

<sup>9</sup> Expediente 21140, ibídem. En el mismo sentido ver 13268/2002, 15463/2007, 15498/2007 y 16902/2008.

<sup>10</sup> Consejo de Estado 13168/2006, 16057/2007.

- Sentencia absolutoria, preclusión de la investigación, cesación de la acción penal, motivada en el que el hecho no existió.
- Sentencia absolutoria, preclusión de la investigación, cesación de la acción penal, motivada en el que el sindicado no cometió el hecho.
- Sentencia absolutoria, preclusión de la investigación, cesación de la acción penal, motivada en el que la conducta no constituía hecho punible.
- Sentencia absolutoria, preclusión de la investigación, cesación de la acción penal, motivada en la aplicación del principio *in dubio pro reo*.

En cualquier caso, en tales hipótesis el juicio de responsabilidad se encuentra sujeto a un régimen de responsabilidad objetivo y por tanto la probabilidad de condena en esos casos es indudablemente alta.

Ahora bien, corresponde advertir igualmente que la jurisprudencia ha fijado criterios en los cuales la determinación de lo injusto de la medida privativa de la libertad no deviene de la aplicación de alguno de los supuestos que se acaban de enunciar, sino también de otros de orden fáctico al respecto de los cuales el régimen de responsabilidad aplicado es el de la responsabilidad subjetiva o por falla del servicio:

[C]uando se atribuye la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, existen eventos precisos y específicos en los cuales la jurisprudencia –con fundamento en el principio *iura novit curia*–, ha aceptado la definición de la controversia a través de la aplicación de títulos de imputación de carácter objetivo, en los cuales, la conducta asumida por la administración pública no juega un papel determinante para la atribución del resultado. Por el contrario, las demás situaciones que desborden ese específico marco conceptual, deberán ser definidas

y desatadas a partir de la verificación de una falla del servicio en cabeza del aparato estatal<sup>11</sup>.

Específicamente en cuanto a los daños causados por la privación de la libertad, se ha recalcado que la injusticia de la misma no deviene necesariamente de una decisión judicial contraria a derecho. Así, se ha sostenido que

Los ciudadanos están obligados a soportar algunas cargas derivadas del ejercicio de las funciones administrativas, y sólo en la medida en que, como consecuencia de dicho ejercicio, se produzca un perjuicio anormal, puede concluirse que han sido gravados de manera excepcional. Y es claro que *la anormalidad del perjuicio no surge de la ilegalidad de la conducta que lo causa; bien puede existir un daño antijurídico producido por una actuación cumplida conforme a derecho, o un daño no antijurídico producido por una actuación ilegal...*

No puede considerarse, en principio, que el Estado deba responder siempre que cause inconvenientes a los particulares, en desarrollo de su función de administrar justicia; en efecto, la ley le permite a los fiscales y jueces adoptar determinadas decisiones, en el curso de los respectivos procesos, en aras de avanzar en el esclarecimiento de la verdad, y los ciudadanos deben soportar algunas de las incomodidades que tales decisiones les causen. *Sin embargo, tampoco pueden hacerse afirmaciones categóricas, para suponer que, en determinados casos, será siempre inexistente el daño antijurídico, mucho menos cuando ha habido lugar a la privación de la libertad de una persona, así sea por corto tiempo, dado que se trata de la vulneración de un derecho fundamental, cuya injusticia, al margen de la licitud o ilicitud de la decisión que le sirvió de fundamento, puede hacerse evidente como consecuencia de una decisión definitiva de carácter absolutorio*<sup>12</sup>. He aquí la demostración

<sup>11</sup> Consejo de Estado 19283/2010; 19312/2010.

<sup>12</sup> Nota original de la sentencia citada:

de que la injusticia del perjuicio no se deriva de la ilicitud de la conducta del agente del Estado. (Consejo de Estado 11601/2000. Cursiva fuera del texto. Ver también 15626/2006).

Cabe destacar que la Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 determinó el alcance de su contenido en los siguientes términos:

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” 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, aun 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*. (C-037/1996, cursiva fuera del texto).

Sobre la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad, se pronunció esta Sala en sentencia del 18 de septiembre de 1997, expediente 11.754, actor Jairo Hernán Martínez Nieves, extendiéndola a casos en que la absolución se ha producido por razones distintas a las previstas en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, y concretamente por aplicación del principio *in dubio pro reo*.

Por tanto, corresponde identificar las hipótesis en las cuales con arreglo a la jurisprudencia en atención a las particularidades del caso, se está frente a una medida privativa de la libertad que pueda calificarse de injusta por tratarse de una detención arbitraria, desproporcionada o excesiva<sup>13</sup>.

La medida se ha considerado injusta por tales motivos en los siguientes casos:

1. Error jurisdiccional, el cual se ha tenido por configurado en casos como los siguientes:
  - a. Medida privativa de la libertad fundada en una prueba posteriormente invalidada por la misma autoridad que ordenó la detención, al haber sido obtenida con violación al debido proceso (Consejo de Estado 16932/2009).
  - b. Preclusión de la investigación al comprobarse que el sindicado obró amparado en una causal excluyente de responsabilidad penal (Consejo de Estado 17117/2009).Resulta importante mencionar que el Consejo de Estado motivó tal determinación en la consideración según la cual la responsabilidad estatal se compromete “a pesar de haber dictado una medida de detención con el lleno de los requisitos que exige la Ley para el efecto” y “así las razones de absolución o de preclusión de la investigación no obedezcan a ninguna de las causales previstas por el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal derogado”.
2. Arbitrariedad, se tiene que la detención es arbitraria y por ende injusta cuando tal medida se profiere con desconocimiento de los requisitos legales que rigen la captura con fines extradición (Consejo de Estado 15485/2009).

<sup>13</sup> En sentencia 15989/2007, el Consejo de Estado argumentó que la absolución del sindicado en garantía de la presunción de inocencia da lugar a establecer que la medida privativa de la libertad resultaba anormal por desproporcionada y excesiva.

3. Excesiva, si se ha calificado de injusta y desproporcionada la privación de la libertad impuesta al ciudadano pese a que tal medida sea “proferida en principio, con arreglo a las disposiciones legales”, cuando ésta se impone con ocasión de un proceso penal finalmente descartado por injustificado, arbitrario, fundado en pruebas ilícitamente obtenidas, que da lugar a predicar la ocurrencia de un “error craso”, y por tanto de una “grave violación al derecho a la libertad personal” (Consejo de Estado 18960/2010). Así mismo cuando se establece, a partir del contexto general del caso que motivó la detención y el desarrollo mismo del proceso penal, que conculcan otros derechos fundamentales individuales como la honra, el buen nombre, la dignidad e intimidad familiar e incluso la integridad personal en tanto que la persona afectada con dicha medida vio alterada su salud mental (Consejo de Estado 19807/2012).
2. Medida privativa de la libertad que se revoca al producirse fallo absolutorio o su equivalente, en aplicación del principio *in dubio pro reo* (Consejo de Estado 36982/2009; 40330/2011; 3777/2011; 40455/2012; 41530/2012; 31088/2012; 40883/2012; 39764/2012; 40330/2012).
3. Medida privativa de la libertad que se revoca al producirse fallo absolutorio o su equivalente, al comprobarse el que la conducta del sindicado no era constitutiva de delito (Consejo de Estado 38365/2011; 40602/2012).
4. Medida privativa de la libertad que se revoca por fallo absolutorio o su equivalente, al comprobarse el que el sindicado no cometió el hecho (Consejo de Estado 38898/2011; 39206/2011; 39154/2012; 37805/2012; 39156/2012).
5. Error jurisdiccional originado en la vía de hecho en que incurrió la providencia que decretó la medida de aseguramiento, debido a la errada interpretación de las pruebas que motivaron tal determinación (Consejo de Estado 34826/2009).

### 3.3. Tercer criterio de verificación: que en el caso concreto se configure alguno de los supuestos que en casos similares hayan dado lugar a conciliaciones judiciales o extrajudiciales

Los antecedentes jurisprudenciales hallados sobre la materia permiten destacar que las decisiones aprobatorias de la conciliación recaen sobre acuerdos logrados en etapa judicial. Esto parece indicar que la efectividad del mecanismo conciliatorio se está difiriendo hasta que se produce sentencia condenatoria.

Se establece a partir de las respectivas providencias que la conciliación se ha encontrado procedente respecto de casos referidos a los siguientes supuestos:

1. Ilegalidad de la medida de detención preventiva por haberse proferido sin sujeción a los requisitos legales (Consejo de Estado 39120/2011)<sup>14</sup>.

### 3.4. Cuarto criterio de verificación: que en el caso concreto se configure alguno de los supuestos que en casos similares hayan dado lugar a la denegación de las pretensiones que demandaban la responsabilidad estatal

Respecto de este criterio, tan solo se encuentran los siguientes antecedentes jurisprudenciales correspondientes a sentencias en las cuales se absuelve al Estado por demandas formuladas con ocasión de la imposición de medidas privativas de la libertad.

En el primer caso se aplicó el criterio según el cual no hay lugar a declarar la responsabilidad del Estado cuando se demuestra que el daño provino de una causa no imputable a este por tratarse de un evento constitutivo de fuerza mayor, hecho del tercero o el hecho de la víctima.

Al respecto de esta última causal de exoneración se encuentra un antecedente jurisprudencial (Consejo de

<sup>14</sup> En ese caso encontró *a quo* que no se acreditó la prueba indiciaria exigida por el artículo 388 del Decreto 2700 de 1991.

