



Agencia Nacional de
Defensa Jurídica del
Estado

12.

Lineamientos jurisprudenciales sobre responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad

Junio de 2014

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

Ministerio de Justicia y del Derecho

www.minjusticia.gov.co

Ministro de Justicia

Alfonso Gómez Méndez

**Agencia Nacional de Defensa Jurídica
del Estado**

www.defensajuridica.gov.co

Dirección General

Adriana María Guillén Arango

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

Diana Fajardo Rivera

Dirección de Defensa Jurídica

Luisa Alexandra Torres Acosta

Dirección de Gestión de la Información

Mariana Martínez Cuéllar

Secretaría General

Isabel Abello Albino

Equipo técnico:**Investigador principal:**

Carolina Estrella Bolaños

Auxiliares de investigación:

Paula Caballero Ruiz

Juan Felipe Aguilar Castillo

Cielo Martínez Núñez

Equipo revisor:

Diana Fajardo Rivera

Diagramación e Impresión

Imprenta Nacional de Colombia

1^a Edición

© Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

Carrera 7 N^o 75-66, Bogotá, D. C.

Teléfono: 255 8955

ISSN: 2339-417X

CONTENIDO

PRÓLOGO	5
INTRODUCCIÓN	7
1. Fundamentos constitucionales y legales y régimen de responsabilidad aplicable	9
1.1. Fundamentos constitucionales y legales de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad	9
1.2. Régimen de responsabilidad aplicable	11
1.2.1. Régimen de responsabilidad objetivo.....	11
1.2.2. Régimen de responsabilidad subjetivo	16
2. Particulares eventos en privación injusta de la libertad.....	19
2.1. Limitación a la libertad de locomoción y de residencia.....	19
2.2. Absolución por aplicación del principio <i>in dubio pro reo</i>	21
2.3. Responsabilidad del Estado cuando se concede el recurso de habeas corpus.....	27
2.4. Responsabilidad del Estado cuando la aprehensión material se realiza de forma arbitraria	29
2.5. Las causales excluyentes de responsabilidad.....	31
2.5.1. El hecho de la víctima	31
2.5.2. El falso testimonio como hecho de un tercero	33
2.6. Parámetros de los montos indemnizatorios por concepto de perjuicios morales	34
3. Recapitulación	37

PRÓLOGO

La mayor causa de litigiosidad en contra del Estado es la relativa a la privación injusta de la libertad y, en consecuencia, una importante porción de los recursos del presupuesto público se destina al pago de las condenas que se imponen por este concepto.

Frente a dicha realidad, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado pone a disposición de quienes enfrentan la defensa prejudicial y judicial de la Administración en dicho tema, el presente documento que contiene una descripción de la posición actual del Consejo de Estado en cuanto al régimen de responsabilidad aplicable a los casos en los que se demanda la responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad y, en relación con el tratamiento que dicha corporación judicial le ha dado a ciertos eventos particulares que se enmarcan dentro de esta temática.

De esta manera, el documento que se presenta trata de impactar positivamente en las etapas prejudicial y judicial del ciclo de defensa jurídica, en tanto será de utilidad en el momento de definir la estrategia de defensa, cuando la administración se vea avocada a una demanda por este concepto y, en consecuencia, se espera que redunde en el éxito procesal o en una reducción significativa del monto de las condenas.

ADRIANA GUILLÉN ARANGO

Directora General

INTRODUCCIÓN

Consciente de la problemática que entraña el creciente número de demandas y condenas en contra del Estado por casos de privación injusta de la libertad, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado pone a disposición de las entidades públicas y, en particular, de los funcionarios que tienen en sus manos la defensa judicial de la Administración en este tipo de asuntos, la posición actual de la jurisprudencia contencioso administrativa en la materia, con el propósito de que sea posible anticipar la decisión que el juez contencioso administrativo adoptará en los casos concretos y, de esta manera, facilitar la construcción de estrategias de defensa prejudicial y judicial efectivas, que redunden en una reducción de las condenas o de su monto.

A partir del análisis de cien providencias proferidas por el Consejo de Estado entre julio de 1991 y diciembre de 2013¹, fue posible verificar cuál ha sido la tendencia jurisprudencial en materia de privación injusta de la libertad y de esta manera, establecer cuál es el régimen de responsabilidad que en la actualidad emplea la Jurisdicción Contencioso-Administrativa al momento de resolver los casos en los que se demanda la declaratoria de responsabilidad del Estado por este tema y la manera en la que en este momento son tratados ciertos eventos particulares, tales como las limitación a la libertad de locomoción y de residencia, la absolución del sindicado por aplicación del principio *in dubio pro reo*, la responsabilidad del Estado cuando se concede el recurso de *habeas corpus*, la

1 Cuyo contenido puede ser consultado en el módulo de análisis jurisprudencial de e-Kogui. Se advierte que las providencias analizadas son aquellas que se encontraban a disposición del público en la relatoría del Consejo de Estado a diciembre de 2013.

responsabilidad del Estado cuando la aprehensión material se realiza de forma arbitraria, las causales de exoneración de responsabilidad y los parámetros de los montos indemnizatorios por concepto de perjuicios morales.

De esta manera, el presente documento complementa y actualiza el volumen n.º 2 de la serie de Documentos Especializados de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado *"Privación injusta de la libertad: entre el derecho penal y el derecho administrativo"*.

1 ■ Fundamentos constitucionales y legales y régimen de responsabilidad aplicable

1.1. Fundamentos constitucionales y legales de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad

La responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad se encuentra enmarcada en los artículos 28 y 90 de la Constitución Política. El primero de ellos consagra el derecho fundamental a la libertad y prevé la posibilidad de su limitación o restricción, e incluso, la privación de este derecho, mediante la imposición de medidas cautelares de aseguramiento o penas restrictivas o privativas de la libertad, en tanto se cumplan los siguientes requisitos: (i) mandamiento escrito de autoridad judicial competente; (ii) cumplimiento de las formalidades legales, y (iii) la existencia de motivos previamente definidos en la ley.

Del contenido de este precepto constitucional es posible precisar que constituirá una afrenta al de-

recho fundamental a la libertad toda perturbación que no se encuentre amparada en un mandamiento judicial escrito, que no respete las formalidades previstas legalmente para su procedencia o que el motivo que la justifique no se encuentre consagrado en la ley de manera anticipada.

Por su parte, el artículo 90 *ibidem* prescribe que “...el Estado responderá por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”. De lo anterior se desprende que para declarar la responsabilidad del Estado es necesario acreditar la existencia de un daño, entendido como la “...aminoración patrimonial sufrida por la víctima”², el cual debe revestir la característica de ser antijurídico; es decir, que quien lo sufre no se encuentre en el deber

² Juan Carlos Henao. “El Daño”. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 84.

jurídico de soportarlo y, que ese daño antijurídico resulte imputable a la entidad pública demandada.

En vigencia de estas normas constitucionales se expidió el Decreto 2700 de 1991 “*por el cual se expedien las normas de procedimiento penal*”³, cuyo artículo 414 establecía que quien hubiera estado privado de la libertad y no fuera finalmente condenado tenía derecho a la reparación de los perjuicios que la medida le hubiere causado: (i) cuando la decisión hubiera sido injusta y (ii) cuando el sindicado resultara exonerado en sentencia absolutoria definitiva, o su equivalente, debido a que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no era constitutiva de hecho punible. El texto de la norma era el siguiente:

“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 cuanto al primer apartado de la norma transcrita, resulta evidente que el mismo hacía referencia a la presencia de una conducta de la Administración errada, ilegal o arbitraria, toda vez que aludía a la injusticia de la decisión que impuso la medida privativa de la libertad; es decir, si en el proceso contencioso administrativo se advertía que la privación de la libertad devino de una decisión ilícita o en cuyo proceso de expedición se presentaron falencias, la medida cautelar devenía injusta y el Estado

se veía obligado a reparar los perjuicios causados a los damnificados con esta decisión.

Ahora bien, en cuanto al segundo apartado del artículo en cita, se observa que el legislador calificó de manera previa la privación de la libertad como injusta en los tres eventos allí descritos, ello implica que no era necesario acreditar la presencia de una conducta negligente o equivocada por parte de la Administración, pues con el solo hecho de que se hubiere configurado uno de los eventos aludidos, la privación de la libertad sería injusta.

Posteriormente, se expidió la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia⁴, en cuyo capítulo VI que regula “...la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios y empleados judiciales”, consagró –artículo 65– que el Estado respondería patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales en tres hipótesis: (i) por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, (ii) por el error jurisdiccional y (iii) por la privación injusta de la libertad. En relación con la privación injusta de la libertad, en el artículo 68 *ibidem* se dispuso que “[q]uien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios”.

En este punto es preciso destacar que al momento de revisar el Proyecto de Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, la Corte Constitucional, en Sentencia C-037 de 1996⁵, condicionó la declaratoria de exequibilidad del que sería el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, a la circunstancia de que la expresión “*injustamente*” debía ser entendida como aquella “...actuación abiertamente desproporcion-

⁴ Publicada en el *Diario Oficial* No. 42.745, de 15 de marzo de 1996. Según el artículo 210, dicha ley entró en vigencia a partir de su promulgación.

⁵ M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

³ Publicado en el *Diario Oficial* No. 40.190, de 30 de noviembre de 1991. Según el artículo 1 transitorio, entró en vigencia el 1 de julio de 1992.

nada y violatoria de los procedimientos legales...". En términos de la Corte Constitucional:

"Este artículo, en principio, no merece objeción alguna, pues su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 6º, 28, 29 y 90 de la Carta. Con todo, conviene aclarar que el término "injustamente" se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria. Si ello no fuese así, entonces se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados. Por el contrario, la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de la responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia, debe contemplarse dentro de los parámetros fijados y teniendo siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención.

(...).

"Bajo estas condiciones, el artículo se declarará exequible".

Es importante anotar que el Decreto 2700 de 1991 perdió vigencia el 24 de julio de 2001 al entrar a regir la Ley 600 de 2000 "[p]or la cual se expide el Código de Procedimiento Penal"⁶ y, que ni este

⁶ Publicada en el Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000. Según el artículo 536, dicha normatividad entraría en vigencia un año después de su promulgación.

código, ni el subsiguiente –Ley 906 de 2004⁷– contienen ninguna previsión relacionada con el derecho a la indemnización por la privación injusta de la libertad, por lo que la normatividad vigente a dichos efectos está constituida por los artículos 28 y 90 constitucionales y por los artículos 65 y 68 de la Ley 270 de 1996; sin embargo, los eventos de responsabilidad objetiva consagrados en el derogado artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 continúan siendo aplicados por el alto tribunal de lo contencioso administrativo, como a continuación se expone.

