

LA CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA EN EL ESCENARIO DE
RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA
DE LA LIBERTAD

MONOGRAFÍA PARA OPTAR AL TÍTULO DE ABOGADA

Por:

MARIA PAZ RESTREPO RENDÓN

Asesor:

JUAN ESTEBAN VÁSQUEZ VERA

UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO

MEDELLÍN, 2015

Tabla de Contenido

I.	INTRODUCCIÓN	4
II.	RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO EN COLOMBIA...	7
1.	Panorama actual.....	7
III.	DE LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD JURÍDICA.....	13
1.	Imputación objetiva en el derecho penal	13
1.1	Relación de causalidad.....	14
1.1.1	Teoría de la equivalencia de condiciones	15
1.1.2	Teoría de la causalidad adecuada	16
1.2	Niveles jurídicos:	18
2.	Nexo de causalidad en el derecho civil	19
3.	Imputación de responsabilidad al Estado	23
IV.	RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD.....	28
1.	Alcance del concepto “Privación injusta de la libertad”	28
2.	Estudio del escenario de responsabilidad a la luz del Decreto-Ley 2700 de 1991, la Ley 270 de 1996 y la jurisprudencia del Consejo de Estado	30
2.1	Decreto-Ley 2700 de 1991, artículo 414	31
2.2	Ley 270 de 1996, “Ley estatutaria de Administración de Justicia”	40
2.2.1	Artículo 65 Ley 270 de 1996	42
2.2.2	Artículo 68 Ley 270 de 1996	45
V.	LA CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA	47
1.	Como eximente de responsabilidad Civil y del Estado	47
1.1	“Culpa exclusiva de la víctima” y “hecho exclusivo de la víctima”	50
1.2	Culpa exclusiva y concurrencia de culpas	52
2.	Culpa exclusiva de la víctima en el escenario de Responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad	55
2.1	Sustento legal.....	55
2.2	Alcance jurisprudencial	56
2.3	Del carácter subjetivo de la norma	59

2.3.1 El dolo y la culpa en el derecho penal.....	59
2.3.2 El dolo y la culpa en el derecho civil	62
2.3.3 El dolo y la culpa aplicable en materia contencioso-administrativa	64
VI. COMPILACIÓN DE CASOS CONCRETOS	67
VII. CRÍTICAS A LA APLICACIÓN DE LA EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD	72
1. Crítica al análisis de la culpa en cada caso concreto	72
2. Crítica a la identificación de las cadenas causales	78
2.1 Medida de aseguramiento o detención preventiva.....	79
2.1.1 La medida cautelar en el Decreto-Ley 2700 de 1991.....	80
2.1.2 Medida de aseguramiento en la Ley 600 del 2000.....	82
2.1.3 Medida de aseguramiento en la Ley 906 de 2004.....	84
VIII. CONCLUSIONES.....	93
IX. BIBLIOGRAFÍA.....	97

I. INTRODUCCIÓN

Este texto parte de una inquietud que surgió del estudio del derecho administrativo, en especial, de la Responsabilidad Extracontractual del Estado: ¿puede un ciudadano ser culpable de su propia detención preventiva aun cuando resulta absuelto del proceso penal?

Una respuesta inmediata, en aplicación de los conocimientos básicos que se obtienen en pregrado sobre la materia daría lugar a responder; SÍ. Pero un sentimiento de justicia y de respeto máximo hacia el derecho fundamental a la libertad arrojaría un tajante NO. Esto último, en tanto el estudio del derecho en general, y del fenómeno de la constitucionalización de todas sus ramas, ha generado una conciencia en los nuevos juristas en lo que se refiere al respeto de los derechos fundamentales y de los postulados de justicia en todas las actuaciones jurídicas de los particulares y, con mayor razón, del Estado, como garante de estos postulados.

Por lo tanto, aseverar que un ciudadano pudo haber sido culpable de la imposición de una medida de aseguramiento en su contra, y que en consecuencia no podrá ser indemnizado por el daño sufrido, teniendo en cuenta que al fin y al cabo su responsabilidad penal no pudo ser demostrada, crea dudas generalizada sobre el ejercicio del juez contencioso; ¿desconoce la presunción de inocencia? ¿Instrumentaliza el derecho fundamental a la libertad en razón al desarrollo del proceso penal? ¿Se convierte en un juicio más gravoso, en sus elementos más no en sus consecuencias, que el juicio de responsabilidad penal?

Con el fin de resolver esta incertidumbre es que se adelanta este estudio, identificando que, para llegar a una conclusión convincente, es necesario abordar el tema desde el comienzo; en primer lugar se realizará un panorama de la Responsabilidad Extracontractual del Estado desde su origen constitucional, para identificar elementos propios de su naturaleza como el daño y los títulos de imputación. Posteriormente, se explicará el proceso de imputación de responsabilidad, tanto penal como civil para luego abordar la imputación contenciosa e identificar su naturaleza jurídica. En un tercer momento, se enmarcará esta responsabilidad dentro del escenario de la privación injusta de la libertad, siendo pertinente estudiar el sustento normativo (Decreto Ley 2700 de 1991 y Ley 600 del 2000) y su desarrollo jurisprudencial.

Luego de tener claro el panorama de la imputación de Responsabilidad Extracontractual al Estado por privación injusta de la libertad, es preciso estudiar los elementos de la eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima, en principio, aplicada a la responsabilidad del Estado en términos generales, y en segundo lugar, circunscrita al escenario de responsabilidad propuesto. En este estudio, se tomarán a su vez elementos del derecho civil y penal, principalmente en lo que concierne a la culpa y el dolo, como elementos subjetivos de la eximente.

Así, una vez comprendidos los presupuestos teóricos, se realizará un análisis casuístico de la jurisprudencia del Consejo de Estado, que por ser el órgano de cierre en todos los casos de responsabilidad por privación injusta de la libertad, tiene la última palabra en lo que al tema se refiere. Por lo tanto, mediante el análisis de sus sentencias y las críticas a que haya lugar sobre su ejercicio de imputación, se responderá el interrogante inicial de una manera jurídica, y no solo

con el impulso humano que surge en los juristas cuando se evidencia *prima facie*, un desconocimiento de los derechos fundamentales.

En este sentido, si bien el tema propuesto acarrea una carga axiológica significativa, lo que busca este estudio no es enfocarse en una discusión de derechos fundamentales y de su observancia o no de parte del aparato judicial. Lo que persigue es desentrañar el ejercicio jurídico-procesal que suscita imputar la responsabilidad del Estado en el escenario de la privación injusta de la libertad y la presencia de la culpa exclusiva de la víctima como elemento que conlleva a la absolución, para llegar finalmente a una conclusión académica, que con todo respeto del Juez Contencioso Administrativo pongo de presente, en la que se da cuenta de un error el ejercicio interpretativo en que ha incurrido el Consejo de Estado, al enfrentarse a este tipo de casos.

II. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO EN COLOMBIA

1. Panorama actual

La responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia, ha sido desarrollada mayoritariamente por la jurisprudencia, pues son muy pocas las leyes –en sentido estricto- que se ocupan de la materia y, aún más contados los doctrinantes que estudian este tema de manera exclusiva, pues suele encontrarse en capítulos cortos dentro de textos de responsabilidad civil extracontractual.

A pesar de esto, tanto la jurisprudencia como el legislador y la doctrina, tienen un referente lo suficientemente amplio y preciso para lograr desarrollar el tema, pues con el advenimiento de la Constitución de 1991 se consagró la institución de la Responsabilidad del Estado de manera amplia y suficiente, a diferencia de lo que sucedía con la Constitución de 1886, donde sólo se consagraba la responsabilidad en los casos de sacrificio de la propiedad privada en pro del interés general¹.

¹ Artículo 30. Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

La propiedad es una función social que implica obligaciones.

Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación, mediante sentencia judicial e indemnización previa.

Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar a indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara. (Subrayas fuera de texto)

Ahora bien, el artículo 90 de la Constitución política de 1991, contiene los postulados generales de la Responsabilidad Extracontractual del Estado, sin circunscribirla a escenarios de responsabilidad como ocurría anteriormente –expropiación, limitación del ejercicio de la libre empresa- y, además, se basta por sí mismo para producir efectos jurídicos, en el sentido de que con aplicación directa de su contenido, el juez contencioso puede condenar al Estado, sin necesidad de que medie una Ley o un Decreto que lo desarrollen. El artículo consagra:

“ARTICULO 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

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

Cada uno de los incisos del artículo se refiere a dos momentos distintos en el contexto de la declaratoria de responsabilidad. El primero, que se refiere a la regla general sobre cuándo el Estado se convierte en sujeto pasivo de la obligación indemnizatoria, se desarrolla sobre la base de que la obligación no emana de la actuación del victimario (Estado), si no en la afectación a la víctima, es decir, del daño antijurídico.

