

## Sentencia SU072/18



Referencia: T-6.304.188 y T-6.390.556 (AC)

Acciones de tutela instauradas por la Fiscalía General en contra del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, el Tribunal Administrativo de Córdoba (vinculado) y Germán Espitia Delgado y otros (vinculados) y por Blanca Gómez de García y otros en contra del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C y del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B.

Magistrado Ponente:  
JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Bogotá, D.C., cinco (5) de julio de dos mil dieciocho (2018).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

### SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos de tutela emitidos por los despachos judiciales que se detallan a continuación:

#### **Expediente T-6.304.188.**

1. Por la Sección Quinta, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que confirmó la decisión proferida por la Sección Cuarta, Sala de lo Contencioso Administrativo, en la **acción de tutela instaurada por la Fiscalía General** contra el Tribunal Administrativo de Córdoba y el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A.

#### **Expediente T-6.390.556.**

2. Por la Sección Quinta, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que confirmó la decisión proferida por la Sección Cuarta, en la **acción de tutela instaurada por Blanca Gómez de García y otros** contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B y el Consejo

de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C.

## I. ANTECEDENTES

Dada la similitud en los hechos y pretensiones planteados en cada uno de los expedientes, por lo que fueron acumulados, a continuación se presentan de manera sucinta los antecedentes generales de las acciones de tutela de la referencia.

### **EXPEDIENTE T-6.304.188**

La Fiscalía General, a través de apoderada judicial, interpuso acción de tutela contra el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, por considerar vulnerados los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad, así como el principio de sostenibilidad fiscal.

#### **Hechos**

1. Informó la accionante que se adelantó investigación penal en contra de un ciudadano a quien se le impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad, la cual se hizo efectiva el **15 de mayo de 2005**.
2. Mediante sentencia del **16 de junio de 2006**, el Juzgado 3° Penal del Circuito de Montería, Córdoba, absolvió al acusado en virtud del principio *in dubio pro reo* y dispuso su libertad inmediata.
3. Con base en esta última decisión, el ciudadano inició proceso de reparación directa en contra de la Fiscalía General, con el fin de que se le declarara responsable de los perjuicios que le fueron causados con la privación de la libertad.
4. Surtido el trámite procesal, el Tribunal con sentencia del 4 de noviembre de **2010** accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.
5. La decisión adoptada por el Tribunal fue apelada por la entidad ahora accionante y el recurso fue conocido por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, la cual en sentencia del **30 de junio de 2016** confirmó la decisión de primera instancia; no obstante, modificó el monto de la condena.
6. Señaló la accionante que la decisión adoptada por el Consejo de Estado se basó en una interpretación del artículo 68 de la Ley Estatutaria 270 de 1996 que desconoce la sentencia C-037 de 1996, según la cual *es necesario analizar si la privación de la libertad fue abiertamente desproporcionada y contraria a los procedimientos legales*; interpretación que calificó como un defecto sustantivo por desconocimiento del precedente constitucional.
7. Explicó que la sentencia objeto de reproche se basó en una sentencia de unificación del Consejo de Estado del **17 de octubre de 2013** en la cual si bien

se hizo referencia a la C-037 de 1996 para apartarse de las conclusiones allí contenidas, no se expusieron razones suficientes para explicar por qué el régimen de falla del servicio por privación injusta de la libertad es contrario al artículo 90 de la Constitución, a pesar de que la Corte, como intérprete válido concluyó que dicho régimen es exequible.

8. Considera la actora que la sentencia controvertida se basó en una sentencia que no constituye precedente sobre la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, dado que no cumplió la carga de suficiencia a la hora de apartarse de la interpretación efectuada en la C-037 de 1996.

9. Para la accionante, la decisión adoptada con base en una sentencia que no tenía efectos vinculantes y en sentido contrario al establecido en la C-037 de 1996 vulnera los derechos al debido proceso, a la igualdad, a la seguridad jurídica y a la sostenibilidad fiscal, ya que, además, lesiona de manera considerable los intereses patrimoniales de la Nación.

### **Trámite procesal en sede de instancia**

10. Mediante auto del **12 de diciembre de 2016**, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Administrativo, Sección Cuarta, avocó el conocimiento de la tutela y dispuso correr traslado a la accionada. Asimismo, ordenó vincular al trámite a Germán Espitia Delgado, Francisco Miguel Espitia Durango, Francisco Amador Espitia Delgado, Luis Eduardo Espitia Delgado, Benjamín Antonio Espitia Delgado, Omaira Elena Espitia Delgado, Alba Rosa Espitia Delgado, Gledy Judith Espitia Delgado y Nilsa Isabel Delgado en calidad de terceros con interés, dada su calidad de demandantes en el proceso que culminó con la sentencia controvertida en tutela.

11. Con auto del **20 de febrero de 2017**, se dispuso requerir a la Fiscalía para que aportara la nueva dirección en la cual podían ser notificados los terceros interesados.

### **Respuesta de la demandada**

12. La tutela es respondida por la magistrada de la Sección Tercera del Consejo de Estado, quien adujo que el artículo 68 de la Ley 270 de 1996 no excluye el artículo 90 de la Constitución para establecer la responsabilidad de la administración bajo el título de imputación objetivo –daño especial- cuando se deriva de una actuación legítima del Estado, el cual los ciudadanos no deben soportar.

Precisó la Magistrada que en aquellas circunstancias en las cuales la absolución del sindicado se produce porque el hecho no existió, aquel no lo cometió o la conducta no constituía un hecho punible, *no es necesario acreditar que la autoridad judicial incurrió en algún tipo de falla sino solamente demostrar que el afectado fue privado de la libertad al interior del respectivo proceso penal.*

Indicó que la Sección Tercera del Consejo de Estado unificó<sup>1</sup> su jurisprudencia y amplió la posibilidad de declarar la responsabilidad del Estado cuando la absolución del sindicado proviene de la aplicación del principio *in dubio pro reo*, evento en el cual la antijuridicidad del daño, al igual que en los supuestos señalados en el artículo 414 del derogado Decreto Ley 2700 de 1991<sup>2</sup>, depende de que la víctima no se encuentre en el deber jurídico de soportar la restricción de su libertad durante el curso de un proceso que culminó con una decisión, pues el Estado no desvirtuó la presunción de inocencia.

Así las cosas, la sentencia expedida por el Consejo de Estado no desconoció la sentencia C-037 de 1996, ya que el término “injustamente” del artículo 68 de la Ley Estatutaria 270 de 1996 se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales.

13. En cuanto al desconocimiento del criterio de sostenibilidad fiscal consideró que este no es un parámetro para negar los perjuicios solicitados con ocasión de la detención injusta de la libertad; entenderlo así implicaría el desconocimiento del principio de autonomía judicial del artículo 228 de la Constitución.

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

14. Para esta Agencia (en adelante ANDJE), la sentencia objetada vía tutela por la Fiscalía desconoció el contenido del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, ya que para determinar la antijuridicidad de una privación de la libertad –daño-, resulta indispensable acreditar que la imposición de esa medida en cualquiera de sus modalidades –arresto, detención preventiva o pena de prisión- vulneró el ordenamiento jurídico, fue irrazonable y desproporcionada, circunstancias que no se acreditaron en el caso concreto, por lo que la sentencia de la Sección Tercera debe revocarse.

15. También objetó la alusión al artículo 414 del antiguo Código de Procedimiento Penal<sup>3</sup> atendiendo su derogación y consideró que su aplicación para sustentar la responsabilidad del Estado en casos de privación de la libertad constituye otro defecto sustantivo.

16. Precisó que si bien coincide en que el soporte de la responsabilidad por privación injusta de la libertad se fundamenta principalmente en la configuración del daño antijurídico en los términos del artículo 90 de la Constitución, la divergencia se suscita al definirse cuándo debe considerarse que la privación de la libertad debe o no soportarse por quien la padece.

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de Sala Plena del 17 de octubre de 2013. Exp. 23.354.

<sup>2</sup> Que disponía lo siguiente: 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.

<sup>3</sup> Decreto Ley 2700 de 1991.

Explicó que en materia de responsabilidad patrimonial del Estado pueden existir daños que deben ser soportados por los administrados, los cuales tienen como nota común el interés general, como lo dedujo la Corte en la sentencia C-908 de 2013, al cual se suman la existencia de un deber legal, de normas que así lo permitan y de causales de justificación.

Expuso, de conformidad con el artículo 28 de la Constitución, que las restricciones a la libertad solo pueden hacerse efectivas siempre que: (i) exista mandamiento escrito de autoridad judicial competente, (ii) reúna las formalidades legales y (iii) exista un motivo previamente definido en la ley.

También se refirió a las diferencias entre la detención preventiva y la privación de la libertad por la imposición de una condena, así como al principio de presunción de inocencia, el cual, según la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, no puede limitar la imposición de la medida de detención preventiva cuando se configuren los requisitos y finalidades de la misma, como es aceptado por la Corte Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las cuales han señalado que la restricción del derecho a la libertad personal es procedente dentro de los límites necesarios para asegurar la comparecencia del sindicado al proceso penal y solo se afecta cuando la detención preventiva se prolonga de manera desproporcionada.

Anotó que la detención preventiva no afecta tal derecho puesto que no representa juicio de responsabilidad o prejuzgamiento; por lo tanto, resulta errado afirmar, como lo hace el Consejo de Estado, que en materia de privación de la libertad, la injusticia, es decir, el daño que no se está en el deber jurídico de soportar, consista en toda absolucón penal porque el Estado no pudo desvirtuar la presunción de inocencia que protege al sindicado.

17. Por último, señaló que en este caso la vulneración del derecho colectivo resulta evidente, como se desprende del estudio de sostenibilidad fiscal elaborado en la tutela, ya que un régimen de responsabilidad laxo o menos exigente que aquel que regula el ordenamiento jurídico en los eventos de privación injusta de la libertad, genera que los recursos públicos sean destinados para reparar circunstancias no previstas por el mismo ordenamiento, vulnerando el debido proceso.

## **II. DECISIONES DE TUTELA OBJETO DE REVISIÓN**

### **Fallo de primera instancia**

18. El 20 de febrero de 2017, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, negó el amparo solicitado por la Fiscalía General.

En primer lugar, la Corporación confrontó las consideraciones de la sentencia C-037 de 1996 con las vertidas en la sentencia cuestionada en el trámite de tutela, para indicar que en aquella se precisó que el concepto “injustamente”

implica el deber de demostrar que la privación de la libertad fue abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales.

Expuso que la Corte precisó que si dicho vocablo no se entiende en ese sentido el Estado tendría que responder automáticamente por cualquier privación de la libertad y, por esa razón, la posible responsabilidad estatal debe establecerse después de un análisis razonable de las circunstancias en las cuales se ha producido la detención.

Dedujo que la sentencia de constitucionalidad no estableció que el régimen objetivo de responsabilidad patrimonial del Estado no pueda aplicarse en los casos de privación injusta de la libertad como lo sostuvo la Fiscalía General.

De otra parte, manifestó que la sentencia cuestionada incluye un criterio que se sustenta en la interpretación que la Sección Tercera del Consejo de Estado ha efectuado del artículo 90 de la Constitución, la normativa penal y la Ley 270 de 1996.

Según tal interpretación, cuando ocurra alguna de las eventualidades contenidas en el artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991 –el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o no estaba tipificado-, o la absolución se da en virtud del principio *in dubio pro reo*, se aplica el régimen de responsabilidad objetiva, dado que se presume que hubo una privación injusta de la libertad y resulta irrelevante el estudio de la conducta del juez para definir si incurrió en una falla.

La Sección Tercera, adujo, ha indicado que en los casos que no sean subsumibles en las hipótesis mencionadas, el demandante debe acreditar el error jurisdiccional derivado del carácter injusto de la detención, es decir, que tales situaciones deben analizarse desde la perspectiva de la falla del servicio.

19. En cuanto a la aplicabilidad del artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991 cuestionada por la ANDJE se aclaró que no se apeló a tales hipótesis, sino a la aplicación del *in dubio pro reo*, luego, no se configuró el defecto sustantivo por aplicación de una norma derogada.

En todo caso, precisó, que cuando se estudia un caso de privación injusta de la libertad que sí se ajuste a alguna de las causales del citado artículo, no se efectúa una aplicación ultractiva de ese precepto legal, sino de los supuestos fácticos que por su fuerza y contundencia justifican el uso del régimen objetivo de responsabilidad, lo cual no se contrapone a la interpretación de la Corte Constitucional, ya que la responsabilidad objetiva en estos casos obedece a que la privación de la libertad no fue apropiada, razonada ni conforme a derecho.

## **Impugnación**

20. A través de escrito recibido el 16 de mayo de 2017, el Director Encargado de Defensa Jurídica de la ANDJE impugnó la decisión reiterando los argumentos de la intervención.

21. Mediante escrito del 16 de mayo de 2017, la representante de la Fiscalía General apeló el fallo insistiendo en que este desconocieron las reglas contenidas en la sentencia C-037 de 1996, al paso que se omitió un pronunciamiento sobre la vulneración del criterio de sostenibilidad fiscal, que se deriva de la consolidación de un régimen de responsabilidad objetivo para resolver los asuntos de privación injusta de la libertad.

Consideró que presumir una falla del servicio de la administración de justicia en los eventos indicados en el fallo apelado, impediría que la Fiscalía General pueda ejercer el derecho de defensa en el sentido de demostrar que la privación de la libertad resultó proporcionada y acorde a derecho en los términos expuestos en el fallo mencionado.<sup>4</sup>

22. De otro lado, indicó que el artículo 68 de la Ley 270 de 1996 no consagró el inciso segundo del artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991, lo que significa que la intención del legislador estatutario en materia de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad era establecer un régimen de responsabilidad subjetivo de falla en la prestación del servicio de administrar justicia.

### **Actuaciones en segunda instancia**

23. Con auto del 16 de junio de 2017, la Magistrada sustanciadora dispuso la vinculación del Tribunal Administrativo de Córdoba, concediéndole el término de 3 días para que alegara la nulidad o la saneara con su silencio o intervención. El término transcurrió en silencio.

### **Fallo de segunda instancia**

24. El 6 de julio de 2017 el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, confirmó la decisión al coincidir con la interpretación realizada en dicha sentencia sobre la posibilidad de apelar a un régimen de responsabilidad, objetivo.

Coincidió con el juez de primer grado en que la sentencia objeto de reproche por tutela no acudió a una norma derogada, pues lo que se advierte es que en virtud de la autonomía judicial se acogió el alcance dado a los supuestos regulados en el artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991.

En cuanto a la vulneración del principio de sostenibilidad fiscal, admitió la respuesta ofrecida por la Corporación demandada, esto es, que el mismo no puede imponerse como criterio para decidir los procesos judiciales, ya que darle ese alcance desconocería el principio de autonomía judicial (art. 228 Superior).

### **Pruebas**

Con la demanda se aportaron las siguientes:

---

<sup>4</sup> Sentencia C-037 de 1996

25. Sentencia del 30 de junio de 2016, expedida por la Sección Tercera, Subsección A, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en el proceso 23001233100020080032001.

26. Aclaración de voto del Consejero Carlos Alberto Zambrano Barrera a la sentencia del 30 de junio de 2016 expedida en el proceso 23001233100020080032001.

Durante el trámite de revisión se aportaron las siguientes:

27. Expediente 230012331000200800320 promovido por Germán A. Espitia Delgado y otros que consta de tres cuaderno de primera instancia con 18, 321 y 265 folios, respectivamente y un cuaderno del Consejo de Estado el cual empieza en el folio 266 y termina en el folio 431.

28. Informe presentado por la Directora de Asuntos Jurídicos de la Fiscalía General, según el cual durante los años 2015, 2016 y 2017 la Fiscalía General, por concepto de condenas en proceso contencioso administrativos efectuó el pago de \$84.564.426.898, \$70.614.723.405 y \$32.856.933.573,21, respectivamente y de 128 créditos judiciales que fueron pagados en el 2017, 107 correspondieron a sentencias condenatorias y acuerdos conciliatorios proferidos en procesos de reparación directa por privación injusta de la libertad cuya cuantía asciende a \$29.336.152.749.66. Agregó que se encuentra pendientes de pago 4136 providencias de este mismo tipo cuya cuantía asciende a \$886.268.647.579.34 y los intereses causados desde la fecha de ejecutoria del fallo hasta el 31 de diciembre de 2017 equivalen a \$492.554.526.327.79.<sup>5</sup>

## **EXPEDIENTE T- 6.390.556**

Las señoras y señores Blanca Gómez de García, María de la Paz Useche García, Juan Sebastián Useche García, Carlos Felipe Useche García, Guillermo Useche Romero, María Victoria García de Plazas, Gustavo Octavio García Gómez y Juan Carlos García Gómez, interpusieron acción de tutela contra el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, por considerar desconocido el derecho a obtener la indemnización por daños antijurídicos causados por el Estado, representado en los derechos a la vida, a no ser sometido a tratos y/o penas crueles e inhumanas, a la integridad personal, al debido proceso, a la primacía del derecho sustancial, a la independencia y correcta administración de justicia, al debido proceso, a la buena fe, a la igualdad, a la presunción de inocencia y a la libertad.

## **Hechos**

1. La señora Clemencia García de Useche (Q.E.P.D) se desempeñó como funcionaria de la Rama Judicial desde el 17 de marzo de 1975 hasta el 16 de

---

<sup>5</sup> Fls.243 y 244 cuaderno 2 principal.

diciembre de 1997, fecha en la cual renunció a su cargo de Fiscal Delegada ante el Tribunal Nacional.

2. Con fundamento en la expedición de copias ordenada por una Fiscal de la Unidad Delegada ante el Tribunal Nacional, el 18 de marzo de 1999, la Vicefiscalía General dispuso apertura de investigación previa y el 9 de junio siguiente, la apertura de instrucción, a la cual fueron vinculados Clemencia García de Useche y Tomás Rafael Jordán Morales, a quienes, con resolución del 13 de septiembre de ese mismo año, se les impuso medida de aseguramiento de detención preventiva.

Según el expediente la vinculación de la primera obedeció a la revocatoria de medida de aseguramiento de una persona investigada, sin que existiera prueba sobreviniente. Por su parte, al segundo se le vinculó por haber anulado lo actuado al resolver un recurso de apelación interpuesto en el mismo proceso.

3. El 17 de septiembre de 1999 se negó a los investigados la sustitución de dicha medida por detención domiciliaria bajo el argumento de que dada la naturaleza de la conducta, los hechos y el monto de la pena, no se podía inferir la comparecencia de los procesados a la justicia.

4. La señora García de Useche (Q.E.P.D) estuvo privada de la libertad desde el 13 de septiembre de 1999 hasta el 30 de noviembre de 2001 cuando se le revocó la medida de aseguramiento y se ordenó su libertad inmediata.

5. El 7 de enero de 2000 se había expedido resolución de acusación en contra de la mencionada por el delito de prevaricato por acción en concurso con abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto dada la expedición de las resoluciones del 5 de junio de 1997 y del 18 de septiembre de 1997 al interior de la investigación adelantada en contra de la señora Stella Herrera Buitrago<sup>6</sup>, respectivamente. Por el segundo delito se precluyó la investigación.

6. Mediante providencia del 12 de mayo de 2004, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia absolvió a la señora García de Useche (Q.E.P.D) del delito de prevaricato por acción, según los accionantes, porque el delito no existió y la acusada no violó la ley penal por atipicidad de la conducta.

7. Debido a dicha detención, tanto ella como su familia sufrieron daños económicos y morales, razón por la cual el 25 de agosto de 2005 se radicó demanda de reparación directa ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, la cual fue remitida a los juzgados administrativos de Bogotá.

8. El 4 de julio de 2008, el Juzgado 35 Administrativo del Circuito de Bogotá declaró administrativamente responsable a la Fiscalía General de los perjuicios patrimoniales causados a los demandantes.

---

<sup>6</sup> Radicado número 33.784.

9. Esta sentencia fue apelada y una vez el proceso fue asumido por el Magistrado que había conocido el proceso inicialmente, con auto del 25 de noviembre de 2009 declaró la nulidad de todo lo actuado por falta de competencia del Juzgado 35 Administrativo del Circuito de Bogotá, según providencia del Consejo de Estado del 9 de septiembre de 2008, en la cual, de acuerdo con el despacho, se modificaron las reglas de competencia. Para los accionantes tal regla no era aplicable en ese caso dado que ya existía sentencia de primera instancia y, en tal virtud, dicha decisión fue adoptada con fundamento en un error orgánico.

De acuerdo con el expediente, esta decisión no fue sometida a reconsideración por parte del mismo Tribunal o de su superior.

10. El 6 de octubre de 2010, el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, profiere sentencia de primera instancia a través de la cual negó las pretensiones de la demanda. El argumento central de la sentencia consistió en que las copias allegadas carecían de valor probatorio, toda vez que no eran auténticas y no tenían auto que las ordenara, dando lugar a un defecto fáctico, toda vez que las pruebas no fueron valoradas de conformidad con las normas pertinentes.

11. Teniendo en cuenta la afirmación realizada en el fallo de primera instancia, los demandantes solicitaron que en caso de duda sobre la autenticidad de los documentos aportados, se oficiara a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia para que remitiera copia auténtica de los autos y sentencias que obraran en el expediente penal.

12. El 15 de junio de 2011 se resuelve dicha solicitud determinándose que revisado el expediente se encontró que los documentos relacionados en la sustentación del recurso versaban sobre pruebas documentales aportadas en copias auténticas.

13. El 13 de julio de 2016 se expidió el fallo de segunda instancia a través del cual se confirmó la absolución de la entidad demandada al considerarse que en el caso se había presentado culpa exclusiva de la víctima.

14. Los accionantes afirman que en la sentencia de primera instancia se incurrió en un defecto sustantivo porque, a pesar del amplio margen hermenéutico que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, se sustentó en una interpretación *contra legem* y en un defecto fáctico por valoración defectuosa de las pruebas.

15. Según la tutela, con el fallo de primera instancia se vulneró el precedente horizontal contenido en la sentencia del 10 de octubre de 2007, expedida al interior del proceso radicado 2006-096 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, en relación con el caso del otro Fiscal que fue investigado por los mismos hechos por los cuales fue acusada Clemencia García de Useche.

16. También se aseguró que con las decisiones cuestionadas se vulneró el precedente contenido en la sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013, radicación 1996-07459-01 (23354), de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, según el cual la responsabilidad del Estado debe analizarse bajo un título objetivo de imputación basado en el daño especial que se irroga a la víctima.

17. Según los actores, con el fallo de segunda instancia se incurrió en un defecto sustantivo por desconocimiento del precedente del 17 de octubre de 2013 al desarrollar una causal eximente de responsabilidad, concretamente la culpa exclusiva de la víctima y, además, no tuvo en cuenta las consideraciones expuestas en el fallo de la Sala de Casación Penal a través del cual la señora García de Useche (Q.E.P.D) fue absuelta, con lo cual también se materializó un defecto fáctico por indebida valoración de las pruebas.

### **Trámite procesal en sede de instancia**

18. Mediante auto del 16 de enero de 2017, el Consejo de Estado, Sala de lo contencioso, Administrativo, Sección Cuarta, avocó la tutela y ordenó notificar a la Fiscalía General y la Rama Judicial como terceras interesadas en el resultado del proceso.

### **Respuesta de las demandadas**

19. El magistrado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca explicó que la remisión del expediente a los juzgados administrativos del circuito tuvo como fundamento los acuerdos PSAA06 3345 del 13 de marzo de 2016 y 3409 del 9 de mayo de 2006 del Consejo Superior de la Judicatura, por medio de los cuales se dictaron medidas tendientes a poner en operación dichos despachos, los cuales entraron en funcionamiento el 1 de agosto de 2006.

Indicó que algunas providencias de la Corte Suprema de Justicia obraban en copia y, en ese sentido, carecían de valor probatorio, de conformidad con los artículos 115, 253 y 254 del entonces Código de Procedimiento Civil, que regulaban la manera de aportar documentos a los procesos y, específicamente, los que provenían de actuaciones judiciales.

20. La Fiscalía General, a través de su Directora Jurídica, consideró que para el momento en que el Tribunal expidió las decisiones concernientes a la competencia para adelantar el trámite de la reparación directa, se contaba con antecedentes normativos y jurisprudenciales que permitían proferirlas, luego, no se configura un defecto orgánico.

21. En cuanto al defecto sustantivo, expuso que la sentencia expedida en el caso del señor Tomás Rafael Jordán Morales no constituye un precedente vinculante para el Consejo de Estado, ya que fue expedido por su inferior jerárquico.

22. Señaló que en este caso se debe aplicar el precedente contenido en la sentencia C-037 de 1996 a través del cual se declaró la exequibilidad condicionada del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, según el cual debe entenderse que el término “injustamente” para efectos de declarar la responsabilidad del Estado se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales.

23. De manera subsidiaria, en caso de que se consideraran configurados los requisitos de procedencia de la acción de tutela, solicitó que en lugar de acceder a las pretensiones del accionante, esto es, que se expida condena en contra de la Fiscalía General, se ordene la nulidad del proceso para que el juez competente decida nuevamente el asunto.

24. La magistrada ponente de la decisión del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, afirmó que la misma no desconoció el precedente de unificación, sino que, por el contrario, en estricta observancia del mismo y en aplicación del artículo 70 de la Ley Estatutaria 270 de 1996, se analizó la conducta de la víctima con el fin de determinar si su actuación había dado lugar a la medida de aseguramiento proferida en su contra.

Aclaró que al proferirse la sentencia no se reabrió el debate probatorio llevado a cabo en el proceso penal, sino que en un juicio de responsabilidad estatal estudió la conducta de la víctima desde el aspecto del dolo y la culpa grave civiles con el fin de determinar si se cumplía la exigencia del artículo 70, concluyendo que la acusada había desconocido el ordenamiento jurídico, aunque su conducta no fue típica al haber actuado de buena fe y en beneficio de la justicia, lo que implicaba que su propia actuación dio lugar a la investigación en su contra y a la imposición de medida de aseguramiento.

### **III. DECISIONES DE TUTELA OBJETO DE REVISIÓN**

#### **Fallo de primera instancia**

1. El 27 de junio de 2017, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, negó la tutela al considerar que no se presentó un defecto orgánico, pues al revisarse el auto del 9 de septiembre de 2008, proferido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, se encontró que la decisión del magistrado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca no fue infundada ni caprichosa, más bien obedeció al cumplimiento de una orden emanada del Consejo de Estado, aunado a que dicha decisión no fue controvertida en el proceso ordinario.

2. Respecto del defecto fáctico que los accionantes deducen de la no valoración de unos documentos por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca consideró que tiene fundamento en las normas constitucionales y legales aplicables y, en todo caso, dichas pruebas sí fueron tenidas en cuenta por el fallador de segunda instancia, por lo cual el asunto fue resuelto por el juez natural de la causa.

3. En relación con el desconocimiento del precedente horizontal adujo que aunque los dos casos son idénticos desde el punto de vista fáctico, la falta de valor probatorio deducida de algunas pruebas allegadas en el caso de la señora García de Useche determinó que el Tribunal no hubiera accedido a las pretensiones de reparación de los actores, mientras que en el otro caso las pruebas se allegaron conforme a la ley vigente y, en ese orden, esa falta probatoria justificaba una decisión diferente.

4. Sobre el desconocimiento de la sentencia de unificación de la Sección Tercera, Subsección A, del Consejo de Estado, expedida el 17 de octubre de 2013, precisó que esta expuso que los casos de privación injusta de la libertad la responsabilidad del Estado deben analizarse bajo un título objetivo de imputación y solo se puede desvirtuar con la concurrencia de una causal eximente de responsabilidad, eventualidad que fue abordada en la sentencia objeto de debate.

### **Impugnación**

5. Uno de los accionantes, obrando como apoderado de los demás, apeló la decisión y como argumentos adicionales expuso:

6. En cuanto al defecto orgánico agregó que el antecedente al cual se acudió para justificar la nulidad del proceso no era aplicable en el caso de la señora García de Useche dado que para ese momento se había expedido la sentencia de primera instancia, esto es, antes de la expedición del auto en el cual se sustentó la nulidad.

Señaló que no puede acogerse el argumento consistente en la no impugnación de esa decisión, toda vez que en el fallo de tutela de primera instancia, al analizar los requisitos de procedibilidad de la acción, se afirmó que los accionantes agotaron los recursos ordinarios contemplados en la ley.

7. Reiteró que los documentos a los cuales se les restó fuerza probatoria eran de naturaleza pública y, en tal virtud, se presumían auténticos. De otro lado, aceptando que era necesario cumplir el requisito consistente en la autorización de las copias por parte del juez, se omitió que tal exigencia sí había sido observada.

8. Adujo que en este caso también se vulneró el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho al considerarse que la actuación de la señora García de Useche fue descuidada y culposa a pesar de las valoraciones realizadas por la Corte Suprema de Justicia a la hora de absolver a la mencionada.

9. Insistió en el desconocimiento de los precedentes del Consejo de Estado en los cuales se ha establecido que el sistema de responsabilidad del Estado en casos de privación injusta de la libertad es objetivo, que se funda en el título de daño especial y que solo exige la demostración de alguno de los eventos

previstos en el artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991, entre los cuales se halla la atipicidad, sin especificarse su modalidad.

### **Fallo de segunda instancia**

10. Con sentencia del 23 de agosto de 2017 el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, confirmó el fallo de primer grado.

11. Se indicó que el defecto fáctico alegado con base en la no valoración de unos documentos por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca perdía eficacia ante la decisión de segunda instancia en la cual sí se tuvieron en cuenta.

En cuanto al defecto orgánico halló que el accionante, además de pretender la pérdida de eficacia de las sentencias, también argumenta errores en actuaciones previas agregando que aunque se considere que el Juzgado 35 Administrativo sí tenía competencia para fallar en primera instancia el proceso ordinario, dicha decisión probablemente se hubiere revocado por el Tribunal en segunda instancia, bajo los argumentos de la sentencia del 10 de octubre de 2010.

12. También concluyó que el alegado desconocimiento del precedente ningún efecto tiene, pues de nada sirve demostrar que el juez de primera instancia del proceso ordinario decidió casos idénticos de forma diferente si no existe unidad jurídica con la decisión de segunda instancia.

A lo anterior se agregó que las sentencias de los Tribunales Administrativos no son precedentes, ya que a partir de un factor orgánico las decisiones que tienen tal característica son aquellas proferidas por los órganos de cierre de cada jurisdicción, condición que no tienen aquellos.

13. En cuanto a la sentencia de unificación y las demás que fueron invocadas se argumentó que los accionantes olvidan que aunque el régimen de responsabilidad sea objetivo, también operan los eximentes de responsabilidad como ocurrió en el caso concreto, en el cual, aunque se configuró una atipicidad subjetiva por ausencia de dolo, también se presentó una infracción al ordenamiento jurídico atribuible a la investigada, lo cual originó su privación de la libertad, conclusión que no fue debatida por los accionantes, quienes solo insistieron en la inocencia de la mencionada y en que el Tribunal incurrió en determinados defectos los cuales carecen de la entidad suficiente para incidir en la decisión de segunda instancia que puso fin al proceso de reparación directa.

### **Pruebas**

Con la demanda se aportaron las siguientes:

14. Demanda de reparación directa presentada el 25 de agosto de 2005 y poderes otorgados a Carlos Felipe Useche García por Clemencia García de Useche, Guillermo Useche Romero, Juan Sebastián Useche García, María de la Paz

Useche García, Juan Carlos García Gómez, Gustavo Octavio García Gómez y Blanca Gómez de García (proceso de reparación directa 2005-2008).<sup>7</sup>

15. Memoriales radicados el 27 de junio de 2006 y del 4 de julio de 2006 a través de los cuales el Consejo Superior de la Judicatura y la Fiscalía General contestaron la demanda presentada por Carlos Felipe Useche García en representación de Clemencia García de Useche, Guillermo Useche Romero, Juan Sebastián Useche García, María de la Paz Useche García, Juan Carlos García Gómez, Gustavo Octavio García Gómez y Blanca Gómez de García (proceso de reparación directa 2005-2008).<sup>8</sup>

16. Auto del 29 de mayo de 2007 que avoca conocimiento y que abre a pruebas expedido por el Juzgado 35 Administrativo del Circuito (proceso de reparación directa 2005-2008).<sup>9</sup>

17. Diligencia del 2 de octubre de 2007 durante la cual se recibieron los testimonios de Nicolás Enrique Plazas, Norma Constanza Ocampo de Ramírez, Martha Beatriz Vivas de López, Rodrigo Almonacid Angarita, Cristian Villaveces Rojas (proceso de reparación directa 2005-2008).<sup>10</sup>

18. Alegatos de conclusión presentados por el apoderado de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de fecha 1 de noviembre de 2007, por la Fiscalía General el 13 de noviembre de 2007 y por el apoderado de los demandantes, sin fecha (proceso de reparación directa 2005-2008).<sup>11</sup>

19. Sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado 35 Administrativo de Bogotá el 4 de julio de 2008 (proceso de reparación directa 2005-2008).<sup>12</sup>

20. Solicitud de aclaración de la sentencia de la sentencia del 4 de julio de 2008 presentada el 24 de julio de 2008 por el abogado de la parte demandante y autos de aclaración expedidos el 2 y el 16 de junio de 2009, (proceso de reparación directa 2005-2008).<sup>13</sup>

21. Registros civiles de nacimiento de Carlos Felipe Useche García en representación de Clemencia García de Useche, Guillermo Useche Romero, Juan Sebastián Useche García, María de la Paz Useche García, Juan Carlos García Gómez y Gustavo Octavio García Gómez, Registro civil de matrimonio entre Blanca Gómez de García y José Gustavo García Munevar.<sup>14</sup>

22. Certificación del 23 de julio de 2004 –oficio 9878- sobre tiempo de detención de la señora Clemencia García de Useche (Q.E.P.D) expedida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.<sup>15</sup>

---

<sup>7</sup> Fls. 1 a 46 cuaderno 1 anexo a la demanda.

<sup>8</sup> Fls. 48 a 116 cuaderno 1 anexo a la demanda.

<sup>9</sup> Fls 117 y 118 cuaderno 1 anexo a la demanda.

<sup>10</sup> Fls. 147 a 170 cuaderno 1 anexo a la demanda

<sup>11</sup> Fls. 174 a 227 cuaderno 1 anexo a la demanda.

<sup>12</sup> Fls. 235 a 249 cuaderno 1 anexo a la demanda.

<sup>13</sup> Fls. 261 a 267 cuaderno 1 anexo a la demanda.

<sup>14</sup> Fls. 282 a 292 cuaderno 2 anexo a la demanda.

<sup>15</sup> Fl. 293 cuaderno 2 anexo a la demanda.

23. Copia de la sentencia del 12 de mayo de 2004 expedida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia a través de la cual se absolvió a la señora Clemencia García de Useche. <sup>16</sup>

24. Copia del auto expedido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el 13 de marzo de 2000 mediante el cual se sustituyó la medida impuesta a la señora Clemencia García de Useche (Q.E.P.D). <sup>17</sup>

25. Copia del auto expedido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el 30 de noviembre de 2000 mediante el cual revocó la medida de aseguramiento impuesta a la señora Clemencia García de Useche (Q.E.P.D). <sup>18</sup>

26. Copia de carta de renuncia presentada el 15 de diciembre de 1997 a la Fiscalía General suscrita por Clemencia García de Useche (Q.E.P.D). <sup>19</sup>

27. Copia de la providencia del 9 de mayo de 2000 expedida por la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial con la cual se sanciona a un funcionario por presionar a la señora Clemencia García de Useche (Q.E.P.D) para adoptar decisiones por razones políticas. <sup>20</sup>

28. Solicitud de sustitución de la medida de detención impuesta a la señora Clemencia García de Useche presentada el 23 de septiembre de 1999 y recurso de reposición interpuesto el 6 de octubre de 1999 en contra de la decisión a través de la cual fue negada. <sup>21</sup>

29. Copia de recibidos de pago de honorarios y de poder para actuar al interior de la investigación en contra de la señora Clemencia García de Useche (Q.E.P.D). <sup>22</sup>

30. Contratos de asesoría legal y de representación judicial suscritos por la señora Clemencia García de Useche (Q.E.P.D). <sup>23</sup>

31. Video con notas de noticieros nacionales sobre la detención de la señora Clemencia García de Useche (Q.E.P.D).

32. Copia de las declaraciones de renta de los años 1996, 1997 y 1998 del señor Guillermo Useche Romero y copia de retenciones en la fuente de contratos suscritos por el señor Guillermo Useche Romero. <sup>24</sup>

---

<sup>16</sup> Fls. 294 a 329 cuaderno 2 anexo a la demanda.

<sup>17</sup> Fls. 333 a 339 cuaderno 2 anexo a la demanda.

<sup>18</sup> Fls. 340 a 348 cuaderno 2 anexo a la demanda.

<sup>19</sup> Fl. 358 cuaderno 2 anexo a la demanda.

<sup>20</sup> Fls. 360 a 392 cuaderno 2 anexo a la demanda.

<sup>21</sup> Fls 393 a 403 cuaderno 2 anexo a la demanda.

<sup>22</sup> Fls. 405 y 406 cuaderno 2 anexo a la demanda.

<sup>23</sup> Fls. 409, 410, 419 y 420 cuaderno 2 anexo a la demanda.

<sup>24</sup> Fls. 439 a 443 cuaderno 2 anexo a la demanda.

33. Declaración jurada del 12 de agosto de 2005 sobre los 50 procesos en los cuales el señor Guillermo Useche actuaba como apoderado. <sup>25</sup>
34. Certificaciones sin fecha de la Fiduciaria Sudameris sobre fondo a nombre de Carlos Useche y/o Guillermo Useche. <sup>26</sup>
35. Certificación del 28 de abril de 2000 expedida por la Corte Suprema de Justicia dirigida a la Universidad de la Sabana para obtener ayuda económica para la hija de Clemencia García de Useche. <sup>27</sup>
36. Certificación del 25 de julio de 2005 de Bancolombia sobre existencia de crédito a nombre de Clemencia García de Useche (Q.E.P.D). <sup>28</sup>
37. Cartas de cobro expedidas por entidades financieras dirigidas a Clemencia García de Useche. <sup>29</sup>
38. Comprobantes de egreso de préstamo con Coopsociales a Clemencia García de Useche del 16 de mayo de 2003, 12 de noviembre de 2003, 9 de marzo de 2005, 21 de octubre de 2002. <sup>30</sup>
39. Extractos de FOPEB –Bancolombia- a nombre de Clemencia García de Useche (Q.E.P.D). <sup>31</sup>
40. Solicitud de refinanciación de un crédito presentada el 28 de enero de 2004 ante Davivienda suscrita por Clemencia García de Useche (Q.E.P.D). <sup>32</sup>
41. Recibos de pago de intereses por parte de Clemencia García de Useche a la firma Agudelo y Cia Ltda. <sup>33</sup>
42. Documentos sobre representación legal de la Rama Judicial y de la Fiscalía General. <sup>34</sup>
43. Certificación de créditos y pagos de intereses a Coopsociales y a Davivienda por la señora Clemencia García de Useche (Q.E.P.D). <sup>35</sup>
44. Escrito con el que se aporta otro proceso iniciado en contra de Clemencia García de Useche (Q.E.P.D). <sup>36</sup>

---

<sup>25</sup> Fls. 445 a 447 cuaderno 2 anexo a la demanda.

<sup>26</sup> cuaderno 2 anexo a la demanda.

<sup>27</sup> Fl. 451 cuaderno 2 anexo a la demanda.

<sup>28</sup> Fl. 453 cuaderno 2 anexo a la demanda.

<sup>29</sup> Fls. 454 a 456 cuaderno 2 anexo a la demanda.

<sup>30</sup> Fls. 457 a 460 cuaderno 2 anexo a la demanda.

<sup>31</sup> Fls. 461 a 512 cuaderno 2 anexo a la demanda.

<sup>32</sup> Fl. 515 cuaderno 2 anexo a la demanda.

<sup>33</sup> Fls 517 a 526 cuaderno 2 anexo a la demanda.

<sup>34</sup> Fls. 527 a 533 cuaderno 2 anexo a la demanda.

<sup>35</sup> Fl. 583 y 606 a 611 cuaderno 2 anexo a la demanda.

<sup>36</sup> Fls 554 a 557 cuaderno 2 anexo a la demanda.

45. Recorte de prensa del 5 de junio de 2008 sobre la absolución de Clemencia García de Useche (Q.E.P.D).<sup>37</sup>

46. Certificación expedida por el INPEC sobre períodos de detención de Clemencia García de Useche (Q.E.P.D).<sup>38</sup>

47. Registro de defunción del 22 de agosto de 2015 de Clemencia García de Useche (Q.E.P.D).<sup>39</sup>

48. Historias clínicas documentos sobre atención médica de Clemencia García de Useche (Q.E.P.D) y de Guillermo Useche Romero y de Blanca Gómez de García.<sup>40</sup>

49. Auto expedido el 25 de noviembre de 2009 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que avoca conocimiento, declara la nulidad de la sentencia expedida por el Juzgado 35 Administrativo del Circuito de Bogotá y decreta pruebas (proceso de reparación directa 2005-2008).<sup>41</sup>

50. Escrito presentado el 4 de diciembre de 2009 a través del cual se interpuso recurso de reposición contra el auto que abrió etapa probatoria y se aportaron actuaciones de la apoderada de la señora Clemencia García de Useche (Q.E.P.D).<sup>42</sup>

51. Alegatos de conclusión de los sujetos procesales en primera instancia ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (proceso de reparación directa 2005-2008) así: de la Fiscalía General presentados el 20 de agosto de 2010 y del apoderado de los demandantes, Carlos Felipe Useche García el 24 de agosto de 2010.<sup>43</sup>

52. Concepto presentado el 22 de septiembre de 2010 por la Procuraduría General de la Nación solicitando condena al Estado (proceso de reparación directa 2005-2008).<sup>44</sup>

53. Sentencia del 6 de octubre de 2010 expedida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca en el proceso de reparación directa 2005-2008.<sup>45</sup>

54. Recurso de apelación presentado el 29 de octubre de 2010 por la parte demandante contra la sentencia del 6 de octubre de 2010, expedida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (proceso de reparación directa 2005-2008).<sup>46</sup>

---

<sup>37</sup> Fl. 678 cuaderno 2 anexo a la demanda.

<sup>38</sup> Fls. 679 a 681 cuaderno 2 anexo a la demanda.

<sup>39</sup> Fl. 682 cuaderno 2 anexo a la demanda.

<sup>40</sup> Fls. 537 a 553 , 558 a 582, 587 a 605 y 683 a 691 cuaderno 2 anexo a la demanda.

<sup>41</sup> Fls. 704 a 707, cuaderno 3 anexo a la demanda.

<sup>42</sup> Fls. 708 a 743 cuaderno 3 anexo a la demanda.

<sup>43</sup> Fls. 757 a 816 cuaderno 3 anexo a la demanda.

<sup>44</sup> Fls. 817 a 848 cuaderno 3 anexo a la demanda.

<sup>45</sup> Fls. 850 a 859 cuaderno 4 anexo a la demanda.

<sup>46</sup> Fls. 861 a 915 cuaderno 4 anexo a la demanda.