1.2. Régimen de responsabilidad aplicable

1.2.1. Régimen de responsabilidad objetivo

Una vez clarificado el fundamento constitucional y legal de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, es preciso advertir que el Consejo de Estado de manera pacífica e insistente ha fundamentado sus decisiones en el título de responsabilidad objetivo de daño especial, aunque con algunas incursiones en la falla del servicio, como más adelante se explicará. Para ello ha acudido o bien a la segunda parte del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991⁸ o, de manera directa, al artículo 90 de la Constitución, según si los hechos que dieron lugar a la demanda –y en particular la providencia que declaró la inocencia o que precluyó la investigación, en tanto solo hasta ese momento se configura el daño– ocurrieron en vigencia del mencionado Decreto o si sucedieron una vez aquél fue derogado.

⁷ Publicada en el Diario Oficial No. 45.658 de 1 de septiembre de 2004. En el artículo 528 y siguientes se consagraron disposiciones tendientes a la implementación gradual y sucesiva del sistema regulado en dicho código.

⁸ "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 (...)".

En efecto, debido a la alta congestión de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la actualidad la Sección Tercera de la alta corporación aún resuelve casos cuyos hechos tuvieron lugar antes del 24 de julio de 2001, fecha en la que el Decreto 2700 de 1991 perdió vigor.

a. Hechos ocurridos bajo la vigencia del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991

Respecto de aquellos casos cuyos fundamentos fácticos datan de la época en la que el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 estaba vigente, la Sección Tercera del Consejo de Estado de manera constante, unánime y reiterada ha adoptado el criterio conforme al cual, quien hubiera sido sometido a medida de aseguramiento de detención preventiva, pero finalmente hubiera sido exonerado de responsabilidad mediante sentencia absolutoria definitiva o su equivalente, con fundamento en que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no era constitutiva de hecho punible, tiene derecho a la indemnización de los perjuicios que dicha medida le hubiera causado, sin necesidad de acreditar que la misma fue ilegal, errada o arbitraria, dado que en dicha norma el legislador calificó *ab initio* la detención preventiva como injusta.

A efectos de ilustrar esta posición, es relevante la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado de abril 6 de 2011, Exp. 21653, C. P. Ruth Stella Correa Palacio, en la cual se resolvió el caso de una persona que estuvo privada de la libertad en tres ocasiones, dos de ellas en vigencia del Decreto 2700 de 1991. En esta oportunidad se declaró la responsabilidad del Estado por dicha privación de la libertad, con fundamento en la segunda parte del artículo 414 del mencionado cuerpo normativo y se clarificó cuál sería el tratamiento de los casos en los que se demandara la responsabilidad estatal por este tipo de hechos,

dependiendo de la vigencia de las normas a las que se hizo referencia en el aparte anterior. Se advierte que si bien la posición plasmada en esta providencia no es novedosa, en tanto desde tiempo atrás aquella venía siendo reiterada, se trae a colación su argumentación comoquiera que es un fallo reciente proferido por la Sección Tercera en pleno, cuya pretensión era, como ya se advirtió, la de clarificar la normatividad aplicable en el tiempo a los casos de privación injusta de la libertad. En términos del Consejo de Estado:

"En vigencia de la actual Constitución se expidió el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 –Código de Procedimiento Penal–, que establecía que quien hubiera estado privado de la libertad y no fuere finalmente condenado, tenía derecho a la reparación de los perjuicios que la medida le hubiere causado: (i) cuando la decisión hubiera sido injusta y (ii) cuando el sindicado fuera exonerado en sentencia absolutoria definitiva, u otra providencia con iguales efectos, debido a que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o no era constitutivo de hecho punible. (...)"

(...) cuando en la decisión penal definitiva favorable al sindicado, el juez concluye que las pruebas que obran en el expediente le dan certeza de que el hecho no existió, o de que de haber existido, no era constitutivo de hecho punible, o de que el sindicado no fue el autor del mismo, la medida de aseguramiento de detención preventiva que en razón de ese proceso se le hubiera impuesto deviene injusta y, por lo tanto, habrá lugar a declarar la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños que la misma le hubiera causado, tanto al sindicado, como a todas las demás personas que demuestren haber sido afectadas con ese

hecho, sin que para llegar a esa conclusión, en los precisos términos del último aparte de la norma citada, se requiera realizar ninguna otra indagación sobre la legalidad de la medida de aseguramiento que le fue impuesta a aquel.”⁹

Así mismo, se aclara que la postura expuesta se aplica también a los casos cuyos fundamentos fácticos hubieren acaecido una vez fue proferida la Ley 270 de 1996 pero antes de la derogatoria del Decreto 2700 de 1991, esto es, el 24 de julio de 2001. En efecto, pese a la exequibilidad condicionada del artículo 68 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia –según la cual la expresión “*injustamente*” debía aludir a la conducta ilegal, grosera o abiertamente arbitraria de los operadores judiciales–, el Consejo de Estado advirtió que por aún estar vigente el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 y, porque no puede desconocerse ni excluirse la aplicación directa del artículo 90 de la Constitución, para derivar el derecho a la reparación cuando los daños provienen de una actuación lícita del Estado –es decir ausente de falla del servicio–, ejecutada en ejercicio de la actividad judicial, pero que irroga daños antijurídicos a las personas, se debe aplicar el régimen objetivo al que aluden los eventos contemplados en la segunda parte del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991. Sobre este aspecto sostuvo el alto Tribunal de lo contencioso administrativo en la sentencia que se viene citando:

“La Sala ha considerado que si bien el artículo 68 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia se refiere a la responsabilidad patrimonial del Estado en los eventos en los cuales la actuación de cualquiera de sus Ramas u órganos hubiera sido “abiertamente arbitraria”, dicha disposición no excluye la aplicación directa del artículo 90 de la Constitución para derivar el derecho a la reparación cuando los daños provienen de una actuación legítima del Estado, adelantada en ejercicio de la actividad judicial, pero que causa daños antijurídicos a las personas, en tanto estos no tengan el deber jurídico de soportarlos, como sucede con todos aquellos daños que sufren las personas que son privadas de la libertad durante una investigación penal, a pesar de no haber cometido ningún hecho punible, que son los eventos a los que se refiere el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991.

(...).

En síntesis, la responsabilidad patrimonial del Estado debe ser declarada en todos aquellos casos en los cuales se dicte sentencia penal absolutoria o su equivalente, porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no era constitutiva de hecho punible, con fundamento en el segundo segmento normativo del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, cuando la decisión penal se profiera en vigencia de esa norma, esto es, cuando la sentencia penal o su equivalente se hubieran proferido durante el lapso comprendido entre el 30 de noviembre de 1991 y el 24 de julio de 2001, al margen de que la privación de la libertad la hubiera sufrido el sindicado aún antes de la vigencia de la norma, porque solo

9 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de abril 6 de 2011, Exp. 21653, C. P. Ruth Stella Correa Palacio. Argumentación reiterada, entre otras, en las sentencias de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado de: 29 de marzo de 2012, Exp. 20538; 28 de mayo de 2012, Exp. 19179; 9 de abril de 2012, Exp. 20782; junio 4 de 2012, Exp. 20069, todas con ponencia de la Consejera de Estado Ruth Stella Correa Palacio; igualmente, sentencias de: 29 de octubre de 2012, Exp. 24921; 22 de noviembre de 2012, Exp. 25719; 29 de noviembre de 2012, Exp. 26110 y 31 de mayo de 2013, Exp. 28542, estas últimas con ponencia del Consejero de Estado Danilo Rojas Betancourth.

desde la decisión definitiva debe entenderse consolidado el daño antijurídico.”¹⁰

Precisado lo anterior, es menester referirse a la forma en la que la jurisprudencia contencioso-administrativa resuelve los casos en los cuales la sentencia penal o su equivalente fue proferida una vez el Decreto 2700 de 1991 fue derogado, comoquiera que ni la Ley 600 de 2000, ni la Ley 906 de 2004 –Códigos de Procedimiento Penal sucedáneos– contienen ninguna previsión relacionada con el derecho a la indemnización por la privación injusta de la libertad.

b. Hechos ocurridos con posterioridad a la derogatoria del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991

La derogatoria del Decreto 2700 de 1991 -ocurrida a partir del 24 de julio de 2001-, no le impidió al Consejo de Estado seguir deduciendo la responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad en los mismos eventos previstos en aquel, esto es, cuando mediante sentencia que ponga fin al proceso o providencia con efectos similares, se absuelva al sindicado con fundamento en que la conducta no existió, el sindicado no la cometió o el hecho no era punible. Esta posición se soportó, una vez más, en la aplicación directa del artículo 90 de la Constitución, norma que como ya se anotó, consagra el derecho a la reparación de los perjuicios causados por las actuaciones de las autoridades públicas cuando tales daños sean antijurídicos, por lo que resulta claro para el Consejo de Estado que, quien sufre una medida de aseguramiento de detención preventiva por una conducta que no era merecedora de ningún reproche penal sufre un daño antijurídico. Sobre el particular el Consejo de Estado en la providencia en cita señaló:

“(…) la derogatoria del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 y la carencia en los subsiguientes códigos de procedimiento penal de una norma con el mismo contenido de ese artículo, no impiden deducir la responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad en los mismos eventos previstos en aquel, esto es, cuando mediante sentencia que ponga fin al proceso o providencia con efectos similares, se absuelva al sindicado con fundamento en que la conducta no existió, el sindicado no la cometió o el hecho no era punible (...).”

Esto porque la responsabilidad patrimonial del Estado tiene su fuente en el artículo 90 de la Constitución, norma que consagra el derecho a la reparación de los perjuicios causados por las actuaciones de las autoridades públicas, cuando tales daños sean antijurídicos (...), es decir, cuando los afectados no estén en el deber jurídico de soportar esos daños y quien sufre una medida de aseguramiento de detención preventiva por una conducta que no era merecedora de ningún reproche penal sufre un daño antijurídico.

(...).

Si la sentencia penal absolutoria o la providencia equivalente se hubieran dictado con posterioridad al 24 de julio de 2001, el fundamento normativo de la decisión reparatoria lo será el artículo 90 de la Constitución, dado que los supuestos previstos en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 corresponden realmente a eventos de daño antijurídico, por tratarse de una privación injusta de la libertad, aunque causados con una conducta jurídicamente irreprochable del Estado”¹¹.