Estado 15463/2007) en el cual se precisa que en los casos de privación de la libertad, el hecho de la víctima consiste en “la violación por parte de ésta de las obligaciones” a las cuales está sujeta en su condición de administrado y por tanto, en razón de encontrarse probado en el caso concreto que la medida de detención le fue impuesta a la ciudadana debido al “proceder negligente, imprudente y gravemente culposos de la víctima”, se denegaron las pretensiones de la demanda, puesto que en esa medida se consideró que tal conducta le impone al administrado el deber de

[A]sumir la privación de la libertad de la que fue objeto, como una carga que le corresponde por el hecho de vivir en comunidad, a fin de garantizar la efectividad de la función de administración de pronta y cumplida justicia<sup>15</sup>.

En el otro caso se denegó la responsabilidad deprecada en consideración a que no se probó la ilegalidad como tampoco la anormalidad ni gravedad de la medida privativa de la libertad y por lo tanto en tal caso se consideró que la detención se impuso

[en] ejercicio legítimo de los poderes reconocidos al Estado, respecto de lo cual tanto los demandantes,

como toda persona está obligada a asumirlo como una carga pública soportable. (Consejo de Estado 33238/2011).

A tal conclusión llegó la Sala al encontrar que la absolución del demandado se debió a un error en la valoración probatoria por parte del juez, puesto que,

pese a la contradicción de las decisiones de primera y segunda instancia de juzgamiento, se acoge la postura del Tribunal Superior según la cual el hecho o hechos si existieron, los sindicados los consideró partícipes y se trataba de hechos punibles consagrados legalmente. Luego *la actuación o actividad desplegada por la Fiscalía en la fase de investigación e instrucción del proceso penal se correspondió con el ejercicio del ius puniendi del Estado, con la exigencia de un indicio grave de responsabilidad y con la diligencia debida para el esclarecimiento probatorio de la comisión de delitos que, como los asociados al tráfico ilegal de estupefacientes, imponen a las autoridades la utilización del mayor rigor probatorio, no la perfección, y de todos los medios disponibles para lograr la identificación y vinculación de las complejas e intrincadas redes que se construyen alrededor de este tipo de ilícitos.* (Cursiva fuera del texto, Consejo de Estado 33238/2011)

<sup>15</sup> Consejo de Estado 15463/2007.





## 4 ■ Revisión de presupuestos procesales

### 4.1. Verificación de caducidad

En las hipótesis de responsabilidad por privación injusta de la libertad constituye criterio jurisprudencial aquel según el cual “el término de caducidad se cuenta a partir del día siguiente al de ejecutoria de la providencia judicial absolutoria” (Consejo de Estado 40324/2011)<sup>16</sup>.

De allí que se debe verificar, de conformidad con las normas procedimentales aplicables en cada caso, cuáles eran los recursos procedentes contra la providencia absolutoria o preclusiva de la investigación para poder determinar con exactitud la fecha a partir de la cual tal decisión cobró firmeza<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> En el mismo sentido, Consejo de Estado 36473/2010 y 33238/2011. En la sentencia 37585/2010 se consideró errado el criterio del Tribunal de primera instancia, que computó el término para la caducidad tomando como base la fecha de notificación de la resolución “a través de la cual la autoridad competente decidió no imponer medida de aseguramiento y ordenó el *cierre de la instrucción*, y no la fecha en la que se notificó la resolución que *precluyó la investigación penal* iniciada contra los actores” (resaltado del texto original).

<sup>17</sup> En 37410/2010 se precisó que “un proceso solo termina cuando que-

Esto resulta supremamente relevante puesto que, conforme lo ha sostenido la jurisprudencia, en la certeza de la definición jurídica de tal decisión radica la injusticia de la detención (Consejo de Estado 36473/2010. Ver también 34781/2008 y 17493/2010).

[S]olo a partir del momento en que adquiera firmeza la providencia, es posible calificar de injusta la detención. Antes no tiene tal calidad, dado que se desconoce la conclusión a la cual llegará el juez penal. Y sólo puede hablarse de existencia de esa providencia una vez que en relación con ella se han surtido todos los recursos y grados de consulta de que goza.

El daño se consolida no con el simple hecho material de la detención, sino con la calidad de injusta de esa detención, la cual deviene como

da ejecutoriada la sentencia, esto es, cuando queda en firme, bien porque no se hubieren interpuesto recursos contra ella o se hubieren decidido aquellos que hubieren sido interpuestos”.

consecuencia de la decisión penal que así lo determine. (Consejo de Estado 11425/1996)<sup>18</sup>.

En similares términos el referido criterio se ha reiterado recientemente:

En ese contexto, en los eventos en que el perjuicio se deriva de la privación injusta de la libertad, lo cierto es que el conocimiento del daño se evidencia una vez se tiene la plena certeza acerca de la ilegalidad o la falta de fundamento de la medida restrictiva correspondiente; lo anterior, dado que es a partir del momento en que se califica dicha limitación como injusta o ilegal que la persona detenida tiene pleno conocimiento del daño que se le ha ocasionado y, por consiguiente, puede acudir al aparato jurisdiccional en procura de que dicho detrimento sea resarcido. Es posible que en algunos eventos la persona demandante haya obtenido la libertad por una u otra medida jurisdiccional, pero lo cierto es que hasta tanto la decisión que declaró la libertad —y por ende declaró la ilegalidad de la medida— no haya cobrado fuerza ejecutoria, no se tendrá plena certeza sobre el verdadero acaecimiento del daño y, en consecuencia, no se tendrá certeza acerca de la viabilidad de las pretensiones indemnizatorias. (Consejo de Estado 33918/2007. Ver también 41289/2012).

Por esto jurisprudencialmente también se ha precisado que cuando el daño proviene de la falla del servicio en la administración de justicia,

“el término de caducidad de la acción de reparación directa que pueda caber en caso de falla del servicio judicial, debe contarse a partir de la ejecutoria de la providencia que ponga fin al proceso con tránsito a cosa juzgada. (Consejo de Estado 9357/1994).

Se tiene entonces que es esta línea de criterio establecida por la jurisprudencia (Consejo de Estado 7407/1993; 7399/1993; 12228/2000; 13392/2001; 17964/2000; 13258/1997; 13626/1998, entre otras)

<sup>18</sup> Ver también 9357/1994 y 11714/2004.

la que debe seguirse a efectos de verificar en cada caso específico si la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial o la demanda de reparación directa fueron interpuestas dentro del término de dos años previsto en el numeral 8 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo y por tanto igualmente aplicable respecto de lo dispuesto en tal sentido por el literal 1 del numeral 1 del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, según la forma de contabilización anotada.

#### 4.2. Legitimación en la causa pasiva

Debe distinguirse el presupuesto procesal correspondiente a la falta de legitimación en la causa que debe estar presente en la entidad pública demandada, del requisito atinente a la representación de la misma.

Tal como de tiempo atrás lo tiene averiguado la jurisprudencia, la falta de legitimación en la causa por pasiva se presenta cuando las pretensiones son aducidas respecto de personas que “no son las titulares de la obligación alegada” (Consejo de Estado 6054/1990).

La falta de legitimación en la causa plantea entonces una deficiencia sustantiva, de fondo, del proceso que impide la prosperidad de la demanda, al punto que aun cuando tal falencia no sea advertida por el demandado al contestar la demanda, corresponde al juez declarar la ocurrencia de tal situación cuando así la encuentre probada<sup>19</sup>.

Mientras que la indebida representación se predica de la persona, en este caso de derecho público, que estando legitimada para ser demandada en el proceso, comparece al mismo a través de quien no

<sup>19</sup> Al respecto prescribe el artículo 306 del C.P.C.: “Cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción, deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa que deberán alegarse en la contestación de la demanda.

Si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, podrá abstenerse de examinar las restantes”.



se encuentra legalmente facultado para ello. Por esta razón el Código Contencioso Administrativo, tanto en la regulación contenida en el Decreto 01 de 1984 (art. 149) como en la recientemente expedida Ley 1437 de 2011 (art. 159), se ocupa de señalar detalladamente la atribución de representación judicial de las entidades públicas.

Se dispone que para efectos judiciales la representación de la rama judicial la tiene el director ejecutivo de Administración Judicial. Se exceptúa tal representación, por previsión expresa del artículo 159 de la Ley 1437 de 2011, respecto de la Fiscalía General de la Nación cuando sea parte, pues la representación de esta entidad le corresponde al Fiscal General de la Nación o por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o cometió el hecho.

La indebida representación también difiere de la legitimación en la causa pasiva en cuanto a sus efectos procesales, pues aquella comporta una irregularidad de carácter procesal que configura causal de nulidad saneable de conformidad con lo previsto en el numeral 7 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil y por lo tanto, si tal circunstancia se convalida por la ocurrencia de su saneamiento (art. 144), que es lo que usualmente ocurre en la práctica, el proceso no se afecta en modo alguno y menos aún impide el pronunciamiento ni la prosperidad de las pretensiones formuladas en la demanda.