55. Auto del 15 de junio de 2011 expedido por la Consejera Ponente a través del cual se decidió negar la práctica de pruebas en segunda instancia –copia auténtica de documentos, toda vez que las mismas fueron aportadas en copia auténtica y por ende serían analizadas en su oportunidad (proceso 2005-2008).<sup>47</sup>

56. Alegatos presentados por la Fiscalía General y por Carlos Felipe Useche García el 22 de julio de 2011 ante la Subsección C, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en segunda instancia (proceso de reparación directa 2005-2008).<sup>48</sup>

57. Auto del 13 de junio de 2016 con el cual se decreta de oficio una prueba (inspección judicial) al interior del proceso de reparación directa 2005-2008.<sup>49</sup>

58. Acta de inspección judicial celebrada el 29 de junio de 2016 en la Corte Suprema de Justicia sobre el proceso 16955 (bis) decretada en el proceso de reparación directa 2005-2008.<sup>50</sup>

59. Sentencia del 7 de julio de 2016 expedida por la Subsección C, Sección Tercera, del Consejo de Estado (proceso de reparación directa 2005-2008).<sup>51</sup>

60. Decisión del 5 de junio de 1997, expedida por Clemencia García de Useche (Q.E.P.D) en calidad de Fiscal Delegada ante el Tribunal de Bogotá, a través de la cual se revocó la medida de aseguramiento de Stella Herrera Buitrago (Radicado 33.784).<sup>52</sup>

61. Resolución del 18 de marzo de 1999 a través de la cual se declaró abierta la investigación de carácter penal contra Clemencia García de Useche (Q.E.P.D) (sin radicado).<sup>53</sup>

62. Resolución del 13 de septiembre de 1999 por medio de la cual se impuso medida de aseguramiento a Clemencia García de Useche (Q.E.P.D) y Rafael Tomás Jordán Morales (Sumario 013).<sup>54</sup>

63. Oficio n.º 2874 del 16 de marzo de 2000 enviado por Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal a la Cárcel La María de Bogotá informando la sustitución de la medida de aseguramiento a la señora Clemencia García de Useche (Q.E.P.D).<sup>55</sup>

64. Auto del 9 de julio de 1999 que ordenó la vincular mediante indagatoria a Clemencia García de Useche (Q.E.P.D) y a Rafael Tomás Jordán Morales.<sup>56</sup>

---

<sup>47</sup> Fls. 979 a 980 cuaderno 4 anexo a la demanda.

<sup>48</sup> Fls. 983 a 1039 cuaderno 4 anexo a la demanda.

<sup>49</sup> Fls. 1055 a 1059 cuaderno 4 anexo a la demanda.

<sup>50</sup> Fls. 1066 a 1069 cuaderno 4 anexo a la demanda.

<sup>51</sup> Fls. 1071 a 1081 cuaderno 4 anexo a la demanda.

<sup>52</sup> Fls. 1089 a 1096 cuaderno 5 anexo a la demanda.

<sup>53</sup> Fl. 1096 cuaderno 5 anexo a la demanda.

<sup>54</sup> Fls. 1097 a 1108 cuaderno 5 anexo a la demanda.

<sup>55</sup> Fl. 1109 cuaderno 5 anexo a la demanda.

<sup>56</sup> Fl. 1110 cuaderno 5 anexo a la demanda.

65. Acta de captura de Clemencia García de Useche (Q.E.P.D) de fecha 13 de septiembre de 1999. <sup>57</sup>

66. Resolución del 7 de enero de 2000 mediante la cual se formuló acusación contra Clemencia García de Useche (Q.E.P.D) y Rafael Tomás Jordán Morales por los delitos de abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto y prevaricato por acción. (Sin radicado). <sup>58</sup>

67. Sentencia de acción de tutela del 24 de septiembre de 1999, expedida por la Sala Penal de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá a través de la cual se ordenó compulsar copias para que se investigaran penal y disciplinariamente a dos fiscales por actuaciones irregulares en el proceso penal adelantado en contra de Clemencia García de Useche (Q.E.P.D) (Radicado AT-304). <sup>59</sup>

68. Resolución del 10 de febrero de 2000 con la cual la Vicefiscalía General decidió recurso de reposición respecto de la acusación formulada en contra de Clemencia García de Useche y Tomás Rafael Jordán Morales (Sumario n.º 013). <sup>60</sup>

69. Diligencia de indagatoria de Clemencia García de Useche (Q.E.P.D) realizada el 26 de agosto de 1999. <sup>61</sup>

70. Denuncia del 26 de agosto de 1999 contra Néstor Armando Novoa presentada por Guillermo Useche Romero. <sup>62</sup>

71. Recurso presentado el 20 de enero de 2000 por la Procuraduría General de la Nación contra la resolución de acusación formulada en contra de Clemencia García de Useche (Q.E.P.D) y Tomás Rafael Jordán Morales (Sumario n.º 013).<sup>63</sup>

72. Sentencia del 10 de octubre de 2007, expedida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, dentro del radicado 2006-996 a través de la cual se condenó al Estado por la privación injusta de la libertad de Tomás Rafael Jordán Morales. <sup>64</sup>

73. Dictámenes de medicina legal (psiquiatría) del 3 de abril de 1996 y del 3 de marzo de 1997 respecto de Stella Herrera Buitrago. <sup>65</sup>

Durante el trámite de revisión se aportaron las siguientes:

---

<sup>57</sup> Fl. 1111 cuaderno 5 anexo a la demanda.

<sup>58</sup> Fls. 1112 a 1124 cuaderno 5 anexo a la demanda.

<sup>59</sup> Fls. 1125 a 1134 cuaderno 5 anexo a la demanda.

<sup>60</sup> Fls. 1135 a 1148 cuaderno 5 anexo a la demanda.

<sup>61</sup> Fls. 1150 a 1155 cuaderno 5 anexo a la demanda.

<sup>62</sup> Fl. 1154 y 1155 cuaderno 5 anexo a la demanda.

<sup>63</sup> Fls. 1156 a 1162 cuaderno 5 anexo a la demanda.

<sup>64</sup> Fls. 1180 a 1201 cuaderno 5 anexo a la demanda.

<sup>65</sup> Fls. 1202 a 1227 cuaderno 5 anexo a la demanda.

74. Sentencia del 10 de octubre de 2007, expedida por el Tribunal Administrativo de Bogotá, Subsección B, en el caso 2006-996 promovido por Tomás Rafael Jordán Morales y otros.<sup>66</sup>

75. Recurso de apelación interpuesto el 19 de octubre de 2007 por la apoderada de la Fiscalía General en contra de la sentencia expedida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca al interior del proceso 2006-996.<sup>67</sup>

76. Recurso de apelación (sin fecha) interpuesto por los demandantes en el proceso 2006-996 en contra de la sentencia expedida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca al interior del proceso 2006-996.<sup>68</sup>

77. Auto del 14 de noviembre de 2007 a través del cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca concede los recursos de apelación instaurados en el caso 2006-996.<sup>69</sup>

78. Auto del 15 de febrero de 2008 a través del cual el Consejo de Estado corrió traslado para alegar en segunda instancia en el proceso de reparación directa 2006-00996 (34915).<sup>70</sup>

79. Escrito presentado el 11 de abril del 2008 con el cual la apoderado de la Fiscalía sustentó el recurso de apelación interpuesto contra de la sentencia expedida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca al interior del proceso de reparación directa 2006-996.<sup>71</sup>

80. Auto del 25 de abril de 2008 mediante el cual el Consejo de Estado admitió el recurso de apelación en el proceso de reparación directa 2006-00996 (34915).<sup>72</sup>

81. Concepto del 30 de julio de 2008 presentado por la Procuraduría Quinta Delegada ante el Consejo de Estado en el proceso de reparación directa 2006-00996 (34915).<sup>73</sup>

82. Sentencia del 18 de febrero de 2016 expedida por la Subsección B, Sección Tercera del Consejo de Estado en el proceso de reparación directa 2006-00996 (34915).<sup>74</sup>

83. Aclaración de voto de la Consejera Stella Conto Díaz del Castillo a la sentencia del 18 de febrero de 2016 expedida por la Subsección B, Sección Tercera del Consejo de Estado en el proceso 2006-00996 (34915).<sup>75</sup>

---

<sup>66</sup> Fls. 289 a 299 cuaderno principal.

<sup>67</sup> Fl. 301 cuaderno 2 principal.

<sup>68</sup> Fls. 302 a 326 cuaderno 2 principal.

<sup>69</sup> Fl. 327 cuaderno 2 principal.

<sup>70</sup> Fl. 328 cuaderno 2 principal.

<sup>71</sup> Fls. 329 a 332 cuaderno 2 principal.

<sup>72</sup> Fl. 334 cuaderno 2 principal.

<sup>73</sup> Fls. 336 a 349 cuaderno 2 principal.

<sup>74</sup> Fls. 350 a 386 cuaderno 2 principal.

<sup>75</sup> Fl. 388 cuaderno 2 principal.

84. Auto del 31 de mayo de 2016, a través del cual se corrigió el fallo del 18 de febrero de 2016 expedida por la Subsección B, Sección Tercera del Consejo de Estado en el proceso de reparación directa 2006-00996 (34915).<sup>76</sup>

85. Expediente 25000232600020050200801 promovido por Clemencia García de Useche (Q.E.P.D) y otros que consta de 2 cuadernos de primera instancia con 382 y 430 folios, respectivamente, un cuaderno del Consejo de Estado que empieza en el folio 432 y termina en el folio 687 y un cuaderno de inspección judicial con 92 folios.

#### **IV. TRÁMITE EN SEDE DE REVISIÓN**

##### **Insistencia del Director General de la ANDJE**

1. El 27 de septiembre de 2017 el Director General de la ANDJE allegó escrito a través del cual solicitó la selección del expediente T- 6.304.188 atendiendo:

(i) La necesidad de aclarar el contenido y alcance del debido proceso e igualdad de la Fiscalía General en los casos de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, que ante la derogatoria del artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991 y según el artículo 68 de la Ley 270 de 1995, solo existirá responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad cuando la antijuridicidad del daño se determina en función de la conformidad de la medida de detención preventiva con las normas que rigen su imposición y un régimen subjetivo de responsabilidad de falla del servicio.

Ese entendimiento, según el peticionario, fue desconocido por el Consejo de Estado al expedir la decisión reprochada con la acción de tutela cuya revisión solicitó. Agregó que la Corte, en sentencia C-037 de 1996, acogió la falla del servicio como título de imputación, luego, la Fiscalía General, frente a la incertidumbre que emerge de estas dos posturas, ve afectado sus derechos de defensa y debido proceso.

(ii) Desconocimiento del precedente constitucional contenido en la sentencia C-037 de 1996, en tanto la ilegalidad de la privación de la libertad no está determinada por las razones de absolución del investigado, sino por la prueba de ilegalidad de la decisión que impuso la medida de detención preventiva de la libertad.

En el fallo que condenó a la Fiscalía General por la detención de un ciudadano que fue absuelto por dudas respecto de su responsabilidad no se advirtió cuál fue la actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales del ente acusador que permitió inferir que la detención del investigado hubiera sido injusta e ilegal, como tampoco incluyó consideraciones sobre las providencias que impusieron la medida.

---

<sup>76</sup> Fls. 389 a 391 cuaderno 2 principal.

(iii) Grave afectación del patrimonio público, el cual fue tenido en cuenta en la C-037 de 1996 como una de las razones para establecer que la responsabilidad del Estado obedezca a la expedición de una decisión ilegal.

2. Informó que a partir de la expedición de las sentencias del Consejo de Estado que aplican un sistema de responsabilidad objetivo, el número de las demandas en contra de la Fiscalía por privación injusta de la libertad contra el Estado, hasta agosto de 2017, se incrementó a 15.325 por la suma de \$22 mil billones de pesos.

Agregó que al año 2017 la Fiscalía General tiene cuentas por pagar por \$965.000.000.000 mil millones y además desde el 2013 a la fecha de la insistencia ha pagado \$316.000.000.000 por sentencias y conciliaciones en materia de privación injusta de la libertad, frente a lo cual adujo que esas cifras ponen en evidencia que se concretó el riesgo que la Corte Constitucional pretendió evitar al expedir la sentencia C-037 de 1996.

### **Selección**

3. La acción de tutela fue seleccionada por la Sala número Diez (10) de esta Corporación el 13 de octubre de 2017<sup>77</sup> y se ordenó su acumulación con la acción de tutela núm. 6.390.556.

### **Decreto de pruebas y otras actuaciones**

4. Repartida al Magistrado Sustanciador, por auto del 10 de noviembre de 2017, solicitó el envío de los expedientes de reparación directa 23001233100020080032000 y 25000223600020050200800, de la sentencia de segunda instancia que se hubiere expedido al interior del proceso 2006-996 y de las diligencias procesales y probatorias surtidas al interior de la investigación penal número 33.784.

5. El 6 de diciembre de 2017 la Sala Plena de la Corporación asumió el conocimiento del proceso acumulado.

6. Con autos del 13 de diciembre de 2017 y del 18 de enero de 2018 se ordenó la práctica de nuevas pruebas. Con el primer auto se solicitó a la Fiscalía un informe del número de sentencias emitidas en su contra al interior de procesos de reparación directa por privación injusta de la libertad que debieron pagarse durante los años 2015, 2016 y 2017 y el monto de la misma, así como el número de sentencias pendientes de pago. También se solicitó concepto a varias universidades sobre la responsabilidad del Estado en casos de privación injusta de la libertad.

7. Con el segundo auto se solicitó nuevamente al Tribunal Administrativo de Córdoba el envío del expediente 23001233100020080032000 y a la Fiscalía el envío de las diligencias procesales y probatorias surtidas al interior de la

---

<sup>77</sup> Diana Fajardo Rivera y Antonio José Lizarazo Ocampo.

investigación penal número 33.784. Se pidió a la Sección Tercera del Consejo de Estado la remisión de copia de las decisiones de fondo posteriores a la sentencia del 10 de octubre de 2007 en el proceso 2006-0996 y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el envío de las diligencias procesales y probatorias surtidas al interior de la investigación penal número 33.784, obrantes en el expediente 16955 Bis.

8. Con auto del 6 de abril de 2017 se solicitó concepto a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

9. En respuesta a esos requerimientos se allegaron las pruebas que fueron mencionadas en el acápite de pruebas correspondiente a cada proceso, así como las intervenciones que a continuación se exponen.

### **Intervenciones ante la Corte Constitucional**

Corrido el traslado de las pruebas se allegaron las siguientes intervenciones:

#### **Respecto del expediente T-6.304.188**

8. La Directora de Asuntos Jurídicos de la Fiscalía General, consideró que la sentencia cuestionada desconoció el precedente constitucional e incurrió en un defecto sustantivo, al exponer una interpretación contraria a la establecida por la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996 respecto del término “injustamente” contenido en el artículo 68 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

Estimó que se omite la exigencia de realizar un análisis sobre la razonabilidad y proporcionalidad de las circunstancias en las cuales se produjo la privación de la libertad, es decir, que no puede aplicarse un régimen de responsabilidad objetivo, sino un estudio de cada caso con el fin de establecer las condiciones de la actuación de las autoridades públicas.

#### **Respecto del expediente T-6.390.556**

La Directora de Asuntos Jurídicos de la Fiscalía General adujo que el fallo expedido por la Sección Tercera del Consejo de Estado a través del cual se absolvió a esa entidad al interior de proceso de reparación directa promovido por la señora Clemencia García de Useche y otros, respetó la C-037 de 1996, toda vez que la detención de la citada no fue arbitraria, desproporcionada, ni violatoria de los procedimientos legales.

En cuanto a la sentencia de unificación expedida por el Consejo de Estado el 17 de octubre de 2013, afirmó que tampoco se desconoció, comoquiera que en esa providencia se estableció que el Estado no es responsable cuando la conducta de la víctima fue la causa eficiente de la investigación penal que condujo a la privación de su libertad, como sucedió en el caso analizado, pues la demandante, al expedir la resolución en calidad de Fiscal Delegada ante el Tribunal Nacional, desconoció la ley penal vigente, circunstancia reconocida

por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema al expedir la sentencia absolutoria.

Respecto del presunto desconocimiento del precedente horizontal por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca argumentó que *“en la sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013, el Consejo de Estado señaló que corresponde al Juez Administrativo determinar en cada caso concreto, la procedencia de las causales exonerativas (sic) de responsabilidad, como la culpa exclusiva de la víctima<sup>78</sup>. En ese sentido, no se advierte un desconocimiento del precedente horizontal por cuanto, atendiendo a las particularidades de la investigación que se adelantó en contra de la señora García de Useche, el Consejo de Estado determinó que se encontraba demostrada dicha causal exonerativa (sic) de responsabilidad”*.

9. El accionante dentro del proceso de la referencia reiteró que la decisión adoptada por la mencionada, que dio origen a la investigación, tuvo como fundamento la preeminencia de la Constitución, razón por la cual su detención fue injusta y así se debía declarar por las autoridades demandadas.

Con ocasión del pronunciamiento de la Procuraduría, reprodujo las consideraciones que ha expuesto en otras fases procesales, agregando que el Consejo de Estado, para estructurar la culpa exclusiva de la víctima, no tiene en cuenta que la decisión –de Clemencia García de Useche (Q.E.P.D)- de no tener en cuenta una norma procesal a la hora de decidir sobre la medida de aseguramiento de una investigada, obedeció a la aplicación preferente de principios constitucionales.

Consideró que se perdió de vista que cuando la Corte Suprema de Justicia revocó la medida de aseguramiento impuesta a la víctima fue clara al señalar que aquella no era necesaria. Además argumentó que el principio de sostenibilidad fiscal no puede superar los derechos fundamentales.

Respecto del fallo del Tribunal Contencioso Administrativo en el proceso de Tomás Rafael Jordán advirtió que ese proceso nunca fue objeto de modificaciones en la competencia, y revisado el fallo se puede advertir que también fue absuelto por atipicidad de la conducta.

Anotó que al igual que en el caso de la señora García de Useche (Q.E.P.D) se verifica que fue acusado por la valoración que hacía parte de la órbita de autonomía del juez; sin embargo, en su caso se desechó su culpa exclusiva y, en consecuencia, se condenó al Estado por la privación de su libertad.

---

<sup>78</sup> Así lo reconoció el Consejo de Estado, en los siguientes términos: debe asimismo admitirse que las eximentes de responsabilidad aplicables en todo régimen objetivo de responsabilidad pueden —y deben— ser examinadas por el Juez Administrativo en el caso concreto, de suerte que si la fuerza mayor, el hecho exclusivo de un tercero o de la víctima, determinan que el daño no pueda ser imputado o sólo pueda serlo parcialmente, a la entidad demandada, deberá proferirse entonces el correspondiente fallo absolutorio en punto a la determinación de la responsabilidad patrimonial y extracontractual del Estado o la reducción proporcional de la condena en detrimento, por ejemplo, de la víctima que se haya expuesto, de manera dolosa o culposa, al riesgo de ser objeto de la medida de aseguramiento que posteriormente sea revocada cuando sobrevenga la exoneración de responsabilidad penal; así lo ha reconocido la Sección Tercera del Consejo de Estado” (Las negrillas son de la interviniente).

## **Respecto de los expedientes acumulados**

Las siguientes intervenciones se presentaron sin que se especificara el expediente:

10. El Magistrado del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Jaime Orlando Santofimio Gamboa, aportó una de las aclaraciones de voto que ha realizado respecto de fallos de esa Corporación con el fin de exponer su postura en relación con la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad.

Según dicha pieza procesal<sup>79</sup>, el citado magistrado considera que la tesis planteada en la sentencia del 17 de octubre de 2013<sup>80</sup> pasa por alto la valoración de la antijuridicidad del daño limitándose a sostener que la imposición de una medida de detención preventiva es una afectación intensa del derecho de libertad de una persona.

Entonces, si no se requiere verificar la antijuridicidad del daño, no se exige justificar por qué el sujeto privado de la libertad no estaba en el deber jurídico de soportarlo.

Adujo el interviniente que en las decisiones del Consejo de Estado se radica la antijuridicidad de la privación en el hecho de la absolución penal favorable a quien sufrió la detención preventiva.

Estimó que el actual criterio de responsabilidad por privación injusta de la libertad que avala la reparación de daños que no son antijurídicos desconoce los estándares que objetiva, excepcional y claramente le otorgan competencia al Estado para intervenir en el derecho de libertad personal en el marco de las actuaciones penales.

Sugirió que el juez no solo debe examinar la existencia de una medida de detención preventiva contra una persona, su materialización y haberse dictado decisión absolutoria en firme; sino también si la detención preventiva se ajustó a los estándares constitucionales y convencionales que admiten excepcionalmente la limitación de la libertad, de lo cual se concluye que si la detención se dispuso conforme a ese marco normativo se estará en presencia de un daño jurídicamente permitido o, lo que es lo mismo, un daño al que le faltará el elemento de antijuridicidad.

Bajo la idea de que la libertad no es un derecho absoluto, relacionó fuentes de derecho internacional en los cuales se han abordado tanto los presupuestos que tornan injusta una detención, como los que establecen que es posible la indemnización cuando el hecho que se señala como dañino es la privación de la libertad.

---

<sup>79</sup> Se trata de la aclaración de voto de la sentencia expedida el 26 de abril de 2017 al interior del proceso 66001233100020030013001 (32765).

<sup>80</sup> Radicado 23345.

Consideró que *“el actual criterio jurisprudencial unificado de la Sección Tercera de esta Corporación es incompatible a la luz de los estándares convencionales en punto al derecho que tiene toda víctima de contar con un recurso judicial que le permita obtener una reparación de los daños causados con ocasión de la privación de la libertad, por cuanto tales instancias tienen bien averiguado el profundo contenido de lo ‘arbitrario’, estándar al cual no se aviene la jurisprudencia unificada en comento la que, pretextando un falso garantismo (sic), no hace más que reparar daños al derecho de libertad personal que no se pueden calificar ‘antijurídicos’ a la luz del artículo 90 constitucional o “arbitrarios” de acuerdo a los estándares convenciones ya examinados”*.

Propuso que *“la Sección Tercera del Consejo de Estado, en los términos del artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, revise el criterio jurisprudencial por privación de la libertad, delibere de manera comprometida y adopte nuevos parámetros para la estructuración de la responsabilidad del Estado que sean expresión equilibrada del contenido normativo del artículo 90 constitucional y las posiciones jurídica protegidas del derecho de libertad personal comprendido conforme a la dinámica convencional que se viene de expresar”*.

11. El Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado precisó que el estado actual de la jurisprudencia del Consejo de Estado se inclina por aceptar que la responsabilidad del Estado en los casos desarrollados en el artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991 era objetiva y reserva otros reclamos distintos a los incluidos en esa norma a la falla del servicio de tinte subjetivo.

Anotó que el juez que decide el proceso penal debe establecer con claridad las razones de su decisión, pues de ello depende uno de los elementos de la responsabilidad del Estado, como lo es la antijuridicidad del daño; las razones de preclusión o absolución para poderse declarar la responsabilidad objetiva deben adecuarse a las causales aceptadas por la jurisprudencia, pues de lo contrario el análisis deberá efectuarse por la vía de la falla del servicio.

Precisó que la detención ordenada sin el lleno de requisitos o sin la justificación requerida para ello genera responsabilidad, pero dado que media una actuación ilegal el análisis de responsabilidad será subjetivo.

No en todos los casos de preclusión, aclaró, procede la indemnización de los perjuicios; por ejemplo, en casos de amnistía, indulto, despenalización de la conducta, vencimiento de términos por dilaciones procesales estratégicas de apoderados o intervención de la víctima en la causación de su propio daño.

Señaló que el ejercicio del derecho a la libertad no puede restringirse de manera arbitraria y, en todo caso, su limitación debe obedecer a serios motivos, así como al cumplimiento de requisitos y presupuestos legales. La decisión respectiva también debe tener soporte en pruebas o indicios serios que conduzcan a estimar, con relativa seguridad, la participación del detenido en el ilícito por el cual se le investiga.

Consideró que los casos distintos a los mencionados en el artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991 deben auscultarse con el tradicional sistema de responsabilidad subjetiva, que implica la calificación de la culpa o dolo del agente causante del daño mediante el juicio de la falla del servicio, como ocurriría, por ejemplo, con los supuestos de detención preventiva cuando la acción está prescrita o el delito que se quiere atribuir no admite la medida cautelar de detención preventiva.

Concluyó que en la privación injusta de la libertad cohabitan la responsabilidad subjetiva y objetiva, luego, será la decisión penal la que defina cuál de las dos deba aplicarse, así como el título de atribución pertinente.

12. El Director del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho y uno de los docentes del área de derecho penal de la Universidad Libre de Bogotá expusieron la inconveniencia de soslayar el carácter excepcional de la detención preventiva.

Señalaron que en vista de las múltiples condenas en contra del Estado con ocasión de la privación de la libertad en procesos penales, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado e incluso el Ministerio de Justicia y la Comisión Asesora de Política Criminal han demostrado posturas reduccionistas de estas medidas.

13. El Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Universidad de Cartagena, después de rememorar el contenido del artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991, informó que no fue reproducida en los dos códigos de procedimiento penal que lo sucedieron, a pesar de que en ponencia para segundo debate del Proyecto de Ley n.º 128 de 2000/Cámara, con el cual se pretendió modificar la Ley 600 de 2000, uno de los congresistas sugirió dicha reproducción; petición que fue negada en atención a que ya existía el artículo 68 de la Ley 270 de 1996.

Explicó este interviniente que el Consejo de Estado hace alusión al Decreto Ley 2700 de 1991 como criterio orientador para casos en los que se presenten núcleos fácticos similares. Finalmente expuso su acuerdo con la decisión del Consejo de Estado de reconocer la responsabilidad del Estado cuando la absolución se da por aplicación del principio “*in dubio pro reo*”.

14. La Directora de Asuntos Jurídicos de la Fiscalía General, respecto de las intervenciones de la Procuraduría y la Universidad Libre ratificó que el Consejo de Estado omite el precedente constitucional contenido en la sentencia C-037 de 1996.

Agregó que para efectos de determinar si el Estado es responsable en los asuntos de privación de la libertad es preciso tener en cuenta que la Corte Constitucional ha sostenido que la medida de aseguramiento constituye una “herramienta jurídica natural” que resulta compatible con la Constitución bajo

supuestos de razonabilidad, proporcionalidad, excepcionalidad, provisionalidad y carácter no anticipatorio de la pena.

15. El Director del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia expuso que en el caso se estaba frente a un asunto de relevancia constitucional y que el principio de sostenibilidad fiscal no atiende a las particularidades de un derecho fundamental, sino que es un criterio orientador que deben tener en cuenta los jueces, sin que estos estén obligados a plantear un estudio detallado sobre las implicaciones fiscales de sus fallos.

Precisó que la evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado respecto de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad se podía agrupar en tres etapas. Explicó que la primera de ellas respondía a una teoría restrictiva o subjetiva en la cual dicha responsabilidad estaba condicionada a la demostración del error judicial, con apoyo en el título de falla en la prestación del servicio.

En la segunda etapa el Consejo de Estado incrementó la carga probatoria del demandante en casos diferentes a los previstos en el artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991.

En la tercera etapa se sostiene que la responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad cuando el proceso penal termina con sentencia absolutoria o preclusión de la investigación, bajo los supuestos que regulaba el citado artículo 414 o por la aplicación del *in dubio pro reo*”, pese a que la detención haya cumplido todas las exigencias legales, se entiende que la detención es desproporcionada, inequitativa y rompe con las cargas públicas soportables que una persona debe asumir.

Entiende el interviniente que en la sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013, se adopta un régimen de responsabilidad objetivo bajo el título de imputación, daño especial.

Concluyó que la responsabilidad patrimonial a título de daño especial no supone una aplicación absoluta en eventos de privación injusta de la libertad y, por tanto, debe analizarse, en primer lugar, la falla del servicio y en caso de que no proceda se deberá examinar otros criterios propios de los títulos de imputación daño especial, riesgo excepcional o imputación objetiva.

16. La Dirección Ejecutiva de Administración Judicial a través de apoderada informó que al igual que la Fiscalía General de la Nación tiene un índice alto de procesos de reparación directa por privación injusta de la libertad.

Consideró que es necesario expedir una decisión que unifique los criterios de responsabilidad estatal por la privación injusta de la libertad, de tal manera que se ajusten a la *ratio decidendi* contenida en la C-037 de 1996.

Agregó que la postura del Consejo de Estado al respecto no solo es inconstitucional por transgredir el citado precedente constitucional, sino

también porque transgrede el bloque de constitucionalidad, ya que la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establecen que solo es indemnizable el daño derivado de la privación de la libertad originada en el error judicial o en una detención ilegal, esto es, que afecte los procedimientos legales y convencionales.

Argumentó que considerar que los ciudadanos no están llamados a soportar ninguna detención preventiva ordenada por la autoridad judicial cuando sean absueltos constituye una carga desproporcionada a los jueces penales, en tanto se les exige, desde el inicio del proceso penal, certeza sobre la responsabilidad penal para usar un poder cautelar que el orden jurídico e interamericano autoriza sin tal condicionamiento, sobre todo cuando el procedimiento penal establece un tratamiento especial del material probatorio, cuya valoración está en cabeza del juez de conocimiento y no del juez encargado de imponer la medida.

17. El Presidente de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia expuso que al juez contencioso administrativo le corresponde examinar que la privación de la libertad no haya sido razonada, lo cual implica un examen de razonabilidad sobre la decisión a través de la cual se privó de la libertad a un ciudadano y no una evaluación de acierto porque ello comportaría una suplantación del funcionario judicial.

Explicó que la absolución del procesado puede darse por múltiples razones; por ejemplo, en aplicación de la regla de exclusión la cual impide la valoración de evidencia, que siendo concluyente, se hubiera obtenido con violación de derechos o garantías fundamentales.

Agregó que en otros casos la absolución se da por la actuación de la víctima; verbigracia, en los casos de violencia intrafamiliar en los cuales aquella, amparada en el artículo 33 superior, puede abstenerse de declarar y si no se cuentan con otras pruebas habrá lugar a la absolución.

Lo propio sucede en casos en los cuales la Fiscalía presentó pruebas al Juez con Función de Control de Garantías; sin embargo, para el juicio oral los testigos no están disponibles y, por un descuido, el Fiscal no solicitó sus declaraciones previas como pruebas de referencia para que fueran valoradas por el juez de conocimiento.

Con base en esos ejemplos, afirmó que la absolución de quien estuvo detenido preventivamente no es un parámetro suficiente para establecer la existencia de un daño que deba ser reparado por el Estado, sobre todo en casos de evidencia concluyente, que a pesar de haber sido considerada por el juez de control de garantías para decidir sobre la procedencia de medidas cautelares, no pudo valorarse por el juez de conocimiento.

Resaltó que la prueba que se exige para detener es mucho menos exigente que la requerida para condenar, en tanto para la primera solo se requiere un indicio

grave o un testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad en contra del sindicado o imputado, mientras que para la segunda se requiere pleno conocimiento del delito y de la responsabilidad del acusado, sin que el juez de conocimiento esté atado a la valoración realizada por el instructor en los inicios del proceso.

Finalmente, anotó que este trámite también es una oportunidad para revisar la sentencia C-484 de 2002 que declaró exequible el artículo 2° de la Ley 678 de 2001 que habilita el llamamiento en garantía del servidor judicial al proceso de responsabilidad contra la entidad, dado que no se tiene en cuenta que la acción de repetición presupone la existencia de una condena en contra del Estado.

## V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

### Competencia

1. La Sala Plena de la Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones proferidas dentro de las acciones de tutela de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución, y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto Estatutario 2591 de 1991.

### Planteamiento del problema jurídico

2. De conformidad con los antecedentes señalados le corresponde a la Sala Plena establecer si en el expediente **T-6.304.188** el Consejo de Estado incurrió en un defecto sustantivo al aplicar un régimen de responsabilidad objetiva para resolver una demanda de reparación directa interpuesta por quien había sido privado de la libertad y posteriormente absuelto en virtud del principio *in dubio pro reo*, con lo cual se considera que se desconoció el precedente de la sentencia C-037 de 1996 sobre la responsabilidad del Estado en materia de privación injusta de la libertad consagrada en el artículo 68 de la Ley Estatutaria 270 de 1996, además de acudir a los supuestos fácticos del derogado artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991, vulnerando de esa manera los derechos al debido proceso y a la igualdad, así como el principio de sostenibilidad fiscal.

3. La Sala también deberá definir si en el expediente **T-6.390.556** el Tribunal Administrativo de Cundinamarca incurrió en un defecto orgánico al asumir en primera instancia la decisión de un asunto resuelto por un juzgado administrativo del circuito, en lugar de desatar el recurso de apelación; así como en un defecto fáctico al no valorar la prueba documental allegada al proceso de reparación directa por no estar autenticada aun cuando en la segunda instancia no se exigió dicho requisito formal.

Además, se deberá establecer si el Consejo de Estado, al resolver un proceso de reparación directa por quien había sido privada de la libertad y posteriormente absuelta por atipicidad subjetiva, incurrió en un defecto sustantivo al aplicar la causal excluyente de responsabilidad estatal “*culpa exclusiva de la víctima*”, desconociendo su precedente de unificación del 17 de

octubre de 2013, según el cual debe aplicarse un régimen objetivo para definir la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad.

4. De estos interrogantes se deriva una necesidad común que consiste en establecer si de acuerdo con el artículo 90 de la Constitución y la interpretación de la sentencia C-037 de 1996 respecto del artículo 68 de la Ley Estatutaria 270 de 1996, para decidir un proceso de reparación directa por la privación injusta de la libertad, se debe aplicar un único régimen de responsabilidad.

5. Para cumplir este propósito se abordarán los siguientes tópicos: (i) procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales; (ii) igualdad en las decisiones judiciales; (iii) breve reseña histórica de la responsabilidad del Estado y antecedentes legislativos sobre la misma cuando tiene lugar la privación injusta de la libertad; (iv) principios, elementos y regímenes de responsabilidad del Estado (v) fuentes internacionales y legislación comparada sobre la reparación de perjuicios por privación injusta de la libertad; (vi) línea del Consejo de Estado sobre la responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad; (vii) línea de la Corte Constitucional respecto de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad; para finalmente abordar (xi) los casos concretos.

### **Procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia<sup>81</sup>**

6. De la lectura del artículo 86 de la Constitución se desprende que el Constituyente de 1991 no realizó distinción alguna respecto de los ámbitos de la función pública en los cuales los derechos fundamentales podrían resultar vulnerados, por lo que resulta procedente contra los actos y las decisiones expedidas en ejercicio de la función jurisdiccional.

Ha señalado la Corte<sup>82</sup> que esa regla se deriva del texto de la Constitución Política en concordancia con la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>83</sup> y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>84</sup>, los cuales establecen que toda persona podrá hacer uso de mecanismos judiciales ágiles y efectivos que los ampare contra la amenaza o violación de los derechos fundamentales, aun si esta se causa por quienes actúan en ejercicio de funciones oficiales.

7. Ahora bien, en la sentencia C-543 de 1992 la Corte declaró inexecutable los artículos 11 y 40 del Decreto Estatutario 2591 de 1991 que admitían la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. En esta decisión se consideró que aunque los funcionarios judiciales son autoridades públicas, dada la importancia de principios como la seguridad jurídica, la cosa juzgada constitucional y la autonomía e independencia judicial, la procedencia

---

<sup>81</sup> La base argumentativa expuesta en este capítulo hace parte de las sentencias SU-917 de 2010, SU-195 de 2012, SU-515 de 2013, SU-769 de 2014 y SU-336 de 2017. Por tanto, mantiene la postura uniforme y reciente de esta Corporación sobre la materia.

<sup>82</sup> Ver, sentencias T-792 de 2010, T-511 de 2011 y SU-773 de 2014.

<sup>83</sup> Artículo 25. Aprobada mediante la Ley 16 de 1972

<sup>84</sup> Artículo 2. Aprobado mediante la Ley 74 de 1968

de la acción de tutela era factible solo en relación con “*actuaciones de hecho*” que impliquen una grave vulneración a los derechos fundamentales.

Posteriormente, la Corte acuñó el término “*vía de hecho*” para abordar el estudio de casos respecto de los cuales se advertía un proceder arbitrario que vulneraba derechos fundamentales<sup>85</sup> por “*la utilización de un poder concedido al juez por el ordenamiento para un fin no previsto en la disposición (defecto sustantivo), o en el ejercicio de la atribución por un órgano que no es su titular (defecto orgánico), o en la aplicación del derecho sin contar con el apoyo de los hechos determinantes del supuesto legal (defecto fáctico), o en la actuación por fuera del procedimiento establecido (defecto procedimental)*”<sup>86</sup>.

8. El desarrollo de la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales tuvo una nueva dimensión en la sentencia C-590 de 2005 a través de la cual la Corte declaró inexecutable la expresión “*ni acción*”, contenida en el artículo 185 de la Ley 906 de 2004, que impedía ejercer la acción de tutela contra decisiones de casación en materia penal.

Esta nueva dimensión abandonó la expresión “*vía de hecho*” e introdujo “*criterios de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales*”, los cuales fueron distinguidos como de carácter general y de carácter específico. Los primeros constituyen restricciones de índole procedimental o parámetros imprescindibles para que el juez de tutela aborde el análisis de fondo y fueron clasificados así:

“24. Los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales son los siguientes:

a. *Que la cuestión que se discuta resulte de evidente **relevancia constitucional**. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa por qué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.*

b. *Que se hayan **agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada**, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción*

<sup>85</sup> Ver sentencia T-079 de 1993.

<sup>86</sup> Ver sentencias T-231 de 1994, T-008 de 1998, T-260 de 1999.

constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

c. *Que se cumpla el requisito de la **inmediatez**, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.*

d. *Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.*

e. *Que la parte actora **identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados** y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.*

f. *Que no se trate de sentencias de tutela. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas”. (Resaltado fuera de texto).*

Los segundos -requisitos específicos-, aluden a los yerros judiciales que se advierten en la decisión judicial y tornan inexorable la intervención del juez de tutela. Esos fueron denominados “*causales especiales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales*”, y se explicaron en los siguientes términos:

*“a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.*

*b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.*

*c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.*

*d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.*

*f. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.*

*g. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.*

*h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.*

*i. Violación directa de la Constitución”.*

9. Ahora bien, teniendo en cuenta los problemas jurídicos planteados es necesario ampliar la conceptualización realizada y recordar los criterios que permiten definir si una decisión se expidió contraviniendo las reglas de competencia; la existencia de fallas probatorias o si se advierte un defecto material o sustantivo por desconocimiento del precedente.

10. **Defecto orgánico.** Tiene como fuente principal el artículo 121 de la Constitución, el cual dispone que las autoridades del Estado solo pueden ejercer las funciones que les asigna la Constitución y la ley. Ahora bien, ese postulado se complementa, para el caso de los jueces, con lo dispuesto en el artículo 29, *ibídem*, el cual establece que los ciudadanos deben ser juzgados por juez o tribunal competente, esto es, por quien la Constitución o la ley le asignó el conocimiento de un determinado proceso, en otras palabras, por el **juez natural**.

La Corte, además de precisar esas fuentes, también ha establecido su relación con el derecho al acceso a la administración de justicia, anotando<sup>87</sup> que exige: “(i) la preexistencia del juez, (ii) la determinación legal y previa de su competencia en abstracto, incluso si es una competencia especial o por fuero, y (iii) la garantía de que no será excluido del conocimiento del asunto, una vez ha asumido regularmente competencia<sup>88</sup>, aunque una modificación legal de competencia pueda significar un cambio de radicación del proceso en curso, sin que se entienda que se desconoce el derecho al juez natural, al tratarse de una “garantía no absoluta y ponderable”<sup>89</sup>.

El desarrollo jurisprudencial también explica que este defecto puede presentarse no solo por desconocer el factor funcional, esto es, cuando se actúa sin que una norma otorgue facultad para ello; sino también por el factor temporal si a pesar de tener la competencia el funcionario actúa por fuera del tiempo previsto<sup>90</sup>.

Ahora bien, en cuanto a la procedencia de la acción de tutela para corregir un yerro de este tipo, en la sentencia SU-585 de 2017 se hizo la siguiente recapitulación: “(i) cuando el peticionario se encuentra supeditado a una situación en la que existe una actuación consolidada y no tiene otro mecanismo de defensa, como es el caso de una decisión que está en firme y que fue dada por un funcionario que carecía de manera absoluta de competencia; y (ii) cuando, en el transcurso del proceso, el actor puso de presente las circunstancias de incompetencia absoluta y dicha situación fue desechada por los jueces de instancia, incluso en el trámite de recursos ordinarios y extraordinarios, validándose así una actuación erigida sobre una competencia inexistente”<sup>91</sup>.

**11. Defecto fáctico.** Se erige sobre la malinterpretación de los hechos expuestos en un proceso, la cual deviene de una inapropiada valoración probatoria, bien porque el juez no contaba con pruebas para sustentar sus afirmaciones, ora porque al estimar su valor demostrativo fue arbitrario<sup>92</sup>. La Corte ha dicho que tal arbitrariedad debe ser “de tal magnitud que pueda advertirse de manera evidente y flagrante, sin que quepa margen de objetividad alguno que permita explicar razonablemente la conclusión a la cual llegó el juez<sup>93</sup>. En igual sentido, es imprescindible que tal yerro tenga una trascendencia fundamental en el

---

<sup>87</sup> Sentencia C-537 de 2016, reiterada en la C-585 de 2017.

<sup>88</sup> Esto implica “que una vez asignada –debidamente- competencia para conocer un caso específico, no les sea revocable el conocimiento del caso, salvo que se trate de modificaciones de competencias al interior de una institución”: (...) SU-1184/01.

<sup>89</sup> Sentencia C-755/13 que declaró la constitucionalidad del artículo 625 numeral 8 (parcial) de la Ley 1564 de 201, CGP, que dispone que para el tránsito legislativo, los procesos de responsabilidad médica en curso ante la jurisdicción ordinaria laboral, deberán ser enviados a los jueces civiles, en el estado en el que se encuentren. En esta sentencia, la Corte Constitucional reconoció que la competencia del legislador para diseñar los procesos, le permite variar incluso la competencia de procesos en curso, si persigue un fin legítimo y el medio es adecuado para el mismo. Una medida parecida prevista en el art. 2 del Decreto 2001 de 2002 fue declarada exequible en la sentencia C-1064/02.

<sup>90</sup> SU 770 de 2014, recapitulando las sentencias T-446 de 2007, T-929 de 2008, T-511 de 2011, T-929 de 2012, T-267 y T-309 de 2013.

<sup>91</sup> SU-770/14.

<sup>92</sup> SU-632 de 2017 basándose en las SU-195 de 2012, T-143 de 2011, T-456 de 2010 y T-567 de 1998.

<sup>93</sup> Sentencia T-456 de 2010. Recapitulada en la SU-632 de 2017.

*sentido del fallo, de manera que si no se hubiera incurrido en él, el funcionario judicial hubiera adoptado una decisión completamente opuesta<sup>94</sup>”.*

Para que proceda el amparo, el juez de tutela “*debe indagar si el defecto alegado tiene incidencia en el respeto, vigencia y eficacia de los derechos fundamentales. De no ser así, la posibilidad de controlar errores fácticos debe mantenerse en el marco de los recursos de la legalidad, (...) precisándose que: “las diferencias de valoración en la apreciación de las pruebas no constituyen defecto fáctico pues, si ante un evento determinado se presentan al juez dos interpretaciones de los hechos, diversas pero razonables, le corresponde determinar al funcionario, en el ámbito su especialidad, cuál resulta más convincente después de un análisis individual y conjunto de los elementos probatorios.”*”<sup>95</sup>

**12. Defecto sustantivo.** En la sentencia SU-632 de 2017 se hizo una importante recapitulación en relación con este defecto:

*“3.4. Por otra parte, la Corte ha establecido que el **defecto sustantivo** parte del ‘reconocimiento de que la competencia asignada a las autoridades judiciales para interpretar y aplicar las normas jurídicas, fundada en el principio de autonomía e independencia judicial, no es en ningún caso absoluta’<sup>96</sup>. En consecuencia este defecto se materializa cuando la decisión que toma el juez desborda el marco de acción que la Constitución y la ley le reconocen al apoyarse en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto.’<sup>97</sup>. La jurisprudencia de este Tribunal en diferentes decisiones ha recogido los supuestos que pueden configurar este defecto, así en las sentencias SU-168 de 2017 y SU-210 de 2017, se precisaron las hipótesis en que configura esta causal, a saber:*

*(i) Cuando existe una carencia absoluta de fundamento jurídico. En este caso la decisión se sustenta en una norma que no existe, que ha sido derogada, o que ha sido declarada inconstitucional<sup>98</sup>.*

*(ii) La aplicación de una norma requiere interpretación sistemática con otras que no son tenidas en cuenta y resultan necesarias para la decisión adoptada<sup>99</sup>.*

*(iii) Por aplicación de normas constitucionales pero no aplicables al caso concreto. En este evento, la norma no es inconstitucional pero al ser aplicada al caso concreto vulnera derechos fundamentales, razón por lo que debe ser igualmente inaplicable<sup>100</sup>.*

*(iv) Porque la providencia incurre en incongruencia entre los fundamentos jurídicos y la decisión. Esta situación se configura*

---

<sup>94</sup> Sentencia T-311 de 2009. Recapitulada en la SU-632 de 2017.