10 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de abril 6 de 2011, Exp. 21653, C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

11 Ibid.

c. Anotaciones finales respecto del régimen de responsabilidad objetivo

Bajo una óptica objetiva de la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad, bien sea que se aplique el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 o de forma directa el artículo 90 de la Constitución, es evidente que basta con demostrar la antijuridicidad del daño imputable a la Administración para que se configure su responsabilidad, sin que sea necesario evaluar la conducta del juez o autoridad que dispuso la detención. Por su parte, a la entidad demandada le corresponde acreditar la existencia de alguna causal excluyente de responsabilidad para efectos de desvirtuarla.

Bajo una óptica objetiva de la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad, bien sea que se aplique el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 o de forma directa el artículo 90 de la Constitución, es evidente que basta con demostrar la antijuridicidad del daño imputable a la Administración para que se configure su responsabilidad, sin que sea necesario evaluar la conducta del juez o autoridad que dispuso la detención. Por su parte, a la entidad demandada le corresponde acreditar la existencia de alguna causal excluyente de responsabilidad para efectos de desvirtuarla.

Resulta claro entonces que no es posible que el ente demandado alegue ausencia de responsabilidad bajo el argumento de que la medida cautelar se profirió en observancia de

los requisitos legales y procedimentales y que se trataba de una carga que tiene que ser asumida por el procesado, pues frente a este último enunciado se debe advertir que el debate entre quienes consideraban que la privación de la libertad se trata de una carga que no tiene que ser asumida por los

ciudadanos por el solo hecho de vivir en sociedad y aquellos que asumían que la privación de la libertad era una carga pública que debía ser asumida por aquellos, la jurisprudencia contencioso administrativa zanjó la discusión, con ocasión de un caso en el cual la medida cautelar de detención preventiva en contra de quien posteriormente resultó absuelto en sentencia penal, fue ordenada con el lleno de los requisitos legales, en los siguientes términos:

"Lo cierto es que cualquiera que sea la escala de valores que individualmente se defienda, la libertad personal ocupa un lugar de primer orden en una sociedad que se precie de ser justa y democrática. Por consiguiente, mal puede afirmarse que experimentar la pérdida de un ingrediente fundamental para la realización de todo proyecto de vida, pueda considerarse como una carga pública normal, inherente al hecho de vivir dentro de una comunidad jurídicamente organizada y a la circunstancia de ser un sujeto solidario. Si se quiere ser coherente con el postulado de acuerdo con el cual, en un Estado Social y Democrático de Derecho la persona –junto con todo lo que a ella es inherente– ocupa un lugar central, es la razón de la existencia de aquél y a su servicio se hallan todas las instituciones que se integran en el aparato estatal, carece de asidero jurídico sostener que los individuos deban soportar toda suerte de sacrificios, sin compensación alguna, por la única razón de que resultan necesarios para posibilitar el adecuado ejercicio de sus funciones por las autoridades públicas. (...)"¹².

12 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006, Exp. 13168, C. P. Mauricio Fajardo Gómez. Argumentación reiterada entre otras, en las sentencias de: 26 de marzo de 2008, Exp. 16902, C. P. Enrique Gil Botero; octubre 7 de 2009, Exp. 17117, C. P. Myriam Guerrero de Escobar; 15 de abril de 2010, Exp. 18284, C. P. Mauricio Fajardo Gómez; 26 de mayo de 2010, Exp. 18467, C. P. Gladys Agudelo Ordóñez; Subsección B, sentencia de 29 de marzo de 2012, Exp. 16448, C. P. Danilo Rojas Betancourth y Subsección C, sentencia

1.2.2. Régimen de responsabilidad subjetivo

No obstante lo expuesto, es importante advertir que, aunque en pocas oportunidades, la jurisprudencia del alto Tribunal de lo contencioso administrativo también ha resuelto eventos de privación injusta de la libertad con fundamento en el título de imputación subjetivo de falla del servicio. Ello en aplicación de la primera parte del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, es decir, cuando la decisión de imponer la medida de aseguramiento hubiere sido injusta y también con fundamento en el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, respecto de quien hubiere sido injustamente privado de la libertad.

Así, por ejemplo, en sentencia de 14 de mayo de 2010, Exp. 18960, M. P. Enrique Gil Botero, la Sección Tercera del Consejo de Estado declaró la responsabilidad de la demandada por la privación injusta y arbitraria de la libertad a la que fue sometido el demandante. Se lee en la providencia:

"Como se aprecia, el sindicado estuvo privado de manera injusta y arbitraria de la libertad casi por un año, aunado al hecho de que fue acusado de manera siniestra del homicidio de su propia esposa, y de unas lesiones personales que fueron el producto de un estado de necesidad a la hora de proteger la vida e integridad de su núcleo familiar, circunstancia esta última que se infiere de la forma como fue trasladado el cuerpo sin vida de la señora María Antonia Castaño antes de que se pudiera llevar a cabo el levantamiento del cadáver, con la supuesta excusa de que el lugar revestía una especial peligrosidad. Es decir, los agentes públicos impidieron adelantar la diligencia de levantamiento de cadáver en el lugar de los

hechos y, por tal motivo, al proceso penal nunca se allegó prueba técnica que permitiera establecer cuál fue el arma homicida, lo que refleja en el trasfondo la mise en scène o tinglado de farsa que montaron los funcionarios del DAS y judiciales para encubrir la verdad de lo ocurrido y, de paso, incriminar al esposo de la occisa en los execrables sucesos, circunstancia que refleja no solo el error por la Fiscalía sino, de paso, la ignominia de la acusación"¹³.

Es importante advertir que la circunstancia de que en la sentencia que declara la responsabilidad del Estado se ponga de presente la existencia de una falla del servicio, aprovecha dos propósitos fundamentales: (i) de pedagogía hacia la Administración, comoquiera que el tener certeza de la presencia de una conducta ilícita permite adoptar políticas públicas que impidan que aquella se repita, y (ii) de repetición en contra del agente estatal que con su conducta dolosa o gravemente culposa hubiere dado lugar a la imposición de la condena al Estado.

Es importante advertir que la circunstancia de que en la sentencia que declara la responsabilidad del Estado se ponga de presente la existencia de una falla del servicio, aprovecha dos propósitos fundamentales: (i) de pedagogía hacia la Administración, comoquiera que el tener certeza de la presencia de una conducta ilícita permite adoptar políticas públicas que impidan que aquella se repita, y (ii) de repetición en contra del agente estatal que con su conducta dolosa o gravemente culposa hubiere dado lugar a la imposición de la condena al Estado

de 23 de mayo de 2012, Exp. 22672, C. P. Olga Mélida Valle de De la Hoz.

13 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 14 de mayo de 2010, Exp. 18960, M. P. Enrique Gil Botero.

Por otra parte, resulta sustancial considerar la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado de 30 de marzo de 2011, Exp. 33238, C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, con aclaración de voto del Consejero de Estado, Enrique Gil Botero, en la cual se absolvió de toda responsabilidad al Estado por la privación de la libertad a la que fueron sometidas unas personas. En dicha oportunidad se advirtió que la absolución de los sindicados no tenía como fundamento ninguno de los tres eventos de responsabilidad objetiva previstos en la segunda parte del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, por lo que era menester verificar si la Administración había incurrido en una falla del servicio en el momento de imponer la medida de aseguramiento y, en tanto no se acreditó en el proceso contencioso administrativo falla del servicio alguna, se imponía denegar las pretensiones de la demanda. En términos del Consejo de Estado:

"En el caso concreto no hay duda de que la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva ordenada contra los demandantes no fue injusta, en los términos de los supuestos establecidos en el mencionado artículo 414 del Decreto ley 2700 de 1991, 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 sí 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 puniendo 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 puede perder de vista la Sala que en el presente caso, como se corrobora en la sentencia del Tribunal Superior, el juez de primera instancia realmente falló en la valoración probatoria para llegar a la conclusión de absolver a los aquí demandantes (...). Por el contrario, se pone en evidencia que fue equívoco el presupuesto del juez de primera instancia según el cual existía una "ausencia de la prueba del dolo", ya que la acusación proferida por la Fiscalía, como se ratifica por el Tribunal Superior, reunía los suficientes elementos demostrativos de la comisión de varios ilícitos penales, con lo que se ratificó la decisión de haber impuesto la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva de los demandantes, al reunirse los requisitos legales y procesales, sin que pueda considerarse dicha decisión como una actuación grosera y flagrante en que se hayan quebrado los criterios establecidos en la ley procesal.

9.5 Además de lo anterior (...) la decisión de la Fiscalía al momento de proferir la Resolución de Acusación se ajustó al procedimiento penal ya que por el punible de concierto para delinquir para fines de narcotráfico y el lavado de activos no procedía libertad provisional, condena de ejecución condicional o libertad condicional, por lo que se imponía legalmente la detención preventiva (...).

Y pese a que el daño antijurídico se estableció, se demostró que la entidad demandada adoptó la decisión de imponer la medida de aseguramiento

ramiento consistente en detención preventiva a los demandantes, 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".¹⁴

Una vez clarificados los fundamentos constitucionales y legales que rigen la responsabilidad del Estado

por privación injusta de la libertad y expuesto el régimen de responsabilidad que en la actualidad emplea la jurisprudencia contencioso administrativa para sustentar el deber indemnizatorio del Estado en estos casos, se procede a revisar el tratamiento jurisprudencial sobre ciertos eventos específicos que se enmarcan dentro del tema general de privación injusta de la libertad, respecto de los cuales proceden algunas consideraciones específicas.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 30 de marzo de 2011, Exp. 33238, C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, con salvamento de voto del Consejero de Estado Enrique Gil Botero, reiterada en la sentencia de 13 de abril de 2011, Exp. 22679, del mismo ponente, con aclaración de voto del Consejero de Estado Enrique Gil Botero.

2.■ Particulares eventos en privación injusta de la libertad

2.1. Limitación a la libertad de locomoción y de residencia

En este apartado se pretende dar respuesta al siguiente problema jurídico: ¿si el proceso penal concluye con sentencia absolutoria o su equivalente, porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, el Estado debe reparar los perjuicios derivados de la imposición de medidas cautelares diferentes a la privación de la libertad en centros carcelarios o de detención?