Respecto de la distinción de estos dos elementos, es ilustrativo el siguiente pronunciamiento del Consejo de Estado:

En el present[e] caso, la litis se trabó con la Nación-Rama Judicial-Fiscalía General de la Nación, lo que a tenor de lo anteriormente consignado en nada se opone a la posibilidad de tener como sujeto pasible de demanda, o como demandada a la Rama Judicial, ya que conforme a los hechos de la misma no se reducen solamente a cuestionar la actividad judicial desplegada por la Fiscalía, sino también

por aquella realizada por el Juez de competencia durante la etapa de juicio. Luego, se confirma la decisión del a quo, y así se declarará, de encontrar que *no prospera la excepción propuesta por la Rama Judicial por falta de legitimación en la causa por pasiva*, cuya responsabilidad será estudiada en su oportunidad en esta sentencia. (Consejo de Estado 33238/2011. Resaltado fuera del texto).

Es una cuestión distinta la que puede darse a partir de la equivocada representación de la entidad pública demandada, puesto que en tal la problemática racaería en la determinación de la entidad que presupuestalmente debe hacer efectivo el cumplimiento de la condena que se llegue a imponer, puesto que bien puede ocurrir, precisamente por razones de tránsito normativo o incluso de la dificultad misma que en no pocas ocasiones comporta la identificación del centro jurídico de imputación, que el fallo condenatorio se profiera respecto de una entidad pública distinta a aquella que con su acción u omisión dio lugar a la declaratoria de responsabilidad estatal.

Sobre este aspecto la jurisprudencia ha distinguido entre la capacidad jurídica unitaria de la Nación como parte en el proceso judicial y de su representación en el mismo:

Si bien es cierto, en este proceso la Fiscalía General de la Nación no fue expresamente demandada, y por ende al no serle notificada la demanda no compareció al proceso, la imputación que en la misma se hizo no sólo fue por la captura que realizaron los miembros del Ejército Nacional, sino por la privación injusta de la libertad de que fueron objeto los demandantes por parte de la Fiscalía.

De acuerdo con ello, resulta ilustrativo referir lo afirmado por la Sala en sentencia proferida el 30 de octubre de 1997, en la que precisó que el centro genérico de imputación –Nación– era una persona jurídica unitaria y como tal, para efectos procesales, era considerada como parte, sólo que *en cuanto a su*

*representación esa imputación se particularizaba teniendo en cuenta la rama, dependencia u órgano al que, específicamente para los efectos de la responsabilidad extracontractual del Estado, se le atribuyera el hecho, la omisión, la operación administrativa o la ocupación causante del daño indemnizable (art. 86 C.C.A.).*

Se precisó también en esa sentencia que *en el evento de proferirse una condena, ésta debía ser imputada a la dependencia de la Nación que le fuera imputable el hecho u omisión que produjo el daño antijurídico, quien legalmente debía asumir el pago de la condena.* (Consejo de Estado 15626/2006. Subrayado fuera del texto).

No obstante, en la referida sentencia se advierte que el pago de la condena debe ser asumido por la entidad pública que dio lugar a la misma; por lo tanto, cuando en un determinado asunto la entidad pública que representa los intereses de la Nación no es la causante del daño que da lugar a la condena, el Consejo de Estado hace expresa mención de tal situación identificando la entidad pública que debe asumir el pago correspondiente; de allí que al proferirse la sentencia impone la condena desde el punto de vista jurídico-procesal a la entidad convocada al proceso, pero señala cuál es el presupuesto público que debe ser afectado para el pago de la condena.

La situación descrita puede advertirse claramente en el siguiente pronunciamiento jurisprudencial:

En consideración a que en el asunto sub lite la Nación estuvo debidamente representada durante todo el proceso por el Ministerio de Justicia [hoy del Interior y de Justicia] y el Ministerio de Defensa, es viable definir la controversia planteada y en caso de que se profiera alguna condena ésta será asumida por la Fiscalía General de la Nación con cargo a su presupuesto.

Es menester señalar que la Fiscalía General de la Nación pertenece a la Rama Judicial, goza

de autonomía administrativa y presupuestal, de conformidad con lo establecido en el artículo 249 de la Constitución. Corolario de esa autonomía es que las condenas que se profieran contra la Nación, por las actuaciones realizadas por la Fiscalía, deberán ser cumplidas o pagadas con el presupuesto de ésta. Así lo ha ordenado esta Corporación; por ejemplo, en providencia de Sala Plena, el Consejo de Estado, al decidir el conflicto de competencias surgido entre la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y la Fiscalía General de la Nación, en relación con el pago de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 2 de septiembre de 1999, mediante la cual se declaró administrativamente responsable a la Nación-Ministerio de Justicia y del Derecho, por la privación injusta de la libertad a que fue sometida la demandante, sostuvo:

En el presente caso, la litis se trabó con La Nación, representada por el Ministerio de Justicia y del Derecho (que a la postre resultó condenada), porque, como consta en el expediente, al momento de la presentación de la demanda no se había designado al Director Ejecutivo de la Rama Judicial, por ello el Tribunal aplicó el artículo 149 del C.C.A. que establecía la representación de la Nación, para estos eventos, en el Ministerio de Justicia.

Ahora bien, una es la representación judicial —que hoy en día tiene la Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial— y otra muy distinta, la capacidad para responder pecuniariamente.

Con la Constitución de 1991 la Fiscalía General de la Nación fue dotada de autonomía administrativa y presupuestal, de tal forma que maneja sus recursos separadamente del presupuesto que gobierna el Consejo Superior de la Judicatura, conteniendo un rubro de sentencias judiciales.

Aparte de lo anterior, la ley le otorga responsabilidad en estos eventos al Fiscal General

de la Nación, según lo ordena el numeral 5º del artículo 17 del Decreto 261 de 2000, estatuto que modificó la estructura y funciones de la Fiscalía:

Art. 17. El Fiscal General de la Nación tiene la representación de la entidad frente a las autoridades del poder público así como frente a los particulares y además de las funciones especiales otorgadas por la Constitución Política, tiene las siguientes funciones generales:

5. Ser vocero y responsable por las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación ante los demás estamentos del Estado y de la sociedad.

En el mismo sentido estaba el numeral 4º del artículo 22 del Decreto 2699 de 1991, subrogado por la norma transcrita.

En el caso que nos ocupa está probado que la autoridad que infligió el daño fue la Fiscalía General de la Nación al ordenar injustamente la privación de la libertad de la señora Anatilde Santiago de Contreras y toda vez que el presupuesto de esta Entidad es diferente del que tiene a su cargo el Consejo Superior de la Judicatura, los rubros que deben afectarse para reponer el daño causado son los de la Fiscalía General de la Nación y no los de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial (Corte Constitucional C-736/2001). (Consejo de Estado 18467/2010. Ver también 15769/2009).

En el mismo sentido dijo en otra oportunidad el Consejo de Estado:

“(C)onsidera la Sala que en el caso en análisis, en el evento de llegar a efectuarse una condena en contra de la Nación - Rama Judicial, ésta debería ser asumida por la Fiscalía General de la Nación con cargo a su presupuesto” (Consejo de Estado, expediente 18523/10).

Consecuencia de la aplicación de los referidos criterios es que en uno de los casos se decidió CONDENAR a la Nación- Ministerio de Justicia, CON CARGO AL PRESUPUESTO DE la Fiscalía General de la Nación

(Consejo de Estado 18467/2010) y en otro caso se dispuso CONDENAR a la Nación-Rama Judicial-Consejo Superior de la Judicatura, CON CARGO AL PRESUPUESTO de la Fiscalía General de la Nación (Consejo de Estado 15769/2009).

Estos señalamientos continúan siendo aplicados por la jurisprudencia y han de tenerse en cuenta aun bajo la normatividad contencioso-administrativa vigente, toda vez que la Ley 1437 de 2011 mantiene la tendencia unitaria en cuanto a la Nación como centro jurídico de imputación, representada por la entidad, órgano u organismo estatal que expidió el acto o produjo el hecho (artículo 159).

“La identidad también se configura de la parte demandada, porque aunque uno de los procesos está dirigido contra la Fiscalía General y otro contra la Rama Judicial, lo cierto es que estos dos entes no son más que órganos del poder único e indivisible de la Nación. Así pues, ya que es ésta la que actúa a través de sus órganos, es también la Nación –y no sus órganos autónomamente considerados– quien responde patrimonialmente por los daños causados por sus agentes y quien es, en última instancia, la verdadera parte pasiva en cualquier proceso contra el Estado” (Consejo de Estado 23968/12).

De otra parte, en el punto específico de la legitimación en la causa por pasiva se debe tener en cuenta igualmente que, de conformidad con el marco normativo que regula la imposición de las medidas restrictivas de la libertad, la detención puede darse por diversas circunstancias y en la determinación de tal medida puede requerirse la concurrencia de distintas autoridades e incluso la captura puede ser realizada por cualquier persona.

Así sucede por ejemplo en el caso de flagrancia y de captura públicamente requerida, en los cuales cualquier persona puede detener al presunto implicado. De igual manera, cuando se trata de una orden de detención dictada con carácter excepcional por la Fiscalía General

de la Nación, no tiene participación alguna el funcionario jurisdiccional, mientras que en los demás casos la medida de detención es solicitada por la Fiscalía, pero es impuesta por el juez de control de garantías.

Puede ocurrir igualmente que la prolongación de la privación de la libertad obedezca a la tardanza en las gestiones administrativas a cargo de la autoridad administrativa competente en el centro de reclusión o de la autoridad de la fuerza pública a cargo de la cual la persona capturada sea puesta a disposición.