<sup>95</sup> Sentencia SU222 de 2016.

<sup>96</sup> Ver sentencia SU-210 de 2017.

<sup>97</sup> Cfr. Sentencia T-156 de 2009. Ver también Sentencias T-008 de 1998 y C-984 de 1999.

<sup>98</sup> Cfr. Sentencias T-158 de 1993, T-804 de 1999 y SU-159 2002.

<sup>99</sup> Cfr. Sentencias T-790 de 2010, T-510 de 2011.

<sup>100</sup> Cfr. Sentencias T-572 de 1994, SU-172 de 2000 y SU-174 de 2007.

*cuando la resolución del juez no corresponde con las motivaciones expuestas en la providencia*<sup>101</sup>.

(v) *Al aplicar una norma cuya interpretación desconoce una sentencia de efectos erga omnes. En esta hipótesis se aplica una norma cuyo sentido contraría la ratio decidendi de una sentencia que irradia sus efectos a todo el ordenamiento jurídico*<sup>102</sup>.

(vi) *Por aplicación de normas abiertamente inconstitucionales, evento en el cual si bien el contenido normativo no ha sido declarado inexecutable, este es abiertamente contrario a la constitución*<sup>103</sup>.

*Adicionalmente, esta Corte ha señalado*<sup>104</sup> *que una autoridad judicial puede incurrir en defecto sustantivo por interpretación irrazonable, en al menos dos hipótesis: (i) cuando le otorga a la disposición jurídica un sentido y alcance que esta no tiene (contraevidente); o (ii) cuando le confiere a la disposición infraconstitucional una interpretación que en principio resulta formalmente posible a partir de las varias opciones que ofrece, pero que en realidad contraviene postulados de rango constitucional o conduce a resultados desproporcionados”.*

En anterior oportunidad, SU-567 de 2015, la Corte había establecido otros eventos constitutivos de defecto sustantivo, a saber: “(e) *con una insuficiente sustentación o justificación de la actuación*<sup>105</sup> *que afecte derechos fundamentales; (f) cuando se **desconoce el precedente judicial***<sup>106</sup> *sin ofrecer un mínimo razonable de argumentación, que hubiese permitido una decisión diferente;*<sup>107</sup> *o (g) cuando el juez se abstiene de aplicar la excepción de inconstitucionalidad ante una violación manifiesta de la Constitución, siempre que se solicite su declaración por alguna de las partes en el proceso.*<sup>108</sup>” (El resaltado es del texto original).

13. De la misma manera, tratándose del desconocimiento del precedente, la Corte también ha dicho que la *ratio decidendi* es el conjunto de razones expuestas en la parte motiva de la sentencia que se erige en la regla definitoria del sentido de la decisión y su contenido específico<sup>109</sup>; en otras palabras, es “*la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. Es, si se quiere, el fundamento normativo directo de la parte resolutive.*”<sup>110</sup>

Ahora bien, en la jurisprudencia constitucional, también se han definido unos criterios que facilitan identificar la *ratio decidendi* de una sentencia que definió la conformidad de una norma a la Constitución: “i) *La razón, en sí misma, es*

<sup>101</sup> Cfr. Sentencia T-100 de 1998.

<sup>102</sup> Cfr. Sentencia T-790 de 2010.

<sup>103</sup> Cfr. Sentencias T-572 de 1994 y SU-159 de 2002.

<sup>104</sup> Cfr. Sentencia T-1095 de 2012.

<sup>105</sup> Sentencias T-114 de 2002 y T- 1285 de 2005.

<sup>106</sup> Ver sentencias T-292 de 2006, SU-640 de 1998 y T-462 de 2003.

<sup>107</sup> Sentencia T-1285 de 2005.

<sup>108</sup> Sentencia T-047 de 2005.

<sup>109</sup> Sentencia T-292 de 2006.

<sup>110</sup> Sentencia SU-047 de 1999.

*una regla con una especificidad tan clara, que permite resolver si la norma juzgada se ajusta o no a la Constitución. Lo que sea ajeno a esa identificación inmediata, no debe ser considerado como ratio del fallo; ii) la razón es asimilable al contenido de regla que implica, en sí misma, una autorización, una prohibición o una orden derivada de la Constitución; y iii) la razón, generalmente, responde al problema jurídico planteado y se enuncia como una regla jurisprudencial que fija el sentido de la norma constitucional, en la cual se basó la Corte para abordar dicho problema jurídico.”<sup>111</sup>*

14. Asimismo, debe tenerse en cuenta que los efectos *erga omnes*, esto es, generales o frente a todas las personas, se predicen, principalmente, de las sentencias a través de las cuales se examina la constitucionalidad de una norma abstracta; sin embargo, no son estas las únicas decisiones que son oponibles a terceros que no fueron parte en el proceso al interior del cual se expiden; por ejemplo, el artículo 189 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA), también le otorga estos efectos a la sentencia que decide la acción de nulidad por inconstitucionalidad.

15. Hechas las anteriores precisiones, la Sala observa que excepcionalmente procede la acción de tutela contra providencias judiciales, lo cual está sujeto a la acreditación de cada uno de los requisitos de carácter general y, por lo menos, una de las causales específicas.

16. De la misma manera, al tratarse de providencias que son el resultado de la interpretación de un órgano de cierre, es preciso abordar los principios de igualdad y seguridad jurídica como asuntos estrechamente vinculados al respeto del precedente y a la procedencia excepcional de la acción de tutela.

### **Los principios de igualdad y seguridad jurídica en las decisiones judiciales**

17. Como se estableció, la observancia de los precedentes judiciales ha sido un criterio de procedencia excepcional de la acción de tutela<sup>112</sup>. Igualmente, la Corte ha señalado que no solo sus precedentes deben respetarse, sino también los expedidos por las demás Cortes; parámetro expuesto desde la sentencia T-193 de 1995. En la sentencia C-335 de 2008 se sostuvo que:

*“De allí que reconocerle fuerza vinculante a la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, redunde en una mayor coherencia del sistema jurídico colombiano, lo cual no se contradice con imperativos de adaptación a los cambios sociales y económicos. De igual manera, la vinculatoriedad de los precedentes garantiza de mejor manera la vigencia del derecho a la igualdad ante la ley de los ciudadanos, por cuanto casos semejantes son fallados de igual manera. Así mismo, la sumisión de los jueces ordinarios a los precedentes sentados por las Altas Cortes asegura una mayor seguridad jurídica para el tráfico jurídico entre los particulares”.*

---

<sup>111</sup> Sentencia T-292 de 2006.

<sup>112</sup> Sentencia T-1031 de 2001

Por su parte, en la sentencia C-816 de 2011 se consideró que las Cortes, al ser órganos de cierre, deben unificar la jurisprudencia en el ámbito de sus jurisdicciones, aserto ratificado en la SU-053 de 2015 en la cual se señaló que, además de asegurar el principio de igualdad, la fuerza vinculante de la jurisprudencia de los órganos de cierre garantiza la primacía de la Constitución, la confianza, la certeza del derecho y el debido proceso.

Ahora bien, la necesidad de imprimirle fuerza vinculante a los precedentes de las Cortes, como se explicó en la mencionada SU-053 de 2015, también toma en cuenta que la interpretación del derecho no es asunto pacífico y, en ese orden, los precedentes de estas corporaciones constituyen una herramienta trascendental en la solución de casos en los cuales las leyes pueden admitir diversas comprensiones en aras de evitar decisiones contradictorias en casos idénticos<sup>113</sup>.

18. Como puede apreciarse, uno de los objetivos principales de la homogeneidad jurisprudencial lo es el principio de igualdad, cuyo fundamento constitucional se encuentra en el artículo 13 superior, el cual tiene varias dimensiones como: (i) *la igualdad formal o igualdad ante la ley*, que depende del carácter general y abstracto de las normas dictadas por el Congreso de la República y de su aplicación impersonal; (ii) *la prohibición de discriminación*, que torna ilegítimo cualquier acto (no solo las leyes) que conlleve una distinción basada en motivos prohibidos por la Constitución, el derecho internacional de los derechos humanos, o bien, la proscripción de distinciones irrazonables; y (iii) *la igualdad material* que impone la adopción de medidas afirmativas para garantizar la igualdad ante circunstancias fácticas desiguales<sup>114</sup>.

Asimismo, la igualdad es valor, principio y derecho fundamental, connotaciones que se deducen de su inclusión en diferentes normas, con objetivos distintos. Como valor está previsto en el preámbulo, como principio en los artículos 19, 42, 53, 70 y 75 y como derecho fundamental en el artículo 13 de la Constitución <sup>115</sup>.

19. La igualdad de trato desde el punto de vista normativo es útil para continuar con el análisis propuesto: la naturaleza vinculante de la jurisprudencia de las altas cortes, así como la igualdad frente a las actuaciones de las autoridades judiciales, comoquiera que el juicio de igualdad no es un asunto exclusivo del legislador, sino que a él debe acudir cuando en virtud de la aplicación de una ley una autoridad administrativa o judicial arriba a conclusiones diferentes en casos en principio análogos.

20. La igualdad frente a las actuaciones judiciales, como se planteó, involucra además, los principios de seguridad jurídica y debido proceso<sup>116</sup>, los cuales son

---

<sup>113</sup> Parámetros que se reiteran en la sentencia C-179 de 2016.

<sup>114</sup> Cfr. Sentencia C-178 de 2014.

<sup>115</sup> Cfr. Sentencia C-250 de 2012.

<sup>116</sup> Ver sentencias C-836 de 2001, C-634 de 2011 y C-816 de 2011.

el punto de partida para lograr que los ciudadanos accedan a un esquema jurídico realmente cohesionado.

Tanto las normas como las decisiones judiciales con las cuales se interpretan y aplican deben ofrecer garantías de certeza y uniformidad, pues solo de esta manera es posible predicar que el ciudadano va a ser tratado conforme al principio de igualdad. La Corte ha explicado que la seguridad jurídica implica que *“en la interpretación y aplicación del derecho es una condición necesaria de la realización de un orden justo y de la efectividad de los derechos y libertades de los ciudadanos, dado que solo a partir del cumplimiento de esa garantía podrán identificar aquello que el ordenamiento jurídico ordena, prohíbe o permite”*<sup>117</sup>.

Ahora bien, la igualdad, como uno de los objetivos de la administración de justicia, no solo se nutre de la seguridad jurídica y el debido proceso, sino también de otros principios que los complementan como la buena fe, que obliga a las autoridades del Estado -los jueces entre ellas- a proceder de manera coherente y abstenerse de defraudar la confianza que depositan en ellas los ciudadanos (art. 83 superior). Sobre estos principios, en la C-836 de 2001<sup>118</sup> se consideró:

*“(…), en un Estado contemporáneo, establecido como social de derecho, en el cual la labor de creación del derecho es compartida, la estabilidad de la ley en el territorio del Estado y en el tiempo no son garantías jurídicas suficientes. En nuestro Estado actual, es necesario que la estabilidad sea una garantía jurídica con la que puedan contar los administrados y que cobije también a la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico. Sólo así se puede asegurar la vigencia de un orden justo (C.P. art. 2º).*

*La certeza que la comunidad jurídica tenga de que los jueces van a decidir los casos iguales de la misma forma es una garantía que se relaciona con el principio de la seguridad jurídica. (...)*

*La previsibilidad de las decisiones judiciales da certeza sobre el contenido material de los derechos y obligaciones de las personas, y la única forma en que se tiene dicha certeza es cuando se sabe que, en principio, los jueces han interpretado y van a seguir interpretando el ordenamiento de manera estable y consistente. Esta certeza hace posible a las personas actuar libremente, conforme a lo que la práctica judicial les permite inferir que es un comportamiento protegido por la ley. (...)*

*En su aspecto subjetivo, la seguridad jurídica está relacionada con la buena fe, consagrada en el artículo 83 de la Constitución, a partir del principio de la confianza legítima. Este principio constitucional garantiza a las personas que ni el Estado, ni los particulares, van a*

---

<sup>117</sup> Cfr. Sentencia C-284 de 2015.

<sup>118</sup> Consideraciones replicadas en las sentencias C-284 de 2015 y SU-336 de 2017.

*sorprenderlos con actuaciones que, analizadas aisladamente tengan un fundamento jurídico, pero que al compararlas, resulten contradictorias. (...). El derecho de acceso a la administración de justicia implica la garantía de la confianza legítima en la actividad del Estado (...) como administrador de justicia. (...) Esta confianza no se garantiza con la sola publicidad del texto de la ley, ni se agota en la simple adscripción nominal del principio de legalidad. Comprende además la protección a las expectativas legítimas de las personas de que la interpretación y aplicación de la ley por parte de los jueces va a ser razonable, consistente y uniforme”.* (Resaltado fuera de texto original).

21. Para alcanzar esa certeza jurídica, la jurisprudencia ha definido diferentes instrumentos: (i) la Constitución establece que la actividad de los jueces está sometida al imperio de la ley, “*lo que constituye no solo una garantía de autonomía e imparcialidad, sino también de igualdad en tanto el punto de partida y llegada de toda la actuación judicial es la aplicación de la ley*”; (ii) la ley contempla criterios de interpretación para resolver las tensiones al comprender y aplicar las normas jurídicas; (iii) la Constitución determinó la existencia de órganos judiciales que tienen entre sus competencias “*la unificación de jurisprudencia como forma de precisar con autoridad y vocación de generalidad el significado y alcance de las diferentes áreas del ordenamiento jurídico*”; (iv) la jurisprudencia constitucional ha incorporado un grupo de doctrinas que, como la cosa juzgada y el deber de respeto del precedente judicial, “*tienen entre sus propósitos garantizar la estabilidad de las decisiones y reglas judiciales fijadas con anterioridad*”; y (v) algunos estatutos como el CPACA incorporan normas que tienen por propósito asegurar la eficacia de la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado a través, por ejemplo, de su extensión (arts. 10 y 102)<sup>119</sup>.

22. De acuerdo con lo dicho, los operadores judiciales han de mantener la misma línea jurisprudencial dado que tal uniformidad permite la realización de los principios mencionados.

Esta obligación también tiene matices, toda vez que a la par de los principios de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima pervive el principio de la autonomía judicial y la necesidad de ajustar tanto el derecho como su interpretación a las realidades sociales que se van imponiendo en garantía de un ordenamiento justo; claro está, con la observancia de las estrictas exigencias que deben cumplirse cuando de modificar o apartarse del precedente se trata<sup>120</sup>.

23. Teniendo en cuenta la relevancia que tiene la jurisprudencia de los órganos de cierre, en tanto con ella se asegura la uniformidad en las decisiones de los jueces y se ofrecen criterios de interpretación que permiten lograr la seguridad jurídica, la tutela contra providencias judiciales de las altas Cortes es más restrictiva, en tanto: “*sólo tiene cabida cuando una decisión riñe de manera abierta con la Constitución y es definitivamente incompatible con la*

---

<sup>119</sup> Sentencia C-284 de 2015.

<sup>120</sup> SU-049 de 1999, C-774 de 2001, C-836 de 2001, C-029 de 2009, C-332 de 2011, T-394 de 2013, SU-515 de 2013, C-500 de 2014 y C-284 de 2015.

*jurisprudencia trazada por la Corte Constitucional al definir el alcance y límites de los derechos fundamentales o cuando ejerce el control abstracto de constitucionalidad, esto es, cuando se configura una anomalía de tal entidad que exige la imperiosa intervención del juez constitucional. En los demás eventos los principios de autonomía e independencia judicial, y especialmente la condición de órganos supremos dentro de sus respectivas jurisdicciones, exigen aceptar las interpretaciones y valoraciones probatorias aún cuando el juez de tutela pudiera tener una percepción diferente del caso y hubiera llegado a otra conclusión.”<sup>121</sup>*

En ese orden, cuando la solicitud de amparo se dirija en contra de una decisión adoptada por una alta Corporación, además de cumplir con los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela y con los especiales de procedibilidad contra providencias judiciales, se debe acreditar una irregularidad que contraría abiertamente los mandatos constitucionales, de tal manera que amerite la intervención urgente del juez de tutela.”<sup>122</sup>

24. Ahora bien, comoquiera que en el caso sometido a examen se planteó que el Consejo de Estado, al interpretar las normas que regulan la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad incurrió en un defecto sustantivo, tanto por el desconocimiento de sus precedentes como de la Corte Constitucional, se hará un breve repaso de los antecedentes que giran entorno de la figura.

### **De los antecedentes de la responsabilidad del Estado. Breve reseña**

25. En sus inicios, el derecho se ocupó de la regulación de las relaciones entre particulares, no habiendo sido pacífico ni temprano el desarrollo de las reglas para definir la relación entre el Estado y los administrados. Esta reticencia normativa respondía a diferentes supuestos: (i) el absolutismo y divinidad de los monarcas; (ii) no existía igualdad entre el Estado y el individuo; (iii) el Estado, al representar al derecho, no podía violarlo; y (iv) los hechos de los funcionarios son propios y no del Estado<sup>123</sup>.

Sin embargo, con la introducción de formas camerales y la revolución francesa, la idea de la indemnización por hechos del Estado empezó a fortalecerse<sup>124</sup>. Es así como después de la segunda mitad del siglo XIX se expide una sentencia trascendental en materia de responsabilidad estatal, conocida como “Fallo Blanco”, la cual no solo sentó unas bases desde el punto de vista sustancial, sino que estuvo precedido de decisiones procesales que también marcaron una pauta para definir la necesidad, no solo de reconocer que tanto los administrados como el Estado tienen derechos, sino, además, de una jurisdicción que resuelva las controversias que surjan de esa interrelación<sup>125</sup>.

---

<sup>121</sup> SU-917 de 2010, reiterada en la SU-050 de 2017.

<sup>122</sup> SU-050 y T-398 de 2017.

<sup>123</sup> **SAAVEDRA BECERRA, Ramiro.** *La responsabilidad extracontractual de la administración pública.* Bogotá, 1ª Edición, cuarta reimpresión, Grupo Editorial Ibañez, 2008, p. 32 y ss.

<sup>124</sup> *Ibidem.*

<sup>125</sup> **LONG, M.** y otros. *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative.* París, Ed. Dalloz, 1993, p.1. citado por SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. *La responsabilidad (...)* pág. 83.

26. En el contexto local, a pesar de la novísima construcción de la república colombiana, debe destacarse que, por ejemplo, la Constitución de 1830 consagró la existencia de una Alta Corte de Justicia encargada, entre otros asuntos, de las controversias que resultaren de los contratos celebrados por el poder ejecutivo o a su nombre; de los recursos de queja interpuestos en contra de las cortes de apelación por abuso de autoridad, omisión, denegación o retardo de la administración de justicia; y de las causas de responsabilidad contra los magistrados de dichas cortes por mal desempeño en el ejercicio de sus funciones.

Debe resaltarse que por el mal desempeño en el ejercicio de sus funciones también se previó responsabilidad de los magistrados de la Alta Corte de Justicia y los demás jueces, variando la competencia para conocer su respectivo juzgamiento.

27. En la Constitución de la Nueva Granada (1832), aunque se mantuvo la idea de la responsabilidad de los funcionarios públicos y se previeron controversias contractuales en las cuales fuera parte el Ejecutivo, no se incluyeron dentro de las competencias de la Corte Suprema de Justicia controversias surgidas por abuso de autoridad, omisión, denegación o retardo de la administración de justicia, aunque se mantuvo la responsabilidad de los funcionarios de dicha Corte y de los demás tribunales, la cual debía ser ventilada ante el Senado y la Corte Suprema de Justicia, respectivamente. Esta nueva distribución de competencias permitía inferir que los defectos en el funcionamiento del poder judicial no serían asuntos estatales, sino personales.

28. En la Constitución de 1886 se consagró, de manera expresa, la responsabilidad del Estado por las expropiaciones que hiciera el Gobierno, por sí, o a través de sus agentes<sup>126</sup>. Introdujo como modificaciones relevantes que el Consejo de Estado no solo era un órgano consultivo y de apoyo administrativo, sino que le correspondía el conocimiento de causas contencioso administrativas<sup>127</sup>; no obstante, se estableció que la Corte Suprema de Justicia tendría competencia para conocer las causas con ocasión de la responsabilidad por infracción de la Constitución o las leyes, o por mal desempeño de sus funciones promovidas contra altos funcionarios del Estado y de los magistrados de los tribunales de justicia<sup>128</sup>.

Asimismo, el artículo 20 estableció que los funcionarios públicos eran responsables ante las autoridades por la extralimitación en sus funciones o por omitir su ejercicio.

---

<sup>126</sup> Art. 33, inc. 3.

<sup>127</sup> Art. 141, num. 3.

<sup>128</sup> Art. 151, num. 7.

Esta Corte<sup>129</sup>, haciendo un repaso de la génesis de la responsabilidad del Estado por la actividad del juez penal, incluyó las siguientes consideraciones del Consejo de Estado<sup>130</sup>:

*“(...) hasta la década de los años ochenta la jurisprudencia del Consejo de Estado siempre afirmó que no era posible deducir responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado a partir de los actos jurisdiccionales, porque los daños que se produjesen por error del juez - se decía -, era el costo que debían pagar los administrados por el hecho de vivir en sociedad<sup>131</sup>, en orden a preservar el principio de la cosa juzgada y, por ende, el valor social de la seguridad jurídica; por manera que la responsabilidad en tales eventos era de índole personal para el juez, en los términos previstos en el artículo 40 del Código de Procedimiento Civil, bajo el presupuesto de que éste haya actuado con “error inexcusable”.*

Ahora bien, de dichas normas no podía deducirse, con la contundencia permitida por el artículo 90 de la Constitución de 1991, que las actuaciones u omisiones de los agentes del Estado estuvieren subsumidas en la responsabilidad estatal; sin embargo, esos antecedentes son destacables por consagrar la posibilidad de poner en entredicho la función estatal y, de manera especial, para lo que es materia de estudio en esta providencia, la actividad judicial.

La actual Constitución establece en el artículo 6° que los servidores públicos serán responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Esta disposición establece que los funcionarios públicos no tienen inmunidad judicial. Por su parte, el artículo 90 contempla un régimen general de responsabilidad estatal al disponer que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

29. De otro lado, la discusión planteada por las partes también gira entorno de la interpretación del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, disposición respecto de la cual se considera pertinente efectuar un recuento de los antecedentes que precedieron su promulgación.

---

<sup>129</sup> Sentencia C-528 de 2003.

<sup>130</sup> Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, sentencia del 14 de marzo de 2002, expediente 25000-23-26-000-1993-9097-01(12076).

<sup>131</sup> Ver: sentencia del 14 de febrero de 1980, expediente 2367 y auto del 26 de noviembre del mismo año, expediente 3062. No obstante, en sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación del 16 de diciembre de 1987, se estableció que la responsabilidad patrimonial del Estado sí resultaba comprometida con ocasión de la actividad jurisdiccional, cuando quiera el juez aún actuando dentro del ejercicio de sus funciones acudiera o incurriera en vías de hecho o irregulares (sic), porque, en tales eventos –se dijo- no se le podía exigir a la víctima del desborde público individualizar al autor mismo de la función mal prestada para poder obtener de éste la reparación del perjuicio sufrido.

Cumpliendo este propósito, el proyecto de la citada ley fue radicado en el Congreso de la República el 30 de agosto de 1994<sup>132</sup>, cuyo conocimiento correspondió a la Comisión Primera Constitucional del Senado. En este compendio inicial, la responsabilidad del Estado se desarrollaba en el artículo 98, cuyo texto era el siguiente:

*“DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO POR LA ACTIVIDAD JUDICIAL Y DE LOS JUECES POR FALTAS PERSONALES: El Estado está obligado a reparar todo daño antijurídico causado por la defectuosa prestación del servicio, siempre y cuando esa responsabilidad le sea imputable por derivarse de faltas graves.*

*En consecuencia, el Estado garantiza patrimonialmente la indemnización plena para las víctimas de daños causados en estos casos, sin perjuicio de la acción de regreso cuyo ejercicio es forzoso cuando, guardando adecuada conexión con el mal funcionamiento del servicio, concurren faltas personales atribuibles a los encargados de prestarlo”.*

Esta norma estaba seguida de los artículos en los cuales se desarrollaba la responsabilidad conexa y la culpa grave, la competencia para conocer de la acción de reparación directa que se derivara de estas falencias, la correspondiente acción de regreso, el ámbito de aplicación de la norma y la adquisición de un seguro por quien se posesionara como administrador de justicia.

Como puede notarse, el proyecto primigenio no incluía un canon normativo dedicado a la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad, ni tampoco fue incluido en la ponencia para primer debate en la cual se mantuvo la misma estructura<sup>133</sup>.

Ahora bien, debe resaltarse que a pesar de mantenerse dicha estructura en el articulado al presentarse el proyecto para el primer debate, se precisó lo siguiente:

*“f. Responsabilidad del Estado y de sus funcionarios y empleados judiciales.*

*Los artículo 98 a 103 del proyecto tratan de este tema sobre el cual existen dos posiciones, a saber:*

*La primera, de quienes afirman que este articulado debe suprimirse y mantenerse únicamente la norma prevista en el artículo 22 del proyecto (23 del Pliego de Modificaciones) que reproduce el artículo 90 de la Constitución para que se la jurisprudencia la que desarrolle este tema.*

*La segunda, de quienes afirman que además de lo previsto en el artículo 90 de la Constitución y del 22 del proyecto (23 del Pliego de*

---

<sup>132</sup> Proyecto de Ley n.º 58 de 1994/Senado n.º 264 de 1995 Cámara. Gaceta del Congreso 135 de 1994.

<sup>133</sup> Gaceta del Congreso n.º 216 del 25 de noviembre de 1994.

*Modificaciones) y sin perjuicio de los desarrollos que la jurisprudencia haga sobre este tema, de todas maneras deben existir unas normas precisas que definan la responsabilidad del Estado y de sus agentes por la acción o la omisión de las autoridades con motivo del ejercicio de la función jurisdiccional y las competencias para el reconocimiento de las acciones tanto de reparación como de las de repetición.*

*Con fundamento en lo anterior, en los artículos 106 a 111 del Pliego de Modificaciones se proponen algunos cambios al articulado presentando, todas las cuales tienen antecedente legal y jurisprudencial al tiempo que se precisa mejor la acción de repetición prevista en el artículo 90 de la Constitución”<sup>134</sup>.*

Y de acuerdo con esa precisión se advierte que el articulado propuesto fue el siguiente:

*“Artículo 106. (Anterior artículo 98). DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO POR LA ACTIVIDAD JUDICIAL Y DE LOS JUECES POR FALTAS PERSONALES. El estado responderá por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, sin perjuicio de la acción de repetición, cuyo ejercicio es forzoso cuando, guardando adecuada conexión con el mal funcionamiento del servicio, concurren faltas personales atribuibles a los encargados de prestarlo.*

*Para los efectos señalados en este artículo existe responsabilidad conexas con el defectuoso funcionamiento del servicio, cuando este último es consecuencia directa de la conducta dolosa o gravemente culposa de los funcionarios judiciales.*

*Artículo 107. (Anterior Art. 99). CULPA GRAVE. Se presume que constituye culpa grave o dolo, entre otras, las siguientes conductas:*

*1) La violación de normas de derecho sustancial o procesal, determinada por error inexcusable.*

*2) El pronunciamiento de una decisión cualquiera, restrictiva de la libertad física de las personas, por fuera de los casos expresamente previstos en la ley o sin la debida motivación.*

*3) La negativa arbitraria o el retardo injustificado del funcionario judicial en la realización de actos propios de su oficio.*

*Parágrafo. Sin perjuicio de lo previsto en el artículo anterior, no dará a lugar a responsabilidad del funcionario la labor que en ejercicio de la función judicial éste haga de interpretación razonada de las normas*

---

<sup>134</sup> Pág. 11, *ibídem*.

jurídicas así como tampoco la prudente valoración que realice de los hechos y las pruebas". (Subrayado fuera del texto original).

En la sesión conjunta de las comisiones primera de Senado y Cámara del 5 de junio de 1995<sup>135</sup> se advierte que la responsabilidad del Estado fue desarrollada en el artículo 65 de la siguiente manera:

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

*En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad*". (Subrayado fuera del texto original).

Durante esa misma sesión se agregaron unos artículos y así aparece el artículo 68, cuyo texto aprobado era el siguiente:

*“Quien haya sido privado injustamente de la libertad, podrá demandar al Estado reparación de perjuicios, para lo cual se observarán las reglas correspondientes del error jurisdiccional y del defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, según el caso*". (Subrayado fuera del texto original).

También se agregó el artículo 70 con el siguiente contenido:

*“El daño se entenderá (sic) como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta (sic) haya actuado con culpa grave o dolo, no haya interpuesto los recursos de ley. En estos eventos se exonerará de responsabilidad al Estado”.*

30. La genética de la norma es útil para señalar que el legislador consideró que la privación injusta de la libertad era diferente al error judicial y al defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, y así fue consignado en el respectivo debate del 14 de junio de 1995<sup>136</sup>, durante el cual el senador Héctor Helí Rojas Jiménez solicitó que se suprimiera la expresión *“para lo cual se observarán las reglas correspondientes del error jurisdiccional y del defectuoso funcionamiento de administración de justicia, según el caso”*, toda vez que, según el mencionado congresista, *“se trata de otra clase de error”*.

Por su parte, el senador Carlos Corsi Otárola solicitó que se adicionara un párrafo en los siguientes términos *“Habrá injusticia en la privación de la libertad, cuando al llevarla acabo (sic) se violen los derechos humanos, sobre el debido proceso”*.

---

<sup>135</sup> Gacetas del Congreso n.º 142 del 9 de junio y 196 del 14 de julio de 1995.

<sup>136</sup> Gaceta del Congreso n.º 183 del 28 de junio de 1995. Pág. 36

El 15 de junio de 1995<sup>137</sup>, la plenaria del Senado aprueba el artículo 67 con el siguiente texto:

*“Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios”.*

En este punto debe precisarse que el senador Rojas Jiménez, en esa misma sesión, había propuesto que el artículo se aprobara en los términos referidos, toda vez que la responsabilidad del Estado se presentaría por tres razones: *“porque la administración de justicia funcione mal, porque el juez cometa un error, o porque se violen (sic) el derecho a la libertad en los procesos”*.<sup>138</sup>

El 16 de junio de 1995<sup>139</sup>, la plenaria de la Cámara de Representantes aprueba el artículo 71 (67 del Senado) en los siguientes términos:

*“Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios”.*

Este mismo texto, pero como artículo 68, es aprobado en sesión Plenaria de la Cámara de Representantes el 20 de junio de 1995<sup>140</sup>. En esa misma fecha<sup>141</sup>, la sesión Plenaria del Senado aprueba dicho artículo con el mismo contenido aprobado por la Plenaria de la Cámara. Este texto se conservó hasta la aprobación de la norma y se ha mantenido vigente con las respectivas interpretaciones judiciales que más adelante se señalarán.

De estos antecedentes se extraen tres conclusiones: (i) el legislador consideró que existían tres tipos de perjuicio, el que se derivaba del error judicial, de la privación injusta de la libertad y del mal funcionamiento del aparato jurisdiccional; (ii) dichas normas no establecieron un título de imputación para definir la responsabilidad del Estado y (iii) durante el debate se plantearon cuestiones que si bien no quedaron integradas en el texto normativo **dejan en evidencia que en algunos momentos se pretendió vincular los tres tipos de formas de daño con aspectos subjetivos.**

31. Ahora bien, para definir el alcance de esta norma también es necesario abordar brevemente los principios y elementos que caracterizan la responsabilidad del Estado, así como sus regímenes.

### **Principios y elementos que gobiernan la responsabilidad extracontractual del Estado**

32. De manera previa a la exposición de los antecedentes de la Corte Constitucional respecto de la interpretación del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, así como de la jurisprudencia constitucional que permitirá definir el

---

<sup>137</sup> Gaceta del Congreso n.º 167 del 17 de junio de 1995.

<sup>138</sup> Gaceta del Congreso n.º 184 del 28 de junio de 1995.

<sup>139</sup> Gacetas del Congreso n.º 173 del 21 de junio y 178 del 23 de junio de 1995.

<sup>140</sup> *Ibidem*.

<sup>141</sup> Gaceta del Congreso n.º 180 del 27 de junio de 1995.

asunto, es necesario acudir a los postulados constitucionales, así como a los elementos que fundan la responsabilidad del Estado.

**33. Los principios.** En primer lugar, debe anotarse que el artículo 90 de la Constitución establece el régimen general de responsabilidad extracontractual del Estado; sin embargo, este precepto es el resultado del entendimiento sistemático de varias disposiciones constitucionales, entre ellas, el preámbulo en el cual se hallan fuentes que sustentan la posibilidad de que el Estado responda patrimonialmente por los daños causados a los particulares<sup>142</sup>.

Para la Corte, este acápite constitucional es un fundamento de la responsabilidad estatal, pues en él se introduce como propósito del pueblo colombiano asegurar a sus integrantes la justicia dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que, a su vez, garantice un orden económico y social justo.

Este Tribunal entiende que estos dictados apuntan a que cualquier persona que haya sufrido un daño y, por esta razón, su situación sea injusta y vea frustradas sus perspectivas de progreso personal, económico y/o social, tenga la posibilidad de obtener un resarcimiento de los perjuicios y, con ello, adquiera la expectativa de recuperar las condiciones de vida que tenía antes del suceso dañoso.

El Estado, como agente con capacidad para participar en la causación de daños, no escapa de la posibilidad de estar en uno de los extremos de la relación que surge cuando se presenta un daño y, en esa medida, también participa, de hecho con significativa preponderancia, del propósito de justicia y orden económico y social justo.

Estos presupuestos también permiten afirmar que la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia obedece a la aplicación del concepto de justicia correctiva, la cual tiene como norte rectificar la injusticia que una parte le inflige a otra<sup>143</sup>. La inclusión como valores de la justicia y la igualdad ratifica que el sistema jurídico al cual aspiró el Constituyente de 1991 sería el resultado de “*un conjunto de justificaciones internamente coherentes y justas*”<sup>144</sup>.

En esa misma línea, los artículos 2º, 6º y 229 de la Constitución, orientan el régimen general de responsabilidad estatal. La primera disposición, además de hacer imperativa –efectiva- la materialización de los derechos y el deber de las autoridades de velar por los mismos<sup>145</sup>, constituye un presupuesto de responsabilidad en caso de incumplimiento de tales deberes.

---

<sup>142</sup> Cfr. SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. *La responsabilidad extracontractual..* cit., p. 193

<sup>143</sup> WEINRIB, Ernest J. “Responsabilidad extracontractual como justicia correctiva” en *La filosofía de la Responsabilidad Civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual.* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 328.

<sup>144</sup> *Ibidem..* p. 333.

<sup>145</sup> Cfr. SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. *La responsabilidad extracontractual...,* cit., p. 193

Por su parte, el artículo 6° contempla la responsabilidad de los servidores públicos por infringir la Constitución y las leyes, así como por omisión o extralimitación de sus funciones. Asimismo, el artículo 229 es un parámetro que atraviesa múltiples principios constitucionales, en tanto consagra la posibilidad de acceder al servicio público de administración de justicia y, por consiguiente, se erige en la herramienta constitucional más importante para lograr la eficacia de los principios que gobiernan el ejercicio de los derechos fundamentales. A estos preceptos normativos deben agregarse otros como el derecho a la propiedad privada, la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos<sup>146</sup> y la buena fe que se presume en las actuaciones de las autoridades públicas<sup>147</sup>.

Finalmente, es necesario indicar que los principios que irradian la administración pública –art. 209 C. Pol.-- deben estar incluidos en el conjunto de parámetros que le dan sustento a la responsabilidad extracontractual del Estado<sup>148</sup> en tanto constituyen prenda del adecuado cumplimiento de sus fines y deberes.

### **Los elementos de la responsabilidad del Estado**

34. El resarcimiento del patrimonio de los particulares cuando ha sido afectado por la presunta actuación u omisión de una autoridad pública<sup>149</sup> depende de la demostración de tres elementos, a saber: (i) la existencia de un daño antijurídico, esto es, un perjuicio que el ciudadano no tenía la carga de soportar<sup>150</sup>; (ii) una acción u omisión imputable al Estado y (iii) un nexo de causalidad<sup>151</sup>. Ahora bien, estos conceptos han sido recientemente rememorados por la Sección Tercera del Consejo de Estado así:

*“El daño consiste en el menoscabo del interés jurídico tutelado y la antijuridicidad en que él no debe ser soportado por el administrado, ya sea porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o, porque es “irrazonable,” sin depender “de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración.”<sup>152</sup>. //*

*La imputación no es otra cosa que la atribución fáctica y jurídica que del daño antijurídico se hace al Estado, de acuerdo con los criterios que se elaboren para ello, como por ejemplo la falla del servicio, el desequilibrio de las cargas públicas, la concreción de un riesgo excepcional, o cualquiera otro que permita hacer la atribución en el caso concreto.”<sup>153</sup>*

*“Acreditados el daño y las fallas invocadas en la demanda, corresponde a la Sala determinar si el primero es imputable a las segundas, es decir,*

---

<sup>146</sup> Sentencias C-832 de 2002 y C-597 de 2014.

<sup>147</sup> Sentencia T-399 de 20014. Cfr. C-644 de 2011 y C-832 de 2002.

<sup>148</sup> *Ibidem*. Págs. 193 y ss.

<sup>149</sup> Artículo 90 de la Constitución.

<sup>150</sup> Sentencias C-430 de 2000, C-100 de 2001 y T-135 de 2012.

<sup>151</sup> Sentencias C-644 de 2011 y SU-443 de 2016.

<sup>152</sup> Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

<sup>153</sup> Sentencia del 21 de febrero de 2018, expediente 73001-23-31-000-2009-00076-01(42459), Subsección C.

*lo que en lenguaje jurídico se ha denominado tradicionalmente como el nexa de causalidad”<sup>154</sup> Negrilla original)*

En este punto se precisa que estos tres elementos son consustanciales a cualquier proceso de verificación de responsabilidad del Estado independientemente del título de imputación que se utilice para definirla, pues la diferencia entre ellos surge del contexto en el cual se presenta el daño y de la necesidad o no de efectuar análisis sobre la acción o la omisión que desencadenó el perjuicio.

Lo anterior fuerza una breve alusión a los regímenes de imputación de los cuales se sirven los jueces administrativos a la hora de definir si este debe reparar a un ciudadano por un hecho u omisión de alguno de sus agentes.

### **Los regímenes de responsabilidad del Estado**

35. Las entidades del Estado, como sujetos de derechos y obligaciones,<sup>155</sup> pueden ser potenciales causantes de daños a los administrados y, por tanto, también susceptible de soportar una imputación, figura entendida como el fenómeno jurídico que *“se produce automáticamente una vez que se prueba la relación de causalidad existente entre la actividad del sujeto productor del daño y el perjuicio producido”<sup>156</sup>.*

El ordenamiento jurídico colombiano prevé en el artículo 90 de la Constitución un régimen general de responsabilidad estatal de la siguiente manera:

*“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.*

*En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”.*

El texto de la disposición contiene un planteamiento general de la posibilidad que tiene un ciudadano de reclamar del Estado la reparación de los perjuicios que se le hubieren generado por la acción u omisión de las autoridades públicas, sin que se definan cuáles deben ser los títulos de atribución de esa responsabilidad.

Ahora bien, cuando la atribución de responsabilidad tiene como destinatario al Estado, la misma no responde a los mismos criterios establecidos para definirla en el caso de los particulares, ya que en tal caso priman otros criterios: (i) que

---

<sup>154</sup> Sentencia del 7 de febrero de 2018, expediente 73001-23-31-000-2008-00100-01(40496), Subsección B.

<sup>155</sup> Sentencias C-1096 de 2001, C-619 de 2002 y C-957 de 2014.

<sup>156</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, 7ª, Madrid, Ed. Civitas Ediciones, S.L, 2000, p. 383.

la función estatal se haya cumplido anormalmente; (ii) que ante la creación de un riesgo, se hayan observado los límites del mismo; y (iii) que se haya guardado el equilibrio de las cargas que deben asumir los ciudadanos frente al ejercicio de una actividad estatal legítima.

En otras palabras, la responsabilidad del Estado podrá establecerse a partir de tres regímenes de responsabilidad, los cuales, aunque no han sido definidos legalmente, se han desarrollado de la manera como se expone:

**(i) La falla del servicio.** Este título de imputación ha sido entendido tradicionalmente como el equívoco, nulo o tardío funcionamiento del servicio público<sup>157</sup>; sin embargo, la comprensión que se le ha dado al régimen de falla del servicio a partir de la expedición de la Constitución de 1991, ha variado, para ser considerada como la violación de una obligación a cargo del Estado<sup>158</sup>, lo cual apareja que su naturaleza sea **subjetiva**, pues implica un reproche abstracto de la conducta estatal, sin el análisis de la culpa o el dolo en la conducta particular del agente estatal<sup>159</sup>.

Ahora bien, la Corte entiende que este régimen no puede ser explicado al margen del concepto de daño antijurídico y con ello se introduce una modificación de tal noción, en tanto el fundamento de la responsabilidad no es la calificación de la conducta de la administración, sino del daño que ella causa, es decir, si cualquier actuar público produce un perjuicio en quien lo padece, y no estaba obligado a soportarlo<sup>160</sup>.

La comprensión que esta Corporación tiene de la falla del servicio que se encuentra inmersa en el artículo 90 de la Constitución, permite estimar que la misma se presentará sin consideración exclusiva a una causa ilícita y, en tal virtud, también podrá considerarse la existencia de un daño antijurídico a partir de una causa lícita<sup>161</sup>, con lo cual se allana el camino para la introducción de los otros dos regímenes que se mencionarán a continuación.

**(ii) El riesgo excepcional.** Este título de imputación se aplica cuando el Estado ejecuta una actividad lícita riesgosa o manipula elementos peligrosos, verbigracia, el uso de armas de fuego o la conducción de vehículos, y en ejercicio de dicha ejecución produce daños a terceros, quienes, de cara a la solicitud de indemnización, deben acreditar la producción de un daño antijurídico y la relación de causalidad entre este y la acción u omisión de la entidad pública demandada<sup>162</sup>, lo que sugiere que este régimen de imputación,

---

<sup>157</sup> PAUL DUEZ. *La responsabilité de la puissance publique*. 2ª ed. París, Dalloz, 1938, p. 20, citado por HENAO, Juan Carlos. “La noción de la falla del servicio como violación de un contenido obligacional a cargo de una persona pública en el derecho colombiano y en el derecho francés” en *Estudios de derecho civil, obligaciones y contratos*. Tomo III. Bogotá. Universidad Externado de Colombia 2003, p. 62, citados, a su vez por M’CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia. “Responsabilidad del Estado por daños causados por actos violentos de terceros” en *La filosofía de la Responsabilidad Civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual*. Edición de Carlos Bernal Pulido y Jorge Fabra Zamora. Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 517.

<sup>158</sup> HENAO, Juan Carlos. “La noción de la falla...”, cit., p. 57 a 114, citado a su vez por M’CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia. “Responsabilidad del Estado ...”, cit., p. 518.

<sup>159</sup> M’CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia. “Responsabilidad del Estado ...”, cit., 518

<sup>160</sup> Sentencia C-043 de 2004.

<sup>161</sup> Sentencia C-043 de 2004, de conformidad con lo dicho por el Consejo de Estado en sentencia del 8 de marzo de 2001. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. En el mismo sentido la sentencia C-957 de 2014.

<sup>162</sup> SU-449 de 2016.

al no exigir el examen de la conducta del agente estatal se inscribe en un sistema de responsabilidad, objetivo.

**(iii) El daño especial.** Esta tipología de responsabilidad opera cuando el Estado, en ejercicio de una actividad legítima, desequilibra las cargas públicas que deben soportar los administrados<sup>163</sup>. Su naturaleza es objetiva comoquiera que para su materialización no exige que el acto estatal haya sido ilegal, lo cual, necesariamente, excluye la posibilidad de efectuar señalamientos de orden subjetivo.

De este régimen la jurisprudencia del Consejo de Estado predica un mayor juicio de equidad, en tanto el mismo tiene como finalidad reparar el sacrificio que un ciudadano ha debido soportar en pro del bienestar general<sup>164</sup>. Por su parte, la Corte ha considerado que en tales casos *“la sociedad está obligada a indemnizar el daño excepcional o anormal ocurrido como consecuencia de la actividad lícita del Estado, toda vez que rompería con el principio de equidad que dicha actividad perjudicare sólo a algunos individuos”*<sup>165</sup>.