Artículo 31. Ninguna ley que establezca un monopolio podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una industria lícita.

Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico y en virtud de ley.

Sólo podrán concederse privilegios que se refieran a inventos útiles y a vías de comunicación. (Subrayas fuera de texto)

Esto no significa que sea a partir de 1991 que el daño se convirtió en un requisito indispensable para la declaratoria de responsabilidad, pues desde antes de la expedición de la Constitución, el Consejo de Estado reconocía su calidad de elemento necesario para realizar el análisis de responsabilidad, y así también se ha reconocido en el derecho civil y penal, si no que esta nueva concepción significó que el daño va a ser el fundamento, es decir, la razón por la cual el Estado debe responder.

Es por su carácter de necesario, que el daño debe ser el primer elemento a analizar en un juicio de responsabilidad, puesto que si no se logra comprobar su configuración, será innecesario abordar el estudio de los demás elementos. Henao (1998), afirma:

Si, como en el caso precitado, se estudia en primer término la existencia de la falla del servicio, se trastoca la lógica misma de la responsabilidad civil, porque es claro que aun sin aquella esta puede existir. Diferente ocurre con el daño: su ausencia –no la de la falla del servicio- implica la inexistencia de responsabilidad. Es por ello que estudiar dicha falla en primer término supone dar trascendencia inmerecida a la misma, que no es un elemento inmanente de la responsabilidad, como sí lo es el daño. (p.37)

Ahora, en lo que respecta a su definición, se tiene que “el daño en sentido jurídico reproduce el sentido común del término: la alteración negativa de un estado de cosas existentes.” (Henao, 1998, p.84). En este orden de ideas, los esfuerzos doctrinales y jurisprudenciales no se han

centrado en redefinir el término, si no en delimitar sus elementos y desarrollar su presencia dentro del proceso judicial.

Por lo tanto, para efectos de este texto, es suficientemente ilustradora la definición que del mismo realizó el Consejo de Estado, en los siguientes términos:

“El daño, en “su sentido natural y obvio”, es un hecho, consistente en “el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia causado a alguien“, “...en su persona, bienes, libertad, honor, afectos, creencias, etc....” y “...supone la destrucción o disminución de ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo”.

“Según se ha visto, condición necesaria para que desencadene la reparación es que el daño sea antijurídico, calificación que se obtiene de constatar que el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de “causales de justificación”.²”

Cuando se plantea como fundamento de la responsabilidad el daño en lugar de la actuación de la entidad, es decir, cuando se empieza a fundamentar la Responsabilidad del Estado en un sentido reparador (para la víctima) en lugar de castigador (para la entidad), el entendimiento jurídico se aparta, sin rechazar, el tratamiento jurisprudencial que se venía aplicando sobre el eje central de la responsabilidad, referido a la calificación de la actuación de la entidad como defectuosa, con la consecuencia de que si no existía una falla en la prestación del servicio, aún si se presentaba el daño antijurídico, el Estado no incurría en responsabilidad.

² Sentencia 11 de noviembre de 1999. Exp. 11499, CP: Alier Hernández Enríquez

Con el nuevo matiz que inserta la Constitución de 1991, el daño se constituye como fundamento –necesario más no suficiente- de responsabilidad, en tanto el artículo plantea que el Estado “responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”. Nótese que del texto no se desprende que la actuación u omisión de la autoridad deba ser defectuosa, es decir, tardía, insuficiente, etc. Si no que, si de una actuación del Estado, cualquiera sea su calidad, se desprende un daño, sobreviene la obligación de indemnizarlo, previo juicio de imputación de responsabilidad.

Así lo entendió el Consejo de Estado desde las primeras interpretaciones, en palabras del Consejero Alier Hernández Enriquez:

“La pérdida de importancia - con miras a la deducción de la responsabilidad del Estado - de la calificación de la actuación dañosa como lícita o culpable, toma fundamento en el hecho de que “si los beneficios de las funciones administrativas alcanzan potencialmente a todos, también los perjuicios deben repartirse entre todos.”

“Por lo anterior, no hay duda de que el fundamento de la responsabilidad del Estado se desplazó de la ilicitud de la conducta causante del daño (falla del servicio o culpa del Estado) al daño mismo, siempre y cuando este fuese antijurídico.”³

³ Sentencia 11 de noviembre de 1999. Exp. 11499, CP: Alier Hernández Enríquez

En razón a lo anterior es que se desarrollaron títulos de imputación objetivos –además del título subjetivo de falla del servicio, el cual sigue siendo aplicable- en los cuales, de la constatación del daño se sigue la obligación de repararlo, independientemente de que las causas que dieron lugar al mismo hayan sido dolosas, culposas, lícitas o ilícitas. Es el caso de la responsabilidad por daño especial o riesgo excepcional.

Ahora bien, en el segundo inciso del artículo referido, se tiene la regla que da origen a la acción de repetición, en la cual, si se comprueba que la responsabilidad a la que se condenó al Estado –juicio posterior a su declaratoria- se debió al actuar doloso o gravemente culposo de uno de sus funcionarios, este último deberá pagar al primero el valor de las erogaciones a que hubo lugar en el proceso de resarcimiento del daño.

En conclusión, el riesgo excepcional y el daño especial, en sumatoria con la falla del servicio, constituyen hoy en día los títulos de imputación que configuran la Responsabilidad del Estado, los cuales se pueden presentar en escenarios de responsabilidad tales como el error jurisdiccional, el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, la privación injusta de la libertad, los atentados terroristas, el servicio médico-hospitalario, entre cualquier otro posible, con tal de que, a la luz del artículo 90 de la Constitución, se compruebe la ocurrencia del daño como requisito necesario pero no suficiente. Este artículo se convierte entonces en fuente constitucional autosuficiente para condenar, pero no fuente única, pues la ley, como se verá más adelante, se ha ocupado a su vez de reglamentar algunos escenarios donde el Estado, con lastimosa regularidad, incurre en responsabilidad. Además, luego de que se condene a la

entidad, si es el caso, queda establecido, por el artículo 90, un deber en cabeza del Estado de repetir contra el funcionario responsable, si lo hay.

Establecidos los presupuestos constitucionales, se pasará a abordar el tema de la imputación de responsabilidad para lograr identificar su contenido y alcance, diferenciándolo o asimilándolo, según lo amerite, a las demás ramas del derecho que realizan este ejercicio, como lo son el derecho civil y el derecho penal.

III. DE LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD JURÍDICA

Para comenzar el análisis del ejercicio de imputación de un resultado a una acción u omisión de una Entidad pública, es preciso analizar en términos generales, cómo se desarrolla esta institución en el derecho civil y el derecho penal, para de esta manera, al analizarla en el contexto de la Responsabilidad del Estado, identificar que elementos de una y otra rama del derecho se hacen presentes.

1. Imputación objetiva en el derecho penal

En la doctrina penal, actualmente, se utilizan cuatro operaciones mentales denominadas “niveles” para realizar la imputación de un resultado a una actividad activa u omisiva de un sujeto (Velásquez, 2007).

1.1 Relación de causalidad

El primer paso en el ejercicio de imputación de responsabilidad, es buscar la acción u omisión que es materialmente generadora del resultado. Pero no en el sentido en que lo hacen las ciencias naturales, utilizando la regla de causa-efecto, ni como “ley en virtud de la cual se producen efectos” (RAE), pues:

No es tarea del jurista la indagación de cuál es la causa compleja de un resultado sancionado penalmente, porque esto pertenece a las ciencias físico-naturales; su tarea es más bien averiguar qué papel desempeña en el complejo causal, un acto humano que se inserta en los antecedentes del resultado. (López, 1996, p.23)

Es decir, que cuando se habla en el contexto jurídico de la búsqueda de la relación de causalidad, no se refiere a la búsqueda del hecho que materialmente es la causa inmediata del resultado, si no que se refiere a establecer, en una cadena causal, si la acción u omisión de un sujeto en particular, fue causa material –mediata o inmediata- del daño.

Entre distintas teorías⁴ que se han desarrollado para esclarecer ese nexo de causalidad en el sentido jurídico, cobran especial relevancia la teoría de la causalidad adecuada y la teoría de equivalencia de condiciones:

⁴ Teoría de equivalencia de condiciones, teoría de la causalidad adecuada, teoría de la relevancia típica, teoría de la causa próxima, teoría de la causa eficiente, etc.