Incluso recientemente se ha considerado legitimada en la causa a la Fiscalía General de la Nación, conjuntamente con la Policía Nacional, al encontrarse establecida su participación concurrente en la actuación que dio lugar a la detención de un ciudadano en razón a que tal medida fue impuesta con fundamento en la inculpación que en su contra hizo bajo la gravedad del juramento un miembro de dicha institución (Consejo de Estado 19807/2012).

Por lo tanto, ante la constatación de la legitimación en la causa por pasiva como presupuesto necesario para que el daño originado en la privación de la libertad le sea imputable a la entidad pública demandada y para que en consecuencia recaiga en esta la obligación indemnizatoria que constituye el objeto mismo del acuerdo conciliatorio, debe analizarse cada caso a partir de los hechos que dieron lugar a la demanda, a fin de determinar claramente el motivo por el cual ha sido convocada al proceso y, en consecuencia, establecer si la posible condena puede resultarle exigible. En caso de no haber sido convocada al proceso pero existiendo razones de fondo para considerar que la eventual condena puede afectar el presupuesto de la entidad pública, es recomendable hacer efectiva su vinculación al proceso mediante la alegación oportuna de la indebida representación, a fin de posibilitar la defensa procesal de sus intereses.

## 5 ■ Determinación del beneficio patrimonial derivado de la conciliación

### 5.1. Sujeción de las pretensiones en cuanto a su fundamento y cuantificación a criterios jurisprudenciales reiterados<sup>20</sup>

La indemnización de los perjuicios derivados de la privación injusta de la libertad, en los casos en los cuales esta ha resultado procedente, se suele reconocer conforme a las categorías tradicionales, con las necesarias variaciones o especificaciones que demanda la hipótesis específica de daños producidos por la privación injusta de la libertad, así: perjuicios inmateriales, perjuicios materiales y condena no pecuniaria.

Sobre este punto resulta fundamental advertir el especial cuidado que debe tenerse en el momento de verificar la procedencia del reconocimiento de las pretensiones indemnizatorias en tanto que si bien estas en términos estrictamente patrimoniales pueden resultar razonables y conformes a los criterios jurisprudenciales de tasación de los perjuicios que suelen aplicarse en estos casos, lo cierto es que el valor reclamado debe encontrarse fundado en un daño comprobado.

<sup>20</sup> Para la enunciación de los criterios que aquí se destacan, se tomó como punto de partida el documento de trabajo titulado Valoración de los Perjuicios Derivados de la Privación Injusta de la Libertad, elaborado para la Dirección de Defensa Jurídica de la ANDJE por la asesora externa, doctora Aída Patricia Hernández Silva.

Es decir, por ejemplo, si uno de los demandantes se presenta al proceso en condición de padre del detenido y pretende el reconocimiento del perjuicio moral derivado de la privación injusta de que fue víctima su hijo, deberá probar el hecho fundante de tal pretensión, que no puede ser otro que la respectiva filiación, demostrada mediante la aportación al proceso del correspondiente registro civil de nacimiento o del certificado expedido por el Notario, de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 1260/70. Solo en



tanto resulte probado tal hecho podrá entonces darse aplicación a los criterios jurisprudenciales de conformidad con los cuales se infiere y se tasa la afectación moral en tales casos.

Jurisprudencialmente encuentra cabida tal planteamiento según puede verse a partir de consideraciones del siguiente orden:

*“Los parentescos entre la demandante Fanny Ortigón y su hijo, su madre y su hermana, se encuentran plenamente acreditados mediante los correspondientes Registros Civiles de Nacimiento de cada uno de ellos. Sin embargo, en cuanto a la petición de reconocimiento de perjuicios morales para el señor José Carmelo Navarro, la Sala advierte que en el acervo probatorio obrante en el plenario no existe prueba de la calidad de padre que de él se pretende predicar respecto de la señora Fanny Ortigón. De hecho, por una parte, en el Registro Civil de Nacimiento de éste no hay constancia de que haya contraído matrimonio y, por otra, en el Registro Civil de Nacimiento de la señora Fanny Ortigón, no aparece reconocimiento de parte de su señor padre, sino solamente se hace referencia al nombre de su progenitora, señora Dolores Ortigón.*

*Así las cosas, como no se encuentra probado que el señor José Carmelo Navarro sea el padre de la demandante Fanny Ortigón, se denegará el reconocimiento y la orden de pago de los perjuicios morales solicitados en la demanda, en favor del mencionado señor José Carmelo Navarro”* (Consejo de Estado 15989/07).

De igual manera, si la persona que fue injustamente privada de la libertad pretende el reconocimiento de los perjuicios materiales derivados de la imposibilidad de obtener ingresos durante el periodo de la detención, deberá demostrar que en el momento de ser privado de la libertad desarrollaba una actividad económica productiva, pues será tal hecho el que permitirá tener por probado el daño

correspondiente y, en consecuencia, proceder a su tasación incluso a partir de las reglas elaboradas por la jurisprudencia con tal propósito. Al final de este capítulo se ilustra la situación advertida.

#### 5.1.1. Perjuicios inmateriales

El daño moral causado por la privación injusta de la libertad es reconocido sin exigencia de prueba específica de su padecimiento, tanto a favor del afectado de la medida como a favor de su núcleo familiar, pues este se presume en aplicación de las reglas de experiencia, a partir de razonamientos del siguiente orden:

Si bien en el plenario no obran pruebas concretas que acrediten directamente la existencia y entidad de tales sentimientos y aflicciones, la Sala entiende que, con base en las reglas de la experiencia ampliamente reconocidas por la jurisprudencia, ese dolor puede válidamente inferirse en la persona de la víctima directa del daño antijurídico causado por el Estado, señor GUSTAVO CAMARGO BERNAL, así como en las de su esposa e hijas menores de edad y por esta razón, sin que se haga necesario ahondar en mayores argumentaciones (Consejo de Estado 15843/2008).

Así mismo,

[la] jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado que en casos de detención en establecimientos carcelarios se presume el dolor moral, la angustia y la aflicción de la víctima directa del daño, por la privación injusta de la libertad (Consejo de Estado 12076/2002). Así mismo, presume dicho dolor respecto de sus seres queridos, conforme a las reglas de la experiencia, tal como la Sala lo ha reconocido en otras oportunidades (Consejo de Estado 15980/2008). (Consejo de Estado 1867/2010).

En igual sentido se ha sostenido más recientemente que

Se sabe que el estar privado de la libertad en establecimiento carcelario conlleva no solo la restricción de la libertad de locomoción, que es

quizá el máspreciado bien que tiene el ser humano, al punto de erigirse en derecho constitucional fundamental, sino también la aflicción connatural a ese estado, el estar alejado de la familia, amigos, el trabajo, etc., por lo que obvia resulta la afectación moral que amerita la indemnización que le es propia (Consejo de Estado 24005/2012).

Para la tasación de dicho perjuicio se parte del supuesto según el cual el hecho restrictivo de la libertad no comporta el máximo grado de afectación moral, como suele ocurrir con el hecho de la muerte y por tanto suele fijarse en unas cuantías menores a los cien salarios mínimos legales vigentes.

A manera de ejemplo se reseñan estas consideraciones:

*“En la demanda se reclama el reconocimiento y pago del equivalente en dinero a 1.000 gramos de oro fino, por concepto de los perjuicios morales causados a la señora Fanny Ortegón como consecuencia de la honda congoja que le produjo la privación de la libertad de la que fue objeto, la afectación a su reputación y la forzosa separación de su núcleo familiar, todos efectos causados por la materialización de la medida de aseguramiento que se dictó en su contra.*

*Si bien en el plenario no obran pruebas concretas que acrediten directamente la existencia y entidad de tales sentimientos de tristeza y dolor, la Sala entiende que, con base en las reglas de la experiencia ampliamente reconocidas por la jurisprudencia, ese dolor puede válidamente inferirse en la persona de la víctima directa del daño antijurídico causado por el Estado, señora Fanny Ortegón, así como en las de su señora madre, su hijo menor de edad y su hermana, razón por la cual, sin que se haga necesario ahondar en mayores argumentaciones, se reconocerá y dispondrá el pago de este rubro del perjuicio a los demandantes, con la salvedad*

*que a continuación se realiza en torno a quien, según se afirma en la demanda, es el padre de la señora Fanny Ortegón.*

*De manera que, en relación con la señora Fanny Ortegón, se ordenará pagar, en moneda nacional, de acuerdo con los lineamientos trazados por la Sala a partir de la sentencia de 6 de septiembre de 2001, el equivalente a sesenta (60) salarios mínimos legales mensuales. Ello corresponde a la suma de \$26.022.000.00.*

*Lo anterior teniendo en cuenta que, de acuerdo con el criterio que la jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido, como pauta de referencia, para indemnizar este rubro del daño, en línea de principio y, salvo lo que en casos específicos resulte demostrado en el proceso, la cuantificación del dolor o la tristeza de la mayor intensidad que en vigencia de legislación penal anterior equivalía al precio, en moneda de curso legal, de 1.000 gramos de oro y, actualmente, la jurisprudencia de esta Sala viene señalando, se insiste, como pauta de referencia, en 100 salarios mínimos legales mensuales se hace operar en los eventos de muerte, en el entendido de que se trata del supuesto que da lugar al máximo perjuicio y, por ende, a la mayor indemnización” (Consejo de Estado 15989/07).*

Recientemente, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo Estado profirió una sentencia con fines de unificación de la jurisprudencia en relación con el reconocimiento y tasación de los perjuicios morales en casos de privación injusta de la libertad, modificando sustancialmente los criterios que venían siendo aplicados.