### **Fuentes internacionales sobre la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad**

36. En este punto es necesario destacar que el Estado colombiano ha respondido a los estándares internacionales en materia de responsabilidad estatal y, específicamente, cuando la misma deviene de la privación injusta de la libertad.

Esos estándares, debe decirse, han sido adoptados por Colombia con independencia de los títulos de atribución. De esta manera, incluso antes de la entrada en vigencia del artículo 90 de la Constitución y de las demás leyes ordinarias que han regulado la responsabilidad del Estado por la actividad judicial, la jurisdicción contaba con herramientas normativas que le permitían asumir este tipo de controversias.

Esas herramientas eran, por ejemplo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada durante la IX Conferencia Internacional Americana de 1948, que en el artículo 25 prohíbe la detención arbitraria e impone un tratamiento procesal y carcelario, digno. Esta misma prohibición está prevista en el artículo 9° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, a través de Resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH), dispone en el artículo 7° que la privación de la libertad solo puede darse en virtud de causas previstas en las constituciones y leyes, además prohíbe las

---

<sup>163</sup> SU-443 de 2016. En la misma, la Corte adopta los derroteros que ofrece el Consejo de Estado en sentencia del de 25 de septiembre de 1997. Exp: 10.392. Consejero Ponente:

<sup>164</sup> *Ibidem*.

<sup>165</sup> Sentencia C-254 de 2003.

detenciones o encarcelamientos arbitrarios e impone un proceso célere, al consagrar que toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial (art. 10).

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 9° no solo contempla la prohibición de las detenciones arbitrarias, sino que define presupuestos legales y procesales imperativos que deben observarse con ocasión de la privación de la libertad, así como el derecho a la reparación de quien ha sido arbitrariamente detenido.

De este compendio también hace parte uno de los primeros faros en materia de derechos humanos, cual es la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, cuyos artículos 1°, 4° y 11 ofrecen importantes directrices conceptuales respecto del derecho a la libertad, postulado que es transversal a los preceptos mencionados; por ello, debe entenderse como el eje medular de la creación de un sistema de responsabilidad estatal por acciones u omisiones que comprometan injustamente el derecho a la libertad.

Todos estos instrumentos internacionales, salvo el primero -Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre- tienen como elemento común expreso la existencia de un recurso judicial efectivo que le permita a la persona privada de la libertad desvirtuar las condiciones que dieron origen a su encarcelamiento.

Para la Sala, aunque no todos estos dispositivos contemplen de manera explícita la posibilidad de reclamar del Estado una reparación cuando se constate que la privación de su libertad inobservó las reglas correspondientes, una lectura sistemática con las normas internas del Estado colombiano permite aceptar que el sistema normativo de protección del derecho a la libertad, solo puede considerarse completo en tanto exista la posibilidad de obtener indemnización de los perjuicios causados por la privación de la libertad, cuando se acredite que la misma fue arbitraria.

También es necesario mencionar que estos preceptos están permeados por la posibilidad que tienen los Estados de restringir el derecho a la libertad bajo circunstancias especialísimas, lo cual apareja, como se deduce de las normas traídas a colación, la obligación que tienen aquellos de consagrar en sus respectivas legislaciones las situaciones y las reglas que deben observarse para el ejercicio legítimo de esa potestad estatal.

37. Así las cosas, los dispositivos normativos internacionales están revestidos, expresamente, de tres elementos comunes: el primero, la libertad como bien inalienable de las personas; el segundo, la obligación de los Estados de tener dispositivos normativos que regulen los recursos judiciales a través de los cuales el ciudadano pueda rebatir la afectación de su libertad y que tengan la vocación de restablecerla; y el tercero, un sistema normativo que defina con precisión las circunstancias y reglas a partir de las cuales se puede restringir el derecho a la libertad.

Dicha comprensión del alcance de estos preceptos también se extrae de algunos pronunciamientos del órgano jurisdiccional que define la responsabilidad estatal en materia de derechos humanos en la región americana; por ejemplo, en el caso *Yarce y otras vs. Colombia*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), rememoró e hizo las siguientes precisiones sobre el artículo 7° de la CADH<sup>166</sup>, que se reproducen *in extenso* dada su relevancia para el asunto en estudio:

*“(...) tiene dos tipos de regulaciones bien diferenciadas entre sí, una general y otra específica. La general se encuentra en el primer numeral: “[t]oda persona tiene el derecho a la libertad y a la seguridad personales”. Mientras que la específica está compuesta por una serie de garantías que protegen el derecho a no ser privado de la libertad ilegalmente (artículo 7.2) o arbitrariamente (artículo 7.3), a conocer las razones de la detención y los cargos formulados en contra del detenido (artículo 7.4), al control judicial de la privación de la libertad (artículo 7.5) y a impugnar la legalidad de la detención (artículo 7.6). Cualquier violación de los numerales 2 al 7 del artículo 7 de la Convención acarreará necesariamente la violación del artículo 7.1 de la misma<sup>167</sup>.*

(...)

*Si la normativa interna, tanto en el aspecto material como en el formal, no es observada al privar a una persona de su libertad, tal privación será ilegal y contraria a la Convención Americana, a la luz del artículo 7.2<sup>168</sup>.*

*140. En lo que respecta a la alegada arbitrariedad referida en el artículo 7.3 de la Convención, la Corte ha establecido que ‘nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que -aun calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad’<sup>169</sup>. En este sentido, la arbitrariedad de la que habla el artículo 7.3 convencional tiene un contenido jurídico propio, cuyo análisis, en principio, sólo es necesario cuando se trata de detenciones consideradas legales<sup>170</sup>. No obstante, como ha expresado este Tribunal,*

*“se requiere que la ley interna, el procedimiento aplicable y los principios generales expresos o tácitos correspondientes sean, en sí mismos,*

---

<sup>166</sup> Sentencia del 22 de noviembre de 2016.

<sup>167</sup> Cfr. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párrs. 51 y 54, y *Caso Espinoza González Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289, párr. 106.

<sup>168</sup> Cfr. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador, supra*, párr. 57, y *Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275, párr. 126.

<sup>169</sup> Cfr. *Caso Gangaram Panday Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 16, párr. 47, y *Caso Galindo Cárdenas y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 02 de octubre de 2015. Serie C No. 301, párr. 198.

<sup>170</sup> Cfr., en el mismo sentido, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, supra*, párrs. 93 y 96, y *Caso Wong Ho Wing Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C No. 297, párr. 238.

*compatibles con la Convención*<sup>171</sup>. Así, no se debe equiparar el concepto de “arbitrariedad” con el de “contrario a ley”, sino que debe interpretarse de manera más amplia a fin de incluir elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad”<sup>172</sup>.

(...)

158. Si bien la detención se llevó a cabo en un contexto de estado de conmoción y luego de la realización de la Operación Orión, no ha sido presentada a este Tribunal prueba alguna que evidencie la existencia de un acto que diera cuenta de una motivación suficiente sobre las supuestas finalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la privación de libertad que sufrieron las tres presuntas víctimas durante los nueve días que permanecieron detenidas. En efecto, la Resolución del Fiscal Especializado de 13 de noviembre de 2002, mediante la cual ordenó la apertura de la instrucción y en el resolutivo tercero dejó a disposición del Fiscal a las retenidas en los calabozos de la SIJIN con boleta de encarcelamiento para ser llevadas a la cárcel de Mujeres El Buen Pastor de la ciudad de Medellín, no señala fundamento o justificación alguna por la cual se requiriera que ellas fueran privadas de su libertad. El punto resolutivo tercero, como el resto del texto de esa Resolución, no estableció la base suficiente para dar cuenta de la supuesta necesidad de la medida, en tanto no explica, como tampoco lo hace ningún otro medio de prueba allegado a la Corte, por qué habría resultado preciso que las detenidas debieran permanecer privadas de la libertad. Tampoco indicó la existencia de otras medidas menos lesivas a la luz de las condiciones en que ocurrió la aprehensión. Al respecto, la Corte ha considerado que “cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención”<sup>173</sup>.

Este caso tiene una connotación especial puesto que la detención de las víctimas se presentó durante un estado excepcional que permitía el relajamiento de los requisitos legales para privar de la libertad a un ciudadano; no obstante, esas particularidades, de las aclaraciones expuestas por la Corte se entiende que: (i) una detención puede ajustarse a los requisitos legales y aun así ser arbitraria; (ii) entorno del derecho a la libertad personal gravitan las garantías judiciales<sup>174</sup> y la dignidad de las condiciones de encarcelamiento; y (iii) para definir si una detención es arbitraria deben efectuarse valoraciones sobre la finalidad idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida, exigencias vinculadas, además, con una motivación suficiente.

---

<sup>171</sup> Cfr. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, supra, párr. 91, y Caso Wong Ho Wing Vs. Perú, supra, párr. 238.

<sup>172</sup> Cfr. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, supra, párr. 92, y Caso Wong Ho Wing Vs. Perú, supra, párr. 238.

<sup>173</sup> Cfr. Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137, párr. 128, y Caso Argüelles y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 288, párr. 120.

<sup>174</sup> También sentencia del 5 de octubre de 2015 en el caso López Lone y otros vs Honduras.

Ahora bien, sobre el segundo entendimiento, debe anotarse que en el caso Galindo Cárdenas y otros contra Perú<sup>175</sup> se estimó que una detención ilegal, esto es, una que se impone sin respetar la normativa que regula la imposición de la medida también merece reproche a la luz de la Convención.

Respecto del tercer entendimiento, en el caso Pollo Rivera y otros vs. Perú<sup>176</sup> explicó que:

*“121. En virtud de los artículos 7.2, 7.3, 7.5 y 8.2 de la Convención, la regla general debe ser la libertad del imputado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal, ya que éste goza de un estado jurídico de inocencia. En casos excepcionales, el Estado podrá recurrir a una medida de encarcelamiento preventivo a fin de evitar situaciones que pongan en peligro la consecución de los fines del proceso (la necesidad de asegurar que el detenido no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia). Para que una medida privativa de libertad se encuentre en concordancia con las garantías consagradas en la Convención, su aplicación debe conllevar un carácter excepcional y respetar el principio de presunción de inocencia y los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática<sup>177</sup>.*

*122. La Corte ha precisado también las características que debe tener una medida de detención o prisión preventiva para ajustarse a las disposiciones de la Convención Americana, que en lo relevante para el presente caso son las siguientes:*

- a) Es una medida cautelar y no punitiva: debe estar dirigida a lograr fines legítimos y razonablemente relacionados con el proceso penal. No puede convertirse en una pena anticipada ni basarse en fines preventivos-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena.*
- b) Debe fundarse en elementos probatorios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso ha participado en el ilícito que se investiga. La sospecha debe estar fundada en hechos específicos, no en meras conjeturas o intuiciones abstractas.*
- c) Está sujeta a revisión periódica: no debe prolongarse cuando no subsistan las razones que motivaron su adopción, por lo que las autoridades deben valorar periódicamente si se mantienen las causas de la medida y la necesidad y la proporcionalidad de ésta y que el plazo de la detención no haya sobrepasado los límites que imponen la ley y la razón.*

---

<sup>175</sup> Sentencia del 2 de octubre de 2015, además Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador, párr. 57, y Caso Wong Ho Wing Vs. Perú, párr. 237.

<sup>176</sup> Sentencia del 21 de octubre de 2016.

<sup>177</sup> Este párrafo y los dos siguientes, se toman del caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párrs. 309 a 312. En esa sentencia se encuentran otros precedentes relevantes sobre los criterios y reglas referentes a la detención o prisión preventiva.

d) *Además de legal, no puede ser arbitraria: esto implica, entre otros, que la ley y su aplicación deben respetar una serie de requisitos, en particular que su finalidad sea compatible con la Convención. En este sentido, las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. Asimismo, el peligro procesal no se presume, sino que debe realizarse la verificación del mismo en cada caso, fundado en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto. Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente para disponerla o mantenerla será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención”.*

Esta decisión amplía el entendimiento de las condiciones que deben verificarse en las legislaciones internas para cumplir el compromiso de restringir la libertad solo en casos excepcionalísimos y, en todo caso, cuando el objetivo sea el logro de fines esenciales e insoslayables para el ejercicio del derecho punitivo.

Ahora bien, el desarrollo de esas condiciones, como se dijo, lleva implícitos razonamientos en relación con la finalidad, idoneidad, la necesidad y proporcionalidad de la medida, a la par del análisis de los elementos con vocación demostrativa; en otras palabras, se precisa la valoración del juicio del operador jurídico a fin de establecer si sus conclusiones acerca de la necesidad de imponer o solicitar la imposición de una medida cautelar privativa de la libertad fue el resultado de un estudio probatorio objetivo, esto es, si existió una motivación suficiente.

### **Derecho comparado sobre la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad**

38. Como se anotó, la responsabilidad del Estado tuvo un desarrollo paulatino en las legislaciones mundiales; sin embargo, estas han incluido en sus estatutos la posibilidad que tienen los ciudadanos de obtener el resarcimiento de los daños que les sean ocasionados por la acción u omisión de las autoridades públicas. A continuación, teniendo en cuenta el sistema jurídico de cada Estado, se destacarán las normas que regulan la responsabilidad por restricciones del derecho a la libertad en algunos países, es decir, aquellas que tienen relación con los casos examinados.

#### **Alemania**

39. La norma de Indemnización por Medidas de Aplicación de la Ley, expedida el 8 de marzo de 1971, cuya última modificación se dio a través del artículo 6, párrafo 19 de la Ley del 13 de abril de 2017<sup>178</sup>, dispone en sus primeros artículos:

*“1. Indemnización por las consecuencias de las sentencias*

---

<sup>178</sup> Disponible en <https://www.gesetze-im-internet.de/streg/BJNR001570971.html>. Consulta realizada el 7 de febrero de 2018. Para las traducciones se usó la página [www.deepl.com/translator](http://www.deepl.com/translator).

1) *Toda persona que haya sufrido daños y perjuicios como consecuencia de una condena penal será indemnizada por el Tesoro Público, en la medida en que la condena cese o se mitigue en el nuevo juicio o de otro modo, después de que haya pasado a ser definitiva y absoluta, en un proceso penal.*

2) *El apartado 1 se aplicará mutatis mutandis cuando, sin ser condenado, se haya ordenado una medida de rectificación y aseguramiento o una consecuencia secundaria.*

2. *Indemnización por otras medidas procesales*

1) *Toda persona que haya sufrido daños y perjuicios como consecuencia de la ejecución de una medida de prisión preventiva u otras medidas penales será indemnizada por el Tesoro Público en la medida en que sea absuelta o se interrumpa el procedimiento contra ella, o en la medida en que el Tribunal de Primera Instancia se niegue a incoar el procedimiento principal contra ella.*

2) *Otros procesamientos son:*

1. *Alojamiento provisional y alojamiento temporal para observación de conformidad con las disposiciones del Código de Procedimiento Penal y la Ley del Tribunal de Menores,*

2. *Detención provisional de conformidad con el párrafo 2 del artículo 127 del Código de Procedimiento Penal,*

3. *Medidas adoptadas por el juez que suspende la ejecución de la orden de detención (art. 116 del Código de Procedimiento Penal),*

4. *(...)*

3) *A los efectos de la presente disposición, se entenderá por medidas de enjuiciamiento penal la detención por extradición, la detención provisional por extradición, la incautación y el registro, que hayan sido ordenados en el extranjero a petición de una autoridad alemana”.*

Por su parte, el artículo 4° establece la posibilidad de reconocer una compensación en equidad cuando la consecuencia final del procesamiento fue menos gravosa que la medida preventiva.

Ahora bien, también se contempla la exclusión de indemnización cuando: (i) para la privación de libertad se ha ordenado u omitido una medida de corrección y salvaguardia que entrañe la privación de libertad solo porque el propósito de la medida ya se ha logrado mediante la privación de libertad; (ii) si el procesado ha generado la acusación intencionadamente o por negligencia grave, bajo el entendido de que su silencio o su inactividad procesal no pueden calificarse como negligencia; (iii) el acusado haya ocasionado por culpa el enjuiciamiento por no haber seguido una citación apropiada ante el juez o por haber infringido una orden de conformidad con el artículo 116 (1) núms. 1 a 3, (3) del Código de Procedimiento Penal.

A lo anterior también se suman **causales de denegación de la indemnización** que, según el artículo 6° de la ley mencionada, consisten en: (i) el enjuiciamiento penal se ha iniciado debido a que el acusado ha aceptado hechos materiales contrarios a la verdad o a sus declaraciones posteriores o ha ocultado circunstancias exonerativas esenciales, aun cuando haya hecho una declaración

sobre la acusación; (ii) no ha sido condenado o destituido por un delito penal solo porque haya actuado en estado de incapacidad por culpabilidad o porque haya habido un obstáculo en el procedimiento; o (iii) si el tribunal emplea las normas aplicables a un menor, teniendo en cuenta la privación de libertad sufrida.

Los textos normativos mencionados permiten deducir que en Alemania la responsabilidad del Estado por la privación de la libertad de un ciudadano sometido al procesamiento penal **no contempla la posibilidad de analizar la conducta del funcionario judicial**. No obstante, esa legislación consagra circunstancias bajo las cuales el Estado no debe proporcionar una indemnización las cuales están definidas, principalmente, por la conducta del procesado.

El Tribunal Federal de Alemania<sup>179</sup> al analizar un caso de imposición de medidas restrictivas de los derechos fundamentales, basado en las decisiones penales adoptadas durante el proceso y después de un examen detallado de las pruebas recopiladas, anotó que si bien el código de procedimiento penal autorizaba **su imposición con base en la sospecha, esta debía tener un asidero fáctico constatable**<sup>180</sup>, concluyendo que *“al prosperar el recurso de casación, el Tesoro Público cargará con las costas del procedimiento de recurso de casación y las consiguientes pérdidas sufridas por el antiguo acusado gastos necesarios (artículos 464 y 473 del Código de Procedimiento Penal)”*.

Como puede verse, en esa decisión al resolverse finalmente sobre la legalidad de las medidas restrictivas el Tribunal declaró que el tesoro público resarciera los daños procesales y los demás causados a quien enfrentó el juicio.

## Argentina

40. El Código Procesal Penal argentino de 1991, en el artículo 488 establece que *“la sentencia de la que resulte la inocencia de un condenado podrá pronunciarse, a instancia de parte, sobre los daños y perjuicios causados por la condena, los que serán reparados por el Estado siempre que aquél no haya contribuido con su dolo o culpa al error judicial”*<sup>181</sup>.

---

<sup>179</sup> Decisión del 11 de marzo de 2010, disponible en <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=4b45572d96a0dd20c191454550a984f1&nr=52160&pos=0&anz=1>. Consulta realizada el 7 de abril de 2017.

<sup>180</sup> “Un Oficial de Protección de la Propiedad Intelectual sólo requiere una simple sospecha de hecho, que, sin embargo, debe basarse en ciertos hechos. Al mismo tiempo habida cuenta de la importancia de la violación de los derechos fundamentales en cuestión sospechas, que se basan en pistas vagas y meras suposiciones. (BVerfG NJW 2007, 2749, 2751); la sospecha debe resultar sobre una base objetiva suficiente (BVerfG NJW 2005, 2603, 2610) y más que insignificante (BGHSt 41, 30, 33). Tal circunstancias que, de acuerdo a la experiencia de vida, también de la criminalística experiencia (Meyer-Goßner, StPO 52nd ed. § 100 a Rdn. 9), en una medida considerable indicar que alguien, como autor o participante, ha cometido un acto de catálogo es necesario que la sospecha se fundamente en elementos de hecho concluyentes y ya ha alcanzado un cierto grado de concretización y condensación (Nack en KK 6th ed. § 100 a Rdn. 34; todavía cerca Wolter en SKStPO Artículo 100 A, apartado 43, artículo 100 C, apartado 41)”. Traducción realizada con el traductor [www.DeepL.com/Translator](http://www.DeepL.com/Translator)

<sup>181</sup> Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/383/texact.htm#23>. Consulta realizada el 8 de febrero de 2018.

La redacción de la norma, aunque no aplica adjetivos a la decisión de condena, contiene una expresión que sugiere un régimen que depende del análisis de la decisión judicial, en tanto se determina que el daño será resarcible, siempre y cuando el condenado declarado finalmente inocente no haya causado, por culpa o dolo, el “error judicial”.

Ahora bien, sobre el punto resulta pertinente mencionar un fallo emitido por la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en la ciudad de San Martín el 10 de febrero de 2011<sup>182</sup>, en el cual, haciendo un recuento de otras providencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se dijo que:

*“En el primer caso se requiere – necesariamente - para que pueda accionarse por la responsabilidad que los daños de la sentencia judicial errónea pudiera irrogar, la declaración de ilegitimidad de dicho acto jurisdiccional que, una vez firme, deja sin efecto al mismo – Cfr. CSJN Fallos 311:1007 y G. 848. XXXVII; ORI (...).*

*Si bien la responsabilidad del caso resulta directa, es decir, puesta en cabeza del estado independientemente de la responsabilidad que le pudiera caber al órgano-persona que emite el acto u omisión, la misma no es objetiva sino subjetiva. Aquí la culpa o dolo, o si se prefiere la falta de servicio – Cfr. Reiriz, Graciela, Responsabilidad Estatal, en la obra colectiva “El Derecho Administrativo Argentino, Hoy”, p. 226 - en principio, no se presume – como en el caso de la responsabilidad objetiva propia del derecho civil -, sino que el afectado debe probar la ilicitud o la arbitrariedad del acto u omisión (Cfr. CSJN, causa G. 848. XXXVII; ORI-González Bellini, Guido Vicente c/Río Negro, provincia de s/daños y perjuicios, 17/03/2009; Fallos 329:3894; entre otros)”. (Resaltado fuera del texto original).*

Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al resolver sobre la admisibilidad de un recurso de casación<sup>183</sup>, aunque no adoptó una decisión de fondo, sí hizo algunas consideraciones que es necesario reproducir:

*“9º) Que cabe señalar que este Tribunal ha manifestado en reiteradas oportunidades que la indemnización por la privación de la libertad durante el proceso no debe ser reconocida automáticamente a consecuencia de la absolución, sino cuando el auto de prisión preventiva se revele como incuestionablemente infundado o arbitrario más no cuando elementos objetivos hayan llevado a los juzgadores al convencimiento -relativo, obviamente, dada la etapa del proceso en que*

---

<sup>182</sup> Disponible en [www.scba.gov.ar/falloscompl/Infojuba/ContenciosoEsp18/2374.doc](http://www.scba.gov.ar/falloscompl/Infojuba/ContenciosoEsp18/2374.doc). Consulta realizada el 8 de febrero de 2018.

<sup>183</sup> Se trata de la sentencia expedida el 10 de marzo de 2015 en el proceso identificado CSJ 1171/2013 (49-A)/CS1 R.O. Antonio Zaiek e/ Poder Judicial de la Nación y/o Gob. de la Nación s/ cobro de pesos. Disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=719426&cache=1518137516111>. Consulta realizada el 8 de febrero de 2018.

*aquél se dicta- de que medió un delito y de que existe probabilidad de que el imputado sea su autor (Fallos: 328:4175, 333:2353, entre otros).*

*Desde esta perspectiva la sentencia recurrida entendió que existían elementos en la causa -que, tal como se dijo anteriormente, no fueron siquiera considerados por el recurrente en su recurso- que pudieron llevar al magistrado penal a disponer la prisión preventiva, por lo que dicha decisión no aparece como manifiestamente arbitraria o infundada. Por lo demás, si bien la alzada penal modificó la situación procesal del actor como coautor segundo del delito de transporte de estupefacientes en grado de tentativa mantuvo igualmente su estado de sospecha.*

*Sobre la base de estos conceptos, y más allá de que el recurso no se encuentra adecuadamente fundado, cabe concluir que la decisión de la cámara de considerar que en el caso no se configura un supuesto de responsabilidad del Estado por error judicial se ajusta al criterio de esta Corte desarrollado precedentemente”.*

Los razonamientos expuestos aclaran la idea que se había planteado sobre el tipo de régimen que debe aplicarse en casos de privación de la libertad cuando finalmente el procesado no es condenado, el cual, según la jurisprudencia argentina, no es objetivo en tanto debe acreditarse un error judicial.

## **Chile**

41. El artículo 19, numeral 7, literal i) de la Constitución de la República de Chile de 1980 establece que *“Una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia por resolución que la Corte Suprema declare **injustificadamente errónea o arbitraria**, tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido. La indemnización será determinada judicialmente en procedimiento breve y sumario y en él la prueba se apreciará en conciencia”*<sup>184</sup>. (Se enfatiza).

Como puede verse, esta norma no hace alusión expresa a la privación de la libertad, en tanto solo establece que la responsabilidad del Estado surgirá en virtud de la expedición de una condena que posteriormente pierda valor.

De otro lado, el texto no permite efectuar deducciones sobre el sistema de responsabilidad estatal aplicable en casos de privación injusta de la libertad; luego, resulta indispensable acudir a lo dicho por la Sala Tercera de la Corte Suprema en sentencia del 2 de septiembre de 2015<sup>185</sup>:

*“(…) Cuarto: Que la pretensión del recurrente contraviene el régimen especial previsto en el artículo 19 N° 7 letra i) de la Constitución Política del Estado para la obtención de una indemnización de perjuicios en razón de haber sido sometido a proceso o condenado mediante resolución*

<sup>184</sup> Disponible [https://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion\\_politica.pdf](https://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion_politica.pdf). Consulta realizada el 8 de febrero de 2018.

<sup>185</sup> Disponible en <http://basejurisprudencial.poderjudicial.cl/>. Consulta realizada el 8 de febrero de 2018.

*calificada injustificadamente errónea o arbitraria por la Corte Suprema, cuando se hubiese dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria. No existe, como lo pretende el recurrente, un concurso de estatutos de responsabilidad, en que la supuesta víctima pueda optar entre el régimen previsto en la Constitución -artículo 19 N° 7 letra i) de la Constitución- y el estatuto común de responsabilidad extracontractual, contemplado en los artículos 2314 y siguientes del Código Civil. Por consiguiente, el recurrente no podía soslayar los requisitos especiales que exige la referida norma constitucional, amparándose en el régimen aquiliano. (...). Entenderlo de otra manera significaría reducir a la nada la disposición del artículo 19 N° 7 letra i) de la Constitución, la que, como ya se dijo, establece un régimen especial de responsabilidad, que establece condiciones más estrictas para que se configure la responsabilidad del Estado-Juez por actos en el ejercicio de la jurisdicción.*

*Quinto: Que constituye un hecho establecido en la causa, que la recurrente omitió en su demanda solicitar la declaración de la Corte Suprema de haber sido "injustificadamente errónea o arbitraria" la resolución que sometió a proceso al actor (...).*

*Noveno: Que de esta manera, no habiéndose realizado la declaración previa aludida, exigida por el citado artículo 19 N° 7 letra i) de la Constitución Política de la República y basándose la presente pretensión indemnizatoria en la decisión del juez de someter a proceso y mantener en prisión preventiva al demandante, que luego fue absuelto, no era posible acoger la demanda intentada, por lo que los jueces del fondo al resolver como lo hicieron no incurrieron en los errores de derecho que se les imputa”.*

De acuerdo con esta providencia, se entiende que para que proceda la indemnización de perjuicios con ocasión del sometimiento a un proceso penal en el cual, además, se ha privado de la libertad al investigado, es necesario que exista una declaratoria previa de injustificadamente errónea o arbitraria respecto de la decisión de vincular al ciudadano al proceso penal, lo cual demanda el examen de la actuación del juez y supone la aplicación de un régimen de responsabilidad subjetivo.

## **España**

42. La Constitución de España de 1978 establece en el artículo 121<sup>186</sup> que el Estado será responsable por los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la administración de justicia.

Por su parte, el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial consagra otro tipo de daño a cargo del Estado en razón de la actuación de los jueces cuando el ciudadano fue sometido a “prisión preventiva” y haya sido absuelto por

---

<sup>186</sup> Disponible en <http://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/detalleconstitucioncompleta/index.html#t6>. Consulta realiza el 7 de febrero de 2018.

inexistencia del hecho imputado o que por esta misma causa se haya dictado auto de “sobreseimiento libre”<sup>187</sup>.

La prisión mencionada en la norma no contiene adjetivos; sin embargo, en la doctrina se le ha llamado “prisión preventiva indebida”<sup>188</sup>, expresión que no es rehusada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español.

Como se indicó, dado que la norma transcrita pareciera proponer un sistema de responsabilidad objetivo aplicado solo a un evento: la absolución o “el sobreseimiento”<sup>189</sup> por inexistencia del hecho, la jurisprudencia española ha intervenido para definir el alcance de la norma, pero, sobre todo, del sistema de responsabilidad que la misma sugiere.

En un principio se estableció que ante la inexistencia (objetiva o subjetiva) del hecho procedía, sin más, la indemnización y en los demás casos el asunto debía analizarse con el rasero del error judicial. Así fue concluido por el Tribunal Constitucional en sentencia n.º 98 del 22 de junio de 1992:

*“desde la finalidad de la norma, la inexistencia objetiva y la subjetiva del hecho imputado son esencialmente iguales y deben, por ello, recibir tratamiento unitario que les reconoce la Sentencia recurrida; mientras que el supuesto de absolución por falta de pruebas es esencialmente diferente de los anteriores en cuanto que, en los primeros está probada la inocencia del acusado y, por consiguiente, que la prisión preventiva fue acordada con error judicial y ésto (sic) no ocurre cuando la participación del acusado en el hecho perseguido no pudo probarse de manera convincente.*

*Y es que una cosa es que exista prueba positiva de un hecho negativo - no existencia del hecho o no participación del acusado - y cosa bien distinta la ausencia de prueba de un hecho positivo - existencia del hecho o participación del acusado,- pues esta última no es acreditativa del error judicial que contempla el art. 294.1 de la LOPJ y, por lo tanto, es una situación sustancialmente diferente de aquélla, lo cual justifica la diferencia de trato normativo que le confiere dicho precepto legal, según la interpretación de la sentencia recurrida que resulta, por ello, plenamente conforme con el principio de igualdad reconocido en el art. 14 de la Constitución”.*

---

<sup>187</sup> Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666>. Consulta realizada el 7 de febrero de 2018.

<sup>188</sup> Por ejemplo, ALEMANY ROJO, Ángela. La responsabilidad del Estado frente a la prisión preventiva indebida. Disponible en [http://www.elderecho.com/tribuna/penal/responsabilidad-Estado-prision-preventiva-indebida\\_11\\_876805001.html](http://www.elderecho.com/tribuna/penal/responsabilidad-Estado-prision-preventiva-indebida_11_876805001.html). RUIZ ORJUELA, Wilson y RAYÓN BALLESTEROS, Mª Concepción. Responsabilidad judicial: estudio comparado de los sistemas de Colombia y España. Anuario Anuario Jurídico y Económico Escorialense, XLIX (2016) 223-250 / ISSN: 1133-3677. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5461254.pdf>. TORRES-BENITO, Elvira. De nuevo sobre la indemnización de perjuicios causados por haber sufrido prisión preventiva indebidamente. Disponible en <http://www.abogacia.es/2017/03/09/de-nuevo-sobre-la-indemnizacion-de-perjuicios-causados-por-haber-sufrido-prision-preventiva-indebidamente/>. Consulta realizada el 8 de febrero de 2018.

<sup>189</sup> Figura equiparable al archivo o la preclusión de la investigación de la legislación penal colombiana.

De otro lado, el Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, en la sentencia expedida el 16 de mayo de 2017, al resolver el caso identificado con el número 28079130052017100206, concluyó:

*“Y para comprender la ausencia de identidad que requiere esta modalidad casacional es necesario recordar que el artículo 294.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial reconoce como un supuesto especial de responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, la de quienes sufran daños o perjuicios ” después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios.” Esa referencia del precepto a la inexistencia del hecho ha dado lugar a una jurisprudencia ciertamente cambiante de este Tribunal al estimar, en un primer momento, que por tal debía entenderse aquellos supuestos en que no solo el hecho no hubiese existido, sino también aquellos en los que existiendo el hecho delictivo, el particular que hubiera sufrido prisión preventiva fuera absuelto por supuestos diferentes a haberse apreciado la ausencia de prueba plena de su intervención en el hecho, lo que se denomina inexistencia subjetiva. Sin embargo, este Tribunal procedió a un cambio de criterio con ocasión de las sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos de 25 de abril de 2006, (asunto Puig Panella c. España, nº 1483/02 ), y de 13 de julio de 2010, (asunto Tendam c. España , nº 25720/05 ); cambio de criterio que se inicia con las dos sentencia (sic) de esta Sala de 23 de noviembre de 2010, recaídas en los recursos de casación nº 1908/2006 y nº 4288/2006 en las que, tras recoger la jurisprudencia elaborada por el Tribunal Europeo, ha limitado los supuestos de indemnización al amparo del art. 294 de la LOPJ "a los supuestos de reclamación de responsabilidad patrimonial con apoyo en sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre <>, es decir, cuando tal pronunciamiento se produzca porque objetivamente el hecho delictivo ha resultado inexistente, entendida tal inexistencia objetiva en los términos que se han indicado por la jurisprudencia de esta Sala, a la que sustancialmente se ha hecho referencia al principio de este fundamento de derecho, que supone la ausencia del presupuesto de toda imputación, cualesquiera que sean las razones a las que atienda el Juez penal.*

*Es evidente que con dicho cambio de doctrina quedan fuera del ámbito de responsabilidad patrimonial amparado por el art. 294 de la LOPJ aquellos supuestos de inexistencia subjetiva que hasta ahora venía reconociendo la jurisprudencia anterior, pero ello resulta impuesto por el respeto a la doctrina del TEDH que venimos examinando junto a la mencionada imposibilidad legal de indemnizar siempre que hay absolución. (...).*

*Pues bien, teniendo en cuenta dicha interpretación del precepto indemnizatorio, no puede acogerse los argumentos del recurso porque la sentencia de instancia hace una aplicación ajustada a la mencionada*

*jurisprudencia en cuanto considera que en el presente supuesto, la absolución estuvo motivada, no porque los hechos --introducción de cocaína en España-- no hubieran existido, conforme a lo declarado por la sentencia absolutoria, que se declaran expresamente que existieron y por ellos fue condenado el esposo de la recurrente; sino que la absolución de la recurrente estuvo motivada por la falta de prueba de la participación en tales hechos de la recurrente, es decir, un supuesto de inexistencia subjetiva y, conforme a la mencionada jurisprudencia, excluido de la vía indemnizatoria que se regula en el precepto invocado.”<sup>190</sup>*

De acuerdo con estas sentencias, al margen de las tensiones entre órganos jurisdiccionales o la evolución de la jurisprudencia, se concluye que el sistema de responsabilidad estatal, cuando se expide sentencia absolutoria y el procesado había sido privado preventivamente de la libertad, no es único, pues solo ante la causal de inexistencia del hecho es factible aplicar un régimen objetivo, mientras que en los demás eventos, entre ellos la no acreditación de la responsabilidad por insuficiencia probatoria, debe acudir al mismo régimen establecido para el error judicial.

## **Francia**

43. En este país, la responsabilidad del Estado por el error judicial se encuentra regulada en el Código de la Organización Judicial<sup>191</sup> en los siguientes términos.

*“Artículo L-141-1: El Estado está obligado a reparar el daño causado por el funcionamiento defectuoso del servicio público de justicia.*

*Excepto en el caso de disposiciones especiales, esta responsabilidad se incurre solo por negligencia grave o error judicial.”*

Para la Corte, esta disposición expone dos cuestiones; la primera, consiste en que pueden existir otros eventos que den lugar a responsabilidad estatal por la acción de los jueces y, la segunda, consiste en que este tipo de daño demanda un análisis subjetivo en tanto será susceptible de reparación siempre y cuando provenga de negligencia grave o error judicial, lo cual conlleva un examen de la conducta del juez. Por su parte, el artículo L141-2 dispone que:

*“La responsabilidad de los jueces, debido a su falta personal, se rige por:*

*- Tratándose de los magistrados de la judicatura, por el estatuto de la magistratura;*

<sup>190</sup>

Disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=8026445&links=prision%20preventiva%20indebida&optimize=20170522&publicinterface=true>. Consulta realizada el 8 de febrero de 2018.

<sup>191</sup> Disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071164&dateTexte=20180207>. Consulta realizada el 7 de febrero de 2018.

*-Tratándose de otros jueces, mediante leyes especiales o, en su defecto, “par la prise à partie”<sup>192</sup>.*

Y el L141-3 explica lo siguiente:

*“Los jueces pueden ser tomados como parte en los siguientes casos:*

- 1. Si hay dolo, fraude, concusión o negligencia grave, cometidos en el curso de la investigación o el juzgamiento;*
- 2. Si hay una denegación de justicia.*

*Hay una denegación de justicia cuando los jueces se niegan a responder requerimientos o desatiende el juzgamiento de los casos en trámite.*

*El Estado es civilmente responsable de los daños y perjuicios que se dictan sobre la base de estos hechos contra los jueces, salvando el recurso contra ellos.”*

Estos dos artículos refuerzan la idea de que la conducta del juez debe ser objeto de estudio, toda vez que el juicio de responsabilidad del Estado depende de la constatación de dolo o negligencia. Ahora bien, como se anunció, la ley francesa no solo consagra este tipo de responsabilidad por defectos en la administración de justicia, sino que contempla otros casos especiales. Es así como el Código de Procedimiento Penal<sup>193</sup> establece que:

*“Artículo 149: Sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones de los artículos L. 141-2 y L. 141-3 del Código de la Organización Judicial, la persona que ha estado detenida en prisión preventiva durante el procedimiento cerrado a su favor por una decisión de preclusión o absolución, que se ha convertido en definitiva, tiene derecho, a petición suya, a la reparación íntegra del daño material y pecuniario que le ocasionó la detención. Sin embargo, no se debe indemnizar cuando esta decisión se base únicamente en el reconocimiento de su irresponsabilidad en el sentido del artículo 122-1 del Código Penal<sup>194</sup>, una amnistía después de la detención preventiva o la prescripción de la acción, después de la liberación de la persona, cuando la persona fue detenida al mismo tiempo por otra causa, o cuando la persona fue puesta en prisión por un acusado libre y voluntariamente o acusado falsamente a fin de evitar que el autor sea enjuiciado. A solicitud del interesado, el perjuicio se evalúa mediante una opinión contradictoria de un perito llevada a cabo en las condiciones establecidas en los artículos 156 y siguientes.*

---

<sup>192</sup> Procedimiento contra los jueces.

<sup>193</sup>

Disponible

en

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071154&dateTexte=20180207>.

Consulta realizada el 7 de febrero de 2018.

<sup>194</sup> Norma que desarrolla la inimputabilidad.

*Cuando se le notifica la decisión de preclusión o absolución, se le notifica a la persona su derecho a reclamar una indemnización, así como las disposiciones de los artículos 149-1 a 149-3 (primer párrafo) ”.*

De otro lado, el artículo 626-1 regula de manera específica la declaratoria de inocencia que se presenta con ocasión de la revisión o reconsideración de la sentencia condenatoria, exceptuando el evento en el cual el acusado asumió libre y voluntariamente la responsabilidad con el fin de dejar a salvo al verdadero autor de los hechos. Asimismo, esa norma establece que el Estado podrá repetir contra la persona que hubiera presentado la falsa denuncia o rendido el falso testimonio; circunstancias que se entienden como causales de la revisión.

Estas normas efectúan una propuesta diferente, comoquiera que las mismas no remiten a la falta personal del juez y las causas que exceptúan la responsabilidad del juez corresponden a la inimputabilidad, la amnistía o la prescripción de la acción; luego, si la absolución o el decaimiento de la investigación obedeció a otras razones, la responsabilidad estatal estaría dada sobre un régimen objetivo<sup>195</sup>.

Ahora bien, se advierte que en las decisiones adoptadas por la Comisión Nacional de Reparación de las Detenciones, no se efectúan análisis acerca de las razones por las cuales el solicitante fue absuelto o beneficiado con un sobreseimiento. Dichas decisiones tienen como fundamento común el siguiente<sup>196</sup>:

*“Vistos los artículos 149 a 150 del Código de Procedimiento Penal; Considerando que, a petición del interesado, se concederá una indemnización a la persona que haya sido objeto de una detención preventiva, en el curso de un procedimiento que haya concluido a su respecto, mediante una decisión de sobreseimiento, absolución o absolución que haya pasado a ser definitiva; que dicha indemnización se concederá con el fin de reparar íntegramente los daños personales, materiales y morales directamente causados por la privación de libertad...;*

*Considerando que, mediante estos textos, el legislador ha establecido el derecho de toda persona a obtener del Estado una indemnización por los*

---

<sup>195</sup> **MOSSET ITURRASPE, Jorge** y otros *“Responsabilidad de los juez y del Estado por la actividad judicial”*, Rubinzal y Culzoni S.C.C. Editores, Santa Fe-República Argentina, cit por **SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo** *“Responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad”* Ediciones Doctrina y ley, Bogotá 2005, p. 182-183.

<sup>196</sup> Decisión del 13 de junio de 2017 (16CRD042), disponible en [www.courdecassation.fr/autres\\_juridictions\\_commissions\\_juridictionnelles\\_3/commission\\_nationale\\_reparation\\_detentions\\_620/decisions\\_621/2017\\_8357/13\\_juin\\_37553.html](http://www.courdecassation.fr/autres_juridictions_commissions_juridictionnelles_3/commission_nationale_reparation_detentions_620/decisions_621/2017_8357/13_juin_37553.html), reiterado en decisiones del 8 de marzo de 2016 (16CRD036), disponible en [www.courdecassation.fr/autres\\_juridictions\\_commissions\\_juridictionnelles\\_3/commission\\_nationale\\_reparation\\_detentions\\_620/decisions\\_621/2016\\_8358/08\\_mars\\_37562.html](http://www.courdecassation.fr/autres_juridictions_commissions_juridictionnelles_3/commission_nationale_reparation_detentions_620/decisions_621/2016_8358/08_mars_37562.html), del 10 de febrero de 2015 (14CRD011), disponible en [www.courdecassation.fr/autres\\_juridictions\\_commissions\\_juridictionnelles\\_3/commission\\_nationale\\_reparation\\_detentions\\_620/decisions\\_621/2015\\_8355/10\\_fevrier\\_37547.html](http://www.courdecassation.fr/autres_juridictions_commissions_juridictionnelles_3/commission_nationale_reparation_detentions_620/decisions_621/2015_8355/10_fevrier_37547.html) y del 15 de octubre de 2012 (12-CRD.009) disponible en [www.courdecassation.fr/autres\\_juridictions\\_commissions\\_juridictionnelles\\_3/commission\\_nationale\\_reparation\\_detentions\\_620/decisions\\_621/2012\\_4588/decision\\_15\\_26228.html](http://www.courdecassation.fr/autres_juridictions_commissions_juridictionnelles_3/commission_nationale_reparation_detentions_620/decisions_621/2012_4588/decision_15_26228.html), entre otras. Consulta realizada el 12 de abril de 2018. Traducción realizada con [www.DeepL.com/Translator](http://www.DeepL.com/Translator).

*daños sufridos como consecuencia de la detención preventiva basada en cargos desestimados total y definitivamente;*”

En otra oportunidad había establecido que *“al promulgar esta ley, el Parlamento tenía la intención, salvo en los casos limitados que enumeraba, de que toda persona que no hubiera sido condenada en sentencia firme tuviera derecho a obtener reparación por el daño causado por la detención, independientemente de la causa de la no condena;”*.<sup>197</sup>

Esta fórmula reiterativa ratifica en casos de detención preventiva, la indemnización se reconoce, salvo que medien las circunstancias exceptivas contenidas en las normas transcritas.

## Italia

44. El Código de Procedimiento Penal italiano de 1988 en los artículos 314<sup>198</sup> y 315<sup>199</sup> regulan la responsabilidad del Estado cuando deviene la absolución para un procesado que había sido privado de la libertad. Dicha absolución habría de tener lugar si el delito no existe, el acusado no lo cometió o la conducta no estaba prevista como delito. También se aplica esta posibilidad cuando la detención se impuso a pesar del incumplimiento de los requisitos previstos para su aplicación.