El anterior interrogante se plantea toda vez que es evidente que existen marcadas diferencias entre la imposición de la medida de aseguramiento de privación de la libertad en centros carcelarios o de detención y las medidas cautelares de caución, conminación, prohibición de salir del país, detención con excarcelación o detención domiciliaria.

La respuesta que la jurisprudencia contencioso-administrativa ha dado a dicho interrogante es la de que cualquier limitación al derecho fundamental a la libertad, con ocasión de una investigación o un proceso penal, deviene en una carga desproporcionada y por consiguiente injusta que el administrado no se encuentra en el deber jurídico de soportar, en el momento en el que se profiere a su favor una sentencia absolutoria o su equivalente, con fundamento en que el sindicado no cometió el hecho punible por el cual

¿Si el proceso penal concluye con sentencia absolutoria o su equivalente, porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, el Estado debe reparar los perjuicios derivados de la imposición de medidas cautelares diferentes a la privación de la libertad en centros carcelarios o de detención?

fue procesado, el hecho no existió o la conducta no era constitutiva de tipo penal alguno; es decir, tanto a la detención domiciliaria como a las demás medidas cautelares que de alguna manera limiten la libertad de la persona se les aplican las reglas expuestas en el capítulo precedente.

Así lo clarificó –postura que ha sido reiterada– la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia de 1º de marzo de 2005, Exp. 15537, C. P. María Elena Giraldo Gómez, en la que se resolvió el caso de una persona a quien se le impuso la medida cautelar de detención domiciliaria dentro de una investigación penal que culminó con preclusión de la investigación, con fundamento en que la conducta del sindicado no era constitutiva de delito. En dicha oportunidad se consideró que aunque la detención no se hubiera producido en un centro carcelario o de detención, lo cierto era que la persona había estado efectivamente privada de la libertad en su domicilio por el lapso de un año y cuatro meses, por este motivo los postulados del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 eran aplicables al caso bajo estudio. Precisó la alta corporación:

"Al igual que la detención preventiva, que debe cumplirse intramuro o en centro carcelario legalmente dispuesto para ello, la detención domiciliaria limita igualmente el derecho a la libertad. La Corte Constitucional se pronunció sobre el tema en sentencia C-1510 de 2000, e indicó que el legislador goza de facultades para establecer modalidades o formas de privación de la libertad, ya sea a modo preventivo, a modo definitivo o de condena, o para conceder beneficios o tratos especiales en cuanto al lugar de reclusión, siempre y cuando fueran razonables y tuvieran como fundamento motivos que no desconocieran el derecho a la igualdad, como la detención domiciliaria o la

detención en el lugar de trabajo y que las personas sujetas a estas medidas están igualmente, desde el punto de vista jurídico, privadas de su libertad (...) no pudiendo entenderse que pierdan ese carácter por el hecho de que el lugar de la detención no sea el edificio en que funciona el establecimiento carcelario sino su domicilio o sitio de trabajo."¹⁵

Bajo la misma lógica, en sentencia de 6 de marzo de 2008, Exp. 16075, C. P. Ruth Stella Correa Palacio, la Sección Tercera del Consejo de Estado declaró la responsabilidad de la parte demandada por los perjuicios sufridos por el actor a quien con ocasión de un proceso penal, que concluyó con sentencia absolutoria al comprobarse que no cometió el hecho punible que se le imputaba, se le impuso la medida cautelar de caución prendaria y la obligación de no cambiar de domicilio ni salir del país; ello, bajo el entendido de que con tal medida se le vulneró injustificadamente su derecho a la libertad, expresado en la libertad de locomoción y en el derecho a fijar libremente el domicilio. Argumentó el Consejo de Estado:

"La limitación de las libertades de locomoción y de residencia no es, pues, una carga que todos los ciudadanos deban soportar por igual, por tanto cuando se demuestre que el administrado no cometió el hecho que sirvió de base a la medida cautelar y acredite los perjuicios que la misma le ocasionó, habrá lugar a declarar la responsabilidad del Estado al haber sido impuesta a un ciudadano una carga desproporcionada, que causa a una persona un daño antijurídico, de todo lo cual se deriva la responsabilidad del Estado.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 1º de marzo de 2005, Exp. 15537, C. P. María Elena Giraldo. Postura reiterada entre otras, en las sentencias de: 8 de julio de 2009, Exp. 17308, C. P. Ruth Stella Correa Palacio; 7 de octubre de 2009, Exp. 17177, C. P. Myriam Guerrero de Escobar; 26 de mayo de 2010, Exp. 19670, C. P. Ruth Stella Correa Palacio y 9 de junio de 2010, Exp. 19312, C. P. Enrique Gil Botero.

(...).

El compromiso al que fue sometido el demandante el día 25 de enero de 1994, conllevó la prohibición de salir del país y de cambiar de domicilio sin previa autorización, vulneró el desarrollo íntegro de su derecho fundamental a la libertad de locomoción y residencia, daño que se tornó en antijurídico habida consideración que después en fallo definitivo se determinó que la víctima no cometió el hecho, de donde resulta evidente que no tenía por qué soportarlo y por tanto compromete la responsabilidad patrimonial del Estado en los términos del artículo 90 Superior. En este orden de ideas, el daño sufrido por el demandante como consecuencia de la afectación de una de las facetas de la libertad es imputable a las entidades demandadas, por ser éstas quienes intervinieron en la adopción de las decisiones dentro del proceso penal que comportaron el sacrificio de su libertad, cuando finalmente fue absuelto por no cometer el hecho punible. Está, pues, demostrado que el daño infligido al demandante, vale decir, su limitación a la libertad de locomoción y residencia reviste el carácter de antijurídico en tanto injusto por cuanto la víctima no estaba en la obligación de soportarlo, dado que (...) fue objeto de una medida de aseguramiento que entrañaba limitantes a su libertad por motivo de la sindicación del delito de prevaricato por omisión, cuando posteriormente el Tribunal Superior de Ibagué decidió absolverlo en tanto no cometió el hecho endilgado en su contra."

En suma, ha comprendido el Consejo de Estado que quien ha sido sujeto de una medida de aseguramiento como la detención domiciliaria o bien cuando se limita el derecho a salir libremente del

país o a cambiar de domicilio sufre un menoscabo a su derecho máspreciado que es el de la libertad y, en consecuencia, deberá ser indemnizado por el Estado al haberle impuesto una carga desproporcionada que no tenía obligación de soportar y que le causa un daño antijurídico, al verificarse que el hecho por el cual se le impuso la restricción no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta por aquél desplegada no era atípica.

2.2. Absolución por aplicación del principio *in dubio pro reo*

En este acápite se dará contestación al siguiente problema jurídico: ¿cuándo el proceso penal concluye con sentencia –o su equivalente– favorable al sindicado en aplicación del principio *in dubio pro reo*¹⁶, la privación de la libertad deviene injusta y el Estado debe reparar los perjuicios causados con la misma?

¿Cuándo el proceso penal concluye con sentencia –o su equivalente– favorable al sindicado en aplicación del principio *in dubio pro reo*, la privación de la libertad deviene injusta y el Estado debe reparar los perjuicios causados con la misma?

Previamente a dar respuesta a este interrogante, es preciso poner de presente que con ocasión del análisis de la responsabilidad del Estado, cuando quien demanda resultó absuelto en el proceso penal por aplicación del principio *in dubio pro reo*, es posible distinguir la ocurrencia de dos situaciones: (i) que a pesar de que en la sentencia penal o su equivalente se argumenta la duda a favor del reo, lo que en realidad se presenta es una ausencia total de pruebas en su contra y (ii) que la exoneración de responsabilidad penal deviene porque existe

¹⁶ El concepto contenido en la afirmación latina *in dubio pro reo* hace alusión a que en caso de duda se favorecerá al reo, imputado o acusado.

material probatorio que respalte de forma equivalente tanto una declaratoria de responsabilidad como una de absolución; solo en esta última hipótesis se evidencia la aplicación pura del principio *in dubio pro reo*.

En relación con la primera hipótesis, la jurisprudencia contencioso administrativa ha precisado que es posible encontrarse con que pese a que en la providencia penal se esgrime el principio *in dubio pro reo*, lo cierto es que la absolución se da por una mínima presencia de material probatorio o una ausencia total de aquel, debido a que el ente encargado no desplegó toda su capacidad investigativa para esclarecer los hechos, circunstancia que no permite incriminar al sindicado y desvirtuar así la presunción de inocencia que opera a su favor. Sobre este punto se ha precisado que resultaría injustificado en un modelo de Estado como el nuestro que tal deficiencia en la actividad probatoria del Estado, la tengan que soportar quienes son privados de la libertad; en consecuencia, el régimen de responsabilidad que rige en estos casos es objetivo, comoquiera que ante el deficiente o nulo material probatorio se estaría en presencia de alguno de los eventos contenidos en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, pues no se habría probado que el sindicado cometió el hecho punible, o que el hecho punible existió o que la conducta desplegada por el investigado era típica.

En este aparte resulta acertado citar la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado de 18 de septiembre de 1997, Exp. 11754, C. P. Dr. Daniel Suárez Hernández, en la que se declaró la responsabilidad del Estado por la privación de la libertad de una persona a quien dicha medida cautelar le fue impuesta dentro de un proceso penal que culminó con sentencia absolutoria, bajo el argumento de que tal decisión se profería en aplicación del principio *in dubio pro reo*; sin embargo, el Consejo de

Estado aclaró que la verdadera razón para absolver al sindicado radicaba en el débil material probatorio recaudado que se limitaba a un testimonio inconsistente que no era suficiente ni siquiera para la construcción de un indicio grave en contra del procesado. En dicha providencia la Corporación se pronunció en los siguientes términos:

"(...) no se comparten dichas apreciaciones, base de la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle, toda vez que, como se ha observado, antes que duda, lo que se evidenció durante la investigación, fue ausencia total de prueba incriminatoria para el hoy demandante. (...) De lo dicho se tiene que una de las razones por las cuales no se logró dentro de la investigación penal una prueba adecuada de la responsabilidad de los implicados, fue en palabras del propio juez, la pasividad por parte de la fiscalía en dicha labor, circunstancia que justifica aún más la condena que habrá de imponerse, habida consideración de que la acción punitiva del Estado cuya titularidad ostenta impele a este a adelantar las labores convenientes en materia probatoria que permitan el esclarecimiento de la verdad real.