Al punto tal que se admite la posibilidad de fijar la cuantía de la indemnización en el límite máximo de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, siendo este el punto de partida de la respectiva

graduación dependiendo del período de duración de la privación injusta. De modo que por su importancia y pertinencia, se transcribe en extenso el correspondiente apartado de la providencia:

#### “6. Liquidación de perjuicios

##### 6.1. Perjuicios Morales

La Sala de Sección aprovecha esta oportunidad para advertir la necesidad de unificar criterios a fin de propender por su trato igualitario en punto de reconocimiento y tasación de los perjuicios morales en los supuestos de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, a partir de una fórmula objetiva para determinar los montos indemnizatorios reconocidos en esta tipología de perjuicios.

Lo anterior, debido a la problemática que se ha suscitado en la jurisprudencia de las Subsecciones por la utilización de metodologías diferentes para la tasación de los perjuicios inmateriales.

De otro lado, según lo ha reiterado la jurisprudencia del Consejo de Estado, en casos de privación injusta de la libertad hay lugar a inferir que esa situación genera dolor moral, angustia y aflicción a las personas que por esas circunstancias hubieren visto afectada o limitada su libertad<sup>21</sup>; en esa línea de pensamiento, se ha considerado que ese dolor moral también se genera en sus seres queridos más cercanos, tal como la Sala lo ha reconocido en diferentes oportunidades<sup>22</sup>, al tiempo, el dolor de los padres es, cuando menos, tan grande como el del hijo que fue privado injustamente de su libertad, cuestión que cabe predicar por igual en relación con el cónyuge, compañera o compañero permanente o los hijos de quien debió soportar directamente la afectación injusta de su derecho fundamental a la libertad<sup>23</sup>.

Respecto del *quantum* al cual deben ascender estos perjuicios, según la jurisprudencia de la Sala que aquí se unifica, se encuentra suficientemente establecido que el juez debe valorar, según su prudente juicio, las circunstancias propias del caso concreto, para efectos de determinar la intensidad de esa afectación, con el fin de calcular las sumas que se deben reconocer por este concepto.

Con todo y, de nuevo, sin perjuicio de las particularidades de cada caso concreto, la Sala, para efectos de determinar el monto de los perjuicios morales en los eventos de privación injusta de la libertad, estima necesario tener en cuenta, tal como lo ha hecho de manera reiterada e invariable, algunos de los presupuestos o criterios que sirven de referente objetivo a la determinación de su arbitrio, con el fin de eliminar al máximo apreciaciones eminentemente subjetivas y garantizar así, de manera efectiva, el Principio Constitucional y a la vez Derecho Fundamental a la igualdad (artículos 13 y 209 C.P.), propósito para cuya consecución se han utilizado, entre otros: i) el tiempo durante el cual se extendió la privación de la libertad; ii) las condiciones en las cuales se hizo efectiva la privación de la libertad, esto es, si se cumplió a través de reclusión en centro carcelario o detención domiciliaria; iii) la gravedad del delito por el cual fue investigado y/o acusado el sindicado; iv) la posición y prestigio social de quien fue privado de la libertad.

Ahora bien, sin que de manera alguna implique un parámetro inmodificable que deba aplicarse en todos los casos, puesto que se insiste en la necesidad de que en cada proceso se valoren las circunstancias particulares que emergen del respectivo expediente, a manera de sugerencia y como parámetro que pueda orientar la decisión del juez en estos eventos, la Sala formula las siguientes reglas que sirven como guía en la tasación del

<sup>21</sup> Entre otras, sentencia del 14 de marzo de 2002, exp. 12076, M.P. Germán Rodríguez Villamizar.

<sup>22</sup> Cf. sentencia del 20 de febrero de 2008, exp. 15980, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

<sup>23</sup> Cf. sentencia del 11 de julio de 2012, exp. 23688, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, reiterada en sentencia del 30 de enero de 2013, exp.

23998 y del 13 de febrero de 2013, exp. 24296, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, proferidas por la Subsección A de esta Sección, y en sentencia del 24 de julio de 2013, exp. 27289, M.P. Enrique Gil Botero.



perjuicio moral de la víctima directa en escenarios de privación injusta de la libertad:

- i. En los casos en que la privación sea superior a 18 meses, se reconozca la suma de 100 SMMLV.
- ii. cuando supere los 12 meses y sea inferior a 18 meses, el monto de 90 SMMLV.
- iii. si excedió los 9 meses y fue inferior a 12 meses, se sugiere el reconocimiento de 80 SMMLV.
- iv. si fue mayor a 6 meses, pero no rebasó 9 meses hay lugar a fijar como indemnización la suma equivalente a 70 SMMLV.
- v. De igual forma, en tanto la privación sea superior a 3 meses pero no sea mayor a 6 meses, el valor por concepto de este perjuicio correspondería a 50 SMMLV.
- vi. si la medida supera 1 mes pero es inferior a 3 meses, se insinúa el reconocimiento de 35 SMMLV.
- vii. finalmente, si la detención no supera un mes, la reparación se podrá tasar en el equivalente a 15 SMMLV, todo ello para la víctima directa –se insiste– y para cada uno de sus más cercanos o íntimos allegados.

Se reitera, los anteriores parámetros objetivos sirven como norte, guía o derrotero a efectos de que se garantice el principio de reparación integral del artículo 16 de la Ley 446 de 1998, y los principios de igualdad material y dignidad humana, para lo cual el juez al momento de la valoración del daño moral es preciso que motive con suficiencia las circunstancias de tiempo, modo y lugar por las cuales se reconoce el respectivo perjuicio”<sup>24</sup>.

#### 5.1.2. Perjuicios materiales

**Daño emergente:** por virtud de este concepto se solicitan y reconocen los gastos en que incurrió el

afectado para sufragar el pago de los honorarios por concepto de abogado para la defensa de su caso.

La suma acreditada por el demandante en el proceso se actualiza desde la fecha en la cual se expide el documento que da cuenta de tal erogación, hasta la fecha de expedición de la sentencia que reconoce dicho perjuicio (Consejo de Estado 15989; 16819; 17117; 19283).

Sin embargo la falta de acreditación de la cuantía de esta erogación no comporta en modo alguno la denegación de la respectiva pretensión, puesto que si el daño mismo se encuentra probado, la determinación de su cuantía se difiere al incidente de liquidación de perjuicios. En ese caso se profiere sentencia en abstracto. Este es el criterio aplicado en los expedientes 15485 y 18370.

**Lucro cesante consolidado y futuro:** por vía de esta pretensión se reconocen los ingresos provenientes o no de una actividad laboral propiamente dicha que, como consecuencia de la interrupción de la correspondiente actividad productiva en razón a la privación de la libertad, dejó de percibir el afectado. El elemento más importante por considerar en este rubro es el periodo durante el cual se reconoce la pérdida de esos ingresos, pues por lo regular habrá un periodo causado o presente y otro futuro.

**El lucro cesante presente o causado:** corresponde al periodo transcurrido entre la fecha en la cual se hizo efectiva la privación de la libertad y la fecha en la cual se consolida el daño, esto es, la fecha en la cual se tiene firmeza de la decisión absolutoria o preclusiva del procedimiento a favor del afectado. Mediante este rubro se indemniza al afectado por los ingresos que dejó de percibir durante el periodo en que estuvo privado de la libertad.

**El lucro cesante futuro:** corresponde a la indemnización del afectado por los ingresos que deje de percibir durante el periodo transcurrido entre la fecha en la cual se consolidó el daño, y por

<sup>24</sup> Consejo De Estado, 25022/2013.

tanto recupera su libertad, y la fecha en la cual se reincorpora a una actividad laboral o productiva.

Sin embargo, se debe tener en cuenta que en la realidad práctica de los casos la reclamación judicial por estos perjuicios puede tener lugar cuando el afectado con la privación de la libertad ya ha superado la situación de desempleo o inactividad económica, caso en el cual este rubro del daño se ubicaría dentro del concepto de lucro cesante consolidado.

En todo caso, como por regla general en los procesos no se tiene prueba fehaciente de la fecha en la cual el afectado se reincorporó –o lo hará– a una actividad laboral o productiva, la jurisprudencia ha dado aplicación a un término supletivo, fundado en un ejercicio estadístico efectuado por el Sena para determinar cuánto tiempo tarda razonablemente una persona en obtener un empleo (Uribe G. y Gómez R. 2005, 22).

Tal criterio ha sido sustentado en los siguientes términos:

En cuanto al tiempo que, en promedio, suele tardar una persona en edad económicamente activa en encontrar un nuevo puesto de trabajo en Colombia, la Sala se valdrá de la información ofrecida por el Observatorio Laboral y Ocupacional Colombiano, a cargo del Servicio Nacional de Aprendizaje, de acuerdo con la cual dicho período equivale a 35 semanas (8,7 meses). (Consejo de Estado 13168/2006. Ver también 24005, 17741, 15183, 18467, 15485, 18960, 19312, 18452 y 22016).

Sin embargo, cuando la pretensión indemnizatoria se funda en la privación de este ingreso por un periodo menor al establecido a partir del estudio del Sena, será ese el período respecto del cual se liquide el correspondiente perjuicio (Consejo de Estado 22016/2012).