1.1.1 Teoría de la equivalencia de condiciones

Según esta teoría, el ejercicio en la búsqueda de la relación de causalidad no consiste en buscar un hecho único generador del resultado, pues absolutamente todos los hechos que hacen parte de la cadena causal, son determinantes para la producción del mismo, siempre y cuando si se prescinde de ellos hipotéticamente, hubiera cambiado el resultado. En palabras de López (1996):

Para la equivalencia, la causa no es la suma de todas las condiciones del resultado, sino cada una de las condiciones, aun cuando estas actúan conjuntamente con muchas otras para alcanzar el resultado. (p.24)

No puede hablarse de concausas en la teoría de equivalencia de condiciones, porque ello sería una incongruencia. Para la equivalencia de las condiciones la concausa es una condición como cualquier otra y no predomina sobre las restantes, puesto que todas son igualmente causales. (p.28)

Ahora bien, existe un ejercicio para determinar si cada acción específica que hace parte de la cadena causal, hace parte de la relación de causalidad o no, pues existen algunas que no son determinantes para la producción del resultado, en tanto que si se prescinde de ellos, no se altera el mismo.

Es la fórmula de la *conditio sine qua non*, en la cual se suprime mentalmente la acción, y si el resultado no se produce, es porque existe efectivamente nexo de causalidad entre la conducta y la modificación del mundo exterior, si el resultado se produce igualmente prescindiendo de la acción, no existe nexo de causalidad entre esta y el resultado. Esta fórmula también se utiliza para los delitos de omisión: ¿qué hubiera pasado si la persona hubiera actuado?

Esta teoría, que es incontrovertible como fenómeno ontológico, es el análisis que se utiliza en la contemporaneidad en el ejercicio del derecho penal (Velásquez, 2007).

1.1.2 Teoría de la causalidad adecuada

Consiste en buscar dentro de la cadena causal, la causa o causas efectivamente determinantes, adecuadas, para la producción del resultado.

En derecho penal únicamente se tiene como causante aquella conducta que de acuerdo con la experiencia general de la vida, ostenta una tendencia general hacia el logro del resultado típico; se trata de conductas que aumentan la probabilidad del mismo; en consecuencia, las condiciones que solamente por azar han colaborado al logro del resultado, son consideradas jurídicamente irrelevantes. (López, 1996, p.38)

En esta teoría se esclarece aún más la diferencia entre la causalidad jurídica y la causalidad de las ciencias naturales, pues si bien puede que existan una cantidad de causas que fácticamente

dan lugar a un resultado, no todas ellas serán consideradas como causas eficientes, por ende, no todas serán relevantes para el derecho penal.

Ahora, en este contexto también existe una fórmula para determinar cuáles causas son relevantes y cuáles no, y consiste en que el juez debe situarse en la posición de un observador que se halla antes del hecho –ex ante- y que dispone de los conocimientos de un hombre inteligente del círculo correspondiente al autor, y desde este punto de vista, analizar si de la acción u omisión del sujeto, es posible y probable que se genere el resultado. “Una causación solo es jurídicamente relevante cuando no es improbable” (López, 1996, p.40)

La crítica que se ha hecho a esta teoría, es que no constituye un juicio de causalidad, si no que va más allá del mismo y realiza, además, un examen la relevancia jurídica de la relación causal. Por lo tanto, no se entiende como una teoría opuesta a la equivalencia de condiciones, sino más bien, complementaria.

Una vez comprobada la causalidad entre la acción y el resultado, ya sea mediante la aplicación de la teoría de equivalencia de condiciones o mediante la causalidad adecuada, se sigue realizar la imputación penal de responsabilidad, es decir, definir si la relación causal es relevante o no para el derecho penal, “una conducta solo puede ser jurídicamente relevante cuando ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado que se concreta en la producción del resultado (López, 1996, p.46). Si no, la conducta no es típica y por lo tanto es irrelevante para el derecho penal. Para realizar esta imputación jurídica es que se utilizan los otros tres niveles referidos al comienzo.

1.2 Niveles jurídicos:

Los tres niveles que aún hacen falta para completar a cabalidad la imputación de responsabilidad penal, corresponden al ejercicio de cotejar la relación de causalidad encontrada en el primer nivel, con tres condiciones de carácter jurídico, esto es: la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, la concreción del riesgo en el resultado y el fin o ámbito de protección de la norma.

El primero consiste en un juicio *ex ante*, donde se analiza si el riesgo desplegado con la actividad del sujeto es relevante para el bien jurídico protegido, y, además, si este riesgo es jurídicamente desaprobado. El segundo, corresponde a un juicio *ex post*, donde se comprueba si el resultado se debió efectivamente al riesgo creado o si fue otra la razón de su concreción. Y para finalizar se analiza si el resultado producido es el mismo que la norma penal buscaba proteger. Entonces, si la conducta de un sujeto, de la cual ya fue comprobada su causalidad con el resultado, cumple con estas tres condiciones de carácter jurídico, existirá responsabilidad penal.

En conclusión, se tiene que la imputación penal consta de dos momentos; uno naturalístico⁵ que consiste en la búsqueda del nexo causal en sentido jurídico, que se realiza mediante la aplicación de la teoría de equivalencia de condiciones, y un momento normativo, en el cual se analizan tres circunstancias de naturaleza jurídica; la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, la concreción del mismo en el resultado y el fin de protección de la norma penal.

⁵ Término utilizado por Velásquez en el texto Manual de Derecho Penal, Parte General.

Estos dos momentos se asemejan en su estructura general, a los momentos de imputación fáctica e imputación jurídica que sirven de herramienta al juez contencioso-administrativo para declarar la Responsabilidad del Estado, como se verá más adelante.

2. Nexo de causalidad en el derecho civil

En el derecho civil también se parte de la base de diferenciar la causalidad física de la causalidad jurídica, entendiendo la primera como la causalidad propia de las ciencias naturales donde la fórmula causa-efecto permea todo el entendimiento. La segunda es, sin embargo, la que ocupa la atención de los juristas, en tanto supone concluir si el hecho le es imputable jurídicamente al demandado o no (Tamayo, 1999), es decir, supone buscar una relación necesaria entre el hecho y el correspondiente daño (Martínez y Martínez, 2003), so pena de no poder imputar responsabilidad.

El nexo de causalidad jurídica en derecho civil, consiste entonces en el ejercicio que se realizó en primer momento en la imputación objetiva del derecho penal, esto es, establecer si el hecho del sujeto demandado se relaciona de manera tal con el daño, que se constituye como su causa. De la prueba de lo anterior, en principio, se desprende la responsabilidad civil. Tamayo Jaramillo (1999) afirma al respecto:

En efecto, la responsabilidad por el hecho propio, por hechos causados físicamente por el agente, la víctima solo debe establecer que fue la conducta de aquel lo que produjo el daño. Es lo que ocurre generalmente cuando un individuo con sus propias fuerzas físicas destruye un

bien de un tercero. En tales circunstancias, la víctima tendrá derecho a la indemnización del daño emergente con solo establecer que la cosa fue destruida por el demandado. (p.227)

Los civilistas, también hacen uso de la teoría de la equivalencia de condiciones y de la teoría de la causalidad adecuada para dilucidar el nexo de causalidad en cada caso concreto. Si bien estas teorías son las mismas en ambos escenarios, no está demás traer a colación la definición que de estas se hace en la doctrina civil:

La teoría de la equivalencia de las condiciones o *conditio sine qua non* es históricamente la primera y fue seguida por los franceses hasta hace poco tiempo. Se llama de *equivalencia de las condiciones* porque según sus ideadores, todas las condiciones, es decir, los fenómenos, circunstancias o hechos, que intervienen en el resultado, adquieren la categoría de causas y convierten en responsable a todo aquel que ha puesto alguna en el resultado y sin la cual aquel no se hubiera dado. Amplía de forma notable el concepto de causa y, por tanto, el campo de la responsabilidad.

La tesis de la *causalidad adecuada* sostiene que los fenómenos que concurren a un resultado son de varias categorías. Unos que inciden de forma manifiesta que denomina *causas* y otros de incidencia menos determinante que califica como *condiciones*. Dentro de las verdaderas causas, debe seleccionarse la más adecuada al resultado, teniendo en cuenta las circunstancias específicas que rodean cada caso.

Hay que separar, escoger, aquellos fenómenos, circunstancias o hechos que realmente fueron determinantes e influyeron en el resultado y quienes hayan originado esas causas determinantes serán responsabilizados civilmente. (Martínez y Martínez, 2003, p.237)

Ambas tesis han sido acogidas a lo largo de la historia por la Corte Suprema de Justicia en Colombia (Tamayo, 1999) y nada obsta para que en la práctica, en cada caso concreto, se utilice la más conveniente. Sin embargo, a manera de propuesta de solución y disminuyendo la radicalidad de ambas teorías, Gilberto Martínez Rave y Catalina Martínez Tamayo (2003), proponen:

En el campo civil se aplica la tesis de la equivalencia de las causas, es decir, que todas las personas que hayan contribuido con la causa trascendente, importante, responden solidariamente.