Lo que no puede aceptarse de ninguna manera es que la falta de actividad probatoria por parte del Estado la tengan que soportar, privados de la libertad los sindicados, cuando precisamente del cumplimiento a cabalidad de dicha función, depende el buen éxito de la investigación, y desde luego solamente con una adecuada prueba, indicio grave de responsabilidad se repite, era procedente la imposición de la medida de aseguramiento.

(...)

En lo que hace a la aplicación en el proceso penal que originó el presente asunto del

principio in dubio pro reo y la posibilidad de responsabilizar al Estado cuando la absolución es consecuencia de dicha aplicación, cree la Sala que, tal como se manifestó anteriormente, no se trató de duda sino más bien de falta de prueba incriminatoria (...).¹⁷

En aquellos eventos en los cuales, luego de una acuciosa actividad probatoria, el juez penal contaba con tantas pruebas que hacían viable una condena penal como tantas que llevaban a una absolución, por lo que debió optar por la aplicación del principio *in dubio pro reo*, la posición actual de la jurisprudencia contenciosa administrativa es la de ampliar el espectro del régimen objetivo de responsabilidad más allá de los tres eventos previstos en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, a aquellos casos a los que se dio aplicación al principio *in dubio pro reo stricto sensu*.

Ahora bien, en relación con la segunda hipótesis y a efectos de dar respuesta al problema jurídico planteado al inicio de este acápite, se precisa que en aquellos eventos en los cuales, luego de una acuciosa actividad probatoria, el juez penal contaba con tantas pruebas que hacían viable una condena penal como tantas que llevaban a una absolución, por lo que debió optar por la aplicación del principio *in dubio pro reo*, la posición actual de la jurisprudencia contenciosa administrativa es la de ampliar el espectro del régimen objetivo de responsabilidad más allá de los tres eventos previstos en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, a aquellos casos a los que se dio aplicación al principio *in dubio pro reo stricto sensu*.

Si bien una posición en el sentido expuesto fue insinuada en la ya citada sentencia de 18 de septiembre de 1997, Exp. 11754, C. P. Dr. Daniel Suárez Hernández, en la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado de diciembre 4 de 2006, Exp. 13168, C. P. Mauricio Fajardo Gómez, se sentó de manera categórica esta postura. El fallo proferido con ocasión de la declaratoria de responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad de una persona que resultó exonerada toda vez que el prolífico material probatorio recaudado permitía tanto declarar su responsabilidad penal como exonerarla de aquella, motivo por el cual el juez penal aplicó el *in dubio pro reo* y absolvió al sindicado. Sobre este punto manifestó:

"La Sala observa que en el presente caso, lejos de haber recuperado el sindicado su libertad porque no existiese elemento alguno demostrativo que obrara en su contra, le benefició que la valoración del acervo probatorio ofreciera serias dudas que debieron ser resueltas en su favor, comoquiera que no pudo ser desvirtuada la presunción de inocencia que le amparaba. De manera tal que, en el sub judice, si bien no se ha configurado cabalmente uno solo de los supuestos contenidos en el artículo 414 del C. P. P., entonces vigente, ello obedeció precisamente al hecho de que la Administración de Justicia ora no desplegó, ora no pudo llevar a buen término los esfuerzos probatorios que pudieran haber conducido a demostrar, en relación con el punible de cuya comisión se inculpaba al aquí demandante, que "el sindicado no lo cometió".

(...).

(...) la Sala razonó en torno al otro supuesto al que aquí se ha aludido, esto es, aquel en el cual la absolución se impone como consecuencia de la aplicación del "in dubio pro reo", en los siguientes términos:

17 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de septiembre de 1997, Exp. 11754, C. P. Dr. Daniel Suárez Hernández, reiterada entre otras en: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006, Exp. 13168, C. P. Mauricio Fajardo Gómez. En el mismo sentido: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 31 de enero de 2011, Exp. 18626, C. P. Stella Conto Díaz del Castillo.

«(...) la aplicación de tal principio, supone una duda para el juzgador penal, lo cual evidencia, precisamente, la deficiencia de la actuación estatal en la labor probatoria, circunstancia que no puede servir de base, ni por asomo, para la exoneración del Estado por la privación injusta de la libertad, pues ha de tenerse presente que, como principio fundamental informador de toda la normativa penal, están los de buena fe y de inocencia, los cuales no pueden desvanecerse y mucho menos inobservarse, por una circunstancia meramente probatoria.

La duda, en materia penal, se traduce en absolución y es esta precisamente a la luz del art. 414 del C. P. P. la base para el derecho a la reparación. Ya tiene mucho el sindicado con que los jueces que lo investigaron lo califiquen de 'sospechoso' y además se diga que fue la duda lo que permitió su absolución, como para que esta sea la razón que justifique la exoneración del derecho que asiste a quien es privado de la libertad de manera injusta.

(...).

Ante todo la garantía constitucional del derecho a la libertad y por supuesto, la aplicación cabal del principio de inocencia. La duda es un aspecto eminentemente técnico que atañe a la aplicación, por defecto de prueba, del principio *in dubio pro reo*. Pero lo que sí debe quedar claro en el presente asunto es que ni la sospecha ni la duda justifican en un Estado Social de Derecho la privación de la libertad de las personas, pues se reitera, por encima de estos aspectos aparece la filosofía garantística del proceso penal que ha de prevalecer. (...)» (negrillas y cursiva fuera del texto original).

*La Sala reitera, en el presente caso, los razonamientos que se efectuaran en el pronunciamiento en cita. Exonerar al Estado de responsabilidad por no realizar o culminar las averiguaciones que habrían –probablemente– conducido a la estructuración de la causal de detención preventiva injusta consistente en que el sindicado no cometió el hecho, habiéndose previamente dispuesto su encarcelamiento, constituiría una manifiesta inequidad. Y esa consideración no se modifica por el hecho de que la absolución se haya derivado de la aplicación del multicitado principio “*in dubio pro reo*”, pues la operatividad del mismo en el subjúdice no provee de justo título –ex post– a una privación de libertad por tan prolongado período, si el resultado del proceso, a su culminación y de cara a la situación de aquí demandante, continuó siendo la misma que ostentaba antes de ser detenido: no pudo desvirtuarse que se trataba de una persona inocente.*

Adicionalmente, 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 la libertad durante aproximadamente dos años, 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 no consiguió desvirtuar la presunción de inocencia del particular al que inculpaba.¹⁸

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de diciembre 4 de 2006, Exp. 13168, C. P. Mauricio Fajardo Gómez, con salvamento de voto de la Consejera de Estado Ruth Stella Correa Palacio. Postura reiterada entre otras, en las siguientes providencias: sentencia de 25 de febrero de 2009, Exp. 25508, C. P. Muricio Fajardo Gómez, con salvamento de

En igual sentido, en otra sentencia de la misma Corporación cuyos fundamentos fácticos en general guardan similitudes con los de la providencia precitada, se enfatizó en que cuando la absolución del sindicado deviene por aplicación del principio *in dubio pro reo*, debe acudirse a un régimen objetivo de responsabilidad. Se señaló textualmente:

"En estos supuestos es lógico que el régimen de responsabilidad sea objetivo comoquiera que imponerle al demandante la carga de demostrar una falla del servicio sería someterlo a una especie de probatio diabólica, ya que, en estos escenarios el problema es que no se pudo superar la duda razonable que opera como garantía constitucional de la persona, lo que se traduce en la necesidad de reparar el daño que se irrogó con la detención."

En efecto, la herramienta del in dubio pro reo –stricto sensu– opera como bisagra en la tensión que se genera en el poder público –y, concretamente, la represión penal– frente al principio de libertad, para darle prevalencia a este último en aquellos casos en que la duda deviene insuperable. Es decir, con la citada herramienta en su vertiente estricta se hace prevalecer el bien esencial de la libertad, razón por la que en estos eventos no se desprende una falla del servicio, sino una responsabilidad de naturaleza objetiva fundamentada en el rompimiento de las cargas públicas, toda vez que el Estado somete al ciudadano a una situación restrictiva en la que le limita sus garantías públicas para garantizar su comparecencia al proceso, razón

por la que se impone el deber resarcitorio sin consideraciones subjetivas."¹⁹

De igual forma, en sentencia de 12 de mayo de 2011, Exp. 18902, C. P. Danilo Rojas Betancourth, se acogió la posición mayoritaria de la Sección Tercera del Consejo de Estado y se condenó al Estado por la privación injusta de la libertad de quien fue absuelto en aplicación del principio *in dubio pro reo*. Precisó el Consejo de Estado:

"En el orden de ideas anteriormente expuesto, el criterio que rige actualmente los pronunciamientos de esta Corporación en relación con la responsabilidad que le asiste al Estado por los casos de injusta privación de la libertad –aún en aquellos casos en los que se analiza la absolución de una persona penalmente encartada por aplicación del principio in dubio pro reo–, es que se trata de una responsabilidad de carácter objetivo, en la que no es necesaria la demostración de que la autoridad judicial incurrió en un error, y en la que la administración de justicia podrá exonerarse solo si demuestra que existió culpa exclusiva de la víctima. Al damnificado le basta con demostrar que contra él se impuso una medida privativa de su libertad en el trámite de un proceso judicial, que dicho proceso culminó con decisión favorable a su inocencia, así como el daño surgido de la situación de la detención, para que con esa demostración surja a cargo de la administración la obligación de indemnizar los perjuicios sufridos por el ciudadano."²⁰

voto de la Consejera de Estado Ruth Stella Correa Palacio; Subsección C, sentencia de 31 de enero de 2011, Exp. 18452, C. P. Enrique Gil Botero y Subsección B, sentencia de 12 de mayo de 2011, Exp. 18902, C. P. Danilo Rojas Betancourth.

19 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 31 de enero de 2011, Exp. 18452, C. P. Enrique Gil Botero.

20 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 12 de mayo de 2011, Exp. 18902, C. P. Danilo Rojas Betancourth.

No obstante lo expuesto, resulta imperioso advertir que aunque la reseñada es la postura mayoritaria de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en relación con la responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad, cuando el penalmente encartado resulta absuelto en aplicación del principio *in dubio pro reo*, aquella ha tenido voces disidentes al interior de la Corporación, bajo el entendido de que en virtud de que la absolución por duda no hace parte de los tres supuestos contemplados en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, no sería viable el uso de un régimen objetivo de responsabilidad, sino que es menester acreditar la presencia de una falla del servicio.