En uno y otro caso, lucro presente y lucro futuro, se debe tener en cuenta cuál es la suma, valor o cifra base de liquidación que se está determinando para liquidar tales perjuicios. En primera medida

debe ser el que aparezca acreditado en el proceso. Sin embargo, ocasionalmente, se ha optado por la condena en abstracto cuando existen elementos probatorios contradictorios respecto de la cuantía de los ingresos percibidos (Consejo de Estado 18370/2010).

De no contarse con esta prueba directa del perjuicio, o si esta resulta insuficiente y se comprueba que la persona afectada desarrollaba una actividad económicamente productiva en el momento de hacerse efectiva su detención, se aplica como criterio supletivo, fundado en el principio de equidad, el salario mínimo legal vigente en la época en la cual se produjo la detención y seguidamente el valor de dicho salario se actualiza a la fecha de proferimiento del fallo. Si efectuada esa operación el valor resultante es menor al costo del salario mínimo vigente para la fecha del fallo, es este último salario el que se toma como base (Consejo de Estado 15769, 16902, 19283 y 18902).

Si durante el periodo en el cual la persona privada de la libertad desarrolló alguna actividad laboral en el centro de reclusión que le generó ingresos, la suma correspondiente deberá descontarse del valor de la indemnización, pues habrá de entenderse en tal caso que el lucro cesante no se causó plenamente.

De igual manera, si en el caso específico se puede establecer que en la prolongación del tiempo en el cual la persona estuvo privada de la libertad tuvo incidencia la actuación procesal del sindicado durante la investigación, hay lugar a aplicar el criterio legal de reducción de la indemnización ante la concurrencia del hecho de la propia víctima en la producción del daño (Código Civil, artículo 2357), porque bajo esas circunstancias la afectación patrimonial alegada no sería completamente imputable al Estado, en tanto que, como se ha precisado por la jurisprudencia, *"la reducción del daño resarcible, con fundamento en el concurso del hecho de la víctima, responde a una razón de ser específica: la víctima contribuyó realmente a la causación de su propio daño, caso en el cual esa parte del perjuicio no deviene antijurídico"*

*y, por ende, no tiene la virtud de imputarse al patrimonio de quien se califica responsable" (Consejo de Estado 14678/12).*

Se debe tener en cuenta que las sumas resultantes de la aplicación de los distintos criterios que dan lugar al reconocimiento de los perjuicios materiales se incrementan en razón de la actualización que se aplica con base en la variación del índice de precios al consumidor.

Esa actualización se aplica desde la fecha de la consolidación del daño hasta la fecha en la cual se profiere la sentencia de primera instancia. En caso de llegarse a una segunda instancia, nuevamente se efectúa la actualización del valor de la condena impuesta en primera instancia hasta la fecha de la sentencia de segunda instancia.

Si en primera instancia las pretensiones fueron denegadas y en segunda instancia es revocado dicho fallo, y por ende estas son reconocidas, la actualización se efectúa desde la fecha de consolidación del daño hasta la fecha de la respectiva sentencia, llegando incluso a periodos de actualización de más de diez años inclusive, lo que comporta el incremento del valor del perjuicio en un ciento por ciento o en ocasiones en porcentaje aún mayor.

Con el propósito de ilustrar la aplicación de estos conceptos y criterios para la liquidación de los perjuicios materiales, a continuación se presenta el ejercicio de tasación de perjuicios efectuado por el Consejo de Estado en un caso concreto (15989/07):

*"Se solicita reconocer, por cuanto a este rubro respecta, a título de daño emergente, el equivalente a la cantidad de 1.000 gramos de oro, 'por concepto de gastos presentes y futuros que se (sic) sobrevinieron con los graves perjuicios por el error judicial'. Posteriormente, en el cuerpo mismo de la demanda, se solicita el reconocimiento y pago de los honorarios profesionales pagados, por la demandante, al abogado Alvaro Rubio la suma de dos millones de pesos (\$2.000.000) por concepto*

*de su defensa en el proceso penal, así como 'todos los gastos requeridos para su defensa y subsistencia de su familia, como pago del colegio del hijo, pago de servicios públicos, alimentación, ya que por la detención quedó sin sustento alguno para subsistir'.*

*Las nociones de daño emergente y lucro cesante se hallan consagradas en el artículo 1614 del Código Civil, a cuyo tenor:*

*«Entiéndese por daño emergente el perjuicio o pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplídola imperfectamente, o retardado su cumplimiento» (subrayas fuera del texto original).*

*El daño emergente supone, por tanto, una pérdida sufrida, con la consiguiente necesidad –para el afectado– de efectuar un desembolso si lo que quiere es recuperar aquello que se ha perdido. El daño emergente determina que algún bien económico salió o saldrá del patrimonio de la víctima. Cosa distinta es que el daño emergente pueda ser tanto presente como futuro, dependiendo del momento en que se haga su valoración. Por su parte, el lucro cesante corresponde a la ganancia frustrada, a todo bien económico que, si los acontecimientos hubieran seguido su curso normal, habría ingresado ya o lo haría en el futuro, al patrimonio de la víctima.*

*Ahora bien, lo único que el caudal probatorio obrante en el expediente permite catalogar como daño emergente, cierto, directo y, por tanto, indemnizable, son los gastos en que incurrió la aquí demandante para contratar los servicios de un profesional del Derecho con el fin de que defendiera sus intereses en los trámites procesales ante la jurisdicción penal, con ocasión de las sindicaciones*

de las cuales posteriormente resultó desvinculada. Tales gastos se encuentran debidamente acreditados mediante la cuenta de cobro expedida por el abogado en cuestión, la cual asciende a la suma de dos millones de pesos (\$ 2'000.000,00). Esta cifra será actualizada aplicando la fórmula utilizada reiteradamente por esta Corporación, de acuerdo con la cual la renta actualizada (Ra) es igual a la renta histórica —los mencionados \$2'000.000—, multiplicada por el índice de precios al consumidor del mes anterior a la sentencia, dividido por el índice de precios al consumidor vigente en el mes del hecho dañino, según las certificaciones del DANE. Como fecha de consolidación de este hecho dañino, se tomará la de la providencia que declaró la preclusión de la investigación en favor de la señora Fanny Ortigón y ordenó su puesta en libertad —4 de diciembre de 1995—, que es cuando cabe entender que los abogados culminaron su tarea de defensa de los intereses de la aquí demandante.

$$Ra = R (\$ 2'000.000,00) \frac{\text{Índice final - marzo/2007 (173.74)}}{\text{Índice inicial - diciembre/1995 (59.86)}} = \$5'805.177,00$$

Comoquiera que dentro del expediente no se probó la existencia de otra erogación en que debiera incurrir la demandante como consecuencia de la privación de la libertad que debió soportar, la indemnización por concepto de daño emergente se limitará al reconocimiento de la suma recién obtenida.

**SUBTOTAL POR CONCEPTO DE DAÑO EMERGENTE:**  
**\$5'805.177.00.**

En cuanto tiene que ver con el lucro cesante, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido reiteradamente que el mismo, para que proceda su indemnización, debe ser cierto, comoquiera que el perjuicio eventual no otorga derecho a reparación alguna. El perjuicio indemnizable, entonces, puede ser actual o futuro, pero, de ningún modo, eventual

o hipotético. Para que el perjuicio se considere existente debe aparecer como la prolongación cierta y directa del estado de cosas producido por el daño, por la actividad dañina realizada por la autoridad pública<sup>25</sup>.

Constituye lucro cesante, en el sub júdice, el monto total de los salarios y prestaciones sociales que la señora Fanny Ortigón dejó de percibir como consecuencia de su desvinculación de la Caja Agraria, derivada de la medida cautelar de detención preventiva de la que fue objeto. La relación de causalidad entre el hecho dañoso —la medida cautelar en mención— y el perjuicio irrogado —la desvinculación del empleo— se encuentra acreditada mediante la certificación remitida, con destino a este proceso, por el Gerente de la Regional Tolima de la Caja Agraria, con fecha 4 de agosto de 1998, a la que se hizo referencia en la letra c) del acápite anterior.

Sin embargo, no tienen vocación de prosperidad las pretensiones de la demanda en cuanto al reconocimiento y orden de pago de los salarios que habría dejado de percibir la actora por el resto de su vida económicamente activa, comoquiera que dicha circunstancia dista notablemente de poder ser catalogada como un perjuicio cierto y directo, por tratarse, más bien, del resultado de una serie de lucubraciones y la plasmación de un cúmulo de expectativas que llevan a catalogar el alegado perjuicio como apenas eventual y, por tanto, de ningún modo indemnizable. Adicionalmente, junto con la recuperación de su libertad, la demandante recobró su capacidad laboral, razón de más para entender que la privación de la libertad de la que fue víctima en modo alguno hizo sentir sus efectos negativos durante tan prolongado período.

<sup>25</sup> En ese sentido pueden verse, entre otros, los pronunciamientos de esta Sección, de 2 de junio de 1994, C. P. Dr. Julio César Uribe Acosta, actor: Julio César Delgado Ramírez, expediente 8998, o el de 27 de octubre de 1994, C. P. Dr. Julio César Uribe Acosta, actor: Oswaldo Pomar, expediente 9763.