Vale la pena aclarar que debe distinguirse entre la teoría de la equivalencia de las condiciones y la teoría de la equivalencia de las causas. Por la primera se haría responsable a quien hubiera contribuido con una condición, situación que ampliaría demasiado el campo de la responsabilidad. Por la segunda, se hace responsable a toda aquella persona que haya contribuido con algunas de las causas que originaron el resultado. Existe, por tanto, una gran diferencia entre condición y causa y, por eso, el artículo 2344 del Código Civil hace responsable solidario a todo aquel que contribuye en el resultado con una causa, no con una simple condición.(p.239)

En el campo civil se suscita una segunda discusión, que radica en que algunos teóricos sostienen que solo hay nexo de causalidad si la actuación del sujeto fue culposa, es decir, se exige un siguiente momento en la imputación de responsabilidad, correspondiente en calificar el hecho como culposo y, solo si comprueba efectivamente esta situación, habrá lugar a responsabilidad.

Otra teoría, más de avanzada y más joven en el tiempo, tiende a objetivizar la responsabilidad civil, en el sentido de que basta la constatación del hecho y el correspondiente daño para que surja la obligación de indemnizar.

La situación en Colombia es que la Corte Suprema ha sido históricamente subjetivista, y ha exigido que la conducta del demandado sea culposa como condición para declararlo responsable, sin embargo, “lo cierto es que día tras día, con más fuerza, se propaga la idea de que la responsabilidad civil debe ser objetiva, es decir, que el elemento de la culpa carece de incidencia en la responsabilidad y que debería bastar el daño y la imputabilidad causal del agente para este comprometiese su responsabilidad.” (Tamayo, 1999, p.208)

En conclusión, como regla general acogida por toda la doctrina civil, a la hora de declarar responsabilidad es necesario comprobar que exista nexo causal entre el hecho y el daño, ejercicio que corresponde a la *imputatio facti* utilizada por el Consejo de Estado en lo de su competencia. Sin embargo, la doctrina civil se encuentra dividida entre la necesidad o no de un segundo elemento para que se configure la responsabilidad, este es, la culpa del sujeto que realizó el hecho.

Sin embargo, aunque se acoja esta última teoría –la subjetivista-, este ejercicio no se corresponde con una imputación jurídica del derecho penal o de la actividad contenciosa, si no que continúa siendo imputación fáctica, en tanto significa un requisito extra para aceptar que existe nexo de causalidad, es decir, de la falta de culpa no se sigue que haya nexo de causalidad pero no se pueda imputar responsabilidad, lo que se sigue es que no se pueda aseverar que existe nexo de causalidad.

En consecuencia, la calificación del hecho como culposo o no, dista completamente del ejercicio de imputación de responsabilidad penal y del Estado que se realiza una vez constatada la causalidad material, pues en derecho civil, la búsqueda de la culpabilidad hace parte del esclarecimiento de esa causalidad material –nexo de causalidad-.

3. Imputación de responsabilidad al Estado

Para realizar un juicio de imputación en el contexto de la Responsabilidad Extracontractual del Estado, también se tienen en cuenta dos ámbitos diferentes; el fáctico y el jurídico: el primero hace referencia a la atribución de la causación material del daño a un sujeto (en este caso, a una entidad) y la segunda se refiere a la imposición de la obligación de reparar de acuerdo al ordenamiento jurídico. En este escenario, como en derecho penal y civil, también se parte de la base de que existe una relación causal –causa efecto- que precede al análisis de imputación fáctica, y que no es objeto de estudio del derecho pues se circunscribe, específicamente, al estudio de las ciencias naturales. (Gil, 2013)

Partiendo de esta base, se pasa a realizar la *imputatio facti*. Al respecto es importante reiterar que si bien se trata de atribuir la causa del daño a algún sujeto de derecho, este ejercicio se diferencia sustancialmente de la búsqueda del nexo causal en las ciencias naturales, es decir, la imputación fáctica no se refiere a la causalidad (causa-efecto), como se viene de referir, si no que se refiere a una imputación de resultado meramente jurídica, de manera tal que puede llegar a arrojar que la causación del daño se produjo por la inactividad de la entidad, supuesto que no tendría lugar en las teorías causales pues de la inacción no se sigue ningún resultado. (Gil, 2013)

Por su parte, el Consejo de Estado ha tomado posición unánime respecto a la teoría a aplicar para dilucidar este tema, y al respecto, apoyándose en las palabras del tratadista Javier Tamayo Jaramillo, ha considerado como análisis válido para encontrar la causa de un resultado dañoso la causalidad adecuada, desechando por completo la equivalencia de condiciones. Así se ha referido esta Corporación en reiterados pronunciamientos:

“Y ello como quiera que la Sala ha señalado que el hecho de la víctima, como causal de exoneración de responsabilidad o de reducción del monto de la condena respectiva, debe constituir, exclusiva o parcialmente, causa eficiente del perjuicio reclamado, pues de no ser así, «... se estaría dando aplicación a la teoría de la equivalencia de las condiciones, desechada por la doctrina y la jurisprudencia, desde hace mucho tiempo, para establecer el nexo de causalidad.”⁶

⁶ Sentencia del 18 de octubre de 2000, Exp. 11981; CP: Alier Eduardo Hernández Enríquez.. Tesis reiterada en Sentencia del 2 de mayo de 2007, Exp. 15463 CP: Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 11 de abril de 2012 Exp. 23513 CP: Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 9 de julio de 2014 Exp. 38438 CP: Hernán Andrade Rincón.

Para mayor claridad conceptual, Gil Botero (2013) sostiene:

La imputación fáctica tiene como propósito determinar si en el plano material, mas no necesariamente causal, el daño es atribuible o no a un sujeto de derecho. Así las cosas, antes de abordar el análisis de la imputación jurídica o el fundamento de la responsabilidad, es imprescindible que la lesión o afectación antijurídica esté radicada en cabeza de la entidad o del sujeto pasivo de la relación. Verificado lo anterior, es posible abordar el análisis sobre la imputación jurídica, esto es, si existe un fundamento normativo que concrete, en el caso específico, la obligación de resarcir el daño antijurídico. (p. 55)

Es decir, que al igual que en las teorías penales, una vez verificada la causalidad jurídica entre el resultado y la acción u omisión de una entidad estatal, el paso a seguir es verificar si ese nexo causal es relevante para el derecho, en este caso, mediante la *imputatio jure*.

Al respecto, se tiene que ésta se realiza mediante la subsunción del caso específico a alguno de los títulos de imputación; falla del servicio, riesgo excepcional o daño especial. Una definición somera de cada uno de ellos, se puede encontrar en palabras del Consejo de Estado, así: “Atendiendo a las condiciones concretas en las que se produjo el hecho, la Sala ha aplicado en la solución de los casos, los distintos regímenes de responsabilidad. **Así, ha decidido la responsabilidad del Estado bajo el régimen de daño especial cuando el daño se produjo como consecuencia del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas; el de falla probada cuando la irregularidad administrativa produjo el daño y, el de riesgo cuando éste**

proviene o de la realización de actividades peligrosas o de la utilización de artefactos que en su estructura son peligrosos...⁷ (Negrillas del original)

Para los efectos de este estudio, la característica que resulta relevante, respecto a cada título de imputación, es si de estos se deriva una responsabilidad objetiva o subjetiva. Existirá responsabilidad subjetiva cuando la conducta del sujeto generador del daño es relevante para declarar o no su responsabilidad, en este sentido, la entidad solo estará obligada a resarcir los perjuicios derivados de su actuar, cuando este constituya una falla, *contrario sensu*, si se prueba diligencia y cuidado en el actuar, no se declarará la responsabilidad, a pesar de existir el daño. Dentro de este tipo de responsabilidad se enmarca el título de imputación de falla del servicio pues, como su nombre lo indica, no basta con que exista el daño para que se presente la responsabilidad si no que, en el hecho generador del mismo, debe presentarse una falla en el actuar de la administración, la cual no debe confundirse con la valoración de la actuación del funcionario.⁸

De otro lado, se encuentran los títulos de imputación de daño especial y riesgo excepcional, los cuales se circunscriben a la responsabilidad objetiva, en tanto que para que se declare, basta con que se presente el daño y éste haya sido generado por el actuar de la administración, sin lugar a hacer juicios de valor sobre el mismo –dolo, culpa, licitud, ilicitud-. De esto se sigue que la administración no se exime de responsabilidad probando diligencia y cuidado si no, únicamente, probando causa extraña o hecho de un tercero o de la víctima.

⁷ Sentencia 16 de julio de 2015, Exp. 33465, CP: Hernán Andrade Rincón (E)

⁸ En concordancia con lo explicado en este texto respecto al análisis del artículo 90 de la Constitución Política, donde se diferencia la Responsabilidad del Estado por su acción u omisión, de la conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario que dio lugar a la misma, la cual obligaría a la entidad a iniciar una acción de repetición

Estos regímenes objetivos tienen sustento, como ya se dijo, en el daño como fundamento de responsabilidad, y además, en los valores del Estado Social de Derecho, tales como la solidaridad, la igualdad ante las cargas públicas, entre otras⁹, los cuales justifican que la víctima sea resarcida a pesar de que el Estado haya actuado de manera legal y legítima.