Y sobre la figura, resulta útil mencionar lo dicho por la Corte Suprema de Casación en sentencia expedida el 20 de diciembre de 2017 para resolver el recurso interpuesto contra la decisión n.º 72/16 del 26 de noviembre de 2015, expedida por el Tribunal de Apelación de Roma en la cual se dijo:

*“3. La apelación es infundada y no merece ser aceptada. Las quejas relacionadas deben tratarse conjuntamente porque están lógicamente conectadas.*

---

<sup>197</sup> Decisión del 15 de abril 2013 (12-CRD.036), disponible en [www.courdecassation.fr/autres\\_juridictions\\_commissions\\_jurisdictionnelles\\_3/commission\\_nationale\\_reparation\\_detention\\_ns\\_620/decisions\\_621/2013\\_4751/decision\\_15\\_27727.html](http://www.courdecassation.fr/autres_juridictions_commissions_jurisdictionnelles_3/commission_nationale_reparation_detention_ns_620/decisions_621/2013_4751/decision_15_27727.html). Consulta realizada el 12 de abril de 2018.

<sup>198</sup> “Los requisitos y procedimientos para la decisión. //1. Aquel que fue absuelto mediante sentencia irrevocable porque el delito no existe; por no haber cometido el crimen; porque la falta no constituye delito o no está previsto en la ley como delito, tendrá derecho a una indemnización justa por la pena de prisión preventiva sufrida, si no dio lugar o concurso a la causa por dolo o culpa grave.//2. El mismo derecho se aplicará a la persona que haya sido absuelta por cualquier motivo o al condenado que haya permanecido en prisión preventiva durante el juicio, si se comprueba mediante resolución irrevocable que la medida ha sido dictada o mantenida sin que se cumplan las condiciones de aplicabilidad establecidas en los artículos 273 y 280.//3. Las disposiciones de los apartados 1 y 2 se aplicarán en las mismas condiciones, bajo las mismas condiciones en beneficio de las personas contra la que se dicta un pronunciamiento de archivo o sentencia de no proceder.//4. El derecho a la indemnización se excluye para aquella parte de la prisión preventiva que se tiene en cuenta para determinar la cuantía de una sanción o el período durante el cual las limitaciones resultantes de la aplicación de la custodia también se han visto afectadas en virtud de otro título.//5. Cuando la sentencia o la decisión de archivar el asunto se haya declarado porque la ley derogó la disposición incriminatoria como delito, se excluye también el derecho a indemnización por la parte de la detención preventiva sufrida antes de su derogación.”

<sup>199</sup> “Procedimiento para la reparación. //1. La solicitud de reparación deberá iniciarse, bajo pena de inadmisibilidad dentro del plazo de dos años desde el día en que la absolución o la condena se haya convertido en definitiva, un dictamen de no-demanda sea definitiva o si se ha efectuado en el orden de destitución a la persona contra quien se manifestó de acuerdo con el párrafo 3 del artículo 314.//2. La extensión de la reparación no puede exceder los 516,456.90 euros.//3. Si aplican, mutatis mutandis, las normas de reparación de errores judiciales.”//Disponible en <https://www.studiocataldi.it/codiceprocedurapenale/misure-cautelari-personali.asp>. Consulta realizada el 9 de febrero de 2018. La traducción se basa en la suministrada por la página.

4. Hay que decir que es el principio bien establecido en la jurisprudencia de este Tribunal Supremo que en los procedimientos para la reparación de la cognición injusta detención de la legitimidad de la corte debe interpretarse limitada a la legalidad de la medida impugnada, también bajo el aspecto de la equidad y la razonabilidad de la motivación, y no puede, por supuesto, invertir mérito. (...)

4.3. Artículo. 314 CP, como se sabe, establece en su apartado 1 que "los que han sido absueltos por la decisión final porque los hechos no lo hicieron, no haber cometido el crimen porque el delito no es o no es requerido por la ley como delito, se el derecho a una reparación justa por la custodia preventiva sufrida, si no ha dado o concurrido para darle una causa de fraude o negligencia grave ". En materia de reparación justa por detención injusta, por lo tanto, es un impedimento para la afirmación del derecho a la reparación que el interesado haya dado el caso, por fraude o negligencia grave, el establecimiento o mantenimiento de la custodia preventiva (artículo 314 del Código Penal, párrafo 1, arriba); la ausencia de dicha causa, lo que constituye una condición necesaria para el surgimiento de la ley de compensación justa, debe ser determinada por los tribunales, independientemente de la deducción de la parte (ver. en este punto Sec. 4, n. 34181 de 05/11 / 2002, Guadagno, Rv. 226004).

4.4. (...). Además, debe considerarse un impedimento para el reconocimiento del derecho de reparación, de conformidad con el art. 314 CPP, párrafo 1, que la conducta que, aunque dirigido a otros resultados, puesto en marcha, por negligencia manifiesta macroscópica, el descuido, la negligencia, el incumplimiento de las leyes, reglamentos o normas disciplinarias, una situación que pueda constituir una razón no deseada, pero previsible, para la intervención de la autoridad judicial que está involucrada en la adopción de una medida restrictiva de libertad personal o en la no revocación de una ya emitida”<sup>200</sup>.

De la norma y la jurisprudencia citada no se puede deducir un régimen específico de imputación; sin embargo, es claro que habrá lugar a indemnización siempre y cuando se demuestren los tres supuestos señalados y la víctima no hubiere dado lugar a la imposición de la medida restrictiva o a su no revocación.

## **Luxemburgo**

45. La Ley del 1 de septiembre de 1988 sobre la responsabilidad civil del Estado y las autoridades públicas, en el artículo 1° establece que:

*“El Estado y las otras personas jurídicas de derecho público responden, cada una en el marco de sus misiones de servicio público, de cualquier daño causado por el funcionamiento defectuoso de sus servicios, tanto administrativos como judiciales, sujetos a la autoridad de la cosa res.*

---

<sup>200</sup> Disponible en <http://www.italgiure.giustizia.it/sncass/>. Consulta realizada el 9 de febrero de 2018. La traducción es proporcionada por la página.

*Sin embargo, cuando sea injusto, teniendo en cuenta la naturaleza y el propósito del acto que da lugar al daño, para permitir que el daño sufrido sea sufragado por la administración, la indemnización se adeuda incluso en ausencia de prueba de operación defectuosa del servicio, siempre que el daño sea especial y excepcional y no sea atribuible a la culpa de la víctima<sup>201</sup>”.*

La norma transcrita establece que habrá derecho a indemnización cuando exista un defectuoso funcionamiento de los servicios y establece que cuando el daño sea injusto el resarcimiento tendrá lugar siempre que el daño sea especial y excepcional. De acuerdo con esa norma, la responsabilidad del Estado por causas atribuibles a los jueces, en algunos casos será objetiva; sin embargo, ello está sujeto a que el daño sea especial y excepcional, además de tratarse de un acto injusto.

## **Suiza**

46. El 24 de febrero de 1989 el Gran Consejo de la República y Cantón de Ginebra expidió la ley sobre la responsabilidad del Estado y los municipios<sup>202</sup>, que en el artículo 1° establece:

*“Art. 1° Responsabilidad por actos ilícitos cometidos por magistrados  
El Estado de Ginebra y las comunas del cantón están obligados a reparar los daños causados a terceros por actos ilícitos cometidos intencionalmente o por negligencia o imprudencia en el ejercicio de sus funciones por los magistrados que los representan.*

*Las partes perjudicadas no tienen acción directa hacia los magistrados”.*

Como puede notarse, ese artículo reclama un análisis subjetivo de las circunstancias que motivan la solicitud reparación, toda vez que establece como supuestos para ordenarla que el hecho del funcionario sea ilícito y que haya sido cometido con intención, por negligencia o imprudencia.

En ese orden, la responsabilidad del Estado no responde a una fórmula llana de causalidad, sino que exige el análisis de la conducta del juez.

47. **Conclusión.** Del recuento comparado se extrae que las legislaciones y la interpretación judicial de las mismas no son uniformes a la hora de definir qué título de imputación debe aplicarse cuando se presenta una reclamación por parte de un ciudadano que fue privado preventivamente de la libertad y posteriormente es absuelto, lo cual atiende a la fisonomía de cada Estado; sin

---

<sup>201</sup> Disponible en <http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/1988/09/01/n1/jo>. Consulta realizada el 9 de febrero de 2018. La traducción es proporcionada por la página.

<sup>202</sup> Disponible en <http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/1988/09/01/n1/jo>. Consulta realizada el 7 de febrero de 2018.

embargo, entre ellas sí se advierte un aspecto coincidente, cual es la actuación de la víctima como causa que exonera al Estado.

Pudo advertirse que países como Alemania y Luxemburgo, al menos desde el punto de vista normativo, prevén un régimen de imputación objetivo y en el caso de este segundo se destaca que las modalidades de daño especial y excepcional están expresamente contenidas en la ley.

En Francia la legislación se caracteriza por imprimirle un tratamiento diferente a los casos del error judicial y a la imposición de una medida restrictiva de la libertad. En el primer caso hay una remisión expresa a la conducta del juez, no así en el segundo evento.

Por su parte, en Argentina la jurisprudencia ha exigido que la detención haya sido impuesta a través de una decisión ilegítima, arbitraria o infundada, en lo cual coincide con las explicaciones judiciales que ofrece la Corte Suprema de Chile y la Corte Suprema de Casación de Italia, órganos que exigen la demostración de la ilegalidad, inequidad e irrazonabilidad de la medida, y con la normativa de Suiza que exige descartar la ilicitud de la decisión así como la intención, la negligencia o la imprudencia del juez y en el caso de España, la jurisprudencia acepta la condena automática del Estado cuando una persona que había sido detenida preventivamente es absuelta porque el hecho no existió, no así respecto de los demás eventos, en los cuales debe analizarse el error judicial.

De la anterior muestra, la cual, por supuesto no define una postura mundial, se impone concluir que la necesidad de efectuar un análisis que vaya más allá de la simple constatación de una medida preventiva y una posterior desvinculación penal, es la tesis mayoritaria.

### **Consejo de Estado en materia de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad**

48. Debe anotarse que el **17 de octubre de 2013**, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado<sup>203</sup> expidió una sentencia de unificación a través de la cual estableció cuál sería el régimen de responsabilidad estatal aplicable al resolver procesos de reparación directa por privación injusta de la libertad.

Los derroteros allí incluidos serán abordados en acápites posteriores, pues previamente debe efectuarse un breve repaso de los parámetros que se aplicaban antes de expedir dicha decisión.

**49. Precedentes signados antes de la vigencia del artículo 90 de la Constitución de 1991.** En cumplimiento del cometido anunciado se encuentra que en sentencia del 12 de diciembre de 1990<sup>204</sup>, esto es, en vigencia de la Constitución de 1886, se expidió una sentencia promovida por un ciudadano que fue capturado por la presunta posesión ilícita de hidrocarburos.

---

<sup>203</sup> Expediente 52001-23-31-000-1996-07459-01(23354)

<sup>204</sup> Expediente 47001-23-31-000-1996-09710-01

En esa sentencia el Consejo de Estado determinó que no había tenido lugar una “*defectuosa actuación judicial*”, comoquiera que justamente fue la intervención del aparato jurisdiccional la que superó una omisión contraria a derecho, que consistió en la no puesta a disposición del capturado a la autoridad competente en el término de 36 horas siguientes a la captura.

Este fallo se trae a colación, ya que si bien no tiene como parte pasiva a la administración de justicia, en él se utilizó una expresión que merece resaltarse como lo es “*defectuosa actuación judicial*”.

Vale la pena precisar que antes de 1991 no existía en el ordenamiento una distribución de las fuentes de daño por la actividad judicial como la que empezó a existir a partir del artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991 y, posteriormente, con la Ley 270 de 1996 desde el artículo 65, esto es, que la «*privación injusta de la libertad*» fuera una categoría distinta al «*error jurisdiccional*» y al «*mal funcionamiento de la administración de justicia*».

Así las cosas, los daños ocasionados por la actuación de una autoridad judicial se tramitaban a la luz de la defectuosa actividad estatal, con fundamento en un régimen de responsabilidad subjetivo como la falla del servicio, dado que dicha expresión –defectuosa actividad estatal- en sí misma es un ejemplo de ello.

También es destacable que dada la precariedad de las normas procesales penales en materia de privación preventiva de la libertad, en tanto para ese entonces la figura no se regulaba con el celo que se hizo posteriormente<sup>205</sup>, se advierte que lo frecuente era la vinculación de las fuerzas militares o de policía como los principales protagonistas del señalamiento administrativo y no el poder judicial<sup>206</sup>.

Ahora bien, además debe mencionarse que a la par de considerarse la falla del servicio como el régimen imperativo a la hora de abordar la responsabilidad de los jueces, también persistía cierta reticencia frente a tales condenas. Por ejemplo, en sentencia del 24 de mayo de 1990 el Consejo de Estado<sup>207</sup> se negó a considerar la responsabilidad del Estado por fallas cometidas por dolo o culpa de los jueces, en tanto se consideraba que en estos casos la responsabilidad era personal.

Por supuesto, dicha decisión no fue adoptada de manera pacífica si se tiene en cuenta que tres consejeros manifestaron su disidencia respecto de las afirmaciones contenidas en la sentencia en relación con la improcedencia de condenar al Estado por el anormal funcionamiento de la justicia.

Uno de los consejeros precisó su postura respecto de la sentencia<sup>208</sup> por cuanto “*no puede afirmarse en forma rotunda que en el derecho colombiano no se dé la*

---

<sup>205</sup> Sobre las causales, requisitos y órganos competentes para decidir sobre la procedencia de la detención preventiva.

<sup>206</sup> Sentencia del 30 de marzo de 1990. Sección Tercera, expediente 3510.

<sup>207</sup> Sección Tercera, expediente 5451.

<sup>208</sup> Consejero Carlos Betancur Jaramillo.

*responsabilidad del Estado por la falla del servicio judicial, porque se contempló la falta personal de los jueces (...) existen casos, sobre todo en la administración misma del servicio, que muestran su defectuoso funcionamiento y con él la posibilidad de responsabilizar a la administración”.*

Otro de los magistrados<sup>209</sup> explicó que *“bien puede ocurrir que la falta personal del juez encuentre su justificación precisamente en la deficiente organización del servicio público de la justicia. Piénsese por ejemplo, en los retardos debidos a la congestión de los despachos, o a la falta de medios para llevar a cabo la dignísima función jurisdiccional. En estos eventos, de encontrarse probada, bien podría deducirse una falla del servicio, y para ello deberá el juez simplemente aplicar la jurisprudencia existente sobre la falla del servicio por retardo administrativo”.* El magistrado agregó que era impreciso afirmar que la ley impedía la condena del Estado por falencias en la administración de justicia, pues el artículo 16 de la Constitución<sup>210</sup> *“es fundamento de la responsabilidad del Estado”.* Esta consideración fue compartida por el consejero que salvó el voto<sup>211</sup> precisando que *“que lo que se discutía no era un caso de error judicial sino de un retardo en la administración de justicia cuya falta de justificación necesariamente implica una falla en la prestación de un servicio, quizá el más sagrado, el más necesario, el más delicado en una sociedad que se precie de organizada”.*

**50. Precedentes en vigencia del artículo 90 de la Constitución y del artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991.** Ahora bien, expedido el Decreto Ley 2700 de 1991, se introduce una nueva categoría de daño, ya que se estableció, en el artículo 414, que quien hubiere sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios.

Seguidamente la disposición señalaba que la indemnización procedía para *“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.”*

A raíz de dicho precepto legal, el Consejo de Estado empezó a construir su jurisprudencia, la cual en principio fue tímida a la hora de establecer un título de imputación concreto; por ejemplo, en la sentencia expedida el 18 de diciembre de 1997, la Sección Tercera del Consejo de Estado<sup>212</sup> no usó tipología alguna de daño, limitándose a afirmar que *“la responsabilidad patrimonial del estado (sic) por el error judicial, debe tramitarse a través de la acción de reparación directa (art. 73 ley 270 de 1996)”* y agregó que *“(…), además, de evidenciar un error cometido por el funcionario que ordenó la detención, quien a pesar de graves inconsistencias en el reconocimiento que uno de los*

---

<sup>209</sup> Consejero Antonio J. de Irisarri Restrepo.

<sup>210</sup> Se refería a la de 1886.

<sup>211</sup> Gustavo de Greiff Restrepo.

<sup>212</sup> Expediente 11868.

*lesionados hizo de (...) como autor material de los hechos, ordenó su detención con base solo en esa prueba”.*

En esa providencia se usa recurrentemente la palabra error y, en tal virtud, nuevamente, debe colegirse que se utilizaba un sistema que demandaba el análisis de la actuación del juez, esto es, un estudio subjetivo.

Ahora bien, en contraste con la ausencia de reflexiones contundentes en relación con el régimen de responsabilidad aplicable<sup>213</sup>, en decisión anterior, expedida el 15 de septiembre de 1994<sup>214</sup>, estableció que en los casos previstos en el artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991 la responsabilidad era objetiva, aun cuando hubiera aludido al error judicial, definido como la violación del deber que tienen los jueces de expedir sus decisiones conforme a derecho y previa una valoración seria y razonable del caso, lo cual ubica el estudio de la responsabilidad del Estado en términos subjetivos,:

*“En relación con la responsabilidad de la administración por PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD, la Sala desea hacer las siguientes precisiones, por la vía jurisprudencial, a saber:*

*a) Ella toma apoyo en el artículo 90 de la Constitución Nacional y en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, y se ubica en el ámbito de la responsabilidad directa del Estado por error judicial, que se produce como consecuencia de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, y previa una valoración seria y razonable de las distintas circunstancias del caso, o como lo ha dicho la Corte Constitucional Italiana: (...).*

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

*c) El error de hecho, por sí solo, jamás será determinante de la responsabilidad administrativa, pues como lo enseña bien el Profesor Guido Santiago Tawil, ... cualquiera que sea el vicio determinante de la resolución, el error judicial no estará en los hechos o en las pruebas, en sí mismos considerados, sino en el MODO DE SUBSUMIR a éstos en el ordenamiento jurídico, cuya aplicación en cada caso resulte obligada". (La Responsabilidad del Estado y de los Magistrados y Funcionarios Judiciales por Mal Funcionamiento de la Administración de Justicia". Depalma, pág. 54).*

*d) La responsabilidad de la Administración, dentro del ámbito que se estudia, no opera sólo en los casos contemplados en el artículo 414 del C. de Procedimiento Penal, pues la Constitución Nacional ordena reparar el daño que se genere por una conducta antijurídica de ella. Con esto se quiere*

---

<sup>213</sup> Que también se advierte en sentencia del 18 de septiembre de 1997. Expediente 11754.

<sup>214</sup> Expediente 9391.

*significar que el error judicial se debe reparar, no sólo en los casos de una INJUSTA PRIVACION DE LA LIBERTAD, sino en todos los eventos en que se demuestre, con fuerza de convicción, la existencia de una manifiesta equivocación. El mismo tratadista, en antes citado, explica su posición académica sobre la materia, la cual patrocina la Sala, dentro del siguiente temperamento: (...)*

*e) Además de la existencia del error judicial, en el pronunciamiento judicial, debe probarse la existencia de UN DAÑO FISICO O MORAL, evaluable económicamente, y una relación de causalidad entre el error y el daño indemnizaba. (...)*

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

*En la legislación colombiana éste es uno de los pocos casos en que el legislador ha resuelto, por ley, la situación fáctica, no dejándole al juez ninguna alternativa distinta de valoración jurídica. En otras palabras, a él no le está permitido manejar la faceta RELATIVA que tiene la falla del servicio, ora para indagar lo que podía demandarse de éste, ora para analizar las circunstancias variables en que ella se puede presentar, ora para hablar de la responsabilidad patrimonial, desde una CONCRETA REALIDAD, como lo enseña el Profesor TOMAS RAMON FERNANDEZ". (Resaltado fuera del texto original).*

En esta providencia el Consejo de Estado también se refirió al antecedente al fallo expedido el 30 de junio de 1994 al interior del expediente 9734, en el cual se dijo que *“este artículo 414 es fiel desarrollo del artículo 90 de la Carta Política, solo que circunscrito al daño antijurídico proveniente de las precisas circunstancias allí previstas”*, y adiciona la postura en el sentido de considerar que la indemnización de perjuicios no solo procede cuando se constate alguna de las circunstancias contempladas en el citado artículo, sino también cuando se produzcan manifiestas equivocaciones.

De ese fallo también merecen especial consideración las afirmaciones en el sentido de que solo los casos previstos en la consabida disposición constituían privación injusta de la libertad, aunque a renglón seguido se admita el daño por una *“manifiesta equivocación”*, con lo cual se sugiere que en esos otros casos sí se puedan aplicar juicios de valoración más relativos acerca de la responsabilidad del Estado.

Puede apreciarse que mientras en unos casos la alta Corporación parecía limitar su estudio a aquellos que expresamente estuvieran previstos en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, en otros, la comprensión era más amplia y se admitía que la responsabilidad abarcara otras eventualidades, aserto que, puede decirse, ha sido pacífico en dicho Tribunal.

También ha de reseñarse que esas decisiones fueron expedidas sin que hubiera entrado en vigencia el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, que es otro límite temporal que marca importantes directrices en la materia que se viene tratando.

**51. Precedentes con la vigencia del artículo 68 de la Ley 270 de 1996.** Debe tenerse presente que esta ley coincidió durante un tiempo con el artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991<sup>215</sup> y, en ese orden, la jurisprudencia del Consejo de Estado debió enfrentar el desafío que le imponía la coexistencia de una norma que regulaba casos precisos en los cuales procedía la indemnización de perjuicios por la privación de la libertad y otra que establecía contenidos genéricos.

Posteriormente el reto fue mayor, toda vez que la norma procedimental penal no fue reproducida en los nuevos sistemas adjetivos y, en ese orden, la jurisprudencia debió definir si continuaba la aplicación del legado que dejaba el derogado código de procedimiento penal.

Así tenemos que en la sentencia del 26 de mayo de 2010, dictada al interior de proceso 13001-23-31-000-1995-00023-01(18105), el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, conoció el caso de un ciudadano que fue vinculado a una investigación por su presunta autoría en una detonación en vía pública y posteriormente beneficiado con resolución de preclusión dado que no había participado en esos hechos.

En esa oportunidad la alta Corporación determinó la *falla del servicio* como el régimen de imputación adecuado para decidir el asunto, aun cuando para la época de ocurrencia de los hechos que desencadenaron el daño, así como el momento en el cual se activó el aparato jurisdiccional contencioso administrativo, estaba vigente el artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991. Ahora bien, para el momento de expedición del fallo que finiquitó el proceso de reparación directa, a pesar de que ya no estaba vigente la citada disposición, el Consejo de Estado todavía apelaba a los supuestos fácticos previstos en ella, **tal como lo hace en la actualidad.**

Asimismo, en esta providencia se fijó el siguiente parámetro temporal:

*“En primer lugar, acerca de las inquietudes que se pudieran generar acerca de la aplicación al caso concreto de las disposiciones que en materia de responsabilidad por la Administración de Justicia incorpora la Ley 270 de 1996, la Sala se permite señalar que los hechos de los cuales da cuenta el plenario tuvieron ocurrencia con anterioridad a la entrada en vigencia de esta norma y que, por ese motivo, no es posible aplicar tales normas al asunto sub judice”.*

En la sentencia del 8 de junio de 2011<sup>216</sup>, la Sección Tercera, Subsección B del Consejo de Estado se abordó la tensión interpretativa que surge de la no

---

<sup>215</sup> Hasta su derogatoria por el artículo 535 de la Ley 600 de 2000.

<sup>216</sup> Expediente 05001-23-31-000-1997-01741-01(19576). Que, a su vez, reitera lo dicho en la sentencia del 6 de abril de 2011, expediente 19001-23-31-000-1999-00203-01(21653).

inclusión del texto contenido en el derogado artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991, para concluir 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 éstos no tengan el deber jurídico de soportarlos, como sucede con todos aquéllos 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”*.

De esta manera, se afirmó en esa providencia que *“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 aquél, 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.”*

Y además se creó una fórmula temporal consistente en que:

*“(…) 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 sólo desde la decisión definitiva debe entenderse consolidado el 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.”*

En sentencia del 31 de agosto de 2011<sup>217</sup>, la Sección Tercera, Subsección C, del Consejo de Estado afirmó que cuando la absolución se producía en virtud del “*acaecimiento de uno de los tres eventos de responsabilidad objetiva señalados en el artículo 414 del C. de P.P., o porque operó el in dubio pro reo strictu sensu (en estricto sentido), o porque se incurrió en una clara falla del servicio, debe ser indemnizada, en la medida que el daño antijurídico y la imputación de aquél, se encuentre acreditada*”. Esta afirmación, como puede advertirse, solo afilia a un régimen de responsabilidad objetivo, los eventos regulados en el artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991 y el *in dubio pro reo*, y adscribe los demás casos al sistema de falla del servicio.

En esa sentencia, con fundamento en otros antecedentes, se estableció que (i) cuando se aplica el principio *in dubio pro reo*, la responsabilidad de la administración se determina a partir de un régimen objetivo siempre que se verifique fehacientemente que el juez penal tuvo una duda razonable; (ii) cuando la absolución es producto de fallas probatorias que no encajan en el principio mencionado, la parte demandante deberá demostrar que el funcionario incurrió en un error derivado de la falta de pruebas que sustentaran la detención; (iii) comoquiera que no en todos los casos operó el *in dubio pro reo*, el juez definirá en qué circunstancias se dio la privación de la libertad y aplicará el régimen de imputación que mejor se adapte a la situación.<sup>218</sup>

*“ii) Cuando se absuelva a la persona sindicada, en aplicación del in dubio pro reo -strictu sensu-, de conformidad con los planteamientos contenidos en las sentencias proferidas en los procesos números 13168 (2006)<sup>219</sup> y 15463 (2007)<sup>220</sup>, el juez de lo contencioso administrativo deberá constatar siempre, que el aparato jurisdiccional ordinario penal, sí haya aplicado efectivamente esa figura procesal penal que integra el derecho al debido proceso.*

*“En otros términos, la responsabilidad de la administración pública derivada de la absolución o su equivalente, con apoyo en la máxima de que la “duda se resuelve a favor del procesado”, se analiza y aplica a través de un régimen objetivo, pero siempre y cuando se logre verificar, fehacientemente, que el juez penal al momento de evaluar el material probatorio –que por cierto necesariamente debe existir con pruebas tanto en contra como a favor del sindicado o acusado–<sup>221</sup>, manejó una duda razonable que le impidió llegar a la plena certeza sobre la materialización y autoría de la conducta punible.*

*“iii) La absolución o preclusión de la investigación que emana de falencias probatorias en la instrucción o juicio penal, traduciría en*

---

<sup>217</sup> Expediente 25000-23-26-000-1997-14759-01(21338). Que a su vez reitera lo dicho en el sentencia del 31 de enero de 2011, expediente 19001-23-31-000-1995-02029-01(18452) y en la sentencia del 9 de junio de 2010, expediente 52001-23-31-000-1997-08775-01(19283), por ejemplo.

<sup>218</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de abril de 2008, exp. 17534.

<sup>219</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006.

<sup>220</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 2 de mayo de 2007.

<sup>221</sup> “Cuando no resultan refutadas ni la hipótesis acusatoria ni las hipótesis en competencia con ella, la duda se resuelve, conforme al principio del *in dubio pro reo*, contra la primera.” *Ibíd.* Pág. 151- 152.

*verdad una falla del servicio que no puede considerarse como una conclusión establecida a partir de la aplicación del mencionado principio del in dubio pro reo. Por consiguiente, en estos eventos, es necesario que la parte demandante en el proceso contencioso administrativo de reparación, demuestre, de manera clara, que la privación de la libertad se produjo a partir del error del funcionario, o del sistema, derivado éste de una ausencia probatoria que sustentara la detención preventiva.*

“(…)

*“iv) Como se aprecia, en cada caso concreto de reparación por privación injusta de la libertad, corresponde determinar a las partes y al operador jurídico en qué supuesto se enmarcó dicha privación, a efectos de tener claridad sobre el título de imputación aplicable al asunto respectivo, como quiera (sic) que no toda absolucón, preclusión de la investigación, o cesación del procedimiento penal, se deriva de la aplicación del instrumento del in dubio pro reo, motivo por el cual, no siempre se deducirá la responsabilidad de la organización pública a través de un régimen de naturaleza objetiva.*

*“v) En conclusión, cuando se atribuye la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, existen eventos precisos y específicos en los cuales la jurisprudencia –con fundamento en el principio iura novit curia–, ha aceptado la definición de la controversia a través de la aplicación de títulos de imputación de carácter objetivo, en los cuales, la conducta asumida por la administración pública no juega un papel determinante para la atribución del resultado. Por el contrario, las demás situaciones que desborden ese específico marco conceptual, deberán ser definidas y desatadas a partir de la verificación de una falla del servicio en cabeza del aparato estatal.” (Resaltado fuera del texto original).*

El 26 de septiembre de 2012<sup>222</sup>, la Subsección C, Sección Tercera del Consejo de Estado precisó que si bien la teoría del daño antijurídico –el que el ciudadano no está obligado a soportar- es un baluarte imprescindible de la responsabilidad del Estado, ello no supone “una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva que lleve a un desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a convertir a la responsabilidad extracontractual del Estado como herramienta de aseguramiento universal<sup>223</sup>, teniendo en cuenta que el riesgo, o su creación, no

---

<sup>222</sup> Expediente 70001-23-31-000-1998-00017-01(21232).

<sup>223</sup> “La profesora BELADIEZ comparte sin reservas la preocupación por los excesos que desfiguran la institución, admite que con alguna frecuencia se producen <<resultados desproporcionados e injustos>> para la Administración e insiste en advertir que la responsabilidad objetiva no es un seguro universal que cubra todos los daños que se produzcan con ocasión de las múltiples y heterogéneas actividades que la Administración lleva cotidianamente a cabo para satisfacer los intereses generales”. LEGUINA VILLA, Jesús. “Prólogo”, en BELADIEZ ROJO, Margarita. Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos. Con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo. Madrid, Tecnos, 1997, p.23.

debe llevar a “una responsabilidad objetiva global de la Administración, puesto que no puede considerarse... que su actuación [de la administración pública] sea siempre fuente de riesgos especiales”<sup>224</sup>, y que además debe obedecer a la cláusula del Estado Social de Derecho<sup>225</sup>”.

Y a la hora de resolver el caso concreto, la subsección reiteró la postura según la cual, acaecido cualquiera de los presupuestos que antes regulaba el artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991, o la aplicación del principio *in dubio pro reo*, **no se precisan consideraciones sobre el respeto de los requisitos legales o la necesidad de aplicar la medida preventiva**<sup>226</sup>.

En la sentencia del 3 de diciembre de 2012<sup>227</sup>, afirmó que el título de imputación en casos de privación injusta de la libertad no era asunto problemático, dado que desde la sentencia del 15 de septiembre de 1994, era claro que cuando el implicado es absuelto o se precluye la investigación a su favor porque (i) el hecho no existió, (ii) el encartado no lo cometió y/o (iii) la conducta no es típica, para la jurisprudencia de la Sección, la responsabilidad estatal era **objetiva**<sup>228</sup>.

Como puede observarse, salvo por la primera de las sentencias citadas<sup>229</sup>, en el cual se aplicó el régimen de la falla del servicio, el Consejo de Estado exponía cierta consistencia a la hora de considerar que aún con la entrada en vigencia de la Ley 270 de 1996 y la derogatoria del artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991 era admisible acudir a los supuestos fácticos que antes se incluían en dicha norma y acaecido alguno de estos supuestos debía aplicarse un **régimen**

---

<sup>224</sup> MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.204.

<sup>225</sup> “(...) el tema de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas ha sido abordado tradicionalmente desde la óptica de las garantías individuales. Se trata de una institución que protege al individuo frente a los daños causados por las Administraciones Públicas como consecuencia de la amplia actividad que éstas desarrollan. Pero, desde la perspectiva de la posición de la Administración, la responsabilidad está en el mismo centro de su concepción constitucional como derivación de la cláusula del Estado social de Derecho; derivación que, en hipótesis extrema, puede conllevar que los límites del sistema resarcitorio público estén condicionados por los propios límites del llamado Estado social de Derecho”. MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración.: Un balance y tres reflexiones”. ob., cit., p.308.

<sup>226</sup> En el mismo sentido, la Sección Tercera, Subsección A, expidió las sentencias del 9 de mayo de 2012, expediente 25000-23-26-000-1998-00719-01. La subsección B también comparte esta idea en la sentencia del 31 de enero de 2011, expediente 25000-23-26-000-1996-02709-01(18626), aunque en la misma se hace la siguiente acotación: “Aunque la Sala ha sostenido que en los casos de absolución por ausencia de pruebas (*Sentencia de 27 de octubre de 2005, exp. 15.367; 5 de abril de 2008, exp. 16.819* el título de imputación es el de la falla probada del servicio” y la subsección C en la sentencias del 15 de noviembre de 2011, expediente 25000-23-26-000-1999-00025-01(21681); del 31 de agosto de 2011, expediente 25000-23-26-000-1997-14759-01(21338); del 15 de febrero de 2012, expediente 25000-23-26-000-1998-1463-01(21817); del 21 de marzo de 2012, expediente 44001-23-31-000-2000-00819-01(23507) y del 25 de abril de 2012, expediente 25000-23-26-000-1999-00090-01 (22296) y desde la sentencia del 26 de mayo de 2010, expediente 66001-23-31-000-1998-00007-01(17294), la Sección Tercera había aceptado un título de imputación objetivo incluso para los casos en los cuales se hubiere aplicado el *in dubio pro reo*.

<sup>227</sup> Expediente 25000-23-26-000-1998-02512-01(25571).

<sup>228</sup> En el mismo sentido, la misma sección expidió las sentencias del 15 de noviembre de 2011, expediente 19001-23-31-000-1999-01134-01(21410) y del 29 de agosto de 2012, expediente 18001-23-31-000-1997-01244-01(24113). Esta postura también fue compartida por la Subsección A, en sentencias del 16 de noviembre de 2011, expediente 25000-23-26-000-1997-05026-01(22586) y del 16 de agosto de 2012, expediente 66001-23-31-000-2001-01176-01(25214) y por la Sección C en sentencias del 27 de abril de 2011, expediente 76001-23-31-000-1997-05248-01(20749) y del 22 de junio de 2011, expediente 05001-23-25-000-1996-02630-01(20713). En sentencia del 25 de marzo de 2010, expediente 66001-23-31-000-1997-03813-01(17741) la Sección Tercera también apeló al contenido del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991.

<sup>229</sup> Sentencia del 26 de mayo de 2010. Radicado 13001-23-31-000-1995-00023-01(18105).

**objetivo de imputación** al considerar que la responsabilidad se deducía “*independientemente de la legalidad o ilegalidad de la decisión judicial o de la actuación estatal o de que la conducta del agente del Estado causante del daño hubiere sido dolosa o culposa*”<sup>230</sup>.

Durante ese período se empezó a considerar la aplicación del principio *in dubio pro reo*, como evento que también debía ser abordado a partir de un régimen de responsabilidad, objetivo, “*de manera tal que aunque la privación de la libertad se hubiere producido como resultado de la actividad investigativa correctamente adelantada por la autoridad competente e incluso cuando se hubiere proferido la medida de aseguramiento con el lleno de las exigencias legales, lo cierto es que si el imputado no resulta condenado, se abre paso el reconocimiento de la obligación, a cargo del Estado, de indemnizar los perjuicios irrogados al particular, siempre que éste no se encuentre en el deber jurídico de soportarlos*”<sup>231</sup>. Ello aunque en algunos casos, se omitió la alusión a dicho supuesto. De manera menos consistente también pudo advertirse la idea de que las demás situaciones “*deberán ser definidas y desatadas a partir de la verificación de una falla del servicio*”<sup>232</sup>.

Esa naciente integración de criterios en torno de la aplicación o no de un título de imputación objetivo, y los supuestos que debían encajar en uno u otro régimen, dio lugar a la expedición de una sentencia de unificación, la cual también se considera un lindero temporal que debe ser destacado en esta providencia, dada no solo su naturaleza unificadora, sino la observancia más o menos uniforme de la cual ha gozado en los últimos tiempos.

**52. Precedentes con la sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013, expediente 52001-23-31-000-1996-07459-01(23354).** En este fallo se hizo el siguiente recuento de la jurisprudencia de la jurisdicción contencioso administrativa respecto de la responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad:

*“En una primera etapa la Sala sostuvo que la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad de las personas se fundamentaba en el error judicial que se produce como consecuencia de la violación del deber que tiene toda autoridad jurisdiccional de proferir sus resoluciones conforme a derecho, previa una valoración seria y razonable de las distintas circunstancias del caso y sin que resultare relevante el estudio de la conducta del respectivo juez o magistrado, a efecto de establecer si la misma estuvo acompañada de culpa o de dolo*<sup>233</sup>. Bajo este criterio, la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, ordenada con el lleno de los requisitos legales, se tenía como una carga que todas las personas tenían el deber jurídico de soportar”<sup>234</sup>.

---

<sup>230</sup> Sentencia del 27 de septiembre de 2000, exp. 11.601; sentencia del 25 de enero de 2001, exp. 11.413.

<sup>231</sup> Sentencia del 2 de mayo de 2007, exp. 15.463.

<sup>232</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de abril de 2008, exp. 17534.

<sup>233</sup> Sentencia del 30 de junio de 1994, exp. 9734.

<sup>234</sup> Sentencia del 25 de julio de 1994, exp. 8.666.

Más adelante, en una segunda dirección, se indicó que la carga procesal de demostrar el carácter injusto de la detención con el fin de obtener la indemnización de los correspondientes perjuicios –carga consistente en la necesidad de probar la existencia del error de la autoridad jurisdiccional en el cual habría incurrido al ordenar la medida de aseguramiento privativa de la libertad– fue reducida solamente a los casos en los cuales la exoneración de responsabilidad penal se hubiere producido con apoyo en circunstancias o en argumentos diferentes de los tres supuestos expresamente mencionados en la segunda frase del multicitado artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991<sup>235</sup>, pues en relación con los tres eventos señalados en esa norma se estimó que la ley había calificado de antemano que se estaba en presencia de una detención injusta<sup>236</sup>, lo cual se equiparó a un tipo de responsabilidad objetiva, en la medida en que no resultaba necesario acreditar la existencia de una falla del servicio<sup>237</sup>.

En tercer término, tras reiterar el carácter injusto atribuido por la ley a aquellos casos enmarcados dentro de los tres mencionados supuestos expresamente previstos en el artículo 414 del hoy derogado Código de Procedimiento Penal, la Sala añadió la precisión de que el fundamento de la responsabilidad del Estado en tales tres eventos no derivaba de la antijuridicidad de la conducta del agente del Estado, sino de la antijuridicidad del daño sufrido por la víctima, en tanto que ésta no tiene la obligación jurídica de soportarlo<sup>238</sup>, de suerte que tal conclusión se adoptaría independientemente de la legalidad o ilegalidad de la decisión judicial o de la actuación estatal o de que la conducta del agente del Estado causante del daño hubiere sido dolosa o culposa<sup>239</sup>.

Finalmente y en un cuarto momento, la Sala amplió la posibilidad de declarar la responsabilidad del Estado por el hecho de la detención preventiva de ciudadanos ordenada por autoridad competente con base en un título objetivo de imputación, a aquellos eventos en los cuales se causa al individuo un daño antijurídico aunque el mismo se derive de la aplicación, dentro del proceso penal respectivo, **del principio in dubio pro reo**, de manera tal que aunque la privación de la libertad se hubiere producido como resultado de la actividad investigativa correctamente adelantada por la autoridad competente e incluso cuando se hubiere proferido la medida de aseguramiento con el lleno de las exigencias legales, lo cierto es que si el imputado no resulta condenado, se abre paso el reconocimiento de la obligación, a cargo del Estado, de indemnizar los perjuicios irrogados al particular, siempre que éste no se encuentre en el deber jurídico de soportarlos –cosa que puede ocurrir, por vía de ejemplo, cuando el hecho exclusivo y determinante de la víctima da lugar a que se

---

<sup>235</sup> Otros casos de detención injusta, distintos de los tres previstos en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, podrían ser, por vía de ejemplo, los siguientes: detención por delitos cuya acción se encuentra prescrita; detención por un delito que la legislación sustrae de tal medida de aseguramiento; detención en un proceso promovido de oficio, a pesar de que el respectivo delito exigiere querrela de parte para el ejercicio de la acción penal, etc.

<sup>236</sup> Sentencia del 17 de noviembre de 1995, exp. 10.056.

<sup>237</sup> Sentencia del 12 de diciembre de 1996, exp. 10.229.

<sup>238</sup> Sentencia de 4 de abril de 2002, exp. 13.606.

<sup>239</sup> Sentencia del 27 de septiembre de 2000, exp. 11.601; sentencia del 25 de enero de 2001, exp. 11.413.

*profiera, en su contra, la respectiva medida de aseguramiento-”.*<sup>240</sup> (La negrilla es del texto original)

Además, esta sentencia de unificación sentó unas reglas en materia de responsabilidad del Estado por la privación de la libertad, las cuales pueden resumirse así:

(i) Es posible analizar la responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad por causas diferentes a las previstas en el artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991 –el hecho, el sindicado no lo cometió, o la conducta era atípica– y, en ese orden, es admisible incluir en los casos indemnizables la absolución por la aplicación del principio *in dubio pro reo* o en aquellos en los cuales la medida privativa de la libertad resulta diferente de la detención preventiva, verbigracia, la caución prendaria.

(ii) El artículo 68 de la Ley 270 de 1996 no puede erigirse en una herramienta de interpretación restrictiva de la responsabilidad del Estado, es decir, que esta dependa de la aplicación de un régimen subjetivo.

(iii) Los dos artículos mencionados, al ser infraconstitucionales, no pueden limitar la aplicación del artículo 90 de la Constitución, el cual no contempla restricciones respecto de los eventos que exigen reparación del Estado, ni conduce a la aplicación exclusiva de un título de imputación subjetivo.

(iv) La exigencia de yerros, de fallas, de actuaciones dolosas o gravemente culposas como presupuesto indispensable para declarar la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, puede confundir o mezclar, indebidamente los presupuestos de la responsabilidad patrimonial del Estado previstos en el inciso primero del artículo 90 constitucional, con los de la responsabilidad personal de sus agentes consagrados en el inciso segundo, lo cual supondría exigir para la declaratoria de la responsabilidad del primero, aquello que es requisito insoslayable de cara a la deducción de responsabilidad de los segundos.

(v) De conformidad con el artículo 90 de la Carta, basta con demostrar la producción de un daño antijurídico a la persona privada de su libertad. Así las cosas, ninguna relevancia adquiere la observancia de las formas legales durante el trámite del proceso penal que finalizó con una decisión absolutoria.

(vi) La Constitución en varias de sus disposiciones reconoce que la libertad, en su triple condición de valor, principio y derecho fundamental, debe ser protegida y respetada tanto por los poderes públicos como por cualquier individuo. Como respuesta a ese parámetro, –el cual tiene estrecha relación con la naturaleza constitucional y democrática del Estado–, así como a los compromisos impuestos por la normativa internacional, se establece como directriz que la privación de la libertad sea excepcional.

---

<sup>240</sup> Sentencia del 2 de mayo de 2007, exp. 15.463.

(vii) Los casos de absolución por la aplicación del principio *in dubio pro reo*, también se analizan a la luz de un título de imputación objetivo basado en el daño especial, lo cual no es “*óbice para que se afirme, que en determinados supuestos concretos, (...) también puedan concurrir los elementos necesarios para declarar la responsabilidad del Estado por falla en el servicio, por error jurisdiccional o por defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia. En tales eventos, como insistentemente lo ha señalado esta Sala cuando el caso puede ser resuelto ora a través de la aplicación de un régimen objetivo, ora al amparo de uno subjetivo de responsabilidad, el contenido admonitorio y de reproche que para la entidad pública reviste la condena con base en este último título de imputación —además de la ilicitud del proceder de la misma entidad en el caso concreto— determina y aconseja que el fallo se sustente en la falla en el servicio y no el régimen objetivo que hubiere resultado aplicable*”. (Resaltado fuera del texto original).

(viii) La aplicación de un régimen objetivo no excluye la obligación de verificar que no opere una causa que exima o reduzca la responsabilidad del Estado, las cuales no se limitan a la culpa exclusiva de la víctima.