*En consecuencia, entiende la Sala que el período durante el cual realmente ha de reconocerse que la señora Fanny Ortigón dejó de percibir los salarios y prestaciones sociales que devengaba como empleada de la Caja Agraria, se corresponde con el lapso durante el cual se mantuvo privada de la libertad, más el tiempo que razonablemente tarda un individuo en edad económicamente activa en encontrar trabajo en Colombia, una vez que decide emprender la búsqueda de nuevo empleo.*

*En cuanto al primero de los datos en cuestión, esto es, el plazo exacto de duración de la privación de la libertad, si bien en el expediente no obra prueba específica que dé cuenta de las fechas de entrada y salida, de la señora Ortigón, del centro de reclusión en el que se mantuvo preventivamente detenida, pueden tomarse como base, de un lado, el día en el cual se le recibió indagatoria –fecha para la cual, según el acta de la diligencia correspondiente, ya se encontraba privada de la libertad en la cárcel del municipio de Lérída (Tolima)–, ocurrida el 20 de septiembre de 1995 y, de otro, la fecha de la providencia mediante la cual fue precluida, en su favor, la investigación penal y se dispuso su inmediata libertad, vale decir, el día 4 de diciembre de 1995. Ello implica que la señora Fanny Ortigón estuvo detenida preventivamente durante un total de 74 días (2.5 meses).*

*En cuanto al tiempo que, en promedio, suele tardar una persona en edad económicamente activa en encontrar un nuevo puesto de trabajo en Colombia, la Sala se valdrá de la información ofrecida por el Observatorio Laboral y Ocupacional Colombiano, a cargo del Servicio Nacional de Aprendizaje –Sena–, de acuerdo con la cual dicho período equivale a 35 semanas (8.75 meses)<sup>26</sup>.*

<sup>26</sup> Cfr. Uribe G., José Ignacio y Gómez R., Lina Maritza, «Canales de búsqueda de empleo en el mercado laboral colombiano 2003», en Serie Documentos Laborales y Ocupacionales, N° 3, Observatorio Laboral y Ocupacional Colombiano, Sena-Dirección General de Empleo y Trabajo, Bogotá, junio de 2005, p. 22.

*Lo anterior quiere decir que la señora Fanny Ortigón, como consecuencia cierta y directa de la privación de la libertad de que fue objeto, dejó de percibir los salarios y prestaciones sociales correspondientes al cargo de Cajero Auxiliar I de la Caja Agraria, por un total de 11.25 meses.*

*En cuanto tiene que ver con el salario devengado por la señora Ortigón al momento de ser desvinculada definitivamente de la Caja Agraria, de acuerdo con la mencionada certificación expedida, con destino al proceso, por el Gerente de la Regional Tolima de la Caja Agraria, con fecha 4 de agosto de 1998, ascendía a la suma de \$230.088.50*

*Esta cifra deberá ser actualizada aplicando la fórmula utilizada uniformemente por la jurisprudencia de esta Corporación, de acuerdo con la cual la renta actualizada (Ra) es igual a la renta histórica –los mencionados \$230.088.50–, multiplicada por el índice de precios al consumidor del mes anterior a la sentencia, dividido por el índice de precios al consumidor vigente en el mes en que ocurre el hecho dañino –septiembre de 1995, mes a partir del cual la señora Fanny Ortigón dejó de percibir su salario–, según las certificaciones del DANE.*

$$Ra = R (\$230.088.50) \frac{\text{índice final - marzo/2007 (173.74)}}{\text{índice inicial - septiembre/1995 (58.33)}} = \$ 685.397.00$$

*Una vez actualizado, a la fecha de la sentencia, el valor del salario devengado por la señora Fanny Ortigón al momento de ser desvinculada de su trabajo, con el propósito de calcular la indemnización debida –lucro cesante consolidado–, se aplica la siguiente fórmula, aceptada indubitadamente por la Sala:*

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$

*En donde:*

$S$  = suma buscada de la indemnización debida o consolidada;

$Ra$  = renta actualizada;

$i$  = interés legal;

$n$  = número de meses a indemnizar por el no recibo de salario.

Aplicando la fórmula al caso concreto, se tiene:

$$S = \$ 685.397.00 (1 + 0.004867)^{11,25} - 1 = \$ 7'905.971.00$$

0.004867

**SUBTOTAL POR CONCEPTO DE INDEMNIZACIÓN DEBIDA  
O LUCRO CESANTE CONSOLIDADO: \$ 7'905.971.00"**

### 5.1.3. Condena no pecuniaria

Adicionalmente, y de manera excepcional con fundamento en el principio de reparación integral, en la condena que sobreviene a la declaratoria de responsabilidad patrimonial se han impuesto medidas restaurativas en caso de que la arbitrariedad de la medida privativa de la libertad haya sido considerada gravemente violatoria, además del derecho a la libertad personal, de otros derechos fundamentales como la honra, el buen nombre, la intimidad familiar.

Si bien es cierto que se trata en principio de medidas de naturaleza no pecuniaria, en todo caso resulta evidente que incluso de forma indirecta el cumplimiento de aquellas puede tener implicaciones patrimoniales para la entidad a la que le fueron impuestas.

En el caso fallado mediante sentencia del 14 de abril de 2010 (Consejo de Estado 18960), se dispusieron medidas de justicia restaurativa, textualmente las siguientes:

A título de medidas de justicia restaurativa, condénase a la Fiscalía General de la Nación a cumplir las siguientes obligaciones de hacer y no hacer:

- i. El Director Seccional de Fiscalías de Medellín, en una *ceremonia que se llevará a cabo en las instalaciones administrativas de esa entidad* en esa ciudad, pedirá excusas públicas a Rogelio Aguirre López y a sus hijos por haber transgredido

los derechos a la dignidad, la libertad personal y la honra del primero.

La *ceremonia pública* se deberá realizar dentro de los 6 meses siguientes a la fecha de ejecutoria de esta providencia, y una vez llevada a cabo se enviará constancia de su realización al Tribunal Administrativo de Antioquia para que anexe el correspondiente oficio o certificado al proceso.

- ii. Sin perjuicio de su autonomía institucional y funcional, iniciará las respectivas investigaciones dirigidas a esclarecer la responsabilidad penal de los presuntos responsables de los hechos que terminaron con la muerte de la señora María Antonia Castaño, ocurrida el 6 de octubre de 1994, en la ciudad de Medellín.

De abrirse investigación, los familiares de la señora Castaño deberán ser citados al proceso.

- iii. Establecerá un *link* con un encabezado apropiado en el que se pueda acceder al contenido magnético de esta providencia. Por lo tanto, la entidad demandada, en el término de 3 meses contados a partir de la ejecutoria de este fallo subirá a la red el archivo que contenga esta decisión, y mantendrá el acceso al público del respectivo *link* durante un lapso de 6 meses que se contarán desde la fecha en que se realice la respectiva carga de la información en la página web.
- iv. La entidad demandada, por intermedio del Director Nacional de Fiscalías, *remitirá a todas y cada una de las Unidades de Fiscalías Especializadas del país, copia íntegra de esta providencia*, con miras a que sirva como medio de capacitación y prevención de este tipo de circunstancias, para lo cual tendrá como plazo máximo el término de 6 meses contados a partir de la fecha de ejecutoria de este proveído, y en aras de verificar el cumplimiento el mencionado funcionario certificará lo pertinente ante el Tribunal

Administrativo de Antioquia, documento que se anexará a este proceso. (Resaltado propio).

Así mismo, en sentencia del 16 de marzo de 2012 (Consejo de Estado 19807), al comprobarse la grave afectación de los derechos de la persona privada de la libertad, al punto de resultar comprometida seriamente su salud mental, se ordenaron las siguientes medidas:

1. A fin de resarcir el buen nombre del señor Pedro Gustavo Vásquez González, la parte resolutive de esta sentencia será publicada, en un lugar visible, en las instalaciones de la estación de policía en que ocurrieron los hechos del 23 de febrero de 1993 o en el lugar que haga sus veces en la actualidad y en la página web de la Policía Nacional, por el término de seis (6) meses, de tal forma que toda persona que las visite, tenga la posibilidad de acceder al contenido de la misma<sup>27</sup>.
2. En las instalaciones de la estación de policía en que ocurrieron los hechos del 23 de febrero de 1993 o en el lugar que haga sus veces en la actualidad, el señor Director General de la Policía Nacional informará directa y personalmente, al señor Vásquez González y a sus familiares, sobre la publicación que se ordena en el numeral anterior<sup>28</sup>.
3. La Policía Nacional brindará gratuitamente, a través de sus instituciones de salud especializadas, el tratamiento médico y psicológico requerido por el señor Pedro Gustavo Vásquez González, incluyendo los medicamentos que prescriba el médico tratante, hasta que recupere su estado de salud mental. (Resaltado propio).

<sup>27</sup> Nota original de la sentencia citada:

Supra 19: “[s]e deberá publicar la parte resolutive de esta providencia en todas las Estaciones de la Policía Nacional del país y darse (sic) difusión en un medio de circulación informativa del mismo”.

<sup>28</sup> Nota original de la sentencia citada:

En la citada se sentencia, de manera similar, se ordenó: “[l]a realización de un acto público en donde la Policía Nacional a través de medios de comunicación masivo ofrezca disculpas públicamente a los familiares de la menor Sandra Catalina Vásquez Guzmán”.

## 5.2. Conciliaciones de condenas impuestas solidariamente en primera instancia

En la determinación de la responsabilidad patrimonial del Estado, jurisprudencialmente se ha dado aplicación a lo dispuesto en el artículo 2344 del Código Civil, norma que consagra el principio de solidaridad de la obligación indemnizatoria y por virtud del cual cuando dos o más personas, en nuestro caso dos o más entidades públicas, son declaradas solidariamente responsables de la causación de un daño, y por ende se les impone condena solidaria al pago de los correspondientes perjuicios, la sentencia judicial impone una obligación solidaria pasiva.