En conclusión, la imputación de responsabilidad del Estado, a pesar de tener más relación histórica con el derecho civil, en tanto el Código Civil fue la primera fuente para su desarrollo, actualmente se identifica más con el proceso penal de imputación objetiva, en tanto consta de dos momentos de análisis; un momento de imputación fáctica, que en ambos regímenes corresponde a determinar si el hecho del sujeto demandado es el causante del resultado dañoso, para lo cual cada una de estas disciplinas ha tomado diferentes caminos; el derecho penal aplica la teoría de equivalencia de condiciones mientras que el juez contencioso, sin lugar a vacilaciones, aplica la teoría de la causalidad adecuada.

Y un segundo momento, que corresponde a cotejar ese nexo causal ya comprobado, con el ordenamiento jurídico, para verificar si existe obligación de indemnizar o no, teniendo en consideración las características de cada caso concreto y su posible subsunción al

⁹ **Artículo 1.** Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Artículo 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. (Subrayas fuera de texto)

ordenamiento jurídico, de lo que puede seguirse que en derecho penal y contencioso pueda existir nexo causal más no responsabilidad, mientras que en el derecho civil, una vez determinado el nexo causal –con o sin culpabilidad-, se sigue necesariamente la declaratoria de responsabilidad.

IV. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD

1. Alcance del concepto “Privación injusta de la libertad”

La libertad es un derecho fundamental y un atributo inviolable de la persona humana, se constituyó como uno de los pilares de la revolución francesa –liberté, égalité, fraternité-, y ha permeado en su totalidad los postulados de nuestra Carta Política¹⁰.

La libertad, definida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, hace referencia a la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones.¹¹

Fue protegida en sus diferentes manifestaciones en el artículo 7° de la Convención Americana de Derechos Humanos, consagrando, entre muchos otros supuestos, que “3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.”

¹⁰ Al respecto, véase el preámbulo y los artículos 13, 18, 19, 20, 27, 30, 53, 73, 107, entre otros.

¹¹ Cita de cita: caso Chaparro Alvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador. Sentencia del 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, pár. 52. Libro Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado. Tomo II, Ed. Ibáñez, Bogotá, 2013. Pág. 1293.

Ahora bien, el Estado, en ejercicio del *jus poniendi*, que es “la potestad radicada en cabeza del Estado en virtud de la que este, revestido de su poderío e imperio, declara punibles determinados comportamientos y les impone penas o medidas de seguridad, o ambas, a título de consecuencia jurídica” (Velásquez, 2007, p.23), tiene la capacidad de restringir el ejercicio del derecho a la libertad pero no de manera arbitraria, sino que lo debe hacer en observancia de los límites que el mismo derecho penal le impone¹².

Así, ya sea con el fin de otorgar consecuencias jurídicas desfavorables al actuar delictivo del ciudadano –pena- o como medida cautelar para garantizar su comparecencia al juicio –medida de aseguramiento-, el Estado tiene competencia para que, con sumisión a la ley y a los principios que rigen el ejercicio del *jus poniendi*, limite parcial o completamente el derecho a la libertad del ciudadano.

Cuando nos referimos a la “privación injusta de la libertad” no estamos presuponiendo que la medida de aseguramiento –que es la restricción de la libertad que nos ocupa- haya sido proferida con violación a leyes o principios penales, ni al artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mucho menos a la Constitución Política y a su bloque de constitucionalidad. Por el contrario, para que se configure el escenario de responsabilidad del Estado es necesario que la medida de aseguramiento haya sido proferida con el lleno de requisitos legales.

¹² Velásquez Velásquez, Fernando. Manual de Derecho Penal, Parte General. Editorial Comlibros y Cia Ltda. Tercera Edición. Medellín 2007. Pág. 23. “El ordenamiento jurídico no solo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, si no que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva.”

Sin embargo, a pesar de su legalidad y como el ciudadano resulta absuelto de responsabilidad penal, esta privación se traduce en un daño, en un menoscabo al derecho fundamental a libertad. Un daño que por demás, es antijurídico, pues supuso una carga que la víctima no estaba en el deber jurídico de soportar, de allí que adquiriera el carácter de “injusto” y de que se configure como el primer elemento indicativo de una posible –y muy probable- declaratoria de responsabilidad.

2. Estudio del escenario de responsabilidad a la luz del Decreto-Ley 2700 de 1991, la Ley 270 de 1996 y la jurisprudencia del Consejo de Estado

De las normas que consagran la Responsabilidad Extracontractual del Estado en términos generales, como son las que se vienen de referir en el capítulo anterior, se desprenden otra serie de normas un tanto más específicas, que positivizan el escenario de la responsabilidad por privación injusta de la libertad. Constituyendo así un sustento legal extra, el cual facilita y sirve de base a la actividad del juez de lo contencioso administrativo.

Es necesario, antes de desarrollar este tema, reiterar que la Responsabilidad del Estado como institución jurídica, tiene sustento supra legal, es decir, de rango constitucional –como se estudió anteriormente-, de lo que se sigue que la declaratoria de responsabilidad que impute un juez al Estado, tiene suficiente sustento jurídico en el artículo 90 de la Carta Magna, y que no es necesario que exista una norma de carácter legal que regule cada escenario de posible responsabilidad, la cual supedite la actividad jurisdiccional.

Sin embargo, de esto no se sigue que el legislador, en su libre configuración legislativa¹³, no tenga la potestad de regular una realidad fáctico – jurídica que es común a la actividad de la administración y que ha dado lugar a la declaratoria de responsabilidad, como lo es, la privación injusta de la libertad de los ciudadanos en el contexto de una investigación penal en su contra.

Es decir, la existencia de una norma de rango legal que desarrolle un escenario de responsabilidad del estado no es presupuesto *sine qua non* que para que haya lugar a su declaratoria, pues, los jueces, en aplicación directa del artículo 90 de la Constitución pueden configurarla, pero esto no obsta para que el legislador, si a bien lo tiene, regule de manera específica uno de tantos escenarios de responsabilidad y así, se facilite y delimite su alcance en sede de la jurisdicción.

2.1 Decreto-Ley 2700 de 1991, artículo 414

En el caso que nos ocupa, se tiene que desde el año 1991 –inmediatamente después de la expedición de la Constitución Política-, en el Decreto Ley 2700 del mismo año –Código de Procedimiento Penal¹⁴- se reguló de manera expresa la responsabilidad que le puede ser imputada al Estado en razón a la privación injusta de la libertad de un ciudadano.

La norma, en su artículo 414, establece:

¹³ Constitución Política. Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

(...)

2. Expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones.

¹⁴ El Presidente de la República reguló la materia en razón a las facultades que le confirió el artículo 5 transitorio, literal a), de la Constitución Política.

“Artículo 414. Indemnización por privación injusta de la libertad.

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

Nótese que esta regulación, si bien es directa y delimitada a la Responsabilidad Extracontractual del Estado, se encuentra regulada de manera solitaria dentro de un estatuto procedimental, en especial, de procedimiento penal, de lo que se sigue que la preocupación por regular la materia, no obedece a un ejercicio de delimitación de escenarios de responsabilidad, sino que, por el contrario, su positivización surgió en tanto, regulando las instituciones propias del derecho penal, dentro de la que se encuentra la privación de la libertad de carácter preventivo y/o definitivo, se advirtió que con su ejercicio era posible que el Estado incurriera en responsabilidad a la luz del artículo 90 de la Carta, de allí que utilizara este cuerpo normativo para pronunciarse al respecto. Y así lo confirmó el Consejo de Estado en sentencia del 1 de octubre de 1992¹⁵.

¹⁵ Sentencia del 01 de octubre de 1992 Exp. 7058, MP: Daniel Suárez Hernández. "A pesar de que el anterior precepto no lo incluyó el ejecutivo en el proyecto inicial del Código de Procedimiento Penal, posteriormente el propio Gobierno lo agregó con miras a desarrollar los artículos 2 y 90 de la Carta Política vigente, el último de los cuales, en forma expresa consagró la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos causados por la acción u omisión de las autoridades públicas. Quedó entonces, instituida legalmente en el nuevo Estatuto de procedimiento Penal la posibilidad de ejercer la acción indemnizatoria frente al Estado, por aquellas personas que por causa de alguna decisión judicial se hubieren visto ilegítimamente privadas de su libertad".