(ix) El Juez de lo Contencioso Administrativo debe realizar un análisis crítico del material probatorio recaudado en el plenario a efectos de establecer, aun cuando el juez penal u otra autoridad lo hayan afirmado o indicado expresamente, si la absolución de responsabilidad penal del procesado se produjo o no por duda o si la invocación de este beneficio encubre otro tipo de hechos y de razonamientos que fueron o deberían haber sido los que sustentaran la absolución; por ejemplo, deficiencias en la actividad investigativa, de recaudo o de valoración probatoria por parte de las autoridades judiciales intervinientes, extremo que sin duda puede tener incidencia en la identificación de título de imputación en el cual habría de sustentarse una eventual declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado.

53. Vale la pena indicar que esta decisión tuvo una aclaración y un salvamento de voto. La primera de ellas con el objetivo de precisar que la alusión al artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991 no obedecía a una aplicación ultractiva de la norma, sino de los supuestos que en ella estaban contenidos, pues en estos “*resulta de sobremanera injustificado imponer al administrado la carga de acreditar que la administración pública incurrió en una falla del servicio. Por el contrario, la fuerza y contundencia de los motivos que generan la absolución en este tipo de circunstancias (el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o el hecho no constituía conducta punible), refuerza la idea de que bajo esas premisas impera un esquema objetivo de responsabilidad en el que la autoridad judicial que impuso la medida de aseguramiento no puede exonerarse del deber de reparar con la acreditación de que su comportamiento fue diligente o cuidadoso*”<sup>241</sup>.

---

<sup>241</sup> Aclaración de voto del Consejero Enrique Gil Botero.

54. Por su parte, el salvamento de voto<sup>242</sup> plantea que los únicos eventos en los cuales es posible aplicar un título de imputación objetivo son los que regulaba el artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991, *“pues, en los eventos no contemplados en la citada norma, quien haya sido privado de la libertad está en la obligación de demostrar la injusticia de la medida, esto es, debe acreditar la existencia de una falla en la prestación del servicio”*.

El consejero disidente explicó que *“a medida que transcurre el proceso penal la exigencia de la prueba sobre la responsabilidad en la comisión de un hecho punible es mayor, de modo que, para proferir una medida de aseguramiento de detención preventiva, basta que obre en contra de la persona sindicada del hecho punible un indicio grave de responsabilidad penal, pero dicha carga cobra mayor exigencia a la hora de proferir sentencia condenatoria, pues, al efecto, se requiere plena prueba de la responsabilidad; por consiguiente, puede llegar a ocurrir que estén reunidas las condiciones objetivas para resolver la situación jurídica del procesado con medida de aseguramiento de detención preventiva y que, finalmente, la prueba recaudada resulte insuficiente para establecer la responsabilidad definitiva, caso en el cual debe prevalecer la presunción de inocencia y, por ende, la decisión debe sujetarse al principio del in dubio pro reo, situación que no implica, por sí misma, que los elementos de juicio que permitieron decretar la medida de aseguramiento hayan sido desvirtuados en el proceso penal y que la privación de la libertad fuera injusta, desproporcionada o carente de fundamento legal”*<sup>243</sup>.

55. Entonces, teniendo claros tales fundamentos la Corte advierte que con posterioridad a ese precedente, el Consejo de Estado ha tenido una prolija actividad jurisprudencial en la materia, advirtiéndose en las sentencias más recientes<sup>244</sup> la alusión a los supuestos previstos en el artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991 y a la aplicación del *in dubio pro reo*, como causas que tornan procedente definir la responsabilidad del Estado a partir de un título de imputación objetivo; no obstante, en ciertas sentencias, al predicarse la idoneidad del título, solo se mencionan tres supuestos: i) el hecho no existió; ii) el sindicado no lo cometió y/o iii) la conducta es atípica<sup>245</sup>.

56. Sobre este último punto debe destacarse que en sentencia del 12 de mayo de 2014<sup>246</sup> el Consejo de Estado, ante un caso en el cual el juez penal de segunda instancia había considerado que no existía plena prueba en contra del procesado

---

<sup>242</sup> Del Consejero Carlos Alberto Zambrano Barrera.

<sup>243</sup> Consejero Carlos Alberto Zambrano Barrera.

<sup>244</sup> Subsección A, sentencias del 18 de abril de 2016, expediente 63001-23-31-000-2005-1317-01 (40788); del 7 de diciembre de 2016, expediente 73001-23-31-000-2002-02710-01(41930); del 28 de septiembre de 2017, expedientes 25000-23-26-000-2012-00336-01(52673) y 25000-23-26-000-2010-00029-01(45548); 12 de octubre de 2017, expediente 73001-23-31-000-2011-00772-01(48338). Subsección B, sentencias del 14 de diciembre de 2016, expediente 17001-23-31-000-2008-00305-01(42615); del 14 de septiembre de 2017, expediente 08001-23-31-000-2001-02668-01(37257); del 12 de octubre de 2017, expediente 25000-23-26-000-2005-02098-01(40426); y del 25 de septiembre de 2017, expediente 25000-23-26-000-2005-02078-01(42316). Subsección C, sentencia del 30 de octubre de 2017, expediente 17001-23-31-000-2010-00203-01(47536).

<sup>245</sup> Subsección A, sentencias del 27 de abril de 2016, expediente 73001-23-31-000-2008-00544-01(41850); del 12 de octubre de 2017, expediente 44001-23-33-000-2009-00031 01 (44979). Subsección B, sentencias del 12 de octubre de 2017, expediente 44001-23-31-000-2008-00136-01(44622). Subsección C, sentencia del 30 de octubre de 2017, expediente 25000-23-26-000-2009-00258-01(46624).

<sup>246</sup> Expediente 500012331000199900167 01 (23783). Subsección A.

anotó que de acuerdo con la Ley 270 de 1996, existían tres títulos de imputación: el error jurisdiccional, la privación injusta de la libertad y el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia. Para resolver el asunto concluyó que se había presentado un error jurisdiccional, comoquiera que la medida fue impuesta sin que la Fiscalía contara con rudimentos probatorios que le permitieran endilgar la tipicidad por la cual se adelantó la investigación. En esa providencia también se explicó que:

*“Quiere lo anterior significar que, a juicio de la Sala, en aquellos eventos en los cuales se produce una falla en el servicio público de Administración de Justicia consistente en que se profirió una providencia judicial mediante la cual se decretó una medida de aseguramiento que conduce a la privación de la libertad de un individuo y dicha providencia resulta contraria al ordenamiento jurídico, el título de imputación a aplicar ha de ser el de error judicial y no el de privación injusta de la libertad. En ese sentido, el primero de los títulos de imputación está acompañado del rasgo de la especialidad respecto del segundo, en la medida en que el artículo 66 de la Ley 270 de 1996 no efectúa distinción de tipo alguno respecto del tipo de providencia en la cual debe presentarse la contrariedad entre lo en ella decidido y las normas en las cuales debe fundarse, para efectos de concluir en la aplicabilidad del título de imputación de error jurisdiccional.”* (Resaltado fuera del texto original).

57. Ahora bien, el 10 de septiembre de 2014 el Consejo de Estado<sup>247</sup> analizó el caso de un ciudadano a quien se le precluyó la investigación por no haberse demostrado que era la persona respecto de la cual la Fiscalía tenía pretensiones punitivas. Según la decisión que lo desvinculó del trámite, existían serias discrepancias entre los datos de identificación e individualización físicos que reportaba el expediente y los de la persona capturada. En esa oportunidad la Corporación precisó que la responsabilidad no se atribuiría por la aplicación de la duda probatoria, sino porque *“NO se demostró que la identidad del señor (...) correspondiera con la de alias (...) y, en consecuencia, no se comprobó que hubiere cometido las conductas punibles atribuidas.”* (Resaltado original). En este fallo se concluyó que *“la Fiscalía General de la Nación incurrió en una falla del servicio”* y más adelante, también deduce que *“en la expedición de las decisiones en cuya virtud se privó de la libertad al ahora actor se incurrió, por parte de la Fiscalía de conocimiento, en evidentes irregularidades, todas ellas advertidas de manera expresa por el fiscal de segunda instancia, constitutivas de error jurisdiccional, cuestión que lleva a declarar la responsabilidad patrimonial del ente demandado mediante ese título de imputación.”*

58. En la sentencia del 14 de septiembre de 2017<sup>248</sup> se aplicó el régimen de falla del servicio a un caso en el cual la desvinculación del procesado de la investigación penal se dio por la inexistencia de mérito probatorio que permitiera formular acusación en su contra. En ese fallo no solo se analizaron

<sup>247</sup> Expediente 68001233100020070002201 (36798). Subsección A.

<sup>248</sup> Subsección B, expediente 13001-23-31-000-2003-01929-01(43413).

las diferentes debilidades probatorias, sino también las procesales tanto para la imposición de la medida preventiva, como para practicar algunas pruebas.

59. En otro caso<sup>249</sup>, también se había dicho que *“el fundamento de la preclusión del señor (...) se dio en aplicación del principio del in dubio pro reo<sup>250</sup>, el régimen de responsabilidad aplicable por la presunta privación injusta de la libertad, es en principio objetivo<sup>251</sup>, razón por la cual no es necesario establecer la existencia de una falla en la prestación del servicio. No obstante, ello no es óbice para que en el sub júdice, si las condiciones fácticas y jurídicas lo ameritan, resulte aplicable el régimen subjetivo, cuando el mismo se encuentre acreditado”.*

60. En sentencia del 15 de diciembre de 2017<sup>252</sup>, para decidir un caso en el cual se precluyó la investigación que se adelantaba en contra del procesado con fundamento en la inexistencia de pruebas que demostraran su participación en los hechos delictivos, la Subsección C *“teniendo en cuenta que la captura en flagrancia del señor (...) fue legalizada por el Juzgado Cuarto Penal Municipal con función de control de garantías sin que se evidenciara ninguna vulneración a sus derechos por parte de la Fiscalía y que no se advierte ninguna irregularidad cometida durante la investigación, (...) concluye que la privación de la libertad del accionante no obedeció a alguna falla en el servicio atribuible a la Fiscalía.”* Y respecto de la actuación de la Rama Judicial también indicó que: *“tampoco encuentra evidencia de una falla en el servicio (...) al imponerle medida de aseguramiento privativa de la libertad al imputado”*. (Resaltado fuera del texto original).

61. Más recientemente, en sentencia del 21 de febrero de 2018<sup>253</sup> se estudió el caso de una persona que fue privada de la libertad, procesada y condenada a pesar de que existían errores en su identificación e individualización, en otras palabras, se trató de un caso de homonimia, que no fue correctamente resuelto en el proceso penal, y exigió la intervención del juez de tutela. En esta sentencia el Consejo concluyó que *“la privación injusta de la libertad sufrida por el señor (...) es imputable a la Nación –Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial, a título de falla del servicio ya que se privó de la libertad a una persona que no era la misma condenada, (...)”*. En una

---

<sup>249</sup> Sentencia del 13 de julio de 2017. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Radicado 19001-23-31-000-2007-00262-01(44810).

<sup>250</sup> Aunque la fiscalía no aludió propiamente a este título, al precluir la investigación manifestó que dado el tiempo ya se había vencido la etapa sumarial y *“que al no encontrar la prueba suficiente para convocar a juicio al sumariado”* procedía la preclusión.

<sup>251</sup> En sentencia de unificación de jurisprudencia, el Consejo de Estado indicó que el *in dubio pro reo* está sustentado en un régimen objetivo de responsabilidad, concretamente en el daño especial y, se aplica, porque el Estado no pudo desvirtuar la presunción de inocencia de una persona quien no estaba llamada a soportar la privación, de ahí a que se encuentre facultada para solicitar la reparación del daño causado. Al respecto ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 17 de octubre de 2013, Exp. 23354.

<sup>252</sup> Expediente 66001-23-31-000-2010-00147-01(46360)

<sup>253</sup> Expediente 73001-23-31-000-2009-00076-01(42459), Subsección C. Cfr. Sentencias del 1 de febrero de 2018, expediente 05001233100020090101401, Subsección A; del 8 de agosto de 2017, expediente 05001233100020090046701, Subsección C; del 23 de marzo de 2017, expediente 20001233100020100037701, Subsección A; del 27 de septiembre de 2016, expediente 19001233100020030129701(44168), Subsección C; del 28 de enero de 2015, expediente 68001233100020020134301(35929), Subsección A; del 26 de febrero de 2014, expediente 25000232600020020175001(36825).

oportunidad anterior, la Corporación había considerado en un caso idéntico que: *“quienes tenían el deber legal de individualizar al procesado en el año 2004 y no lo hicieron, generaron posteriormente un daño al señor Carlos Andrés Pérez Hurtado al ser capturado como consecuencia de la condena por el delito de hurto calificado y agravado, que jamás cometió, incurriendo en una falla en el servicio, (...)”*<sup>254</sup>

62. Asimismo, de manera casi uniforme, **se prevé como asunto de obligatorio estudio, la eventual participación de la víctima como causa efectiva del daño.** Sobre este punto debe anotarse que, a pesar de existir ese parámetro, se advierten providencias en las cuales no se estudia de manera profunda dicho aspecto<sup>255</sup>.

63. Entonces, a pesar de las leves variaciones que se aprecian en las providencias citadas, es claro que para la Sección Tercera del Consejo de Estado, la responsabilidad del Estado, por privación injusta de la libertad, en principio, será objetiva en cuatro casos, a saber: (i) cuando el hecho no existió, (ii) el procesado no lo cometió, (iii) la conducta no era atípica y (iv) la aplicación del *in dubio pro reo*.

64. También se acepta que en otros eventos la responsabilidad se determina a partir de un régimen de falla del servicio el cual exige mayor carga demostrativa para el demandante y, en todo caso, que la actuación culposa o dolosa de la víctima no haya dado lugar a su detención, conducta *“entendida como ‘la violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado’*<sup>256</sup>.

65. Según la Corporación en cita, dicha culpa es *“grave o dolosa desde el punto de vista civil (...) difiere completamente del campo penal, pues los efectos de la decisión que se profiera dentro del proceso penal, no se transmiten respecto del estudio de la responsabilidad extracontractual del Estado, porque está última es autónoma y con identidad propia”* (...) así *“cuando se trata de acciones de responsabilidad patrimonial, el dolo o culpa grave que allí se considera, se rige por los criterios establecidos en el artículo 63 del Código Civil.”*<sup>257</sup> (Resaltado fuera del texto original).

De acuerdo con esas precisiones, el análisis de la conducta de la víctima no supone un nuevo juzgamiento, toda vez que el dolo y la culpa no son abordados para definir la responsabilidad en una conducta punible, sino para establecer el

---

<sup>254</sup> Sentencia del 5 de diciembre de 2016, expediente 19001233100020080006401, Subsección B.

<sup>255</sup> Por ejemplo, Subsección A, sentencias del 30 de junio de 2016, expediente 85001-23-31-000-2010-00076-01 (41976); del 7 de diciembre de 2016, expediente 73001-23-31-000-2002-02710-01(41930); del 18 de septiembre de 2017, expediente 19001-23-31-000-2010-10412-01(53509); del 12 de octubre de 2017, expedientes 73001-23-31-000-2011-00772-01(48338) y 54001-23-31-000-2010-00433-01(46815); del 6 de diciembre de 2017, expediente 76001233100020030277301 (41.581) y del 15 de diciembre de 2017, expediente 66001-23-31-000-2010-00147-01(46360), Subsección C.

<sup>256</sup> Sentencia del 27 de noviembre de 2017. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Radicado 54001-23-31-000-1999-00247-01(46068)

<sup>257</sup> Sentencia del 13 de julio de 2017. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Radicado 19001-23-31-000-2007-00262-01(44810).

grado de descuido o la intención de quien soportó la investigación a la hora de afrontar la misma.

### **La responsabilidad del Estado por privación injusta da libertad. Precedentes constitucionales**

66. El principal precedente respecto de la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad es la sentencia **C-037 de 1996**, sobre la cual gira la controversia que se ha planteado en los dos asuntos de tutela revisados; sin embargo, antes de abordar el contenido de esa providencia, así como las que se han expedido en relación con los regímenes de responsabilidad estatal, es necesario hacer una breve recapitulación de lo que se ha dicho en relación con la posibilidad de privar preventivamente de la libertad a una persona.

### **La relatividad del derecho a la libertad frente al derecho punitivo**

67. Para la Sala debe tenerse presente que la libertad es uno de los bastiones del Estado social de derecho, en tanto la misma tiene varias dimensiones; es un valor, un principio y un derecho fundamental, naturaleza que se advierte desde el preámbulo de la Constitución.

Así las cosas, la libertad hace parte de *“la base axiológica-jurídica sobre la cual se construye todo el sistema normativo”*<sup>258</sup>. En su condición de principio opera como un concepto jurídico, un límite político y también axiológico para el resto del ordenamiento, en tanto en su condición de valor le ofrece sentido y finalidad al resto del plexo jurídico<sup>259</sup>.

68. Asimismo, aunque en el artículo 1º, *ejusdem*, no se menciona de manera explícita la libertad como un principio fundamental del modelo de Estado que se adoptó, el mismo está ínsito en los allí mencionados, comoquiera que la democracia, el pluralismo y la dignidad humana son conceptos inacabados si no se conciben a partir de la libertad. Por su parte, el artículo 2º de la Constitución, de manera más expresa, establece como uno de los fines del Estado la protección de los derechos y libertades.

69. Como derecho (art. 28 superior), la libertad permea varios capítulos del abanico de prerrogativas fundamentales, en tanto es sustrato de muchas de las expresiones humanas. Así, el ciudadano se considera libre para pensar, expresarse, autodeterminarse, desplazarse en el territorio nacional, desempeñarse en la economía y, para lo que es objeto de estudio, permanecer en el lugar que elija, entre otras posibilidades.

En ese orden, la calidad de derecho fundamental es indiscutible al reunir los tres indicadores básicos<sup>260</sup>: (i) emana directamente de los valores y principios constitucionales (conexión directa con los principios); (ii) es el resultado de la

---

<sup>258</sup> Sentencia T-406 de 1992.

<sup>259</sup> *Ibidem*.

<sup>260</sup> *Ibidem*.

aplicación directa del texto constitucional (eficacia directa); y (iii) tiene un contenido irreductible (contenido esencial).

Ahora bien, para completar la anterior idea es preciso recordar que un derecho fundamental es<sup>261</sup> “*aquél ‘(...) que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo (...)’*. Tampoco existe una definición única de derecho subjetivo.<sup>262</sup> Sin embargo, la Corte ha considerado que todas las definiciones coinciden en que (i) debe existir una norma jurídica que reconozca el derecho o del que se pueda interpretar, (ii) el concepto de derecho involucra una obligación jurídica, (iii) así como un poder del titular del derecho para exigir el cumplimiento de dicha obligación del obligado.<sup>263</sup>”. Y más recientemente<sup>264</sup> se ha considerado que el concepto de derecho fundamental se define a partir de su relación con la dignidad humana.

Ahora bien, la libertad, como el resto de derechos<sup>265</sup>, salvo la dignidad humana<sup>266</sup>, no es absoluto<sup>267</sup>, pues, justamente en cumplimiento de varias de las premisas que limitan los derechos, cuales son, el disfrute de los derechos por parte de los demás individuos y la búsqueda del bienestar general, es admisible que en ciertos eventos, por supuesto excepcionales, esta prerrogativa se vea limitada.

70. Con esa advertencia tenemos que el derecho punitivo además de recoger de manera principalísima la libertad como principio y como derecho, también se erige en la principal fuente de su restricción.

Las normas procesales han establecido en su lista de disposiciones rectoras que la libertad es un derecho. Por ejemplo, el artículo 4° del Decreto Ley 2700 de 1991 era una reproducción del artículo 28 de la Constitución; por su parte, el artículo 3° de la Ley 600 de 2000 conservó el texto y agregó que la detención preventiva estaría sujeta a la necesidad de asegurar la comparecencia del sindicado, la preservación de la prueba y la protección de la comunidad.

En la actualidad, la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, nomina su título preliminar como “principios rectores y garantías procesales” y en el

---

<sup>261</sup> Sentencia C-372 de 2011.

<sup>262</sup> Por ejemplo, para Maurer, un derecho subjetivo es un “(...) poder legal reconocido a un sujeto por medio de una norma legal, para la persecución de interés propios mediante la exigencia a otro de hacer, permitir u omitir algo”. Cfr. H. Maurer. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. München: 9 ed, 1994. P. 141. Citado por Rodolfo Arango. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Editorial Legis, 2005. P. 9. Savigny, por su parte, definió los derechos subjetivos en el marco de la teoría de la voluntad como “el poder que sustenta una persona individual, es decir, un sector donde es soberana su voluntad”. Citado por Juan Carlos Gavara de Cara. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994. P. 41. Ihering definió los derechos subjetivos como intereses jurídicamente protegidos “(...) configurados en base (sic) a dos elementos, uno sustancial, en el que reside el fin práctico del derecho y que consiste en la utilidad, la ventaja o la ganancia asegurada por el mismo; y otro formal, que se refiere a dicho fin únicamente como medio, es decir, la protección del derecho, la acción judicial”. *Ibidem*. P. 41.

<sup>263</sup> Varios doctrinantes denominan dicho poder como *posición jurídica*, es decir, una situación de una persona en un ordenamiento jurídico. Ver Rodolfo Arango. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Editorial Legis, 2005.

<sup>264</sup> Sentencia T-095 de 2016.

<sup>265</sup> T-047 de 1995, C-296 de 1995, C-507 de 2001, C-1024 de 2002 y C-258 de 2013, C-387 de 2015.

<sup>266</sup> Sentencia C-143 de 2015.

<sup>267</sup> Sentencia C-622 de 2003.

artículo 2° consagra la libertad como el derecho a que la persona no sea privada de ella sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, emitido con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley.

Esta disposición autoriza al juez de control de garantías, previa solicitud de la Fiscalía (o la víctima, según la sentencia C-209 de 07), para restringir la libertad del imputado cuando sea necesario para garantizar su comparecencia, la preservación de la prueba o la protección de la comunidad, especialmente de las víctimas y, por solicitud de cualquiera de las partes en los términos legales, podrá modificar o revocar la medida restrictiva si las circunstancias varían y la tornan irrazonable o desproporcionada.

De otro lado, reproduce los dictados constitucionales superiores e incluye en un acápite de superlativa importancia las reglas de competencia y de tiempo para verificar la legalidad de la restricción, así como la posibilidad de revisar la pertinencia de la restricción; luego, es incuestionable la categoría de base axiológica –límite- del ordenamiento punitivo que se le ha otorgado a la libertad.

Ahora bien, estas disposiciones si bien dejan clara la naturaleza orientadora del derecho a la libertad, también se erigen en parámetro de limitación del mismo, en tanto han estado inmersas en los cuerpos normativos que se han ocupado de regular todas las circunstancias en las cuales es posible que un ciudadano afronte no solo una imputación jurídico penal, sino la restricción de su libertad, siempre que se cumplan unas reglas, por demás de exigentes, todo lo cual tiene como idea medular que *“esta limitación se justifica en aras de la persecución y la prevención del delito confiadas a la autoridad y garantiza el juzgamiento y penalización de las conductas tipificadas en la ley, entre otras cosas para asegurar la comparecencia del acusado al proceso”*<sup>268</sup>.

Sobre la atribución estatal de restringir la libertad, en la sentencia C-395 de 1994, se estableció que la misma debía tener claros límites, dado que *“en un auténtico Estado de derecho, la coacción que el poder público ejerce, en cuanto involucra la afectación de derechos individuales, debe estar lo suficientemente justificada. El acto que a primera vista tenga potencialidad para infringir un derecho, debe tomarse con la mayor cautela, cuidando de que efectivamente se configuren las condiciones que lo autorizan y atendiendo los requisitos señalados para su procedencia; en otras palabras: la actuación procesal debe interferir el ámbito de la libertad lo menos que le sea posible, atendidas las circunstancias del caso concreto.”*<sup>269</sup>

La jurisprudencia constitucional también se ha concentrado en establecer las significativas diferencias que subyacen entre la detención preventiva y la pena, esta como resultado de un proceso penal durante el cual, con la previa observancia de todas las garantías procesales, se ha vencido a un ciudadano y se ha determinado que la sanción por desestabilizar el ordenamiento jurídico

---

<sup>268</sup> Sentencia C-301 de 1993.

<sup>269</sup> Cfr. sentencias C-1198 de 2008 y C.695 de 2013.

penal en desmedro de los bienes jurídicamente tutelados de otro(s) conciudadanos debe ser la restricción de su libertad.

Así, ha concluido la Corte<sup>270</sup> que estas dos figuras, pena y detención preventiva, no solo son compatibles con la Constitución, sino que en el caso de la segunda no comporta una agresión del principio de presunción de inocencia, dado que:

*“(...) una cosa es detener al individuo contra el cual existen indicios graves acerca de que puede ser responsable penalmente, para que esté a disposición de la administración de justicia mientras se adelanta el proceso en su contra, y otra muy distinta que, cumplidos los trámites procesales y celebrado el juicio con observancia de todas las garantías, reconocimiento y práctica del derecho de defensa, se llegue por el juez a la convicción de que en realidad existe esa responsabilidad penal y de que, por tanto, debe aplicarse la sanción contemplada en la ley. Es entonces cuando se desvirtúa la presunción de inocencia y se impone la pena. (El resaltado es del texto original).*

*(...) tal presunción subsiste respecto de quien apenas está detenido preventivamente o ha sido objeto de otra medida de aseguramiento, ya que ninguna de ellas tiene por fin sancionar a la persona por la comisión del delito. (...).*

*Las medidas de aseguramiento no requieren de juicio previo. Ellas pueden aplicarse, a la luz de la Constitución, si se cumplen los requisitos exigidos por el artículo 28 de la Carta. Así, si media orden escrita del juez competente, se han cumplido las formalidades que la ley consagre al respecto y el motivo de la detención, conminación, prohibición de salida del país o caución está nítidamente consagrado en norma legal preexistente, tales medidas se ajustan al mandato constitucional y no implican desconocimiento del debido proceso, aplicable en el caso de las penas.*

*Pretender que toda detención o medida de aseguramiento deba estar forzosamente precedida de un proceso íntegro llevaría a desvirtuar su carácter preventivo y haría en no pocas ocasiones completamente inoficiosa la función judicial, pues la decisión correspondiente podría tropezar -casi con certeza- con un resultado inútil en lo referente a la efectividad de la pena que llegara a imponerse.*

*Debe resaltarse que la norma constitucional del artículo 28 y las legales que desarrollan el instituto de las medidas de aseguramiento no implican posibilidad de abuso de la autoridad judicial competente, pues ésta, al tenor de la Carta, debe estar fundada en motivos previamente definidos en la ley. Tales motivos, según las normas acusadas, son los indicios graves de responsabilidad que existan en contra del sindicado.”*

---

<sup>270</sup> Sentencia C-106 de 1994. Cfr. sentencias C-416 de 2002 y C-695.

66. En los últimos tiempos, el desarrollo normativo y jurisprudencial han reforzado otros criterios sobre la posibilidad de restringir preventivamente la libertad, puesto que el bloque de constitucionalidad impone como criterio irreductible para el ejercicio de esa potestad estatal, que ese tipo de medidas no solo dejen incólume el principio de presunción de inocencia, sino que sean absolutamente necesarias.

Ese derrotero es también un límite importante para el legislador quien *“solo está legitimado para utilizarlas cuando sean estrictamente indispensables y requeridas para la obtención de fines de naturaleza constitucional”*<sup>271</sup>, los cuales, según la Constitución consistirán en asegurar la comparecencia del procesado, la preservación de la prueba y la protección de la comunidad, especialmente de las víctimas.<sup>272</sup>

A su vez, como se dejó plasmado, la norma procesal en aras de materializar los dictados superiores que imponen la normativa constitucional y la internacional, también incluyó esos fines como parámetros, sin los cuales no es posible afectar el derecho a la libertad de quien apenas enfrenta un procesamiento penal.

71. Además de la necesidad de la medida, otro parámetro que establece límites tanto al ejercicio punitivo preventivo del Estado es la proporcionalidad, la cual *“es el principal criterio de análisis que en el marco de la justicia constitucional, permite examinar y neutralizar el exceso en el uso de la potestad de configuración del legislador penal y, por lo que aquí interesa, en el ámbito de las medidas cautelares dirigidas a afectar la libertad personal del imputado.”*<sup>273</sup>

La Corte<sup>274</sup> haciendo una recapitulación de las dos directrices que justifican la existencia de medidas preventivas explicó que *“la proporcionalidad está orientada a determinar que los beneficios de adoptar las medidas sean superiores o razonablemente equivalentes a las restricciones que ellas imponen al afectado, el criterio de la necesidad es una pauta fundamental, pues asegura que el medio empleado resulta indispensable para alcanzar el objetivo propuesto”*<sup>275</sup>. La Corte ha insistido, sin embargo, en que también los fines que pueden ser perseguidos a través de las medidas de aseguramiento deben tener

---

<sup>271</sup> Sentencia C-469 de 2016.

<sup>272</sup> *Ibidem*.

<sup>273</sup> *Ibidem*.

<sup>274</sup> *Ibidem*.

<sup>275</sup> En la Sentencia C-121 de 2012, la Sala examinó la constitucionalidad del artículo 65 (parcial) de la Ley 1453 de 2011, que había modificado el artículo 310 C.P.P. y establecía “3. El hecho de estar acusado, o de encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento, o de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional”, como uno de los criterios que el juez debía valorar a efectos de determinar si una persona representaba peligro para la comunidad. Entre otras consideraciones, la Corte señaló que en el fragmento subrayado, objeto de la impugnación, el legislador había quebrantado el principio de proporcionalidad, por cuanto había dado el mismo peso para efectos de una negativa de libertad a tres hechos procesalmente diferentes (i) “estar disfrutando de un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad por delito doloso o preterintencional” (ii) “la existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional”; (iii) “estar acusado o encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento”. Indicó que sin justificación alguna, el legislador colocó en una misma situación a quien soporta una medida de aseguramiento o es acusado por cualquier delito, incluso culposos, y a aquel que ya fue condenado por un delito doloso o preterintencional, lo cual resulta en efecto desproporcionado. Por esta razón, declaró inexecutable el segmento acusado de inconstitucional.

*un claro sustento constitucional, de manera que el análisis de necesidad debe conducir a evidenciar más exactamente si la medida restrictiva es indispensable para obtener un bien de relevancia constitucional<sup>276</sup>.*”

72. Así las cosas, en torno de la libertad se observa que: (i) es un valor, principio y derecho de superlativa importancia en nuestro ordenamiento; (ii) es un derecho que puede ser limitado en pro de la materialización de intereses constitucionalmente prevalentes; y (iii) su limitación depende de la necesidad y proporcionalidad de la medida restrictiva. Estas precisiones, a su vez, constituyen el punto de partida a la hora de definir cuándo el Estado genera daños a quienes se les restringe el derecho a la libertad.

### **Presupuestos de la responsabilidad del Estado frente a la privación preventiva de la libertad**

73. El primer y más importante precedente respecto de la responsabilidad del Estado cuando se priva preventivamente de la libertad a una persona que finalmente fue absuelta, es la sentencia C-037 de 1996, que tuvo por objeto verificar la constitucionalidad del proyecto de ley n.º 58/94 Senado, 264/95 Cámara, el cual se convirtió en la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia.

En esta sentencia, al analizarse el apego a la Constitución del artículo 68 del citado proyecto, el cual regula de manera específica la privación injusta de la libertad como fuente de daño resarcible por el Estado, la Corte concluyó que la norma se ajustaba al Estatuto Superior siempre que se entendiera que el término “injustamente” contenido en la norma hiciera referencia 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”.*

---

<sup>276</sup> En la Sentencia C-318 de 2008; En la Sentencia C-774 de 2001 se señaló: “[P]ara que proceda la detención preventiva no sólo es necesario que se cumplan los requisitos formales y sustanciales que el ordenamiento impone, sino que se requiere, además, y con un ineludible alcance de garantía, que quien haya de decretarla sustente su decisión en la consideración de las finalidades constitucionalmente admisibles para la misma”.

En aras de complementar las conclusiones jurisprudenciales de la Corte es menester repasar otros antecedentes expedidos en relación con los sistemas de responsabilidad estatal.

74. Para agotar ese propósito memoremos que en la sentencia C-430 de 2000<sup>277</sup> este Tribunal dejó clara la siguiente premisa:

*“A pesar de que se ha considerado por algunos doctrinantes que la nueva concepción de la responsabilidad del Estado tiene como fundamento un criterio objetivo, no puede afirmarse tajantemente que el Constituyente se haya decidido exclusivamente por la consagración de una responsabilidad objetiva, pues el art. 90 dentro de ciertas condiciones y circunstancias también admite la responsabilidad subjetiva fundada en el concepto de culpa. Y ello es el resultado de que si bien el daño se predica del Estado, es necesario tener en cuenta que se puede generar a partir de la acción u omisión de sus servidores públicos, esto es, de un comportamiento que puede ser reprochable por irregular o ilícito.*

*Es, desde luego, en el tratamiento de la carga de la prueba donde ello se refleja, porque a pesar de los postulados constitucionales no se puede hablar de una responsabilidad absoluta del Estado. De manera que, cuando se alega que la conducta irregular de la administración fue la causante del daño, a menos que se este (sic) en presencia de la llamada culpa o falla presunta, sigue siendo necesario que el actor alegue y acredite la actuación irregular de aquél, en razón de la acción u omisión de sus agentes.”*

Por su parte, en la sentencia C-100 de 2001 la Corte reiteró que de conformidad con el artículo 65 de la Ley 270 de 1996 *“el Estado tiene la obligación de responder por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción u omisión de sus agentes judiciales. En tal sentido, señala expresamente, que el Estado responderá por (1) el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, (2) el error jurisdiccional y (3) la privación injusta de la libertad. Al estudiar la exequibilidad de la norma, la Corte precisó que si bien ésta solo contempla la responsabilidad estatal cuando se presenta “falla en el servicio” de la administración de justicia, ello no implica que se limite el artículo 90 de la Carta, pues éste se aplica directamente a todos los casos.*<sup>278</sup>”

75. Posteriormente, en la C-528 de 2003, la cual se ocupó de establecer si los artículos 57, 227, 353, 363 y 535 de la Ley 600 de 2000 vulneraban la Constitución, al no prever la responsabilidad del Estado cuando acaeciera la privación injusta de la libertad, como lo hacía el derogado Decreto Ley 2700 de 1991, la Corte propuso reparos frente a los cargos en tanto no se tuvo en cuenta que *“en otros estatutos y en otros códigos, se regula la materia que echa de menos en el Código de Procedimiento Penal”* y, con fundamento en la profusa

<sup>277</sup> Cfr. Sentencia T-135 de 2012

<sup>278</sup> Sentencia C-037/96

jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la responsabilidad del Estado por la actividad jurisdiccional, concluyó que:

*“(...) en nada contradice los principios al debido proceso, el principio de seguridad jurídica y los principios derivados del artículo 90 constitucional, el hecho de que el Código de Procedimiento Penal no regule expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado por el aspecto que ha venido tratándose. De la anterior exposición es claro que las normas que regulan el tema se encuentra consignadas en otros textos del ordenamiento jurídico, a los cuales, según el artículo 4º de la Carta Política, se encuentra sometido el operador jurídico”.*

76. En sentencia C-043 de 2004, al conocer una demanda en contra del artículo 171 (parcial) del Código Contencioso Administrativo –Decreto 01 de 1984-, que regulaba la condena en costas para la parte vencida en el proceso, la Corte fue más específica al indicar que el artículo 90 de la Constitución imponía que la responsabilidad del Estado se estableciera ante la comprobación de un daño antijurídico el cual no puede entenderse exclusivamente como aquel que proviene de una actuación estatal ilícita y, en esa medida, no será reparable el que esté justificado, esto es, *“aquel que quien lo padece tenga la obligación de soportar”*. En esta oportunidad se reiteró que los elementos de la responsabilidad del Estado serán la: (i) la existencia de un daño; (ii) un vínculo entre este y la actividad de un ente público; y (iii) que sea antijurídico.

Esta sentencia se ocupó de establecer la relación entre el artículo señalado, esto es, la condena en costas de la parte que no saca adelante sus pretensiones, a pesar de que esta fuere el Estado y la regla de responsabilidad contenida en el artículo 90 Superior y en cuanto a la actividad estatal que origina el daño explicó que:

*“8. En reiterada jurisprudencia la Corte se ha referido a la naturaleza objetiva de la responsabilidad del Estado por el daño antijurídico que irroga a los particulares. En un conjunto amplio de pronunciamientos ha dicho que el artículo 90 de la Constitución de 1991 modificó el panorama de la responsabilidad estatal, en primer lugar porque la reguló expresamente, cosa que hasta entonces no se había hecho en normas de este rango, y además porque dicho artículo 90 amplió el ámbito de tal responsabilidad, circunscrita hasta entonces a la noción de falla en el servicio, que encontró ahora su fundamento en la noción de daño antijurídico<sup>279</sup>. Lo esencial del cambio introducido por el artículo 90 de la Constitución radica entonces en que ahora el fundamento de la responsabilidad no es la calificación de la conducta de la Administración, sino la calificación del daño que ella causa. No se trata de saber si hubo o no una falla en el servicio, es decir una conducta jurídicamente irregular aunque no necesariamente culposa o dolosa,*

---

<sup>279</sup> Confróntese especialmente las sentencias C-381 de 2001, M.P Rodrigo Escobar Gil, y C-285 de 2002, M.P Jaime Córdoba Triviño. Adicionalmente pueden consultarse las sentencias T-468-92, C-543-92, C-058-93, C-04-96, C-037-96, C-333-96, C-358-96, C-274-98, C-088-00, C-430-00, C-100-01, C-832-01, C-840-01, C-892-01 y C-1149-01 de esta Corporación y en las Sentencias de 22 de noviembre de 1991, 26 de noviembre de 1992, 2 de marzo de 1993, 13 de julio de 1993, 8 de mayo de 1995, 21 de junio de 1995 y 29 de marzo de 1996 del Consejo de Estado.

*sino de establecer si cualquier actuar público produce o no un “daño antijurídico”, es decir un perjuicio en quien lo padece, que no estaba llamado a soportar. (El resaltado es del texto original). (...)*

*Recordada en gran síntesis la noción de daño antijurídico como fundamento de la responsabilidad estatal según los términos del artículo 90 superior, puede la Corte entrar a definir si la condena en costas al Estado vencido dentro de un proceso contencioso administrativo responde a la noción de indemnización por un daño antijurídico que, en los términos constitucionales constituya una responsabilidad objetiva del Estado, como lo afirma el demandante. (...)*

*10. El artículo 90 superior define la responsabilidad patrimonial objetiva del Estado por las actuaciones de los entes públicos. Si bien esta responsabilidad hoy en día se determina con base en la noción de daño antijurídico y no de conducta antijurídica, (...)* (Resaltado fuera del texto original).

*Ahora bien, ¿que tipo de actividad estatal es la que origina esta responsabilidad? A juicio de la Corte se trata de acciones u omisiones llevadas a cabo en ejercicio de funciones públicas, es decir, dentro del contexto de relaciones jurídicas sustanciales en las cuales el ente público actúa, regular o irregularmente, desplegando sus atribuciones constitucionales o legales, o en las mismas circunstancias omite actuar estando obligado a ello. Es decir, para que el daño antijurídico atribuido al Estado sea indemnizable, se exige que éste sea consecuencia del cumplimiento regular o irregular de sus obligaciones o del incumplimiento de las mismas. De esta manera, el artículo 90 de la Constitución consagra una cláusula general de responsabilidad estatal objetiva por todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos, tanto en las relaciones contractuales como en las extracontractuales de tales entes<sup>280</sup>. (...)*

*La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define (art. 90 C.P), sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen; en efecto, la especial salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la Administración, a la que usualmente se le reconocen prerrogativas especiales para cumplir con sus finalidades constitucionales, la efectividad del principio de solidaridad y la igualdad de todos ante las cargas públicas obligan a reparar los daños causados por el actuar del ente público que el lesionado no está jurídicamente obligado a soportar. Esta responsabilidad objetiva por su actuación es la contrapartida de sus especiales facultades y poderes, y consecuencia de la obligación que le*

---

<sup>280</sup> Cf. *ibídem*

*incumbe de garantizar la primacía de los derechos inalienables de la persona.*

*Empero, cuando el Estado acude ante la jurisdicción contencioso administrativa para la definición de esta responsabilidad derivada del ejercicio de su actividad, la relación jurídica que se traba no es de naturaleza sustancial y no implica el ejercicio de prerrogativas propias del poder público. (...) El Estado, ahora, acude ante el juez en igualdad de condiciones frente a los particulares, y ello constituye una garantía de la efectividad del control jurídico que compete ejercer a la rama judicial respecto de las otras ramas del poder público. (...)*

*11. Así pues, cuando el Estado a través de uno de sus órganos comparece en juicio, lo hace en condiciones de igualdad frente a la contraparte, despojándose entonces de sus prerrogativas especiales. Las normas que gobiernan su actuación no son las sustanciales que regulan sus obligaciones, facultades y atribuciones con miras al ejercicio de la función pública y a la realización del interés general, sino otras de naturaleza instrumental que persiguen una finalidad distinta: resolver un conflicto jurídico en torno de su responsabilidad. (...)*

*La norma de rango constitucional que establece el fundamento a partir del cual el legislador debe regular la responsabilidad sustancial o material del Estado por los perjuicios que ocasione en ejercicio de su funciones constitucionales o legales es el artículo 90 de la Constitución Política. La disposición superior que sienta las bases para la expedición de las normas instrumentales o procedimentales conforme a las cuales ha de declararse o hacerse efectiva esa responsabilidad sustancial es el artículo 29 de la Carta.*

*En tal virtud, el perjuicio económico que sufre dicha parte vencedora cuando por virtud de la ley no puede lograr el reembolso de los gastos en que incurrió por causa del proceso, significan sí un menoscabo de su patrimonio, y tal sentido un daño o perjuicio, pero no un daño antijurídico. Por ello tal daño no cae bajo los supuestos de hecho que regula el artículo 90 superior, y por lo tanto, tampoco por este aspecto deben ser objeto de forzosa reparación cuando la parte vencida en el juicio es el Estado.” (Resaltado fuera del texto original).*

77. Más adelante, en la sentencia SU-353 de 2013, la Corte al analizar un fallo expedido al interior de un proceso de reparación directa contra el Banco de la República, por daños ocasionados a un particular en virtud de la aplicación de un acto administrativo que fue anulado concluyó que no era discutible “que en la generalidad de los casos la anulación de un acto en sede judicial deje a la vista una falla en el servicio, y que con fundamento en ella se le impute un daño a entidades estatales. Pero sí cuestiona que esa regla pueda tener carácter absoluto, y no admitir excepciones en un caso como este, (...)” (Resaltado fuera del texto original).

78. Continuando con el repaso de los precedentes constitucionales sobre la responsabilidad estatal se encuentra que en la sentencia C-957 de 2014 al analizar una demanda contra el artículo 81.2 de la Ley 142 de 1994, la Corte siguió la línea acabada de mencionar, al considerar que el artículo 90 Superior establecía dos tipos de responsabilidad, la primera, contenida en el inciso primero, correspondía a una cláusula general que dependía de la producción de un **daño antijurídico** y, la segunda, prevista en el inciso segundo, se refería a la **responsabilidad de los agentes del Estado**, la cual era esencialmente subjetiva, en la medida en que exige la constatación de culpa o dolo en su actuación u omisión<sup>281</sup>.

79. En la sentencia SU-443 de 2016, se estudiaron unas acciones de tutela promovidas por personas que habían laborado en embajadas de otros países en Colombia, estableciendo que esos casos, pese a que no podía endilgarse responsabilidad a dichas embajadas, no podía desencadenar la perpetuación de situaciones irregulares.

Así se ratificó la pertinencia de un régimen objetivo como el daño especial para aquellos casos en los cuales se desequilibran las cargas que están en cabeza de los ciudadanos, al considerarse que se trata del ejercicio legítimo de una actividad estatal –las relaciones internacionales–.