No obstante lo expuesto, resulta imperioso advertir que aunque la reseñada es la postura mayoritaria de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en relación con la responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad, cuando el penalmente encartado resulta absuelto en aplicación del principio *in dubio pro reo*, aquella ha tenido voces disidentes al interior de la Corporación, bajo el entendido de que en virtud de que la absolución por duda no hace parte de los tres supuestos contemplados en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, no sería viable el uso de un régimen objetivo de responsabilidad, sino que es menester acreditar la presencia de una falla del servicio. Así lo sostuvo la Consejera de Estado Ruth Stella Correo Palacio en el salvamento de voto formulado a la citada sentencia de diciembre 4 de 2006, Exp. 13168, C. P. Mauricio Fajardo Gómez:

"En resumen, el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal vigente a la fecha de ocurrencia de los hechos establecía, efectivamente,

dos supuestos en relación con el derecho de las personas a obtener la indemnización de los perjuicios que hubieran sufrido como consecuencia de la detención preventiva cuando el proceso culminara con sentencia absolutoria o su equivalente: un primer supuesto, que establecía una responsabilidad objetiva, en los eventos expresamente señalados en la norma, esto es, cuando la decisión absolutoria se adoptara porque en el proceso quedara acreditado que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o el mismo no era punible, y un segundo supuesto que establecía una responsabilidad subjetiva, cuando la detención preventiva fuera injusta, calificación que no podía derivarse simplemente del hecho de que el proceso no culminara con sentencia condenatoria sino de consideraciones diferentes como la ilegitimidad de la medida.

(...).

Es decir, la medida de aseguramiento de detención preventiva que en principio se podía considerar legal y, por ende, jurídico el daño que ella causaba, dejaba de serlo cuando la misma se revelara innecesaria o excesiva, es decir, ilegal, porque a pesar de cumplir formalmente con los requisitos para decretarla, por ejemplo, excediera el plazo necesario para adelantar con diligencia una investigación penal.

Si contra el procesado se dictaba sentencia absolutoria, con un fundamento diferente a los explícitamente señalados en la primera parte del artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, era necesario demostrar la injusticia de la medida de aseguramiento que hubiera sufrido el procesado. De tal manera que, si bien es cierto que en la evolución jurisprudencial que se adoptó con fundamento en la norma mencionada se terminó por rechazar el

criterio de que la detención preventiva fuera una carga que en todos los supuestos debía soportar un ciudadano, tampoco, con base en esa misma norma era posible asegurar que la antijuridicidad del daño quedaba en evidencia por el hecho de que en la investigación penal no se dictara sentencia condenatoria contra el sindicado, pues era necesario demostrar, en los eventos diferentes a los contemplados taxativamente en la norma, que en la providencia misma o en el proceso se incurrió en un error judicial o que la misma decisión se dictó o se mantuvo como consecuencia del anormal funcionamiento de la administración de justicia.

Por lo anterior, considero que el derecho a la reparación por la privación de la libertad no surge del hecho de no haberse desvirtuado la presunción de inocencia en el proceso, por el simple hecho de que tal derecho no se afecta con la medida de aseguramiento, sino porque la medida le hubiera causado un daño que no estaba en el deber jurídico de soportar. Esa antijuridicidad era la que había que probar en el proceso, cuando no se estuviera dentro de las causales de absolución que establecía el título de imputación privilegiado, del artículo 414 del decreto 2700 de 1991.

(...).

Por lo tanto, como en el caso concreto, la absolución no se produjo con fundamento en que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o porque el mismo no era constitutivo de hecho punible, sino porque se aplicó a favor del procesado el beneficio de la duda, era necesario para determinar la responsabilidad patrimonial del Estado, entrar a estudiar la legitimidad de la medida, y concluir que la misma fue injusta, por ejemplo, porque la misma se mantuvo por un término superior al necesario”.

En conclusión, cuando la absolución de una persona deviene como consecuencia de la aplicación pura del principio de *in dubio pro reo*, la responsabilidad se hace exigible en aplicación de un régimen objetivo de responsabilidad, dado que el Consejo de Estado ha ampliado el espectro de los tres supuestos contemplados en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 a los eventos de la aplicación pura de la duda a favor del reo.

2.3. Responsabilidad del Estado cuando se concede el recurso de *habeas corpus*

En el presente apartado se abordará la resolución del siguiente cuestionamiento: ¿debe ser declarado responsable el Estado por la privación de la libertad cuándo ésta se recupera en ejercicio del recurso de *habeas corpus*?²¹

¿Debe ser declarado responsable el Estado por la privación de la libertad cuándo ésta se recupera en ejercicio del recurso de *habeas corpus*?

El Consejo de Estado ha señalado que cuando alguien ha sido privado de la libertad y la recupera a causa de que la autoridad judicial competente concede el recurso de *habeas corpus*, dicha circunstancia deja en evidencia que la privación de la libertad fue injusta porque aquella se produjo con el desconocimiento de las exigencias legales y constitucionales que permiten la limitación de tal derecho. En definitiva, estamos ante un supuesto en donde se produce la declaración de la responsabilidad del Estado por

²¹ Artículo 30 de la Constitución Política: “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 *habeas corpus*, el cual debe resolverse en el término de treinta y seis horas”. Por su parte, la Ley 1095 de 2006, “Por la cual se reglamenta el artículo 30 de la Constitución Política”, en el artículo primero, define el *hábeas corpus* como un derecho fundamental y a su vez como una acción constitucional, “...que tutela la libertad personal cuando alguien es privado de la libertad con violación de las garantías constitucionales o legales, o ésta se prolongue ilegalmente”.

cuanto se ha producido un daño antijurídico, respecto del cual no se está en la obligación de soportar y cuya fuente no es otra que una privación de la libertad con violación de las garantías constitucionales o legales o cuando aquella se prolonga injustificadamente en el tiempo.

En efecto, en sentencia de 16 de julio de 2008, Exp. 17174, C. P. Ruth Stella Correa Palacio, la Sección Tercera del Consejo de Estado declaró la responsabilidad de la Administración al constatar que el demandante recuperó la libertad al haberle sido concedido un recurso de *habeas corpus*. A este respecto expresó la Alta Corporación:

"El habeas corpus constituye el "instrumento tradicional de amparo de la libertad personal contra las detenciones arbitrarias"²². Dicho instrumento ha sido definido en la legislación nacional como recurso, acción y derecho fundamental de tutela de la libertad personal y ha sido consagrado en el derecho nacional e internacional a favor de quien haya sido privado de la libertad con violación de las garantías constitucionales o legales, o para los eventos en los cuales esa privación se prolongue ilegalmente.

(...).

En este orden de ideas se concluye que cuando un juez de la República concede a un retenido el habeas corpus deja en evidencia que la privación de su libertad fue injusta, por haberse producido con desconocimiento de las disposiciones constitucionales y legales que permitían la limitación del derecho, es decir, que en esa decisión se afirma que la retención no se produjo en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley, o que la persona no fue

²² Pedro Pablo Camargo. Manual de Derechos Humanos. Bogotá, Ed. Leyer, 1995, pág. 169.

retenida en flagrancia, o que la privación de su libertad, legítima en principio, se prolongó luego indebidamente.

Por lo tanto, quien haya sido privado de la libertad y luego haya recuperado el disfrute de su derecho por orden judicial, como consecuencia de la acción de habeas corpus, habrá sufrido una detención injusta, que le dará derecho a reclamar la indemnización de perjuicios, habida consideración de que dicha vulneración constituye un daño antijurídico que debe ser reparado por la entidad estatal comprometida con la actuación del servidor público autor de la retención.

(...).

En efecto, como ya se señaló, la concesión del habeas corpus implica el desconocimiento del derecho fundamental a la libertad, en cuanto la pri-

El hecho de que se conceda el recurso de *habeas corpus* a favor de quien se encuentra privado de la libertad, evidencia que el Estado restringió el derecho a la libertad del detenido con desconocimiento de las garantías constitucionales o legales o extendió dicha restricción de manera injustificada en el tiempo, lo que no es otra cosa que una falla del servicio.

Queda claro entonces que el hecho de que se conceda el recurso de

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 16 de julio de 2008, Exp. 17174, C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

habeas corpus a favor de quien se encuentra privado de la libertad, evidencia que el Estado restringió el derecho a la libertad del detenido con desconocimiento de las garantías constitucionales o legales o extendió dicha restricción de manera injustificada en el tiempo, lo que no es otra cosa que una falla del servicio.

2.4. Responsabilidad del Estado cuando la aprehensión material se realiza de forma arbitraria

En este apartado se busca dar respuesta al siguiente problema jurídico: ¿debe el Estado ser declarado

¿Debe el Estado ser declarado responsable por privación injusta de la libertad cuando dicha privación se inició mediante una captura no ajustada a las previsiones constitucionales y legales y concluyó mediante una sentencia absolutoria o su equivalente?

responsable por privación injusta de la libertad cuando dicha privación se inició mediante una captura no ajustada a las previsiones constitucionales y legales²⁴ y concluyó mediante una sentencia absolutoria o su equivalente?

En estos eventos el Consejo de Estado ha precisado –de manera pacífica y reiterada– que se deben analizar de forma independiente y a la luz de dos regímenes de responsabilidad distintos, dos momentos: (i) la captura

en sí misma, llevada a cabo por la Policía Nacional o el Ejército Nacional, cuya responsabilidad se decidirá al tenor de la falla del servicio y, (ii) la prolongación en el tiempo de la privación de la

libertad, llevada a cabo por la autoridad que adelanta la correspondiente investigación penal –Fiscalía General de la Nación– y el proceso penal –Rama Judicial representada por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial–, cuya responsabilidad se analizará bajo un régimen de responsabilidad objetivo, en la medida en que el privado de la libertad resulte absuelto por la ocurrencia de alguno de los tres supuestos previstos en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, bien sea que se aplique de forma directa o que sus postulados se invoquen en ejercicio del mandato del artículo 90 constitucional.