Cabe resaltar que el artículo 414 contiene dos ideas conexas pero diferenciables; en primer lugar consagra una norma general de responsabilidad, en la cual faculta a la persona que haya sido privada injustamente de la libertad, a que demande al estado por indemnización de perjuicios. En segundo lugar, relaciona unos supuestos de hecho específicos que hacen referencia a las razones por las cuales se eximió de responsabilidad penal al ciudadano privado de la libertad, -el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no constituía hecho punible-, y respecto a estos supuestos fijó una norma de responsabilidad específica que tiene como consecuencia jurídica que el ciudadano tendrá derecho a la indemnización de perjuicios.

La diferencia que radica entre estos dos supuestos, es que el primero: “Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios.”, faculta al ciudadano a acudir a la jurisdicción, pero no asegura que el resultado le sea positivo, es decir, que su pretensión indemnizatoria prospere. En cambio, en el segundo supuesto: “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...”, se resalta una posible intención del ejecutivo en pre-establecer el resultado del proceso contencioso de manera positiva al accionante, pues, ateniéndonos a la literalidad de la norma, aseverar que “tendrá derecho a ser indemnizado” supone de antemano que la pretensión indemnizatoria será resuelta por el juez de manera favorable. En palabras del Consejo de Estado, “la responsabilidad de la Administración resulta clara, no sólo a la luz de la filosofía jurídica que informa el artículo 90 de la Constitución Nacional, sino también del artículo 414

del C. de P. Penal. En la legislación colombiana éste es uno de los pocos casos en que el legislador ha resuelto, por ley¹⁶, la situación fáctica, no dejándole al juez ninguna alternativa distinta de valoración jurídica.¹⁷ (Subrayas fuera de texto)

Ahora bien, el artículo objeto de estudio contiene un tercer supuesto: el ciudadano podrá ser indemnizado por la privación de su libertad “siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave”. Este elemento se refiere a una norma general de responsabilidad extracontractual –en su origen civil pero aplicable plenamente en el ámbito del derecho público-, la cual se refiere al eximente de responsabilidad por hecho exclusivo o determinante de la víctima, y supedita este mismo a que su actuar sea catalogado como doloso o gravemente culposo. De este tema nos ocuparemos posteriormente en el desarrollo de este texto.

En lo que se refiere al alcance del artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991, el Consejo de Estado interpretó la norma como la regulación efectiva de dos supuestos diferentes, una norma general y una norma específica cuando concurren ciertas circunstancias de hecho, y la consecuencia que les otorgó a cada una de ellas, -lo cual vuelve valioso y aplicable plenamente el texto normativo-, es que de cada uno de los mismos se desprende un título de imputación jurídica de responsabilidad diferente.

Si bien su interpretación al interior del Consejo de Estado ha sido relativamente pacífica, si ha presentado algunas variaciones en el tiempo –en el corto tiempo que estuvo vigente el

¹⁶ El Consejo de Estado incurre en una imprecisión pues el artículo 414 se encuentra en el Decreto – Ley 2700 de 1991, expedido por el ejecutivo, no por el legislador, a no ser que se refiriera a “Ley” en el sentido amplio, donde se incluyen las normas jurídicas emitidas por entes distintos al Congreso de la República.

¹⁷ Sentencia del 15 de septiembre de 1994, Exp. 9391, MP. Julio Cesar Uribe Acosta

artículo en cuestión, pero suficiente para constituir un punto de partida del entendimiento jurisprudencial-, a saber:

En principio, se entendió que del texto se desprendía que, si el demandante pretendía indemnización de perjuicios por la privación de su libertad, independientemente del hecho que hubiera dado lugar a su libertad, esto es, los enlistados en la norma o cualquier otro posible, debía probar que en la actuación penal y, en específico, en la sentencia o auto que declaró su libertad, se incurrió en un error judicial.¹⁸

En este sentido, además, se categorizó la responsabilidad del artículo 414 como responsabilidad objetiva entendida como el hecho de que el demandante no tiene que probar la culpa grave o el dolo del funcionario, entendimiento que se aleja del concepto de responsabilidad objetiva que se refiere a la responsabilidad derivada del daño. Además, se circunscribió la prosperidad de la condena a la prueba que aportara el demandante en aras de

¹⁸Sentencia del 25 de julio de 1994, Exp. 8.666: “La investigación de un delito, cuando medien indicios serios contra la persona sindicada, es una carga que todas las personas deben soportar por igual. Y la absolución final que puedan éstas obtener no prueba, per se, que hubo algo indebido en la retención. Este extremo, de tan delicado manejo, requería pruebas robustas y serias y no meras inferencias o conjeturas.”

Sentencia del 15 de septiembre de 1994, Exp. 9391, MP. Julio Cesar Uribe Acosta: “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: "Todo procedimiento judicial que prive a la persona de uno de sus derechos fundamentales y que luego sea considerado erróneo" (Sentencia número 12 de 2 de febrero de 1978).
- b) El error judicial puede responder a una errónea apreciación de los hechos, o a un desfasado 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.
- 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.

acreditar el error judicial en la providencia que decretaba su libertad. De esto se pueden sacar dos conclusiones:

i) El Consejo de estado entendió que la privación era injusta si y solo si las actuaciones que se profirieron en su desarrollo se encontraban viciadas y por lo tanto, configuraban un error judicial, el cual se produce como consecuencia de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, de lo contrario, era una carga que el ciudadano tenía el deber jurídico de soportar. Sin embargo, categorizó lo anterior como *objetivo*, en el sentido de que no era necesario probar el dolo o la culpa del juez penal. ii) En un principio, el máximo Tribunal de lo contencioso administrativo, no entendió la privación injusta de la libertad como un escenario de responsabilidad autónomo, si no que circunscribió su perfeccionamiento al escenario de la responsabilidad por error judicial.

Sin embargo, esta noción no logró posesionarse por completo, y rápidamente surgió una **segunda** interpretación en la cual el Consejo de Estado atribuyó alcance al artículo 414 en el sentido de que, la regla general del primer párrafo, donde expresa que “Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios” que se refiere a los eventos que no se circunscriban a los expresados posteriormente en la misma norma, esto es, absolución de responsabilidad penal porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no constituía hecho punible, se corresponderá con un escenario de imputación jurídica subjetiva, es decir, a la falla del servicio, y para que la pretensión indemnizatoria prospere, la parte demandante tendrá la carga de demostrar cuál fue el yerro en la prestación del servicio que dio lugar a la responsabilidad estatal.

Contario sensu, la segunda parte del artículo bajo examen, en el cual se enumeran los supuestos específicos ya transcritos y se les otorga como consecuencia *que* “tendrá derecho a ser indemnizado”, significa la regulación de un régimen objetivo de responsabilidad, de acuerdo al cual el demandante no tendrá que probar ninguna falla en la actividad de la administración, si no que será ésta última la encargada de probar una causal eximente de responsabilidad –fuerza mayor, hecho exclusivo de la víctima, hecho de un tercero-, so pena de obtener sentencia condenatoria en su contra.

Así se expresó en sentencia del 17 de noviembre de 1995, Exp. 10056¹⁹:

“3.- En este orden de ideas, fuera de los casos señalados en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, en los cuales la ley presume que se presenta la privación injusta de la libertad, cuando se pretenda obtener indemnización de perjuicios por esta causa, el demandante debe demostrar que la detención preventiva que se dispuso en su contra fue injusta; y, en tales eventos, habiéndose producido la detención preventiva por una providencia judicial, la fuente de la responsabilidad no será otra que el error jurisdiccional.”

¹⁹ Tesis reiterada en sentencia del 12 de diciembre de 1996, Exp. 10229: “Esta norma instauro legalmente la responsabilidad estatal por daños causados por la administración de justicia, para los casos en que los particulares sean privados injustamente de su libertad. En su segunda parte, ella consagra tres casos en los cuales se dispone que la detención preventiva decretada en un proceso penal, mediante sentencia absolutoria definitiva o su equivalente, debe tenerse como injusta y por ende da lugar a indemnización de quien la sufrió, salvo en los casos en que sea la propia víctima la que la haya causado por su dolo o su culpa grave.”

Es decir, en esta segunda etapa de la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el tema particular, entendió que “esa carga procesal para el actor de demostrar el carácter injusto de la detención para obtener indemnización de perjuicios, consistente en probar la existencia de un error jurisdiccional respecto de la medida de detención, (...) fue reducida tan solo a los casos de detención diferentes a los contemplados en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, porque, con relación a estos últimos, se estimó, que en los tres eventos allí señalados, la ley calificó que se estaba en presencia de una detención injusta, y que por lo tanto, surgía para la Estado la obligación de reparar los perjuicios con ella causados”²⁰

La **tercera** etapa interpretativa del Consejo, no significó un cambio de tesis si no, una complementación a la existente. En este sentido, agregó un supuesto adicional a los ya contenidos en el artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991, los cuales generan la Responsabilidad del Estado de manera objetiva, y este es la absolución por aplicación del principio *in dubio pro reo*²¹.