En cuanto a la privación injusta de la libertad en la sentencia SU-222 de 2016 se valoró la condena impuesta a una Fiscal que fue llamada en garantía en proceso de reparación directa iniciado por la detención a la cual se había sometido un ciudadano anotando que:

*“Como se observa, cuando el agente o ex agente es llamado en garantía con fines de repetición, su propia responsabilidad se define en el mismo proceso en el cual se determina la responsabilidad del Estado. No obstante, esto no indica que ambas cuestiones deban correr la misma suerte, toda vez que la responsabilidad del Estado está controlada por una regulación sustancialmente distinta de la que gobierna la responsabilidad de sus agentes. En efecto, la Constitución define los elementos necesarios para condenar al Estado a responder patrimonialmente (art 90 CP). Dice, en concreto, que “[e]l Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”. En consecuencia, el Estado debe responder patrimonialmente (i) “por los daños antijurídicos”, (ii) “que le sean imputables”, cuando hayan sido (iii) “causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”. Como se observa, no es preciso acreditar la concurrencia de dolo o culpa, razón por la cual la responsabilidad del Estado no es objetiva. Esta interpretación la ha reconocido como vinculante la Corte Constitucional en su jurisprudencia, y también la Sección Tercera del Consejo de Estado”. (Resaltado fuera del texto original).*

---

<sup>281</sup> Afirmación reproducida en la SU-222 de 2016.

80. En ese orden, la Corte ha considerado que el artículo 90 Superior permite acudir tanto a la **falla del servicio como a un título de imputación objetivo**, de esa manera, para decidir diferentes casos ha matizado posturas rígidas afirmando que el **daño antijurídico no excluye la posibilidad de exigir la demostración de una actuación irregular del Estado**.

81. De la misma forma, se anota que la Corte y el Consejo de Estado comparten dos premisas: **la primera**, que la responsabilidad del Estado se deduce a partir de la constatación de tres elementos: (i) el daño, (ii) la antijuridicidad de este y (iii) su producción a partir de una actuación u omisión estatal (nexo de causalidad). **La segunda**, que el artículo 90 de la Constitución no define un único título de imputación, lo cual sugiere que tanto el régimen subjetivo de la falla del servicio, coexiste con títulos de imputación de carácter objetivo como el daño especial y el riesgo excepcional.

### **El principio de sostenibilidad fiscal**

82. En el expediente T-6.304.188 tanto la entidad accionante como la ANDJ plantearon que la sentencia de unificación emitida por el Consejo de Estado el 17 de octubre de 2013, al interior del proceso 23354, genera una circunstancia riesgosa desde el punto de vista financiero para la Fiscalía General y, según la agencia mencionada, se menoscaba el derecho colectivo al patrimonio público en conexidad con el derecho al debido proceso.

Para la Corte, en primer término, debe rememorarse que el artículo 1° del Acto Legislativo 03 de 2011 introdujo en el artículo 334 de la Constitución como un criterio orientador para las autoridades públicas la sostenibilidad fiscal, la cual, según la redacción de la norma, debe ser entendida como un *“instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario”*. Asimismo, el párrafo de la norma introdujo una limitante al principio en los siguientes términos: *“al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar Los <sic> derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva”*.

La Corte, en sentencia C-288 de 2012, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del Acto Legislativo 03 de 2011, a través del cual se incluyó, entre otros aspectos, la sostenibilidad fiscal, hizo una recapitulación de los conceptos ofrecidos por la doctrina y concluyó que el criterio de sostenibilidad fiscal *“está dirigido a disciplinar las finanzas públicas, de manera tal que la proyección hacia su desarrollo futuro reduzca el déficit fiscal, a través de la limitación de la diferencia entre los ingresos nacionales y los gastos públicos. Esto a partir de la evaluación de esa diferencia entre los distintos presupuestos sucesivos y de los factores endógenos y exógenos que la aumentan o reducen.”*

A tono con lo dispuesto en ese mismo artículo, este Tribunal hubo de darle relevancia al condicionamiento previsto en la norma, la cual sugiere, como fue

deducido por la Corte, que *“existe una relación de dependencia jerárquica entre la consecución de los fines propios del gasto público social y la aplicación del marco de SF en la intervención del Estado en la economía. Quiere esto decir que en caso de conflicto entre la aplicación del criterio de la sostenibilidad fiscal y la consecución de los fines estatales prioritarios, propios del gasto público social, deberán preferirse, en cualquier circunstancia, los segundos. De nuevo, esta conclusión es importante, pues deberá ser retomada en el acápite sobre la interpretación sistemática del Acto Legislativo acusado”*.

Estas directrices fueron reiteradas en la sentencia C-753 de 2013, en la cual la Corte manifestó sobre la naturaleza de la sostenibilidad fiscal que *“no es ni un derecho, ni un principio constitucional, ni representa un fin esencial del Estado. Tampoco persigue fines autónomos, ni establece mandatos particulares, por lo cual se define como un criterio que orienta a las autoridades de las diferentes ramas del poder para asegurar el cumplimiento de los fines del Estado. Por lo anterior, no puede sobreponerse a la efectiva garantía de los derechos consagrados en la Constitución ni contradecir el núcleo dogmático de la misma”*.

Ahora bien, este criterio se desarrolló con la Ley 1695 de 2013, con la cual se creó y reguló el incidente de impacto fiscal. Esta norma también fue sometida al análisis constitucional, que arrojó como resultado que si bien la figura encontraba respaldo en la norma superior, la misma no tenía operatividad frente a decisiones judiciales en el marco de la acción de tutela. En ese orden, se reitera, la norma fue declarada exequible en el entendido de que dicho incidente no procede en relación con providencias emitidas en el trámite de la acción de tutela<sup>282</sup>.

### **Casos concretos**

83. Como se indicó, la Fiscalía General expuso que el Consejo de Estado incurre en un defecto sustantivo en casos de privación injusta de la libertad al aplicar un régimen de responsabilidad objetiva cuando el investigado haya sido absuelto por aplicación del *in dubio pro reo* a pesar de que la Corte le dio un alcance diferente al artículo 68 de la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia.

Por su parte, en la otra tutela los accionantes plantearon que el Tribunal que decidió en primera instancia el referido asunto lo hizo usurpando la competencia que inicialmente se le había otorgado a un Juzgado Administrativo del Circuito y, de otro lado, incurrió en un defecto fáctico al desestimar la validez de las pruebas que aportaron al proceso. Consideraron que el Consejo de Estado, al resolver el proceso de reparación directa que promovieron por la privación injusta de la libertad de una ciudadana que fue absuelta por **atipicidad subjetiva** de la cual son herederos, omitió la sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013, según la cual la responsabilidad del Estado en tales casos es

---

<sup>282</sup> Sentencia C-870 de 2014.

objetiva, sin que en su caso particular fuera procedente concluir que hubo culpa exclusiva de la víctima.

Así las cosas, el presente trámite tiene el objetivo de establecer si la interpretación del Consejo de Estado plasmada en providencias que resolvieron sendos procesos de reparación directa tiene algún vicio que haga procedente el amparo solicitado, lo cual impone establecer, como asunto inmediato, si se acreditan los requisitos generales y específicos de procedencia de la acción de tutela en contra de una providencia judicial.

### **Requisitos generales de procedencia de la acción de tutela**

84. De manera previa al examen de los requisitos establecidos para resolver las pretensiones de la tutela se abordarán los requisitos generales de procedencia del amparo contra decisiones judiciales.

**(i) Relevancia constitucional del asunto.** Los asuntos que ahora son objeto de revisión cumplen con este requisito, toda vez que:

En ambos casos se propone la posible vulneración del derecho a la igualdad en las decisiones judiciales, con ocasión de las sentencias proferidas al interior de procesos contencioso administrativos, en tanto, según los actores, aquellas desconocen los precedentes y, en ese orden, los casos en cita fueron tratados de manera distinta a pesar de la similitud de los mismos.

81. En el expediente T-6.304.188 la Fiscalía considera que el fallo a través del cual se le declaró responsable de los perjuicios causados a un ciudadano que fue privado de la libertad mientras se le investigaba por la presunta comisión de una conducta punible, se apartó de la interpretación contenida en la sentencia C-037 de 1996, expedida con ocasión del examen de constitucionalidad del artículo 68 de la Ley Estatutaria 270 de 1996, el cual regula los requisitos para determinar la responsabilidad del Estado en casos de privación injusta de la libertad.

85. En el expediente T-6.390.556 los accionantes consideran que el fallo a través del cual se absolvió al Estado por la detención preventiva a la cual fue sometida una ciudadana no tuvo en cuenta los precedentes ordinarios expedidos por el Consejo de Estado, según los cuales en dichos casos debe aplicarse un régimen objetivo de responsabilidad.

86. Así las cosas, los asuntos revisten relevancia constitucional por comprometer la eficacia directa de la Constitución, toda vez que el debate gira en torno de la: (i) interpretación del alcance de la responsabilidad del Estado en casos de privación injusta de la libertad; (ii) el presunto desconocimiento de una decisión de constitucionalidad expedida en virtud del control de una norma estatutaria; (iii) la presunta disparidad de posturas del órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa; y (iv) la eventual divergencia de posiciones entre dicho órgano y la Corte Constitucional sobre el régimen de imputación aplicable en casos de privación injusta de la libertad.

**(ii) Agotamiento de todos los recursos ordinarios y extraordinarios de defensa judicial.** Los accionantes agotaron todos los mecanismos judiciales de defensa, que se encontraban a su alcance para lograr una decisión favorable a sus intereses.

87. Como puede advertirse del recuento fáctico, en los dos procesos de reparación directa se interpusieron los recursos de apelación los cuales fueron decididos por la máxima instancia contencioso-administrativa, sin que proceda otro recurso ordinario o extraordinario.

88. Se destaca que tanto en el Código Contencioso Administrativo –Decreto 01 de 1984<sup>283</sup>-, como en el C.P.A.C.A –Ley 1437 de 2011<sup>284</sup>-, se consagraron causales de revisión; sin embargo, los supuestos fácticos y normativos expuestos en los asuntos revisados y visto el contenido global de las causales, se desprende, sin lugar a dudas, que estas comprometen situaciones diferentes a las que incumbe resolver en esta oportunidad y, por tal razón, no sería exigible a los accionantes su agotamiento.

89. Así las cosas, en los dos casos los accionantes activaron todos los mecanismos judiciales aptos para controvertir las fuentes jurisprudenciales y la valoración probatoria realizada por los jueces ordinarios.

**(iii) Inmediatez.** En este trámite se observa que las acciones de tutela se dirigen a controvertir unas decisiones judiciales y, en esa medida, la fecha de expedición de las mismas, en contraste con la fecha de interposición de las respectivas acciones, son extremos temporales eficaces para definir si el plazo para el agotamiento de la vía excepcional es razonable. Pues bien, al revisar cada uno de los expedientes se encuentra que los accionantes cumplieron con el presente requisito, así:

---

<sup>283</sup> Artículo 188. 1. Haberse dictado la sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados.// 2. Haberse recobrado después de dictada la sentencia documentos decisivos, con los cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente, y que el recurrente no pudo aportar al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria. // 3. Aparecer, después de dictada la sentencia a favor de una persona, otra con mejor derecho para reclamar. // 4. No reunir la persona en cuyo favor se decretó una pensión periódica, al tiempo del reconocimiento, la aptitud legal necesaria, o perder esa aptitud con posterioridad a la sentencia, o sobrevenir alguna de las causales legales para su pérdida. // 5. Haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia.// 6. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación. // 7. Haberse dictado la sentencia con base en dictamen de peritos condenados penalmente por ilícitos cometidos en su expedición.// 8. Ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada. Sin embargo, no habrá lugar a revisión si en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada.

<sup>284</sup> Artículo 250. 1. Haberse encontrado o recobrado después de dictada la sentencia documentos decisivos, con los cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.// 2. Haberse dictado la sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados.// 3. Haberse dictado la sentencia con base en dictamen de peritos condenados penalmente por ilícitos cometidos en su expedición.// 4. Haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia.// 5. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación.//6. Aparecer, después de dictada la sentencia a favor de una persona, otra con mejor derecho para reclamar. //7. No tener la persona en cuyo favor se decretó una prestación periódica, al tiempo del reconocimiento, la aptitud legal necesaria o perder esa aptitud con posterioridad a la sentencia o sobrevenir alguna de las causales legales para su pérdida.// 8. Ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada. Sin embargo, no habrá lugar a revisión si en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada.

En el expediente T-6.304.188 la decisión de segunda instancia, con la cual se finalizó de manera definitiva el proceso de reparación directa fue expedida por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el 30 de junio de 2016 y notificada por edicto fijado el día 14 de julio de 2016 y desfijado el día 18 de los mismos mes y año<sup>285</sup>. La acción de tutela fue repartida el 29 de noviembre de 2016<sup>286</sup>, esto es, **cuatro meses** y 12 días después de surtida la notificación de la providencia que se controvierte en este trámite.

En el expediente T-6.390.556 la decisión de segunda instancia, con la cual se finalizó de manera definitiva el proceso de reparación directa fue expedida por la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el 7 de julio de 2016 y notificada por edicto fijado el día 11 de julio y desfijado el día 13 de los mismos mes y año<sup>287</sup>. La acción de tutela fue repartida el 15 de diciembre de 2016<sup>288</sup>, esto es, cuatro meses y 28 días después de surtida la notificación de la providencia que se controvierte en este trámite.

Así las cosas el término que se advierte en estos casos se estima razonable si se tiene en cuenta la naturaleza del debate que se propone en sede de tutela el cual exige un análisis y esfuerzo argumentativo distinto al que se expone durante el trámite del proceso ordinario.

**90. En caso de tratarse de una irregularidad procesal, debe tener incidencia directa en la decisión que resulta vulneradora de los derechos fundamentales.** Este requisito no es aplicable en el expediente **T-6.304.188** ya que las anomalías que se alegan son de carácter sustantivo.

Ahora bien, en el expediente **T-6.39556** promovido por la señora Blanca Gómez de García y otros se hicieron señalamientos respecto de la competencia del Tribunal que conoció el proceso de reparación directa. Los actores estimaron que tal Corporación no debió declarar la nulidad de lo actuado y asumir el conocimiento del trámite en primera instancia, sino desatar el recurso de apelación interpuesto contra la decisión adoptada por el Juzgado 35 Administrativo del Circuito de Bogotá; sin embargo, no se demostró una relación directa entre la presunta falta de competencia del Tribunal para conocer el asunto en primera instancia y la decisión finalmente adoptada que consistió en desestimar la validez formal de la prueba que fue aportada por los demandantes para acreditar la existencia de un daño por privación injusta de la libertad.

Los accionantes no explicaron, ni tampoco puede deducirse del acervo probatorio allegado, porqué la decisión del Tribunal hubiera sido diferente si hubiera obrado en segunda instancia y no en primera, es decir, no es posible concluir que la postura frente de los requisitos formales de la prueba documental

---

<sup>285</sup> Sin folio (ubicado después del 410 y antes del 411), cuaderno del Consejo de Estado, expediente 23001233100020080032001 (40569).

<sup>286</sup> Ver acta de reparto que obra a folio 83 del Cdo. 1.

<sup>287</sup> Fl. 670, cuaderno del Consejo de Estado, expediente 25000232600020050200801 (40782).

<sup>288</sup> Ver acta de reparto que obra a folio 98 del Cdo. 1.

hubiera sido distinta si, en lugar de haber declarado la nulidad y asumir el trámite en primera instancia, hubiera decidido el recurso interpuesto en contra de la decisión del juzgado administrativo del circuito que inicialmente había resuelto el trámite.

**91. Identificación de los hechos que generan la violación y que se hayan alegado en el proceso judicial en caso de haber sido posible.** En este punto el análisis debe separarse, ya que los procesos revisados presentan características procesales diferentes y, en tal virtud, la situación fáctica expuesta en esta acción difiere de la que se observa en los procesos de reparación directa.

En el expediente **T-6.304.188**, promovido por la Fiscalía General se advierte que en la contestación de la demanda interpuesta por Germán Antonio Espitia Delgado y otros la apoderada de esta entidad afirmó que en el caso particular dicho ciudadano tenía el deber de soportar las consecuencias de la actividad judicial. Asimismo, indicó que no siempre que se absuelva a un ciudadano procede la condena al Estado<sup>289</sup>, solicitando al tribunal de primer grado abstenerse de fallar el asunto con base en criterios objetivos; argumentos que fueron reiterados al presentar alegatos de conclusión<sup>290</sup>.

Teniendo presente que el Tribunal Administrativo de Córdoba condenó a la Fiscalía General, la apoderada apeló el fallo con fundamento en un salvamento de voto<sup>291</sup> presentado respecto de una sentencia del Consejo de Estado<sup>292</sup> en la cual se incluyó la absolución en virtud del principio *in dubio pro reo* como una de las causales de responsabilidad objetiva del Estado por privación injusta de la libertad.

También sustentó el recurso de apelación en la sentencia C-037 de 1996 y reiteró que los fiscales delegados ajustaron sus resoluciones a los presupuestos jurídicos, fácticos y probatorios al tomar las decisiones correspondientes<sup>293</sup>. Corrido el traslado para alegar en segunda instancia<sup>294</sup>, el nuevo apoderado de la Fiscalía General concluyó que no siempre que se prive de la libertad a una persona que es finalmente es absuelta o desvinculada del proceso el Estado debe responder patrimonialmente.<sup>295</sup>

Esa conclusión la sustentó en citas doctrinarias y jurisprudenciales en las cuales, estima el accionante, se ha considerado que en tales casos el régimen de responsabilidad aplicable es la falla del servicio, con lo cual se observa que la entidad accionante puso de presente en el proceso de reparación directa, la inobservancia de la jurisprudencia respecto de la aplicación de un régimen de responsabilidad estatal de falla del servicio.

---

<sup>289</sup> Cfr. Fl. 220 y ss, cuaderno 1 proceso original 230012331000200800320.

<sup>290</sup> Cfr. Fls. 259 y ss, *ibídem*

<sup>291</sup> La aclaración la hizo la Consejera Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>292</sup> La sentencia fue expedida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 9 de junio 2010, expediente 76001-23-31-000-1998-00197-01(19312).

<sup>293</sup> Cfr. Fls. 294 y ss, cuaderno del Consejo de Estado.

<sup>294</sup> Cfr. Fl. 350 del cuaderno del Consejo de Estado.

<sup>295</sup> Cfr. Fls. 352 y ss del cuaderno del Consejo de Estado.

En cuanto al defecto sustantivo por la alusión al derogado artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991, se advierte que durante el desarrollo del proceso en primera instancia la Fiscalía no planteó argumentos para refutar tal alusión, toda vez que el demandante no sustentó la demanda<sup>296</sup>, ni los alegatos de conclusión<sup>297</sup> en tal fuente normativa, ni citó las providencias del Consejo de Estado en las cuales se ha mencionado.

Ahora bien, en el fallo sí se incluyeron los precedentes en los cuales se aludió a tal norma<sup>298</sup>; sin embargo, en el recurso de apelación la apoderada de la entidad no reprochó la vigencia de la misma, ni le planteó a la Corporación de segunda instancia que a la hora de resolver el asunto corrigiera la alusión que de ella se hizo y, en consecuencia, expidiera una decisión que se apartara de los antecedentes en los cuales aquella se mencionaba, ni tampoco lo hizo al presentar los alegatos de conclusión.

Así las cosas, los hechos en los cuales se sustenta el defecto sustantivo planteado no fueron expuestos durante el proceso ordinario, por lo que no se cumple el requisito de procedencia general de la acción de tutela que se desarrolla en este acápite, sin que dicha omisión esté justificada, pues de la parte accionante no pueden predicarse circunstancias excepcionales que permitan inferir que no podía ejercer una defensa adecuada durante el trámite; por tal razón no se examinará el defecto sustantivo por haberse decidido con base en una norma derogada<sup>299</sup>.

En el expediente **T-6.304.556** uno de los reproches contenidos en la acción de tutela consiste en que una vez se promovió el proceso de reparación directa no fue asumido por el Tribunal Administrativo de Bogotá, al considerarse que la competencia le correspondía a un juzgado administrativo de circuito.

De acuerdo con el acervo probatorio, una vez el juzgado al cual le correspondió el asunto, expidió fallo favorable a los demandantes y surtido el recurso de apelación interpuesto por las partes, el Tribunal Administrativo con providencia del 25 de noviembre de 2009<sup>300</sup>, argumentó el Despacho que mediante auto del 9 de septiembre de 2008, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado estableció que el artículo 73 de la Ley 270 de 1996 prevalecía sobre la Ley 446 de 1998, y explicó que según dicha interpretación, no era aplicable el artículo 41 de dicha ley, según la cual los jueces administrativos conocen de los asuntos de reparación directa cuando su cuantía no exceda de 500 s.m.l.m.v., concluyendo que el Juzgado 35 Administrativo del Circuito de Bogotá no tenía competencia para tramitar el asunto, falencia que, de conformidad con el num. 2 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, generó una nulidad insaneable.

---

<sup>296</sup> Cfr. Fls. 1 y ss, cuaderno 1 *ibídem*.

<sup>297</sup> Cfr. Fls. 254 y ss *ibídem*.

<sup>298</sup> Cfr. Fls. 266 y ss del cuaderno del Consejo de Estado.

<sup>299</sup> Sentencia T-079 de 2014.

<sup>300</sup> Cfr. Fls. 284 a 286 del cuaderno n.º 1 del proceso originalde reparación directa radicado 250002326000200502008.

Esta decisión no fue controvertida en el trámite ordinario, en tanto la decisión del Tribunal Administrativo de declarar la nulidad de lo actuado y asumir el conocimiento del asunto para tramitarlo en primera instancia y no en segunda, no fue objetada por los demandantes, hoy accionantes. Posteriormente el Tribunal corrió traslado para alegar de conclusión<sup>301</sup>, ante lo cual la parte demandante presentó sus alegatos<sup>302</sup> sin proponer algún reproche sobre la decisión antes mencionada, aun cuando ya fuere extemporáneo.

Una vez expedido el fallo, el cual fue adverso a las pretensiones de la parte demandante<sup>303</sup>, esta procedió a sustentar el recurso de apelación en el cual se expusieron las razones por las cuales se consideraban erradas las apreciaciones realizadas por el Tribunal respecto de la validez de los documentos que fueron aportados como prueba y desestimados por la Corporación para acreditar la responsabilidad del Estado y los consecuentes daños.

Expuestos esos argumentos, el apelante señaló las razones por las cuales el Consejo de Estado, una vez superara el debate entorno de la validez de los documentos, debía condenar al Estado por la privación injusta de la libertad de la señora Clemencia García de Useche (Q.E.P.D.), sin incluir reproches sobre la actuación procesal que definió la competencia.

Posteriormente, el recurrente presentó sus alegatos de conclusión en los cuales reprodujo los argumentos consignados en la sustentación del recurso<sup>304</sup> y ratificó la solicitud de pruebas en segunda instancia que había formulado con el recurso de apelación.

En ese orden de ideas, los hechos con los cuales se pretende sugerir que en el proceso de reparación directa tuvo lugar un defecto orgánico, no fueron expuestos durante el proceso ordinario y, en esa medida, no se cumple el requisito de procedencia general de la acción de tutela que se desarrolla en este acápite, debiéndose anotar que esa falencia no encuentra justificación, pues de la parte accionante no pueden predicarse circunstancias excepcionales que permitan inferir que no podía ejercer una defensa adecuada durante el trámite; de hecho, la defensa siempre ha estado en cabeza del mismo profesional del derecho, razón por la cual no se examinará el defecto orgánico propuesto<sup>305</sup>.

Ahora bien, los accionantes también refirieron como un hecho contrario a sus derechos fundamentales que el fallo del Tribunal Administrativo de Bogotá hubiera tenido como fundamento que los documentos se hubieran aportado en copia simple, consideración que, como quedó visto, sí fue propuesta desde el momento en el cual los demandantes conocieron dicha postura, en consecuencia, se analizará el defecto fáctico alegado.

---

<sup>301</sup> Cf. Fl. 338 *ibidem*.

<sup>302</sup> Cfr. Fls. 364 y ss *ibídem*.

<sup>303</sup> Cfr. Fls. 432 y del Consejo de Estado.

<sup>304</sup> Cfr. Fls. 508 del cuaderno del Consejo de Estado.

<sup>305</sup> Sentencia T-079 de 2014.

En cuanto al régimen de responsabilidad aplicable en casos de privación injusta de la libertad, los demandantes refirieron que en este caso procedía la condena del Estado en atención a que en el proceso penal que se adelantó en contra de la señora Clemencia García de Useche se concluyó que la conducta asumida por la mencionada no constituyó infracción penal por atipicidad de la conducta, es decir, que la misma no se cometió, luego, se daban los presupuestos establecidos para declarar la responsabilidad del Estado; en tal virtud es factible abordar el defecto sustantivo por inobservancia del precedente judicial que fue alegado.

Sobre los supuestos fácticos que giran en torno de la figura de la culpa exclusiva de la víctima como causa que exime de responsabilidad al Estado, debe anotarse que durante el proceso ordinario no se hicieron consideraciones sobre tal materia, toda vez que la misma solo fue expuesta en el fallo de segunda instancia del Consejo de Estado, sin que, como fuera señalado, existan otras oportunidades procesales posteriores a este momento del trámite en que se hubieran podido poner de presente dichas consideraciones; luego, es procedente abordar el defecto sustantivo por inobservancia del precedente judicial que fue alegado.

**92. Que el fallo controvertido no sea una sentencia de tutela.** Como se ha indicado, las providencias que se censuran hicieron parte de procesos contencioso-administrativos de reparación directa. Definidos así los puntos que hacen procedente las acciones de tutela de la referencia, entra la Sala al análisis de los requisitos especiales de procedibilidad contra providencias judiciales.

### **Requisitos de procedibilidad**

93. Así las cosas, por haberse acreditado los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela, en el expediente **T-6.304.188** se estudiará *el defecto sustantivo por inobservancia de un precedente constitucional con efecto erga omnes* que fue planteado en la tutela, no así por la aplicación de una norma derogada, al no haberse planteado durante el proceso ordinario, a pesar de haber sido posible su controversia, con lo cual se incumple el requisito general de procedibilidad de la acción de tutela.

En el expediente **T-6.390.556** se estudiará *el defecto fáctico* que los accionantes derivaron de la *valoración probatoria* realizada en una de las instancias del proceso contencioso administrativo de reparación directa en el cual fueron demandantes. También se abordará *el defecto sustantivo* por omisión de los precedentes judiciales sobre el régimen de responsabilidad aplicable en materia de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad y de culpa exclusiva de la víctima y no se estudiará el defecto orgánico alegado, toda vez que sobre el mismo no se acreditó incidencia en la decisión cuestionada y tampoco fue planteado durante el proceso ordinario, a pesar de que haber sido posible su controversia, con lo cual se incumple el requisito general de procedibilidad de la acción de tutela.

**94. Requisitos especiales de procedibilidad contra providencias judiciales.** Si bien en los dos casos revisados se proponen debates convergentes, también

difieren en algunos aspectos, luego, la metodología para abordar este acápite consistirá en mencionar cada uno de los defectos y seguidamente definir en cuál de los dos expedientes fue propuesto, de tal manera que los defectos en los cuales se advierta coincidencia se resuelvan de manera conjunta. En desarrollo de este esquema, en el presente asunto los accionantes dedujeron los siguientes defectos:

**95. Defecto fáctico.** Este defecto fue señalado por los accionantes en el proceso T-6.390.556, toda vez que, en su criterio, el Tribunal Administrativo de Bogotá al decidir en primera instancia que la prueba aportada al expediente no reunía los requisitos legales incurrió en este yerro y vulneró sus derechos fundamentales.

Pues bien, al respecto debe tenerse presente que el artículo 31 de la Constitución establece que toda sentencia podrá ser apelada o consultada, salvo excepciones legales; en otros términos, este canon normativo le atribuye al ciudadano el derecho a la doble instancia.

Este derecho respecto de procesos de índole penal tiene respaldo internacional en el artículo 8º, num. 2, literal h) de la CADH y respecto de otro tipo de procesos hace parte de la garantía de existencia de un recurso judicial efectivo como lo imponen la citada convención en su artículo 25 y el PIDCP en su artículo 2º num. 3, literales a), b) y c). De acuerdo con los antecedentes normativos cuando el procedimiento establecido para una controversia en particular no haya sido definido como de única instancia<sup>306</sup>, será un parámetro del debido proceso que la decisión que le pone fin al proceso, sea potencialmente controvertible ante un funcionario de mayor jerarquía.

Para la Corte, esa potestad procesal se inspira en la necesidad de introducir en la vida jurídica decisiones adoptadas de conformidad a la Constitución, así como la materialización de la garantía del debido proceso y de los demás presupuestos que le componen, verbigracia, los derechos de contradicción y defensa<sup>307</sup>. Estos propósitos, a su vez, exigen que la interposición de un recurso tenga como finalidad exponerle al superior yerros cometidos<sup>308</sup>, bien en el trámite, ora en el análisis sustancial realizado por el juez de instancia a la hora de resolver el caso.

96. De otro lado, una vez activada la segunda instancia el juez superior deberá someter su examen al fallo recurrido y los defectos planteados en el recurso de apelación<sup>309</sup>; también deberá tener en cuenta, como elementos gravitacionales a estas dos piezas procesales, las pretensiones de la demanda y las pruebas

---

<sup>306</sup> Debe tenerse presente que el derecho a la doble instancia no es absoluto “pues existen eventos en los cuales puede restringirse por el legislador, siempre y cuando se respeten una serie de criterios especiales como la razonabilidad y la proporcionalidad frente a las consecuencias impuestas a través de la providencia que no puede ser objeto del recurso de apelación”(C-694 de 2015).

<sup>307</sup> Sentencias T-083 de 1998, C-095 de 2003 y C-337 de 2016.

<sup>308</sup> Sentencias T-083 de 1998, C-650 de 2001, C-095 de 2003, C-213 de 2007, T-231 de 2012, T-394 de 2013, T-388 de 2015 y C-337 de 2016, entre otras.

<sup>309</sup> Sentencia T-152 de 2013.

practicadas durante el proceso, lo cual se conoce como el principio de congruencia que, a su vez, es presupuesto del derecho al debido proceso<sup>310</sup>.

Por supuesto, el principio de congruencia tampoco es absoluto, pues habrá casos –excepcionalísimos– en los cuales es admisible que el juez de segundo grado falle *ultra o extra petita*<sup>311</sup>, como sucede en el caso del juez de tutela, o cuando la preeminencia del derecho sustancial haga imperativo evitar un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto<sup>312</sup>.

Entonces, si se tiene como premisa que el fallo de segunda instancia es el resultado de un defecto procesal o sustancial en la decisión que resolvió la controversia en primera instancia, así como del análisis de todo el devenir procesal, incluyendo en este la situación fáctica que motivó el trámite, las pretensiones y las pruebas; la conclusión ha de ser que aquel sea el complemento de la labor jurisdiccional y, en consecuencia, ambas decisiones, la de primera y segunda instancia, se conviertan en un todo inescindible.

En suma, cuando en un trámite de tutela se acusan tanto la decisión de primera como la de segunda instancia, si el defecto que se predica de aquella fue abordado y solucionado en la segunda, el juicio de amparo es improcedente para resolver sobre una discusión que ya fue desatada y superada a través de los mecanismos ordinarios, con lo cual no solo se desvirtuaría la naturaleza residual de la acción, sino que generaría una decisión innecesaria por sustracción de materia, dado que el defecto ya estaría corregido por el juez natural.

97. En ese orden sobre la decisión de primera instancia no están llamados a prosperar los cuestionamientos por las siguientes razones: (i) en primer lugar, esa sentencia tuvo como fundamento un razonamiento de índole formal, consistente en la imposibilidad de valorar las pruebas al haber sido aportadas en copia simple, el cual fue abordado y resuelto en la sentencia de segunda instancia, en la cual se dieron validez a las pruebas<sup>313</sup>, pero no fueron estimadas suficientes para declarar la responsabilidad del Estado; (ii) como quedó visto, al tratarse de dos fallos que conjuntamente constituyen un todo inescindible, no es necesario verificar si la decisión de primera instancia merece reproche constitucional; (iii) esa decisión no puede ser señalada como caprichosa, toda vez que el tenor de la propia jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>314</sup>, se admitían soluciones probatorias como la que en su momento adoptó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca; y (iv) no se acreditó la violación del derecho a la igualdad, ya que en el caso 2006-996 promovido por Tomás Rafael Jordán Morales y otros, la citada Corporación también presentó reparos sobre algunas de las pruebas y negó las pretensiones que tenían fundamento en estas.

---

<sup>310</sup> Sentencias T-450 de 2001, T-152 de 2013.

<sup>311</sup> Ver sentencias T-310 de 1995, T-049 de 1998, T-439 de 2005, SU-195 de 2012, SU-515 de 2013 y T-156 de 2017.

<sup>312</sup> Sentencias T-1306 de 2001, T-289 de 2005, T-429 de 2011, T-130 de 2017, T-398 de 2017, entre otras.

<sup>313</sup> Ver fl. 11 de la sentencia expedida por la Subsección C, Sección Tercera del Consejo de Estado el 7 de julio de 2016, fl. 664 del cuaderno del Consejo de Estado.

<sup>314</sup> Asunto superado en la sentencia de unificación expedida por la Sala Plena el 28 de agosto de 2013, expediente 05001-23-31-000-1996-00659-01(25022). Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 12 de octubre de 2017, expediente 54001-23-31-000-2010-00433-01(46815). Subsección B, sentencia del 12 de octubre de 2017, expediente 25000-23-26-000-2005-02098-01(40426), por ejemplo.

En relación con esta última conclusión, en el fallo expedido el 10 de octubre de 2007 se advierte que se negó la legitimación por activa de dos demandantes por cuanto uno de los registros civiles de nacimiento fue aportado en copia simple y la copia de otro, no estaba firmado por el señor Tomás Rafael Jordán Morales, solo por la progenitora, sin que figurara registro civil de matrimonio.

También se negó la condena por concepto de daño emergente, toda vez que los documentos que se aportaron para demostrarlo tenían falencias, entre ellas, el contrato de prestación servicios profesionales firmado entre el demandante y un abogado no tenía fecha cierta, pues no había sido autenticado ante Notario o inscrito en registro público.

Así las cosas, se advierte que no se verifican los presupuestos esenciales de cara a la acreditación del menoscabo del derecho a la igualdad, puesto que los dos procesos, aunque pudieran compartir ciertos fundamentos fácticos, tuvieron trámites procesales y probatorios diferentes. De otro lado, tampoco se presenta un trato discriminatorio, en tanto, como puede verse, el Tribunal aplicó los mismos criterios respecto de las formalidades de la prueba documental al haberle restado validez formal a las pruebas aportadas en uno y otro proceso.

**98. Defecto material o sustantivo por desconocimiento del precedente constitucional.** En el expediente **T-6.304.188** se propuso el desconocimiento de la interpretación contenida en la sentencia C-037 de 1996 a través de la cual se examinó la constitucionalidad del artículo 68 de 1996 y la alusión a normas derogadas, como el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991.

99. Sobre el defecto sustantivo por desconocimiento del precedente constitucional, la entidad accionante consideró que la Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado, se apartó de la interpretación del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 realizada por la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996, interpretación que se entiende integrada en la norma.

La invocación de este defecto tiene como origen que la entidad accionante –Fiscalía- y la que coadyuva la acción –ANDJE-, consideran que en la sentencia C-037 de 1996, la Corte, al condicionar el artículo 68 de la Ley 270 de 1996 no estableció un régimen de responsabilidad del Estado, sino que estableció la necesidad de verificar que el daño fuera antijurídico a partir de los criterios que permiten definir cuándo es injusta la privación de la libertad.

La Corte, al hacer el examen de constitucionalidad del proyecto de ley tuvo presente que la responsabilidad del Estado por la actuación de los jueces se descansaba en tres supuestos: (i) el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, (ii) el error jurisdiccional y (iii) la privación injusta de la libertad. Ocupándose del artículo que estableció dichos supuestos –artículo 65-, este Tribunal afirmó que:

*“La Corte estima que el inciso primero del presente artículo es exequible, pues si bien sólo hace alusión a la responsabilidad del Estado*

*-a través de sus agentes judiciales- por falla en el servicio, ello no excluye, ni podría excluir, la aplicación del artículo 90 superior en los casos de la administración de justicia. En efecto, sin tener que entrar a realizar análisis alguno acerca de la naturaleza de la responsabilidad estatal y sus diversas modalidades -por escapar ello a los fines de esta providencia-, baste señalar que el principio contemplado en el artículo superior citado, según el cual todo daño antijurídico del Estado -sin importar sus características- ocasiona la consecuyente reparación patrimonial, en ningún caso puede ser limitado por una norma de inferior jerarquía, como es el caso de una ley estatutaria. Ello, en vez de acarrear la inexecutable del precepto, obliga a una interpretación más amplia que, se insiste, no descarta la vigencia y la aplicación del artículo 90 de la Carta Política”. (Resaltado fuera del texto original).*

Esas primeras afirmaciones son contundentes al señalar que el artículo 90 de la Constitución no establece un título de imputación específico, lo cual es aceptado por la jurisprudencia constitucional en otras oportunidades<sup>315</sup> y el Consejo de Estado<sup>316</sup>. Por ejemplo, en la sentencia C-043 de 2004 se advierte un punto de inflexión, dadas algunas afirmaciones en relación con la aceptación, en principio, de un sistema de responsabilidad objetivo cuando se juzga al Estado; sin embargo, esa inflexión, no es definitiva porque se conserva la idea de que el Estado genera perjuicios aún por actuaciones irregulares, con lo cual se mantiene abierta la entrada a un sistema de falla del servicio.

Así las cosas, esta decisión debe entenderse como una apertura o, en mejores palabras, la afirmación de una idea que venía planteándose<sup>317</sup> en relación con la neutralidad del artículo 90 de la Constitución, respecto del régimen que debe aplicarse para definir la responsabilidad del Estado, sobre todo cuando a través de ella se estableció la constitucionalidad de una norma que regulaba la condena en costas, esto es, un asunto diametralmente diferente al alcance de la norma superior mencionada frente a casos de daños por acción u omisión de agentes estatales.

---

<sup>315</sup> Sentencia C-333 de 1996. Cfr. C-957 de 2014.

<sup>316</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 19 de abril de 2012, expediente 19001-23-31-000-1999-00815-01 (21515) en la cual se dijo que: “(...) el modelo de responsabilidad estatal establecido en la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción contenciosa ha dado cabida a la adopción de diversos “títulos de imputación” como una manera práctica de justificar y encuadrar la solución de los casos puestos a su consideración, desde una perspectiva constitucional y legal, sin que ello signifique que pueda entenderse que exista un mandato constitucional que imponga al juez la obligación de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas un determinado y exclusivo título de imputación.//En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado, tal y como se explicó previamente en esta providencia”. (Resaltado fuera del texto original). Estas consideraciones fueron reiteradas en sentencias del 23 de agosto de 2012, expediente 18001-23-31-000-1999-00454-01 (24392); del 7 de septiembre de 2015. Expediente: 85001-23-33-000-2013-00035-01(51388), Subseccion C y del 25 de septiembre de 2017, expediente 25000-23-26-000-2005-02078-01(42316), Subsección B.

<sup>317</sup> Sentencia C-333 de 1996.

De otro lado, este fallo no podría contrariar lo dicho en la sentencia C-037 de 1996 sobre la responsabilidad del Estado en casos de privación injusta de la libertad o el error judicial, si se tiene en cuenta que no se hizo expresa alusión a lo allí establecido sobre la materia en orden a determinar que las conclusiones contenidas en dicho fallo eran equivocadas y ameritaban su reevaluación.

100. De otro lado, la sentencia SU-443 de 2016 complementa la idea de que los antecedentes jurisprudenciales sobre la responsabilidad del Estado no han sido restrictivos, esto es, en ellos no se ha establecido de manera imperativa un régimen de responsabilidad del Estado; por el contrario, han establecido la posibilidad de definir el sistema de responsabilidad que mejor convenga a una determinada situación.

101. Ahora bien, el Consejo de Estado ha acudido a una fórmula en aras de ofrecerle consistencia jurídica a los asuntos que se someten a su consideración cuando su génesis lo es la privación injusta de la libertad y en esa tarea ha señalado que es posible aplicar un sistema de responsabilidad objetivo o uno de falla del servicio. Tal formulación, en principio, coincide con la jurisprudencia constitucional, la cual, se reitera, no impone un determinado régimen de responsabilidad.

Sin embargo, ha establecido esa alta Corporación que en cuatro eventos de absolución, cuales son a saber: (i) que el hecho no existió; (ii) el sindicado no lo cometió; (iii) la conducta no constituía hecho punible; o (iv) porque no se desvirtuó la presunción de inocencia –principio *in dubio pro reo*- debe acudir a un título de imputación objetivo que está dado por la figura del daño especial.

Para llegar a esa conclusión, el Consejo de Estado<sup>318</sup> ha afirmado que la Corte se equivoca al concluir que la responsabilidad del Estado debe circunscribirse a la falla en el servicio público de administración de justicia; la cual, no es de cualquier tipo, sino que debe ser la que proviene de una actuación *abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales*.

Este condicionamiento ha sido inscrito por la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>319</sup> y por las partes en este asunto en un régimen de falla del servicio, lo cual, de acuerdo con la interpretación de aquella Corporación, implica la imposición de límites a la responsabilidad del Estado, contrariando así el artículo 90 de la Constitución, que: *“no introduce limitación o condicionamiento alguno encaminado a impedir el juzgamiento o la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado como consecuencia de la actividad de la Administración de Justicia, distinto de la causación de un daño antijurídico”*.

A esa conclusión llegó el Consejo de Estado después de considerar que *“la transcrita interpretación respecto de los alcances del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 podría conducir a entender que la referida norma estatutaria habría*

---

<sup>318</sup> Expediente 52001-23-31-000-1996-07459-01(23354)

<sup>319</sup> En la citada sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013, expediente 52001-23-31-000-1996-07459-01(23354).

*restringido el ámbito de posibilidades dentro de las cuales resultaría viable declarar la responsabilidad del Estado por el hecho de la detención ordenada por autoridad judicial dentro de una investigación penal, para circunscribirlo a los supuestos en los que se acredite una falla del servicio público de Administración de Justicia, pero además no una falla de cualquier índole, sino una acompañada de las características descritas por la Corte Constitucional en el apartado precedentemente traído a colación.”*

Para dicha Corporación lo decidido por la Corte Constitucional “*no consulta la obligación del intérprete de buscar el sentido de las disposiciones no de forma aislada e inconexa, sino en el conjunto tanto del cuerpo normativo en el cual se insertan, como en el de la totalidad del ordenamiento jurídico y, en especial, poniéndolas en contacto con aquellos preceptos de la Carta Política que no pueden soslayarse al momento de precisar su contenido y alcance, motivo por el cual ‘mal podría identificarse el significado del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, prescindiendo de una hermenéutica sistemática con las demás normas de la misma Ley Estatutaria que regulan el objeto al cual ella se refiere o, peor aún, omitiendo conectarla con el artículo 90 constitucional, piedra angular del régimen de responsabilidad del Estado operante en Colombia desde que rige la Carta Política de 1991*”<sup>320</sup>, precepto superior éste que, del mismo modo en que lo hace el artículo 65 de la Ley 270 en mención<sup>321</sup>”

102. De acuerdo con ese panorama y sin definir aún si efectivamente la sentencia C-037 de 1996 estableció un régimen de imputación concreto cuando el daño se ocasiona por la privación injusta de la libertad, se acota que el Consejo de Estado pasa por alto que la falla en el servicio es el título de imputación preferente<sup>322</sup> y que los otros dos títulos –el riesgo excepcional y el daño especial-, son residuales, esto es, a ellos se acude cuando el régimen subjetivo no es suficiente para resolver una determinada situación<sup>323</sup>.

La anterior premisa no solo ha sido afirmada de manera expresa en las decisiones citadas, sino que se ve reflejada en la discrepancia que se advierte en algunas decisiones expedidas por el Consejo –referenciadas en esta

---

<sup>320</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 2 de mayo de 2.007; Radicación No.: 20001-23-31-000-3423-01; Expediente No. 15.463; Actor: Adiela Molina Torres y otros; Demandado: Nación – Rama Judicial.

<sup>321</sup> De acuerdo con el cual “*el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales*”.