Así por ejemplo, la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia de 30 de junio de 1994, Exp. 9734, C. P. Daniel Suárez Hernández, declaró la responsabilidad de la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, por cuanto quedaron demostradas las anomalías en las que incurrió dicha entidad, consistentes en que la retención se llevó a cabo sin que mediara flagrancia o quasi flagrancia u orden proferida por autoridad judicial competente. Sostuvo la Corporación:

"Las actuaciones que se dejan relacionadas, demuestran en forma clara que el Estado es responsable de los perjuicios sufridos por el actor, al ser capturado ilegalmente por agentes de la Policía Nacional. Esa responsabilidad se deriva del hecho de que a través de esa institución se hizo una detención ilegal, porque los detenidos no estaban en situación de flagrancia cuando fueron capturados, ni existía una orden de autoridad competente. Ese procedimiento ilegal de la Policía hizo incurrir en error a la Fiscalía Regional de Valledupar y a la Fiscalía Delegada de Barranquilla, entidades éstas que procedieron a adelantar la investigación correspondiente, con base en los informes rendidos por los agentes de policía que llevaron a cabo la captura y originaron la

²⁴ En estos casos por lo general se demanda tanto a la autoridad que llevó a cabo la captura, por ejemplo la Policía Nacional o el Ejército Nacional, como a aquella que adelantó la investigación y mantuvo en el tiempo la privación de la libertad, es decir, la Fiscalía General de la Nación y los jueces penales.

investigación que culminó con la orden de libertad de los detenidos, ante la comprobación de la inexistencia de hecho punible.

Fue la institución demandada la que causó el perjuicio al demandante, porque si no se hubiera realizado la detención ilegal y si no se hubiera anunciado que existían informes de inteligencia que señalaban a los detenidos como integrantes de las FARC, la Fiscalía no habría adelantado el trámite investigativo, ni hubiera prolongado la detención, como sucedió".²⁵

Asimismo, en sentencia de 28 de noviembre de 1996, Exp. 9617, C. P. Ricardo Hoyos Duque, mediante la cual se condenó a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, por la aprehensión irregular y posteriores torturas a las que fue sometido el detenido, la Sección Tercera del Consejo de Estado aseveró que el régimen aplicable era el de una falla del servicio, no solo porque la retención fue realizada de forma injusta e ilegal, sino también por el trato inhumano, cruel e indignante al que fue sometido el detenido. Consideró la Sección Tercera:

"Para la Sala, en consecuencia, no cabe duda de que la retención del demandante fue injusta e ilegal. Etéreos indicios que por sí mismos no podían dar lugar a la privación de libertad de una persona, simples sospechas que se apoyan en llamadas anónimas, la observación de indeterminados "movimientos extraños", no pueden consolidarse, en un Estado democrático, con posteriores delaciones o confesiones arrancadas mediante tortura. Dicho en otros

términos, la inexistencia de "un conjunto" articulado de hechos que permitan inferir de manera objetiva que la persona que va a ser aprehendida es probablemente autora de una infracción o participe en ella" (C-024 de 1994) torna en ilegal la captura y su vicio no se subsana argumentando que del dicho de un torturado se concluye con cierta probabilidad que el delatado está vinculado a actividades criminales.

(...) La retención ilegal no es, sin embargo, la única causa de falla de servicio como fuente de responsabilidad del Estado en este proceso. Es un hecho incuestionable que al demandante se le sometió a torturas mientras estuvo privado de libertad en las instalaciones de la Tercera Brigada (...)"²⁶.

Como corolario de lo anterior, resulta claro que las autoridades encargadas deben ser muy cuidadosas

Las autoridades encargadas deben ser muy cuidadosas a la hora de llevar a cabo una captura, la cual debe tener el sustento legal correspondiente, y basarse en razones objetivas que la justifiquen. De modo que si ésta se lleva a cabo con desatención de tales previsiones, se causa un daño antijurídico y se hace exigible la responsabilidad del Estado a título de falla en el servicio.

25 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 30 de junio de 1994, Exp. 9734, C. P. Daniel Suárez Hernández; postura reiterada, entre muchas otras, en las siguientes providencias: sentencia de 28 de noviembre de 1996, Exp. 9617, M. P. Ricardo Hoyos Duque; sentencia de 04 de abril de 2002, Exp. 13606, M. P. María Elena Giraldo Gómez; sentencia de 17 de junio de 2007, Exp. 15183, M. P. María Elena Giraldo Gómez; Subsección C, sentencia de 07 de junio de 2012, Exp. 20700, C. P. Enrique Gil Botero; sentencia de 11 de noviembre de 2009, Exp. 15845, M. P. Ruth Stella Correa Palacio y Subsección B, sentencia de 29 de marzo de 2012, Exp. 16448, M. P. Danilo Rojas Betancourth.

26 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de noviembre de 1996, Exp. 9617, C. P. Ricardo Hoyos Duque.

2.5. Las causales excluyentes de responsabilidad

2.5.1. El hecho de la víctima

El problema jurídico al que se pretende dar solución en este apartado es el siguiente: ¿el hecho

de que la víctima de la medida de aseguramiento hubiera dado lugar a su imposición o a su prolongación en el tiempo, enerva una declaratoria de responsabilidad del Estado por la perturbación a su libertad?

De manera reiterada ha sostenido la jurisprudencia contencioso administrativa que en el evento en el que la privación de la libertad o su prolongación

en el tiempo resultaren atribuibles de manera exclusiva y excluyente al hecho de la víctima, no será posible estructurar la responsabilidad patrimonial del Estado. Aquí lo que resulta relevante es determinar si ese hecho de la víctima tiene injerencia en la producción del hecho dañoso, pues solo cuando con claridad pueda establecerse que aquel fue determinante en la causación del daño se está ante una causal de exclusión de responsabilidad.

Así por ejemplo, en sentencia de mayo 2 de 2007, Exp. 15463, C. P. Mauricio Fajardo Gómez, el Consejo de Estado consideró que no había lugar a declarar la responsabilidad del Estado por la privación de la libertad de la demandante, pese a que la imputada fue puesta en libertad, porque durante el curso del proceso penal se demostró que el hecho por el cual se le acusaba no era constitutivo

de delito, en tanto la medida de aseguramiento se profirió por el hecho exclusivo y excluyente de la propia víctima. Se argumentó en dicha oportunidad:

"Sin embargo, dadas las particularidades del presente caso y consecuentemente con la línea jurisprudencial a la que, igualmente, se aludió en precedencia –de acuerdo con la cual la culpa exclusiva de la víctima, entendida como la violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado, exonerá de responsabilidad a la Administración–, no puede menos que concluirse que, con base en los elementos de prueba a los cuales se ha hecho alusión, está demostrada en el expediente la concurrencia de la culpa exclusiva de la víctima, (...), en el acaecimiento del resultado en que se tradujo la decisión de la Fiscalía General de la Nación al proferir una medida de aseguramiento en su contra, esto es, la pérdida de su libertad.

Y es que, a juicio de la Sala, está plenamente acreditada en el expediente la inexistencia de vínculo causal –desde la perspectiva de la causalidad adecuada, se entiende– entre la tantas veces mencionada medida de aseguramiento y los perjuicios por cuya indemnización se reclama en el sub lite, (...) la privación de la libertad de la señora (...) no tuvo su causa suficiente o adecuada en la actividad de la Administración de Justicia –a pesar de ser la causa inmediata–, sino en la conducta asumida por la víctima.

Para la Sala no ofrece duda alguna el hecho de que la señora (...) no obró en la forma debida o, mejor, en la que le era jurídicamente exigible en el desempeño de sus funciones como almacenista. Por el contrario, actuando con negligencia e imprudencia máximas, dado

¿El hecho de que la víctima de la medida de aseguramiento hubiera dado lugar a su imposición o a su prolongación en el tiempo, enerva una declaratoria de responsabilidad del Estado por la perturbación a su libertad?

el desorden, la impericia, el desgreño y la incuria con las cuales manejó los bienes y haberes a su cargo, dio lugar a que, cuando se practicó la experticia correspondiente dentro de la investigación penal, apareciera comprometida por los faltantes encontrados en el almacén, lo cual la implicaba seriamente en la comisión del presunto delito que se le imputaba y que dio lugar a que, con el lleno de los requisitos legales –se insiste–, se profiriera la referida medida de aseguramiento en su contra.”²⁷

En igual sentido en otra sentencia de la misma Corporación se expresó que los comportamientos negligentes e imprudentes del demandante condujeron a que la Fiscalía abriera investigación en su contra por su presunta participación en el delito que se le indulgó, razón por la cual el Estado fue exonerado de responsabilidad. Se consignó en dicha providencia:

“La Sala con fundamento en los hechos que se acaban de relacionar, los cuales motivaron la vinculación del señor (...) a la investigación penal, considera demostrado el hecho exclusivo de la víctima como causa excluyente de imputación, pues fueron los comportamientos imprudentes y negligentes del señor (...) los que condujeron a que la Fiscalía abriera investigación en su contra por su presunta participación como autor del delito de interés ilícito en la celebración de contratos. Los aludidos hechos revelan conductas tan graves, que incluso motivaron su destitución del cargo (...).”²⁸

Por el contrario, en sentencia de mayo 22 de 2013, Exp. 26685 C. P. Olga Mélida Valle de De la Hoz, la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado advirtió que en el caso *sub lite* no se configuraba esta causal excluyente de responsabilidad, por cuanto la conducta desplegada por los demandantes no fue dolosa ni gravemente culposa y por consiguiente, no fue determinante en la producción del daño. Se sostuvo en esta ocasión:

“(...) Encuentra la Sala que la conducta desarrollada por los señores (...), no puede considerarse dolosa o gravemente culposa y por ende no fue determinante en la producción del daño, esto es, que se le haya proferido medida restrictiva de su libertad.

Debe precisar la Sala que lo anterior no comporta en manera alguna una revaloración probatoria del proceso penal, ni mucho menos ello tiene la posibilidad siquiera de menoscabar el efecto de cosa juzgada penal tanto formal como material (...).

Solo que desde el campo de la responsabilidad patrimonial del Estado en materia de privación injusta de la libertad y concretamente desde la preceptiva del artículo 70 de la Ley 270 de 1996, exige el estudio previo de la conducta del procesado frente a la medida de aseguramiento impuesta a efectos de dilucidar de una parte si ha de considerarse gravemente culposa o dolosa y de otra, si fue la causa de la medida de aseguramiento de detención preventiva, y dependiendo de la afirmación o negación de estas dos exigencias procederá la exoneración o la responsabilidad del Estado.

En este caso, la Sala es del criterio de que los demandantes no actuaron con culpa grave o dolo y que su comportamiento no fue determinante para que se produjera su captura y

27 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 02 de mayo de 2007, Exp. 15463, C. P. Mauricio Fajardo Gómez. Argumentos reiterados, entre otras, en las sentencias de: 23 de junio de 2010, Exp. 17496, C. P. Mauricio Fajardo Gómez y 25 de marzo de 2010, Exp. 17741, C. P. Myriam Guerrero de Escobar.