²⁰ Sentencia del 14 de marzo de 2002 Exp. 12076 MP: Germán Rodríguez Villamizar

²¹ Sentencia 18 de septiembre de 1997 “En lo que hace a la aplicación en el proceso penal que originó el presente asunto del principio *In dubio pro reo* y la posibilidad de responsabilizar al Estado cuando la absolución es consecuencia de dicha aplicación, cree la Sala que, tal como se manifestó anteriormente, no se trató de duda sino más bien de falta de prueba incriminatoria, sin embargo aun (sic) que se trátase (sic) de dicha hipótesis no debe olvidarse que el presupuesto de la aplicación de tal principio, supone una duda para el juzgador penal, lo cual evidencia, precisamente, la deficiencia de la actuación estatal en la labor probatoria, circunstancia que no puede servir de base, ni por asomo, para la exoneración del Estado por la privación injusta de la libertad, pues ha de tenerse presente que, como principio fundamental informador de toda la normativa penal, están los de buena fe y de inocencia, los cuales no pueden desvanecerse y mucho menos inobservarse, por una circunstancia meramente probatoria. La duda, en materia penal, se traduce en absolución y es ésta precisamente a la luz del art. 414 del C.P.P. la base para el derecho a la reparación. Ya tiene mucho el sindicado con que los jueces que lo investigaron lo califiquen de “sospechoso” y además se diga que fue la duda lo que permitió su absolución, como para que esta sea la razón, que justifique la exoneración del derecho que asiste a quien es privado de la libertad de manera injusta. (...)

“Pero lo que si debe quedar claro en el presente asunto es que ni la sospecha ni la duda justifican en un Estado social de Derecho la privación de las personas, pues se reitera, por encima de estos aspectos aparece la filosofía garantística del proceso penal que ha de prevalecer. Aquí, como se ha observado, sobre la base de una duda o de una mal llamada sospecha que encontrarían soporte en un testimonio desacreditado, se mantuvo privado de la libertad por espacio de más de tres años al demandante, para final pero justicieramente otorgársele la libertad previa absolución.”

Es decir, el alto Tribunal empezó a cuestionarse que si bien el supuesto de absolución por *indubio pro reo* no estaba consagrado en la norma como causal de reparación objetiva, no era justo para el demandado tener que probar una falla en el servicio para acceder a la reparación del perjuicio, en tanto la sola aplicación del principio ya trae consigo la evidencia de la falla en el trámite del proceso penal en tanto no se logró desvirtuar la inocencia.

En este sentido, en sentencia ratifica jurisprudencia, el Consejo de Estado aclaró su postura, en los siguientes términos:

“La posición actual de la Sala, plasmada en providencia del 18 de septiembre de 1997 y reiterada recientemente, amplió la responsabilidad objetiva en los casos de privación injusta de la libertad, por cuanto ahora el daño se configura no solo ante la ocurrencia de los 3 supuestos previstos en el artículo 414 del C. de P. P., sino también cuando la absolución del sindicado se produce por la aplicación del principio del “*in dubio pro reo*”, pues en los casos de duda sobre la responsabilidad penal de un sindicado, que conlleven a su absolución, debe entenderse que la privación de la libertad fue injusta, en aplicación de los principios de buena fe y de presunción de inocencia y que, esa situación - que la privación sea injusta - constituye uno de los elementos de la responsabilidad como es el daño, que resulta, por tanto, imputable al Estado.”²²

²² Sentencia del 20 de febrero de 2008. Exp. 15980, CP: Ramiro Saavedra Becerra

En conclusión, el artículo 414 del Decreto – Ley 2700 de 1991, se prestó para que el Consejo de Estado interpretara su alcance, en principio, de una manera restrictiva, estableciendo que el Estado responderá por la privación injusta de la libertad de los ciudadanos únicamente si el demandante logra probar que en el desarrollo del proceso penal –y en especial en la providencia que dio lugar a su libertad- se incurrió en falla del servicio por error judicial. Pero posteriormente asumió una tesis –que sostiene actualmente- según la cual el artículo en cuestión consagra dos tipos de responsabilidad; una regla general de responsabilidad objetiva para los casos en que el ciudadano fue declarado en libertad porque el hecho no existió, él no lo cometió, o la conducta no constituía un hecho punible, supuestos a los que posteriormente se adicionó vía jurisprudencial el *indubio pro reo* como causa de responsabilidad objetiva, y una regla subsidiaria de responsabilidad subjetiva, bajo el título de falla del servicio, cuando la libertad se declaró por supuestos diferentes a los anteriormente enunciados, en los cuales si corresponde al demandante probar la falla por error judicial.²³

2.2 Ley 270 de 1996, “Ley estatutaria de Administración de Justicia”

Ahora bien, en el año 1996, con la expedición de la Ley 270 “Ley Estatutaria de Administración de Justicia”, se derogó el artículo 414 del Decreto – Ley 2700 de 1991. Sin embargo, esto no significa que todo el desarrollo jurisprudencial hubiera sido en vano, pues, como se procede a explicar, la tesis definitiva de Consejo de Estado, aún tiene aplicación.

²³ Otros casos pueden ser por ejemplo: detención por delitos cuya acción se encuentra prescrita; detención por un delito que la legislación lo sustrae de tal medida de aseguramiento; detención en un proceso promovido de oficio, cuando el respectivo delito exige querrela de parte para el ejercicio de la acción penal, etc.

La nueva Ley trajo consigo un capítulo entero dedicado a “la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios y empleados judiciales”, es decir que la nueva regulación de responsabilidad por privación injusta de la libertad, sí se debió al ejercicio del legislador de positivizar la responsabilidad del Estado como institución independiente, a diferencia de lo sucedido en el Decreto Ley 2700 de 1991 “Código de Procedimiento Penal”, como se explicó anteriormente.

De este modo, en su artículo 65 y siguientes, la nueva Ley expresó:

Artículo 65. De la responsabilidad del Estado. 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. (Subrayas fuera de texto)

Artículo 68. Privación injusta de la libertad. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios. (Subrayas fuera de texto)

De la lectura de estos preceptos se desprenden dos conclusiones: i) El legislador saldó el problema de interpretación en el que pudo incurrir el Consejo de Estado al principio de sus interpretaciones, y separó, como escenarios independientes de responsabilidad, el error judicial y la privación injusta de la libertad. ii) En lo que se refiere a la privación injusta de la libertad específicamente, se circunscribió a lo que el artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991 había

consagrado en su primer inciso, esto es, eliminó los supuestos que dieron lugar a la aplicación de la responsabilidad objetiva, para consagrar una norma general de responsabilidad subjetiva donde debía probarse la falla del servicio para poder aspirar a la reparación de perjuicios.

Esta segunda conclusión merece un estudio más detenido, referido en principio a la constitucionalidad del artículo 65 y posteriormente a la diferencia de criterios entre las Cortes que produjo la interpretación del artículo 68.

2.2.1 Artículo 65 Ley 270 de 1996

El texto de este artículo, *prima facie*, fue considerado inconstitucional tanto por el Consejo de Estado como la Procuraduría General de la Nación, en el sentido de que reducía la Responsabilidad del Estado únicamente al régimen de falla del servicio. Así lo expresó el presidente del Consejo de Estado en su momento: “Se hace la afirmación precedente porque el artículo 90 de la Constitución, que institucionaliza la responsabilidad estatal, presenta un cambio fundamental en su régimen, como que desplaza el problema de la responsabilidad por la conducta irregular del funcionario (fórmula anterior predominante en la jurisprudencia), para llevar sólo al daño antijurídico que por acción u omisión de la autoridad pueda producirse; o sea, aquél que la persona no tiene por qué soportar. Cambio que muestra cómo la responsabilidad en Colombia puede surgir no sólo de la conducta irregular o ilegal de la autoridad pública (falla del servicio en la doctrina tradicional), sino de la conducta ajustada al ordenamiento”.²⁴

²⁴ Sentencia C-037 de 1996

Sin embargo, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del mismo, expresando que “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 consecuente 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 inexecuibilidad 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.”²⁵

Es decir, que si bien en la norma estatutaria solo se hace referencia a la responsabilidad del Estado en el ejercicio de la administración de justicia por falla del servicio, esto no obsta para que el juez contencioso, en aplicación directa del artículo 90 de la Constitución, pueda declarar los demás regímenes de responsabilidad –daño especial y/o riesgo excepcional- cuando haya lugar, lo anterior en el entendido de que una norma estatutaria no puede restringir el alcance de un precepto constitucional.

Es en razón a este entendimiento, avalado por la Corte Constitucional, es que el Consejo de Estado decidió aplicar íntegramente la tesis que venía sosteniendo en vigencia del Decreto-Ley 2700 de 1991, en el sentido de que, en los casos de privación injusta de la libertad, existe un régimen general de responsabilidad objetiva cuando la libertad se declaró porque el hecho no

²⁵ Ibidem

existió, el sindicado no lo cometió, el hecho no constituía conducta punible o en aplicación del principio *in dubio pro reo*, y que además era aplicable un régimen subsidiario de falla del servicio, en los demás eventos.