<sup>322</sup> Sentencia C-254 de 2003. En SU-443 de 2016 se aceptó dicha premisa al indicarse que: “El Consejo de Estado se ha pronunciado en su jurisprudencia sobre la importancia de esta cláusula general de responsabilidad del Estado, consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política. De esta forma, ha indicado que en aquellos casos en que, como resultado de una actividad lícita del Estado, se haya ocasionado un daño a un tercero, y por lo tanto, no sea posible aplicar los criterios de la falla en el servicio o de la ilegalidad de los actos administrativos, podrá aplicarse la teoría del daño especial como título de imputación”.

<sup>323</sup> Sentencia del 26 de mayo de 2010, 13001-23-31-000-1995-00023-01(18105). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera afirmó. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 19 de agosto de 2004, Radicación: 05001-23-31-000-1992-1484-01(15791); Actor: Ana Julia Muñoz de Peña y otros; Demandado: Nación - Mindefensa - Policía Nacional. (...); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 10 de marzo de 2005, Radicación: 85001-23-31-000-1995-00121-01(14808); Actor: María Elina Garzon y otros; Demandado: Ministerio de Defensa - Ejército Nacional. Y más reciente, la Subsección B, sentencia del 14 de septiembre de 2017, expediente 13001-23-31-000-2003-01929-01(43413), en la cual se hicieron las siguientes referencias: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 13 de julio de 1993, Exp. 8163 y del 16 de julio de 2008, Exp. 16423.

providencia- en casos en los cuales la prueba no era contundente para condenar o en casos de homonimia, que perfectamente encajarían en el supuesto que en antes se denominaba “*que el sindicato no lo cometió*”.

En el caso de la privación injusta de la libertad la Corte, ciñéndose exclusivamente al texto normativo y teniendo en cuenta las dos premisas señaladas, esto es, que el artículo 90 de la Constitución no define un título de imputación y que, en todo caso, la falla en el servicio es el título de imputación preferente, concluyó en la sentencia C-037 de 1996 que el significado de la expresión “*injusta*” necesariamente implica definir si la providencia a través de la cual se restringió la libertad a una persona mientras era investigada y/o juzgada fue **proporcionada y razonada**, previa la verificación de su conformidad a derecho:

*“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”.*

En este punto se precisa que esa comprensión fue plasmada como condicionamiento de dicho artículo, al consignar en el numeral tercero de la parte resolutive que se declaraban exequibles “*pero bajo las condiciones previstas en esta providencia, (...)*”, entre otros, el artículo 68, sobre el cual en la parte considerativa se había determinado que las reflexiones transcritas eran las condiciones para declararlo exequible.

103. Ahora bien, el entendimiento de los calificativos contenidos en dicha norma exige tener en cuenta que las diferentes normas que han regulado los supuestos en los cuales procede la detención preventiva tienen ínsito el juicio de razonabilidad y proporcionalidad; por ejemplo, en el Decreto Ley 2700 de 1991 se consagraba como presupuesto para imponer medida de aseguramiento que contra el sindicato resultare por lo menos un indicio grave de

responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso<sup>324</sup>. Posteriormente, en la Ley 600 de 2000 se estipuló que:

**“ARTICULO 355. FINES.** <Para los delitos cometidos con posterioridad al 1o. de enero de 2005 rige la Ley 906 de 2004, con sujeción al proceso de implementación establecido en su Artículo 528> La imposición de la medida de aseguramiento procederá para garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, la ejecución de la pena privativa de la libertad o impedir su fuga o la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir o deformar elementos probatorios importantes para la instrucción, o entorpecer la actividad probatoria.”

**“ARTICULO 356. REQUISITOS.** <Para los delitos cometidos con posterioridad al 1o. de enero de 2005 rige la Ley 906 de 2004, con sujeción al proceso de implementación establecido en su Artículo 528> Solamente se tendrá como medida de aseguramiento para los imputables la detención preventiva.

<Inciso **CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE**> Se impondrá cuando aparezcan por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso.

No procederá la medida de aseguramiento cuando la prueba sea indicativa de que el imputado pudo haber actuado en cualquiera de las causales de ausencia de responsabilidad.”

Y en la actualidad la Ley 906 de 2004 prescribe que:

**“ARTÍCULO 308. REQUISITOS.** El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:

1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.
2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.
3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

**PARÁGRAFO 1o.** <Parágrafo adicionado por el artículo 2 de la Ley 1760 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> La calificación jurídica provisional contra el procesado no será, en sí misma, determinante para inferir el riesgo de obstrucción de la justicia, el peligro para la seguridad

---

<sup>324</sup> Artículo 388.

*de la sociedad o de la víctima y la probabilidad de que el imputado no comparezca al proceso o de que no cumplirá la sentencia. El Juez de Control de Garantías deberá valorar de manera suficiente si en el futuro se configurarían los requisitos para decretar la medida de aseguramiento, sin tener en consideración exclusivamente la conducta punible que se investiga”.*

Ahora bien, como se anotó, la detención preventiva es una figura distinta a la pena, y los presupuestos para su procedencia también eran diferentes. De esta manera, se tiene que el Decreto Ley 2700 de 1991, en su artículo 247 establecía que no podía condenarse sin que obraran en el proceso pruebas que condujeran a la **certeza** del hecho punible y la responsabilidad del sindicado. En ese orden, mientras que para imponer la medida se requería solo un indicio grave de responsabilidad, para condenar se requería un grado de conocimiento y convicción sustancialmente mayor. Esta fórmula se mantuvo en el artículo 232 de la Ley 600 de 2000, norma que solo introdujo un cambio conceptual, al reemplazar el concepto de hecho punible por el de conducta punible, y la acepción sindicado por la de procesado.

Por su parte, el artículo 381 del actual Código de Procedimiento Penal –Ley 906/2004-- exige para condenar *“el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.”*

Se advierte así que los esquemas procesales penales han establecido una lista de requisitos para imponer la medida de aseguramiento las cuales difieren en el grado de convicción probatoria, frente a las exigencias para emitir sentencia condenatoria.

104. Retomando la idea que se venía planteando, tenemos que el juez administrativo, al esclarecer si la privación de la libertad se apartó del criterio de corrección jurídica exigida, debe efectuar valoraciones que superan el simple juicio de causalidad y ello por cuanto una interpretación adecuada del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, sustento normativo de la responsabilidad del Estado en estos casos, impone considerar, independientemente del título de atribución que se elija, si la decisión adoptada por el funcionario judicial penal se enmarca en los presupuestos de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad.

Lo anterior significa que los adjetivos usados por la Corte **definen la actuación judicial, no el título de imputación** (falla del servicio, daño especial o riesgo excepcional), esto es, aunque aquellos parecieran inscribir la conclusión de la Corte en un régimen de responsabilidad subjetivo; entenderlo así no sería más que un juicio apriorístico e insular respecto del compendio jurisprudencial que gravita en torno del entendimiento del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, en tanto, debe reiterarse, la Corte estableció una base de interpretación: la responsabilidad por la actividad judicial depende exclusivamente del artículo 90 de la Constitución, el cual no establece un título de imputación definitivo, al haberse limitado a señalar que el Estado responderá por los daños antijurídicos que se le hubieren causado a los particulares.

El artículo 90, debe reiterarse, establece un régimen general de responsabilidad definiendo exclusivamente la naturaleza del daño que es resarcible –**que debe ser uno antijurídico**–, dejando a salvo los demás supuestos constatables a la hora de definir la responsabilidad, esto es, la necesidad de acreditar que se presentó un hecho o una omisión atribuible al Estado o a uno de sus agentes, elementos cuya relación se define a partir de cualquiera de los títulos de imputación.

En ese orden, dicha sentencia ratificó el mandato del artículo 90 Superior y fue precisa al indicar que no analizaría la naturaleza de la responsabilidad estatal, consideración realizada sobre el artículo 65 de la Ley 270 de 1996, que es el fundamento específico de la responsabilidad del Estado en el ámbito judicial, luego, un análisis sistemático de este fallo y de las demás sentencias que fueron traídas a colación permite afirmar que la sentencia C-037 de 1996, no se adscribe a un título de imputación específico.

Por supuesto, lo anterior no impide que se creen reglas en aras de ofrecerle homogeneidad a las decisiones judiciales; sin embargo, como se advirtió, ello debe corresponder a un análisis concienzudo de las fuentes del daño y no a una generalización apenas normativa que no tome en cuenta las diversas posibilidades que giran en torno de dichas fuentes.

De otro lado, la jurisprudencia también ha establecido que no obstante el examen de constitucionalidad de una norma, se mantienen “ *las competencias del tribunal constitucional y de las acciones constitucionales establecidas para el ejercicio de control de constitucionalidad tanto abstracto como concreto a saber la acción de tutela, incluyendo el bloque de constitucionalidad según la determinación que del mismo haga esta corporación, para la salvaguarda de la integridad y supremacía de la Carta y en especial para la protección y garantía de los derechos fundamentales de todos los colombianos.* ”<sup>325</sup>

De esta manera, dependiendo de las particularidades del caso, es decir, en el examen individual de cada caso, como lo han sostenido el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, **el juez administrativo podrá elegir qué título de imputación resulta más idóneo para establecer que el daño sufrido por el ciudadano devino de una actuación inidónea, irrazonable y desproporcionada y por ese motivo, no tenía por qué soportarse.**

105. Esta Corporación comparte la idea de que en dos de los casos deducidos por el Consejo de Estado –**el hecho no existió o la conducta era objetivamente atípica**– es posible predicar que la decisión de privar al investigado de su libertad resulta irrazonable y desproporcionada, luego, para esos eventos es factible aplicar un título de atribución de carácter objetivo en el entendido de que **el daño antijurídico se demuestra sin mayores esfuerzos.**

---

<sup>325</sup> Sentencia C-750 de 2008.

En efecto, estando en ciernes la investigación, el ente acusador debe tener claro que el hecho sí se presentó y que puede ser objetivamente típico, luego, en este tipo de casos el juez administrativo puede ser laxo desde el punto de vista probatorio y valorativo, en tanto en estas circunstancias es evidente que la Fiscalía, hoy los jueces<sup>326</sup>, disponen de las herramientas necesarias para definir con certeza estos dos presupuestos y, en tal virtud, deberá ser la administración la que acredite que fueron causas ajenas e irresistibles a su gestión, las que propiciaron la imposición de la medida.

Nótese que en el *primer evento* basta con desplegar todo el aparato investigativo para establecer si fenomenológicamente hubo una alteración de interés jurídico penal. No puede, entonces, el juez o el fiscal imponer una medida privativa de la libertad mientras constata esta información, dado que esta debe estar clara desde los albores de la investigación. No en vano las diferentes normativas procesales han elaborado un esquema del cual hace parte una fase de indagación encaminada, entre otros propósitos, a establecer justamente si se presentó un hecho con trascendencia en el derecho punitivo que pueda ascender a la categoría de conducta punible.

El *segundo evento* es una tarea que reviste una mayor sencillez en tanto depende solo de un criterio jurídico esencialmente objetivo; se trata de un cotejo entre la conducta que se predica punible y las normas que la tipificarían; de esa manera, muy pronto debe establecer el Fiscal o el juez si la conducta encaja en alguna de las descripciones típicas contenidas en el catálogo punitivo.

Lo anterior implica que en las demás eventualidades que pueden presentarse en un juicio de carácter penal, no pueda asegurarse, con la firmeza que exige un sistema de responsabilidad estatal objetivo, que la responsabilidad del Estado es palmaria y que bastaría con revisar la conducta de la víctima.

106. Así las cosas, los otros dos eventos definidos por el Consejo de Estado como causas de responsabilidad estatal objetiva –el procesado no cometió la conducta y la aplicación del *in dubio pro reo*- exigen mayores esfuerzos investigativos y probatorios, pues a pesar de su objetividad, requiere del Fiscal o del juez mayores disquisiciones para definir si existen pruebas que permitan vincular al investigado con la conducta punible y presentarlo como el probable autor de la misma.

La condena automática del Estado cuando se logra demostrar que el acusado no fue responsable de la conducta punible –antes, “no cometió el hecho”- o que su responsabilidad no quedó acreditada con el grado de convicción que exige la normativa penal, no satisface la necesidad de un ordenamiento armónico que además avance a la par de los desafíos normativos.

Téngase en cuenta, por ejemplo, que en el esquema procesal penal anterior al actual<sup>327</sup> el Fiscal tenía la posibilidad de interactuar de manera más directa con la prueba; sin embargo, una vez se expide la Ley 906 de 2004, el protocolo

---

<sup>326</sup> Artículos 39 y 306 de la Ley 906 de 2004.

<sup>327</sup> Ley 600 de 2000, artículos 39, 40 y 74, entre otros.

procesal e investigativo cambió trascendentalmente de tal manera que la intermediación probatoria queda como asunto reservado al juez de conocimiento<sup>328</sup> y, en ese orden, una investigación que en principio parecía sólida, podría perder vigor acusatorio en el juicio oral.

En un esquema acusatorio, que se basa en actos de investigación a cargo principalmente de la policía judicial<sup>329</sup>, en el cual la contradicción y la valoración de la prueba, se materializan en el juicio oral, es desproporcionado exigirle al Fiscal y al juez con función de control de garantías que hagan valoraciones propias de otras fases procesales en aras de definir, en etapas tan tempranas y a partir de elementos con vocación probatoria que se mostraban uniformes, la imposibilidad de que el procesado hubiera ejecutado la conducta, ya que, se reitera, quien tiene la competencia para decidir acerca de la contundencia demostrativa de aquellos elementos es un funcionario judicial que actúa en etapas posteriores a las previstas para definir asuntos como la libertad.

Es incuestionable, entonces, que solo ante la contradicción en el juicio oral se puede evidenciar que los testimonios, las pericias y los demás tipos de prueba obtenidos por el Estado tenían fallas o admitían lecturas contrarias.

107. Así las cosas, incluir la absolución en ese caso o cuando, por ejemplo, no se logra desvirtuar la presunción de inocencia; concurre una causal de ausencia de responsabilidad como la legítima defensa o el estado de necesidad; o la conducta, a pesar de ser objetivamente típica, no lo era desde el punto de vista subjetivo, en los eventos en los cuales es indiscutible la responsabilidad estatal, además de negar los principios que la determinan, soslaya que tales circunstancias están determinadas por juicios esencialmente subjetivos.

Todo ello además exige tomar en cuenta que el nuevo sistema de procesamiento penal, inserto en la Ley 906 de 2004, es de naturaleza tendencialmente acusatoria y ha introducido figuras procesales propias de tal forma de investigar y acusar, entre las cuales ha de mencionarse –por ser relevantes para el asunto *subjudice*, el principio de oportunidad, la justicia premial y los preacuerdos y negociaciones.

Piénsese, por ejemplo, en los casos en que el ciudadano procesado, capturado en flagrancia o incluso mediando su aceptación de los cargos –confesión--, por razones de política criminal, después de varios meses de encarcelamiento efectivo, es beneficiado con la aplicación del principio de oportunidad (art. 324 y ss. del C. de P.P), caso en el cual a la postre será absuelto.

108. Lo anterior permite afirmar que establecer el régimen de imputación, sin ambages y como regla definitiva de un proceso de reparación directa por privación injusta de la libertad, contraviene la interpretación contenida en la

---

<sup>328</sup> “Ley 906 de 2004. ARTÍCULO 16. INMEDIACIÓN. En el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento. En ningún caso podrá comisionarse para la práctica de pruebas. Sin embargo, en las circunstancias excepcionalmente previstas en este código, podrá tenerse como prueba la producida o incorporada de forma anticipada durante la audiencia ante el juez de control de garantías.

<sup>329</sup> Artículo 203 y ss del C.P.P”

sentencia C-037 de 1996 que revisó el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, el cual debe entenderse como una extensión del artículo 90 superior, dado que así fue declarado en la correspondiente sentencia de constitucionalidad.

Así las cosas, el Consejo de Estado al aplicar la regla creada a partir de la sentencia de unificación mencionada consistente en definir una fórmula estricta de responsabilidad para decidir ciertos casos de privación de la libertad e interpretar las normas en las cuales sustenta tal determinación, **desconoció un precedente constitucional con efecto *erga omnes*** y, en ese orden, **incurrió en un defecto sustantivo** con la consecuente vulneración de los derechos al debido proceso y a la igualdad, los cuales están necesariamente vinculados al respeto de los precedentes constitucionales sobre un ley estatutaria a los cuales, como se expuso en los primeros acápites de este fallo, se les ha reconocido prevalencia y carácter obligatorio.

109. Es necesario reiterar que la única interpretación posible –en perspectiva judicial-- del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 es que el mismo **no establece un único título de atribución** y que, en todo caso, le exige al juez contencioso administrativo definir si la decisión que privó de la libertad a un ciudadano se apartó de los criterios que gobiernan la imposición de medidas preventivas, sin que ello implique la exigencia ineludible y para todos los casos de valoraciones del dolo o la culpa del funcionario que expidió la providencia, pues, será en aplicación del principio *iura novit curia*<sup>330</sup>, aceptado por la propia jurisprudencia del Consejo de Estado, que se establezca cuál será el régimen que ilumine el proceso y, por ende, el deber demostrativo que le asiste al demandante.

En este punto se resalta que en la sentencia **SU-353 de 2013**, la Corte, al analizar un caso de responsabilidad del Estado con origen en otro tipo de fuente de daño concluyó que el uso de fórmulas estrictas de responsabilidad no se aviene a una correcta interpretación de los presupuestos que definen la responsabilidad del Estado.

110. También debe precisarse que si bien la jurisprudencia ha nominado el régimen de imputación de la falla del servicio como un régimen restrictivo, comoquiera que exige un mayor esfuerzo probatorio por parte de quien solicita el resarcimiento de perjuicios, esa condición no puede interpretarse como un obstáculo para que el ciudadano reclame la indemnización del daño que no estaba obligado a soportar, pues en manera alguna los regímenes de imputación están diseñados para hacer más o menos accesible la administración de justicia contencioso administrativa, sino para modular el ejercicio probatorio y, sobre todo, para garantizar que la decisión que se adopte obedezca a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

111. De otro lado, aceptar que dicho régimen deba ser aplicado en algunos casos o, en otras palabras, rechazar la idea de que se defina como fórmula inmutable de juzgamiento del Estado un título objetivo, tampoco puede entenderse como

---

<sup>330</sup> El juez conoce el derecho. En la sentencia T-577 de 2017 se entendió que: “corresponde al juez la aplicación del derecho con prescindencia del invocado por las partes (...) la determinación correcta del derecho”.

la flexibilización de la excepcionalidad que caracteriza las medidas preventivas restrictivas de la libertad, en tanto la exigencia de una mayor rigurosidad probatoria en un proceso de reparación directa es un asunto autónomo, que de hecho se materializa con posterioridad al agotamiento del proceso penal y que por esas razones no impone un criterio jurídico que deba observarse en otros trámites.

112. En suma, la aplicación de cualquier de los regímenes de responsabilidad del Estado mantienen incólumes la excepcionalidad y los juicios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, así como la presunción de inocencia que preceden a la imposición de una medida de aseguramiento, como fue recientemente concluido por la Subsección C del Consejo de Estado<sup>331</sup> al considerar, en un caso que fue sometido a su evaluación, que: *“el Juzgado de control de garantías decidió imponerle medida de aseguramiento restrictiva de la libertad al imputado, debido a que encontró demostrado el requisito de necesidad de la medida, por cuanto la captura en flagrancia y la denuncia formulada por la víctima de la extorsión permitían inferir la probabilidad de participación del capturado en el ilícito endilgado.”*

**113. Desconocimiento del precedente judicial.** En el expediente **T-6.390.556** los accionantes afirmaron que la decisión expedida por la Sección Tercera, Subsección C, del Consejo de Estado desconoció la jurisprudencia existente en materia de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad.

Planteado así el defecto se advierte que en la sentencia expedida el 7 de julio de 2016<sup>332</sup> el Consejo de Estado reiteró la estructura que ha usado en muchas de sus providencias, esto es, recapituló las cuatro fases por las cuales ha pasado la jurisprudencia de esa Corporación respecto de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad y concluyó que si bien en este caso se constataba que la víctima había sido absuelta de los cargos que se le formularon por prevaricato por acción y abuso de autoridad, el daño que de la privación preventiva de la libertad se le irrogó no era imputable al Estado, *toda vez que fue la actuación de la víctima la que generó el resultado dañino.*

De esa decisión pueden extraerse las siguientes conclusiones: *i)* en la misma se apeló al régimen general previsto en el artículo 90 de la Constitución y a los antecedentes en los cuales se ha definido que la condena autónoma del Estado, se da en los casos que se regulaban en el artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991 y por aplicación del *in dubio pro reo*, lo cual no puede calificarse como contrario al desarrollo jurisprudencial de esa Corporación, pues es la misma fórmula argumentativa que puede apreciarse en la mayoría de las decisiones adoptadas por esa corporación después de la sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013.

En ese fallo, además, *ii)*, se desarrolló la causal eximente de responsabilidad estatal prevista en el artículo 70 de la Ley 270 de 1996, la cual se consideró demostrada en las diligencias, alusión normativa sobre la cual tampoco se

<sup>331</sup> Fallo del 15 de diciembre de 2017, expediente 66001-23-31-000-2010-00147-01(46360)

<sup>332</sup> Cfr. Fl.s 659 a 669 del cuaderno del Consejo de Estado. Expediente 25000232600020050200801 (40782).

advierte un yerro sustancial, pues tal presupuesto también se observa en el haber jurisprudencial, según el cual las causales que excluyen la responsabilidad del Estado deben estudiarse con independencia del título de imputación. Asimismo, *iii*), la sentencia al concluir que hubo culpa exclusiva de la víctima desacreditó el daño antijurídico, criterio determinante de la responsabilidad del Estado.

Ahora bien, en este punto deben efectuarse unas precisiones impuestas por la argumentación contenida en la acción de tutela. Según la acción de tutela, se vulneró el precedente horizontal, toda vez que en el proceso 2006-096, en el cual fungió como accionante el señor Tomás Rafael Jordán Morales, el Tribunal Administrativo de Bogotá, a pesar de paridad fáctica con el proceso de reparación directa en el cual los aquí accionantes fungieron como demandantes al lado de la señora Clemencia García de Useche (Q.E.P.D), el Tribunal no solo declaró válido el caudal probatorio, sino que desestimó la concurrencia de la culpa exclusiva de la víctima.

Pues bien, para la Corte ese reproche no tiene vocación de éxito por las siguientes razones:

*i*) Como se anotó, los dos casos, aunque desde el punto de vista fáctico son similares, no son idénticos, dado que en el caso del señor Jordán Morales también se hicieron exigencias concernientes a la autenticidad de algunos documentos, luego, la Corporación respecto de la cual se predicó el desconocimiento de un precedente horizontal y del derecho a la igualdad, utilizó el mismo rasero probatorio para decidir ambos casos.

*ii*) Es impreciso pregonar el desconocimiento del precedente horizontal respecto de la culpa exclusiva de víctima, en atención a la inexistencia de otro extremo de comparación. En la sentencia expedida en el caso promovido por la señora García de Useche (Q.E.P.D) esa temática no fue abordada, pues el fundamento de la decisión lo fue la invalidez de las pruebas y, por tal razón, el Tribunal no hizo otro tipo de valoraciones.

Sobre este segundo aspecto deben realizarse unas consideraciones adicionales, puesto que el desarrollo probatorio surtido en sede de revisión muestra otras circunstancias que es preciso resolver, toda vez que se encuentran estrechamente vinculadas con los reproches formulados en la acción de tutela.

La Corte, en aras de constatar si la situación de la señora García de Useche (Q.E.P.D) y la del señor Jordán Morales eran idénticas y si existían decisiones discrepantes en segunda instancia, solicitó al Consejo de Estado el envío de copias de las decisiones expedidas al interior del proceso de reparación directa 2006-0096 de las cuales se puede concluir que<sup>333</sup>:

*i*) Si bien en la decisión expedida por el Consejo de Estado el 18 de febrero de 2016<sup>334</sup> -en el caso del señor Jordán Morales- no se estudió con rigor la conducta

---

<sup>333</sup> Obran a partir del folio 289 y hasta el 392 del cuaderno 2 de Revisión.

<sup>334</sup> Cfr. Fls. 350 a 386 *ibidem*.

de la víctima, ello es una particularidad que no puede generar impactos en la decisión adoptada en el caso de la señora García de Useche (Q.E.P.D), puesto que lo adecuado era que la Corporación, cumpliendo el deber que le impone el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 y las directrices establecidas en su jurisprudencia, verificara que no hubiere sido la actuación de la víctima la que determinara el daño, actuación que sí se adelantó en el caso de la señora García de Useche (Q.E.P.D) con lo cual le otorga visos de legalidad a la decisión.

*ii)* En ese orden, salvo que en el caso del señor Jordán Morales sí se hubiera adelantado un juicio profundo sobre su responsabilidad en el daño y constatado que su actuación fue idéntica a la de la señora García de Useche, y aun así se hubiera desestimado como causa eficiente en la producción del daño, podría admitirse un juicio de igualdad como el propuesto por los accionantes.

De otro lado, y a propósito de la afirmación que se acaba de realizar, esto es, que el caso del señor Jordán Morales y el de la señora García de Useche (Q.E.P.D) no son idénticos, también se debe mencionar que a la Corporación se allegó el proceso de reparación directa promovido por la segunda de las mencionadas y de este se puede extraer la siguiente información:

*i)* En la sentencia expedida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el 12 de mayo de 2004<sup>335</sup> se precisó que la antes mencionada fue vinculada a investigación penal por haber revocado una medida de aseguramiento sin que existiera prueba sobreviniente.

*ii)* En ese mismo fallo se informó que el 9 de enero de 1997 otro ex-fiscal Delegado ante el Tribunal<sup>336</sup>, resolvió anular lo actuado en el proceso que se adelantaba en contra de la señora Stella Herrera Buitrago, esto es, el mismo proceso en el cual la señora García de Useche expidió la resolución por la cual se inició investigación penal en su contra.

*iii)* En esa misma providencia se precisa que esa resolución con la cual se anuló dicha investigación, tuvo lugar en el trámite del recurso de apelación contra la resolución de acusación en contra de la citada Herrera Buitrago.

*iv)* Por su parte, la decisión expedida por la señora García de Useche (Q.E.P.D), tuvo lugar durante el trámite del recurso de apelación interpuesto contra la decisión expedida por el Fiscal delegado para la investigación de la señora Herrera Buitrago de negarle a esta la revocatoria de la medida de aseguramiento.

Ahora bien, esos datos deben contrastarse con la que fue enviada por el Consejo de Estado respecto de la situación del señor Jordán Morales, según la cual, este fue vinculado a proceso penal por haber expedido la resolución del 9 de enero de 1997, en conocimiento del recurso de apelación interpuesto contra la resolución de acusación proferida en contra de la Señora Stella Herrera Buitrago<sup>337</sup>.

---

<sup>335</sup> Cfr. Fls. 1 a 47 del cuaderno 2, expediente 250002326000200502008

<sup>336</sup> Cf. Fl. 35 *ibídem*.

<sup>337</sup> Cfr. Fl. 292 rvrso, cuaderno n.º del trámite de revisión.

Esa información permite reiterar, sin duda alguna, que aunque similares, los casos de los dos exfiscales no son idénticos, dado que las decisiones por las cuales fueron procesados a pesar de haberse expedido en la misma investigación, tuvieron lugar en momentos procesales distintos y, en esa medida, sus potestades decisorias, de cara al estado del trámite y a la evidencia recaudada, eran perfectamente diferenciables.

La diferencia en esas potestades habilitó al Consejo de Estado para retomar las conclusiones realizadas por la Sala de Casación Penal en el caso de la señora García de Useche (Q.E.P.D), de las cuales es necesario reproducir las siguientes:

*“la revocatoria de la medida de aseguramiento dentro de una actuación procesal que ha superado la fase de su imposición, no ha sido dejada por el legislador al arbitrio del criterio funcional, sino que procede en las precisas circunstancias en que el precepto atrás referido lo señala, supuestos de hecho que la acusada GARCÍA DE USECHE infringió conscientemente.*  
(...)

*En este orden de ideas, entonces el proveído del 5 de junio de 1997 sí es manifiestamente contrario a la ley porque, tal como lo señala la acusación, hizo un reexamen del material probatorio para concluir en la falta de fundamento de la medida de aseguramiento y terminó revocándola con consciencia de la falta de prueba sobreviniente, cuya existencia es el supuesto fáctico al que el legislador ligó la realización de la actuación permitida en la norma procesal”<sup>338</sup>. (Resaltado fuera del texto original).*

En el caso del señor Tomás Rafael Jordán Morales, el Consejo retomó las siguientes consideraciones de la Sala de Casación Penal:

*“No es manifiestamente contraria a la ley una providencia judicial que decide disponer la anulación de todo lo actuado para restablecer el principio de investigación integral que ha demostrado vulnerado. Y no puede oponerse a esta conclusión al de la acusación que aún (sic) reconociendo las falencias instructivas afirma la contrariedad en que para entonces se había obtenido la prueba necesaria para calificar como que en efecto se había dictado resolución d acusación y que, en consecuencia, los defectos dela instrucción podían corregirse en la fase de juzgamiento.*

*Esa posición de la Fiscalía no es completamente cierta porque, en primer lugar, si bien es correcto afirmar que en el juzgamiento es posible decretar y practicar pruebas (...) esa circunstancia en manera alguna significa que esta fase de la actuación remplace la de la instrucción o*

---

<sup>338</sup> Cffr. Fls. 43 y 44, cuaderno 2, expediente 250002326000200502008

*que sirva para purgar vicios de aquella (...) // Así mismo, y en segundo lugar, el fin de la investigación no es, como equivocadamente lo sugiere la Fiscalía: proferir resolución de acusación, sino que ésta (sic) es apenas una consecuencia probable de la instrucción, pero no la única ni la primordial”<sup>339</sup>.*

Esas diferencias no son menores; por el contrario, son contundentes para desvirtuar el presupuesto esencial **cuando se propone la vulneración del derecho a la igualdad, cual es la identidad en las situaciones fácticas.**

Entonces, al constatarse que en el caso de la señora García de Useche (Q.E.P.D) la Sala de Casación Penal determinó que se había agotado el tipo objetivo, puede concluirse que la decisión del Consejo de Estado tenía elementos para analizar la conducta de la víctima, luego, su decisión no aparece evidentemente caprichosa.

Recuérdese que en países como España, el Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, al interpretar las normas que regulan la responsabilidad del Estado sustentó la improcedencia de la indemnización, cuando la absolución se imparte por **inexistencia subjetiva** de la conducta punible. Asimismo, el Tribunal Constitucional español, coincidió en señalar que ante la deficiencia probatoria, tampoco era posible la condena automática del Estado.

De acuerdo con lo expuesto, se concluye que en este caso no se demostraron los supuestos imprescindibles a la hora de deducir el desconocimiento de un precedente, tanto horizontal como vertical.

114. Ahora bien, vale la pena resaltar que en la acción de tutela se invocaron como vulnerados los siguientes derechos y/o principios: el derecho a obtener indemnización por daños antijurídicos causados por el Estado, a la vida, a no ser sometido a tratos y/o penas crueles e inhumanas, a la integridad personal, al debido proceso, a la primacía del derecho sustancial sobre el procesal, a la independencia y correcta administración de justicia, al debido proceso, a la buena fe, a la igualdad, a la presunción de inocencia y a la libertad.

Esa enunciación no fue sustentada suficientemente, ni fue demostrada; por esa razón, se entiende que la procedencia de amparo de los conceptos allí mencionados está vinculada a la demostración de algún defecto en las decisiones judiciales que fueron objeto de reproche.

Así las cosas, al no haberse desvirtuado la presunción de legalidad que recae sobre los fallos cuestionados por esta vía, no es posible deducir la vulneración de dichos derechos los cuales.

115. Finalmente, respecto del principio de sostenibilidad fiscal que fue invocado por la Fiscalía y por la ANDJE debe señalarse que las quejas que sobre él se fundamentaron no tienen vocación de prosperidad, comoquiera que, en

---

<sup>339</sup> Cfr. Fl. 76, cuaderno n.º 2 trámite de revisión.

primer lugar, a pesar de que se afirmó que la decisión cuestionada con este trámite generaba efectos adversos sobre el patrimonio público, lo que se percibe es que la decisión que realmente se cuestiona con sustento en este criterio es la sentencia de unificación del Consejo de Estado, Sección Tercera, expedida el 17 de octubre de 2013 y, en consecuencia, acceder a estos argumentos desbordaría la competencia del juez de tutela, el cual solo es competente para referirse a la sentencia expedida el 30 de junio de 2016 por la Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado, respecto de la cual se presentó la tutela y se sustentaron los presuntos vicios.

En segundo lugar, este principio, según su desarrollo legal<sup>340</sup> puede invocarse a través del ejercicio del incidente de impacto fiscal y no de la acción de tutela, pues, como se dijo en precedencia, al tratarse de un criterio que no está por encima de la garantía de los derechos fundamentales, no es posible su invocación autónoma como objeto de protección por vía de tutela y mucho menos como directriz que limite el juicio que realice el juez de tutela.

En tercer lugar, los fundamentos expuestos en la demanda y en las correspondientes intervenciones no logran estructurar un cargo de vulneración de un derecho fundamental íntimamente ligado a este criterio, ni tampoco lograr establecer la conexión entre este y la decisión que es objeto de reproche en este trámite, la cual, por sí misma, no logra desequilibrar el patrimonio público.

Finalmente debe acotarse que es a la Fiscalía General y a los órganos de investigación que apoyan su labor, a quienes les corresponde evitar desaciertos a la hora de recaudar y valorar los elementos materiales probatorios de tal manera que la decisión respecto de la libertad del procesado se adopte a partir de elementos de juicio incuestionables en relación con la razonabilidad, proporcionalidad y necesidad de las medidas restrictivas de la libertad.

## **Conclusiones**

De conformidad con las anteriores consideraciones se concluye que:

Respecto del Expediente T-6.304.188:

116. El defecto sustantivo por aplicación de una norma derogada no superó el requisito general de procedibilidad de la acción de tutela, toda vez que durante el trámite del proceso de reparación directa adelantado en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca no se plantearon reparos respecto de las decisiones que adoptó esa Corporación sobre la competencia.

117. La Corte en esta oportunidad ratifica que el artículo 90 de la Constitución Política no establece un régimen de imputación estatal específico.

118. El artículo 68 de la Ley 270 de 1996, al igual que la sentencia C-037 de 1996, no definen un régimen de imputación concreto.

---

<sup>340</sup> Ley 1695 de 2013.

119. Tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han aceptado que el juez administrativo, en aplicación del principio *iura novit curia*, deberá establecer el régimen de imputación a partir de las particularidades de cada caso.

120. Definir, una fórmula rigurosa e inflexible para el juzgamiento del Estado en los casos de privación injusta de la libertad contraviene el entendimiento del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 y de paso el régimen general de responsabilidad previsto en el artículo 90 de la Constitución Política.

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

Ahora bien, a pesar del criterio aplicado por el juez penal, el juez administrativo deberá establecer si está frente a un caso de duda acerca del valor demostrativo de la prueba recaudada o de su absoluta inexistencia y, en tal caso, elegir, si a ello hubiere lugar, un título de atribución objetiva. Esa libertad judicial también se extiende a la nominación de las causales de privación injusta, dado que estas no se agotan en el derogado artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, en tanto responden a cierto estado de cosas, independientemente de estar o no normados.

122. Se demostró que el Consejo de Estado, cuando expidió la sentencia que resolvió el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía General contra el fallo expedido por el Tribunal Administrativo de Córdoba aplicó una regla contraria a las directrices establecidas en la sentencia C-037 de 1996.

123. La posibilidad que tienen los administrados de ser resarcidos cuando el Estado les ocasione un daño que no estaban en el deber de soportar en el marco de la privación injusta de la libertad es un derecho que se deriva de la efectividad de los derechos, la igualdad y la libertad, al paso de estar previsto en el artículo 90 de la Constitución y, en tal virtud, el criterio de sostenibilidad fiscal no se erige en una barrera para ofrecer la protección efectiva de tales derechos.

124. De acuerdo con esas premisas, en este caso procede el amparo los derechos a la igualdad y al debido proceso invocado por la Fiscalía General, el cual fue vulnerado por el Tribunal Administrativo de Córdoba y por la Subsección A, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al expedir las sentencias de primera y segunda instancia, respectivamente, al interior del proceso 23001233100020080032001 y, en ese orden de ideas, las mismas se dejarán sin efecto para que en el término de 30 días contados a partir

de la notificación de esta sentencia, el citado Tribunal profiera una nueva decisión de conformidad con lo aquí anotado.

Respecto del expediente T-6.390.556

125. El defecto orgánico propuesto no superó el requisito general de procedibilidad de la acción de tutela, toda vez que durante el trámite del proceso de reparación directa adelantado en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca no se plantearon reparos respecto de las decisiones que adoptó esa Corporación sobre la competencia.

122. El defecto fáctico planteado no se reconocerá en sede de revisión, dado que se superó con el ejercicio del recurso de apelación.

123. En el expediente no se encontró acreditada la configuración de un defecto sustantivo por el desconocimiento del precedente judicial tanto horizontal como vertical.

124. Con independencia del régimen de responsabilidad estatal que utilice el juez administrativo, la conducta de la víctima es un aspecto que debe valorarse y que tiene la potencialidad de generar una decisión favorable al Estado, en otras palabras, que puede generar una declaratoria de irresponsabilidad administrativa.

125. De acuerdo con lo anterior se tomarán las siguientes determinaciones:

126. En el expediente T-6.304.188 se revocarán las decisiones proferidas en sede de tutela por el Consejo de Estado en primera y en segunda instancia mediante las cuales se negó la tutela de los derechos a la igualdad y al debido proceso invocados por la Fiscalía General dada la ocurrencia de un defecto material o sustantivo por desconocimiento de una sentencia de efectos *erga omnes*. En consecuencia se dejarán sin efecto los fallos expedidos en primera y segunda instancia al interior del proceso 23001233100020080032001.

En su lugar, se ordenará al Tribunal Administrativo de Córdoba que expida nuevamente una decisión en la cual no se establezca un régimen de responsabilidad estatal objetivo.

127. En el expediente T-6.390.556 no se tutelarán los derechos a obtener indemnización por daños antijurídicos causados por el Estado, la vida, a no ser sometido a tratos y/o penas crueles e inhumanas, a la integridad personal, al debido proceso, a la primacía del derecho sustancial sobre el procesal, a la independencia y correcta administración de justicia, al debido proceso, a la buena fe, a la igualdad, a la presunción de inocencia y a la libertad invocados por los accionantes.

#### **IV. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** en el expediente **T-6.304.188** la sentencia de segunda instancia proferida por la Sección Quinta, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el 6 de julio de 2017, que confirmó la decisión emitida por la Sección Cuarta, Sala de lo Contencioso Administrativo de la misma Corporación el 27 de abril de 2017, dentro de la acción de tutela instaurada por la Fiscalía General contra la Subsección A, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante la cual se le negó el amparo a la accionante. En su lugar, **CONCEDER** la protección de los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso de la Fiscalía General.

**SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTO** las sentencias proferidas dentro del proceso de reparación directa, en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Córdoba el 4 de noviembre de 2010 y, en segunda instancia, por la Subsección A, Sección Tercera, de la Sala Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. En su lugar, **ORDENAR** al citado Tribunal que en el término de treinta (30) días, contado a partir de la notificación de esta sentencia, profiera una nueva decisión, de conformidad con las consideraciones consignadas en la parte motiva de este fallo.

**TERCERO: CONFIRMAR** en el expediente **T-6.390.556** la sentencia de segunda instancia proferida por la Sección Quinta, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el 23 de agosto de 2017, que confirmó la decisión emitida por la Sección Cuarta, Sala de lo Contencioso Administrativo de la misma Corporación el 27 de junio de 2017, dentro de la acción de tutela instaurada por Blanca Gómez de García y otro, mediante la cual se le negó el amparo a los accionantes, pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

**CUARTO: LÍBRENSE** por Secretaría General de la Corte las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO  
Presidente  
*Con aclaración de voto*

CARLOS BERNAL PULIDO  
Magistrado  
*Con Salvamento de voto*

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ  
Magistrado  
*En uso de permiso*

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO  
Magistrado  
*Con aclaración de voto*

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO  
Magistrada  
*En uso de permiso*

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS  
Magistrado

CRISTINA PARDO SCHLESINGER  
Magistrada

ALBERTO ROJAS RÍOS  
Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA  
Magistrada  
*Impedida*

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ  
Secretaria General

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO  
CARLOS BERNAL PULIDO  
A LA SENTENCIA SU072/18**

Expedientes acumulados T-6.304.188 y T-6.390.556

Magistrado Ponente: JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

En atención a la decisión adoptada por la Sala Plena de la Corte Constitucional en la sentencia SU-072 de 2018 de cinco (5) de julio de 2018, en los expedientes acumulados de la referencia, me permito presentar Salvamento Parcial de Voto, respecto de la decisión y la fundamentación correspondiente al asunto del expediente T-6.304.188.

En primer lugar, debo advertir que la Sentencia proferida en sede de apelación por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, contra la cual se enderezó la acción de tutela, no incurrió en defecto sustantivo ni por violación directa del artículo 90 de la Constitución Política, ni mucho menos, por violación del precedente. Por el contrario, dicha providencia judicial se sujetó al precedente de unificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado, configurado en la Sentencia de 17 de octubre de 2013, Expediente 23.354, conforme al cual, el principio de *in dubio pro reo* constituye un evento más de privación injusta de la libertad, que da lugar a la aplicación de un sistema de responsabilidad objetivo.

Ahora bien, resulta pertinente recordar que la Sentencia C-836 de 2001 señaló que las sentencias de unificación del Consejo de Estado tienen fuerza vinculante de precedente, en ese orden de ideas, se tiene que para la fecha en la que se profirió la sentencia atacada en sede de tutela, la referida sentencia de unificación del Consejo de Estado constituía el precedente vigente en la materia.

De igual forma, me encuentro en desacuerdo con la interpretación del precedente constitucional aplicable al caso que la mayoría otorgó a la Sentencia C-037 de 1996. En la mencionada Sentencia, en un control abstracto y previo de constitucionalidad, la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 68 del entonces proyecto de Ley Estatutaria de Administración de Justicia, cuyo texto es el siguiente: “*Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios*”. Sin fundamentarse en ningún parámetro constitucional, la Corte Constitucional aclaró “*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*”. La mayoría interpreta que este pasaje prohíbe que, como lo hizo en la Sentencia de Unificación antes citada, el Consejo de Estado adopte un régimen objetivo de responsabilidad para casos de privación injusta de la libertad, como el de *in dubio pro reo*.

Respecto de lo anterior, considero que, primero, este es un evidente *non sequitur* y, segundo, no es del todo claro que este aparte de la Sentencia C-037 de 1996 contenga una *ratio decidendi*, entre otras cosas, porque no es clara cuál sería la disposición constitucional que se vulneraría a causa de la adopción de un régimen objetivo por parte del Consejo de Estado para este tipo de casos. La Sentencia C-037 de 1996 no excluyó la posibilidad de aplicar regímenes objetivos de responsabilidad en los casos de privación injusta de la libertad, y no podía hacerlo, por cuanto, como la misma Sala en esta ocasión lo “*ratifica*”, “*el artículo 90 de la Constitución no establece un régimen de imputación estatal específico*”.

Es más, a mi juicio, la mayoría se contradice porque, por una parte, estiman que existe un error sustantivo en la Sentencia acusada, pero, por el otro, reconoce que ni dicho artículo 90, así “*como tampoco [...] el artículo 68 de la Ley 270 de 1996 y la sentencia C-037 de 1996*” excluyen la adopción de un régimen de responsabilidad objetivo.

Aun cuando la postura asumida con propósitos de unificación por el Consejo de Estado en la referida sentencia del año 2013, pudiera ser discutible -entre otras razones, por motivos de sostenibilidad fiscal-, lo cierto es que la decisión adoptada en este caso, implica modificar el precedente de unificación jurisprudencial de la Sección Tercera del Consejo de Estado, para lo cual, la Corte Constitucional no tiene competencia, menos aun cuando la Sentencia que contiene tal precedente no es la providencia judicial atacada en este proceso de tutela.

Atentamente,

**CARLOS BERNAL PULIDO**  
**Magistrado**