28 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 23 de junio de 2010, Exp. 17496, C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

posterior judicialización, como tampoco para que se le profiriera medida de aseguramiento de detención preventiva".²⁹

De las anteriores sentencias se puede extraer, que cuando el comportamiento negligente e imprudente de la víctima determina que se inicie una investigación en su contra y a la postre se dicta una medida privativa de la libertad, no es dable configurar la responsabilidad del Estado dado que la conducta de la víctima del perjuicio, tuvo injerencia determinante en la producción del daño.

2.5.2. El falso testimonio como hecho de un tercero

¿La circunstancia de que la medida de aseguramiento hubiera tenido origen o se hubiere mantenido en el tiempo por un falso testimonio, implica la configuración de la causal excluyente de responsabilidad del hecho de un tercero y, en consecuencia, se enerva una declaratoria de responsabilidad del Estado por dicha perturbación a la libertad?

Finalmente se buscará solución al siguiente cuestionamiento ¿la circunstancia de que la medida de aseguramiento hubiera tenido origen o se hubiere mantenido en el tiempo por un falso testimonio, implica la configuración de la causal excluyente de responsabilidad del hecho de un tercero y, en consecuencia, se enerva una declaratoria de responsabilidad del Estado por dicha perturbación a la libertad?

En aquellos casos en los cuales se establece que la privación de la libertad tuvo origen o se mantuvo con base en falsos testimonios, el Consejo de Estado ha precisado que tal circunstancia no puede ser encuadrada

bajo la causal excluyente de responsabilidad del Estado denominada hecho de tercero. Lo anterior en cuanto el testimonio no es un hecho ajeno a la Administración de Justicia, por el contrario, es un instrumento que ésta elige en el ejercicio del *ius puniendi* y sobre el cual tiene control permanente; en consecuencia los vicios de que esa prueba pueda adolecer no son imprevisibles ni irresistibles para el Estado y, para corregirlos o evitar que se constituyan en fuente de daños en el proceso, éste cuenta con todos los mecanismos de control del testimonio, que puede ejercer antes, durante y después de la práctica de la prueba.

Al respecto sostuvo la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado en la sentencia de abril 7 de 2011, Exp. 18571, C. P. Ruth Stella Correa Palacio, en la cual se condenó a la parte demandada por la privación de la libertad a la que fue sometida el actor y que tuvo origen en una prueba testimonial no veraz, comoquiera que aquella no podía entenderse como constitutiva de la causal de exoneración de responsabilidad del hecho de un tercero. Se afirmó en la providencia:

"Como la medida de aseguramiento que se impuso al demandante estuvo motivada en el falso testimonio rendido en el proceso por varias personas, resulta relevante establecer si las falsas imputaciones de un tercero, pueden constituir, en una investigación penal, una causa extraña que permita exonerar de responsabilidad al Estado.

(...).

5.2.2. *Para adelantar la investigación por la presunta comisión de hechos ilícitos, desvirtuar la presunción de inocencia e imponer una sanción al penalmente responsable, el Estado puede hacer uso de todos los medios de prueba siempre que estén constitucionalmente*

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 22 de mayo de 2013, Exp. 26685 C. P. Olga Mélida Valle de De la Hoz.

permitidos y garanticen el derecho de defensa en el proceso (...).

Entre los medios de prueba se encuentra el testimonio³⁰ (...). El testimonio constituye un instrumento al servicio del Estado para el ejercicio del ius puniendo y en consecuencia, no puede considerarse como un hecho externo, ajeno a la entidad. El Estado tiene el control permanente de ese instrumento, que incluye, el decreto, práctica y valoración de la prueba y por lo tanto, no puede considerarse que el hecho de que el testigo tergiverse la realidad pueda constituir un hecho imprevisible ni irresistible para el mismo. El funcionario judicial es quien determina si la prueba es conducente o pertinente; es quien interroga al testigo; quien verifica la validez de su versión y quien puede establecer su credibilidad, a través de la valoración del dicho, aplicando las reglas de la sana crítica, esto es, las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia, en conjunto con los demás medios de prueba directos o indirectos con los que se cuente en el proceso.

(...).

...los daños sufridos por los demandantes como consecuencia de la privación injusta de la libertad a la que fue sometido el señor (...) son imputables al Estado, aunque esa decisión se hubiera fundamentado en las versiones falsas de varios testigos, porque el titular de la función punitiva es el Estado y por ende, le son inherentes todos los riesgos que se deriven de la utilización de un medio de prue-

ba fallido, como lo son las declaraciones de testigos interesados en desviar el curso de la investigación."³¹

2.6. Parámetros de los montos indemnizatorios por concepto de perjuicios morales

En la sentencia de unificación del 28 de agosto del 2013, Exp. 25022, C.P. Enrique Gil Botero, la Sección Tercera del Consejo de Estado determinó que, sin perjuicio de las particularidades de cada caso concreto y en aras de la salvaguarda del principio de igualdad, se debían atender los siguientes parámetros para la determinación del *quantum* indemnizatorio por concepto de perjuicios morales:

(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" y, (vii) "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."

³¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de abril 7 de 2011, Exp. 18571, C. P. Ruth Stella Correa Palacio. Reiterada, entre otras, en las siguientes providencias: Subsección B, sentencia de 8 de julio de 2011, Exp. 22303, C. P. Ruth Stella Correa Palacio; Subsección B, sentencia de 3 de diciembre de 2012, Exp. 26258, C. P. Danilo Rojas Betancourt y del mismo ponente la sentencia de 31 de mayo de 2013, Exp. 25826.

³⁰ Jairo Parra Quijano. Manual de Derecho Probatorio. Bogotá, Librería Ediciones del Profesional Ltda., 16^a ed., 2007, pág. 281: "Son medios de prueba los instrumentos y órganos que le suministran al juez el conocimiento de los hechos que integran el tema de la prueba: la declaración de parte (...), el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos y los indicios".

La anterior posición se fundamentó en la necesidad observada por la Sección Tercera del Consejo de Estado, de eliminar cualquier trato desigual en materia de indemnización de perjuicios a quienes hubieren estado injustamente privados de la libertad, con la salvedad de que los parámetros establecidos no son una camisa de fuerza para los jueces contencioso administrativos, en la medida en que siempre se deberán verificar las particulares circunstancias de tiempo, modo y lugar de cada caso concreto, lo que implica que si se pretende desatender tales baremos, el correspondiente operador judicial deberá argumentar su decisión con base en argumentos objetivos y comprobables que se desprenderán del material probatorio de cada caso. En palabras de la Corporación:

"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 subjetivos 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 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, y 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”.

3 ■ Recapitulación

De la anterior exposición sobre lineamientos jurisprudenciales en materia de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, es posible concretar los siguientes lineamientos puntuales:

- El régimen de responsabilidad estatal objetivo se ha aplicado a los casos de privación injusta de la libertad, en un primer momento con fundamento en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, el cual preveía que quien hubiere sido privado de la libertad y luego exonerado porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no era constitutiva de hecho punible, tenía derecho a la indemnización de los perjuicios que dicha medida le hubiera ocasionado. Una vez perdió vigencia dicho precepto jurídico, su contenido se ha extendido en el tiempo

por vía jurisprudencial, mediante la aplicación directa del artículo 90 de la Constitución.

- En no pocas ocasiones el Consejo de Estado ha optado por constituir la Responsabilidad estatal –o exonerar el Estado– con fundamento en un régimen de responsabilidad subjetiva o de falla en el servicio, cuyas bondades estriban en la pedagogía que pronunciamientos en ese sentido ejercen en la administración, comoquiera que al evidenciar los yerros en los que ésta incurre es posible adelantar políticas públicas que impidan que hechos similares se repitan; así mismo es posible adelantar un consecuente juicio en acción de repetición en contra del funcionario que, de manera dolosa o gravemente culposa, hubiere dado lugar a la condena judicial.

- La privación de la libertad no se agota en los supuestos en los que alguien es recluido en un centro carcelario o “intramuros” sino también cuando se limitan otros derechos fundamentales como el de locomoción y de residencia.
- En tanto la carga probatoria en materia penal le compete al Estado, si al momento de evaluar el material allegado al proceso, el juez advierte una escasa o nula actividad probatoria que no hizo posible desvirtuar la presunción de inocencia que opera a favor del procesado, la privación de la libertad viene en injusta y el Estado debe reparar los perjuicios causados con aquella.
- Cuando la absolución de una persona se produce como consecuencia de la aplicación pura del principio de *in dubio pro reo*, la responsabilidad se hace exigible en aplicación de un régimen objetivo de responsabilidad, dado que el Consejo de Estado ha ampliado el espectro de los tres supuestos contemplados en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 a los eventos de *in dubio pro reo*.
- El *habeas corpus* es un mecanismo de control de la legalidad de las detenciones que busca proteger los derechos de las personas que de forma ilegal o arbitraria son privadas de su libertad. Por lo tanto, cuando alguien ha sido privado de la libertad y la recupera con base en que se le ha concedido el recurso de *habeas corpus*, ello evidencia que se ha producido con infracción de las disposiciones legales y constitucionales.
- Cuando la privación de la libertad tiene origen en una captura o retención arbitraria, el título de responsabilidad aplicable es el de falla del servicio, a efectos de juzgar la responsabilidad de la autoridad que llevó a cabo la detención.
- En el campo de responsabilidad patrimonial en materia de privación injusta de la libertad solo ha operado hasta el día de hoy la causal de exclusión de responsabilidad por el hecho exclusivo de la víctima, la cual se configura cuando se establece que la privación de la libertad o su prolongación en el tiempo tuvo, como única causa, la conducta activa u omisiva del sindicado.
- El falso testimonio no puede ser considerado como hecho de un tercero, comoquiera que la prueba testimonial es un instrumento del Estado en ejercicio del *ius puniendi*, sobre el cual tiene el control permanente. En consecuencia, los vicios de que esa prueba pueda adolecer no son imprevisibles ni irresistibles para el Estado y, para corregir los yerros o evitar que puedan constituir fuente de daños en el proceso, el Estado cuenta con todos los mecanismos de control del testimonio, que puede ejercer antes, durante y después de la práctica de la prueba.
- Sin perjuicio de las particularidades de cada caso concreto y en aras de la salvaguarda del principio de igualdad, se deben atender los siguientes parámetros para la determinación del *quantum indemnizatorio* por concepto de perjuicios morales: (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 indemniza-*

ción 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" y, (vii) "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."



Carrera 66 No. 24-09
Tel.: (571) 4578000
www.imprenta.gov.co
Bogotá, D. C., Colombia