No obstante, cabe destacar que el artículo 140 del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo trae como requisito de la sentencia en los procesos de reparación directa en los cuales el daño haya sido causado conjuntamente por los particulares y el Estado que en aquella se debe la determinar “la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño”.

Lo cierto es que siguiendo las reglas civiles que rigen esta clase de obligaciones solidarias, se tiene que la solidaridad pasiva implica para el acreedor (el beneficiario de la indemnización) el privilegio de reclamar a cualquiera de los deudores solidarios (las entidades públicas patrimonialmente responsables) el pago total de la obligación.

Se conserva en todo caso el derecho del acreedor de renunciar al beneficio de la obligación solidaria, por virtud de lo dispuesto en el artículo 1753 del Código Civil:

Artículo 1573. Renuncia de la solidaridad por el acreedor. El acreedor puede renunciar expresa o tácitamente la solidaridad respecto de unos de los deudores solidarios o respecto de todos.

*La renuncia tácitamente en favor de uno de ellos, cuando la ha exigido o reconocido el pago*



*de su parte o cuota de la deuda, expresándolo así en la demanda o en la carta de pago, sin la reserva especial de la solidaridad, o sin la reserva general de sus derechos.*

Pero esta renuncia expresa o tácita no extingue la acción solidaria del acreedor contra los otros deudores, por toda la parte del crédito que no haya sido cubierta por el deudor a cuyo beneficio se renunció la solidaridad.

*Se renuncia la solidaridad respecto de todos los deudores solidarios, cuando el acreedor consiente en la división de la deuda.* (Resaltado propio).

La aplicación de la renuncia a la solidaridad pasiva ha sido considerada jurisprudencialmente en los siguientes términos:

*El acreedor puede renunciar a la solidaridad respecto de uno o de todos los deudores solidarios, de manera expresa o tácita, en este último caso como cuando, por ejemplo, demanda el acreedor a alguno de los codeudores por su cuota solamente y no se reserva la solidaridad de la obligación, aunque no extingue la acción contra los otros deudores, por toda la parte del crédito que no haya sido cubierta por el deudor a cuyo beneficio se renunció la solidaridad; si el acreedor consiente la división de la deuda se entiende extinguida la solidaridad (art. 1573 C.C.), aunque respecto de los ya devengados y no los futuros cuando lo debido es una pensión periódica (art. 1574 C.C.).* (Consejo de Estado 38341/2010. Resaltado del texto original).

Pero también en esa misma ocasión el Consejo de Estado puntualizó que la solidaridad pasiva de la obligación indemnizatoria en todo caso no constituye un litisconsorcio necesario:

*Cuando existen obligaciones solidarias pasivas, es facultad del acreedor demandar a todos los deudores solidarios conjuntamente, o a uno de ellos a su arbitrio para exigir la totalidad de la deuda, lo cual implica que la solidaridad por pasiva*

*no determina la conformación de un litisconsorcio necesario por pasiva dentro del proceso judicial, y que ni el juez tenga la competencia de conformar la relación procesal litisconsorcial, así como tampoco el demandado la posibilidad jurídica de solicitarla.* (Resaltado del texto original).

Se tiene entonces que si la obligación indemnizatoria comporta la solidaridad pasiva y su acreedor puede renunciar al beneficio de la obligación solidaria, nada impide que pueda llegarse a un acuerdo conciliatorio entre el beneficiario de la indemnización y uno de los obligados a indemnizar, pues se trata de un asunto claramente transigible, más aún cuando entre los partícipes del hecho dañoso no se consideran en modo alguno litisconsortes necesarios.

En ese caso, si en el fallo se precisó el porcentaje de participación causal en la producción del daño respecto de la entidad pública que pretende conciliar, será la suma correspondiente a ese porcentaje la base del respectivo acuerdo. De no ser así, el porcentaje puede determinarse a partir de la división de la suma debida en partes iguales entre los responsables de su pago.

## Referencias

Uribe G., José Ignacio y Lina Maritza Gómez R. 2005. "Canales de búsqueda de empleo en el mercado laboral colombiano 2003". *Documentos Laborales y Ocupacionales* 3.

## CONCLUSIONES

El Comité de Conciliación cuenta con un importante respaldo normativo para la toma de decisiones que favorezcan el logro de acuerdos conciliatorios, en tanto que desde el punto de vista legal y reglamentario se le reconocen precisas atribuciones, que lejos de ser apenas unos lineamientos de acción constituyen verdaderos deberes funcionales que demandan un debido cumplimiento.

Los riesgos jurídicos que pudieran en principio justificar el señalamiento de criterios restrictivos en la actuación del Comité de Conciliación se encuentran identificados y superados por la normatividad que los rige, excluyendo expresamente la configuración de responsabilidades disciplinarias y fiscales por el mero hecho de la decisión de conciliar, siempre que, claro está, tal decisión se adopte con sujeción a los parámetros sustanciales, procesales y patrimoniales que deben ser considerados y verificados en cada caso.

Por el contrario, según se observó, es la ausencia de decisión de conciliar por parte del Comité la que podría en dado caso dar lugar al reproche institucional, por lo menos desde el ámbito disciplinario.

En el ámbito específico de la Responsabilidad Patrimonial del Estado por vía Extracontractual, las decisiones del Comité de Conciliación deben considerar necesariamente la norma rectora de orden constitucional que impone al Estado el deber de indemnizar los daños antijurídicos causados por acción u omisión de las autoridades públicas.

En el evento especialísimo de la responsabilidad por la privación injusta de la libertad, le resulta al Comité de Conciliación la ineludible aplicación de las normas correspondientes tanto de orden internacional de los derechos humanos que otorgan a los ciudadanos el derecho a ser indemnizados por el Estado en esos casos, así como de orden interno bajo concretos supuestos legales de responsabilidad por la Administración de Justicia, que prescriben ese mismo deber y reconocen ese mismo derecho.

Aunado a lo anterior, resultan igualmente vinculantes para el análisis del Comité de Conciliación el desarrollo jurisprudencial que ha tenido esta materia, el cual muestra una clara tendencia en la determinación de la responsabilidad estatal con fundamento en criterios objetivos, dando con ello lugar a concluir que estos casos tienen una alta probabilidad de condena, circunstancia que por sí misma le impone

al Comité no solamente el deber de priorizar su gestión sobre tales asuntos, sino más importante, le obliga a sustentar aún más la decisión que conlleve a descartar la opción conciliatoria en hipótesis que resulten coincidentes con aquellas respecto de las cuales de manera reiterada se ha producido una decisión judicial desfavorable para el Estado.

Corresponde entonces al Comité de Conciliación estudiar cada una de las solicitudes de conciliación, tanto extrajudiciales como judiciales, verificando en primer lugar el supuesto específico que dio lugar a la privación de la libertad, a fin de identificar los parámetros constitucionales y legales a los cuales la medida restrictiva de la libertad, en ese supuesto particular, debía sujetarse, para luego establecer si se trató o no de una medida legal; seguidamente habrán de verificarse las razones que dieron lugar a la imposición de la medida y las razones que justificaron la decisión de levantarla con la consecuente orden de libertad, a fin de verificar si de conformidad con los parámetros constitucionales, legales y jurisprudenciales se incurrió en una restricción que aunque sea legal sea calificable de injusta.

La certeza respecto de la calificación injusta de la privación de la libertad debe conducir a la valoración de los demás elementos que configuran la responsabilidad estatal, siendo entonces fundamental la validación de los elementos de prueba existentes sobre la autoría de la decisión judicial correspondiente para establecer debidamente la imputación de las consecuencias resarcitorias, lo cual supone por supuesto el análisis de las pretensiones indemnizatorias, su respaldo probatorio en términos de la acreditación del daño, al igual que su concordancia con los criterios jurisprudenciales reiterados en cuanto a los parámetros que sirven de base a la tasación de los perjuicios en estos precisos casos.

No menos importante resulta el examen que debe efectuar el Comité de Conciliación sobre los aspectos

esenciales de orden procesal que deben cumplirse en el trámite de conciliación extrajudicial y deben encontrarse establecidos en el proceso contencioso administrativo, cuando se trate de conciliación judicial, destacándose, como quedó visto, el asunto atinente a la caducidad de la acción.

No menos importante resulta el examen que debe efectuar el Comité de Conciliación sobre los aspectos esenciales de orden procesal que deben cumplirse en el trámite de conciliación extrajudicial, así como en el proceso contencioso administrativo para la conciliación judicial, destacándose, como quedó visto, el asunto atinente a la caducidad de la acción y la causa extraña.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que la ventaja patrimonial del acuerdo conciliatorio debe ser señalada por el Comité de Conciliación a partir de un análisis de contexto que considere no solamente el reconocimiento de un monto indemnizatorio menor al pretendido por los demandantes, sino además los costos que dejarían de generarse para la entidad por concepto de gastos de defensa durante todo el tiempo que tarde la definición del asunto en las distintas instancias judiciales, al igual que el costo que en ciertos casos podría llegar a implicar la implementación de medidas propias de un modelo de justicia restaurativa como las que se han aplicado y reconocido por la jurisprudencia a partir de la normatividad vigente en la materia.



IMPRENTA  
**NACIONAL**  
D E C O L O M B I A

Carrera 66 No. 24-09  
Tel.: (571) 4578000  
[www.imprenta.gov.co](http://www.imprenta.gov.co)