Ahora bien, valga aclarar que la aplicación del régimen objetivo de responsabilidad no constituye bajo ninguna circunstancia la aplicación ultractiva del artículo 414 ya derogado, sino que obedece a una aplicación directa del artículo 90 constitucional que, como ya se explicó, no requiere la existencia una norma de menor jerarquía para poderse aplicar²⁶.

²⁶ Sentencia del 31 de enero 2011, Exp. 18452 MP: Enrique Gil Botero.” “En los eventos de privación injusta de la libertad, se deben tener en cuenta algunos aspectos y parámetros que, en los últimos años, han sido trazados por la jurisprudencia de esta Corporación, criterios que podrían catalogarse en los siguientes términos:

“i) Las hipótesis establecidas en el artículo 414 del C.P.P. de 1991 (decreto ley 2700) mantienen vigencia para resolver, de manera objetiva, la responsabilidad del Estado derivada de privaciones injustas de la libertad, en las cuales se haya arribado a cualquiera de las conclusiones a las que hace referencia la citada disposición, inclusive, con posterioridad a la ley 270 de 1996, en los términos precisados por la jurisprudencia de la Corporación.

“En consecuencia, la Sala no avala una aplicación ultractiva del citado precepto legal (art. 414) que se encuentra derogado, sino de los supuestos que se regulaban de manera específica en el mismo. Es decir, cuando se absuelva al sindicado o al procesado porque el hecho no existió, el investigado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible el régimen de responsabilidad es el objetivo y, por consiguiente, no será determinante a la hora de establecer la responsabilidad de la entidad demandada si actuó o no de manera diligente o cuidadosa.

“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 13.168 (2006) y 15.463 (2007), 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 estos supuestos es lógico que el régimen de responsabilidad sea objetivo como quiera que imponerle al demandante la carga de demostrar una falla del servicio sería someterlo a una especie de *probatio diabolica*, ya que, en estos escenarios el problema es que no se pudo superar la duda razonable que opera como garantía constitucional de la persona, lo que se traduce en la necesidad de reparar el daño que se irrogó con la detención.”

Sentencia del 17 de octubre de 2013, Exp. 23354, CP: Mauricio Fajardo Gómez: “a. En primer lugar, debe la Sala resaltar, respecto del título jurídico de imputación aplicable a los eventos de privación injusta de la libertad, que se trata de un título de imputación o de un régimen de responsabilidad cuyo fundamento debe ubicarse directamente en el artículo 90 de la Constitución Política y no en un precepto legal, hoy derogado, como el contenido en el otrora vigente artículo 414 del Decreto 2700 de 1991; éste constituía un referente normativo cuya existencia bien puede decirse que contribuía a respaldar el análisis que debe realizarse respecto de la responsabilidad del Estado por el hecho de las autoridades jurisdiccionales bajo la égida del artículo 90 constitucional, pero dicho examen ha debido —en vigencia del citado artículo 414— y debe en la actualidad —incluso al amparo de lo normado por los artículos 65 a 74 de la Ley 270 de 1996, según más adelante se indicará—, centrarse en establecer si se ha producido un daño antijurídico, esto es, que la víctima no se encuentre en el deber jurídico de soportar y si el mismo resulta jurídicamente imputable a la acción o a la omisión de una autoridad pública —adscrita a la Rama Judicial, para efectos del tipo de eventos a los cuales se viene haciendo referencia—, únicos presupuestos a los cuales hace referencia el canon constitucional en mención.

2.2.2 Artículo 68 Ley 270 de 1996

La Corte consideró que era completamente ajustado a la Constitución, sin embargo realizó una precisión que delimitó su alcance, a saber:

“...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.”²⁷ (Subrayas fuera de texto)

“b. En línea con lo anterior, para la Sala resulta palmario que la procedencia de la declaración de responsabilidad patrimonial del Estado derivada de la privación injusta de la libertad de las personas con ocasión de la instrucción de un proceso penal, no requiere para su operatividad de la concurrencia necesaria de un error jurisdiccional o de un defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia o de una determinada falla en el cumplimiento de las funciones a cargo del Estado. Y es que la exigencia de yerros, de fallas, de actuaciones dolosas o gravemente culposas como presupuesto *sine qua non* exigible para que pueda configurarse la responsabilidad extracontractual del Estado por privación injusta de la libertad, refleja cierta tendencia —equivocada, por supuesto, en criterio de la Sala— a confundir o entremezclar, 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 *idem*—, de suerte que con evidentes inconsistencia conceptual y transgresión constitucional, se exige para la declaratoria de la responsabilidad del primero, aquello que realmente sólo cabe constatar como requisito insoslayable de cara a la deducción de responsabilidad de los segundos.”

²⁷ Sentencia C-037 de 1996

Esta interpretación que realizó la Corte, no fue de agrado para el Consejo de Estado, pues consideró que estaba introduciendo un nuevo requisito para poder configurarse la responsabilidad, esto es, que la privación de la libertad hubiera sido “abiertamente desproporcionada” y “violatoria de los procedimientos legales”, lo que significa que debe existir una falla en el servicio de la administración, planteamiento que no encuentra asidero ni en la Constitución, ni en el artículo estudiado y que, por demás, es contrario a la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Por lo tanto este último, en su jurisprudencia, se ha apartado de esta interpretación, aplicando como ya se dijo, los títulos de imputación que se ajusten al caso concreto, mediante la premisa de aplicación directa del artículo 90 de la Constitución, el cual puede interpretarse de manera independiente y aislada de la manera en que lo interpreta la Corte Constitucional, por ser el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

En conclusión, la respuesta jurisprudencial que se tiene hoy en día al escenario de responsabilidad por privación injusta de la libertad, es que existe una norma general de responsabilidad objetiva cuando se declara la libertad por alguno de los siguientes supuestos: el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, el hecho no constituye conducta punible o en aplicación del principio de *indubio pro reo*. De lo contrario, si la libertad se decretó por una razón diferente, se estará ante un régimen subjetivo de responsabilidad de falla del servicio, el cual corresponde al demandante probar. Esta interpretación tiene sustento legal en el artículo 414 del Decreto - Ley 2700 de 1991, si el caso concreto se presentó durante su vigencia, o se

respalda en la aplicación directa del artículo 90 constitucional, cuando los hechos objeto de estudio se presentaron en vigencia de la Ley 270 de 1996.

V. LA CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA

1. Como eximente de responsabilidad Civil y del Estado

El hecho exclusivo y determinante de la víctima, o culpa exclusiva de la víctima, es, junto con el hecho de un tercero, la fuerza mayor y el caso fortuito, una de las causales que dan lugar a eximir de responsabilidad al Estado, o al particular al que se le imputa un daño, incluso en los escenarios de responsabilidad objetiva, donde la prueba de la diligencia y cuidado no tiene ningún efecto. Estas causales son comunes a la responsabilidad civil –derecho privado- y a la responsabilidad del Estado –derecho público-, de manera que se puede estudiar con elementos de ambos sistemas, pero distinguiendo al final los alcances de su aplicación.

Para el caso que ocupa este escrito, solo será determinante la causal eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima, pues, es el alcance de su aplicación, en procesos de responsabilidad del estado por privación injusta de la libertad, lo que genera *prima facie*, una inconformidad.

Para comenzar, es preciso aclarar que el hecho exclusivo o culpa exclusiva de la víctima, se refiere a un fenómeno en el mundo de los hechos que genera la ruptura del nexo de causalidad en la imputación civil, o de la imputación fáctica en el escenario de la responsabilidad del Estado.

Como se explicó en capítulos anteriores, la imputación fáctica consiste en atribuir materialmente un daño, a una acción u omisión del Estado. El hecho exclusivo o culpa de la víctima, rompe con esta imputación fáctica pues significa que la acción u omisión determinante en la producción del resultado no fue la de la entidad si no la de la víctima del daño, y tiene esta potencialidad basado en el principio conforme al cual nadie puede alegar en su favor su propia culpa (*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*).

Para que la actuación de la víctima tenga la potencialidad de romper con la imputación en derecho civil, es necesario que cumpla, en principio, con dos requisitos: i) Nexo de causalidad con el resultado, el cual puede ser único o compartido, pero en todo caso determinante y, ii) El hecho que se imputa a la víctima no puede tener relación con el presunto causante, es decir, que este último no lo puede haber provocado o causado. (Martínez y Martínez, 2003)

El Consejo de Estado, aplicó también estos criterios del derecho civil, y expresando que para que la conducta de la víctima releve de responsabilidad al Estado es necesario que exista:

“1) Una relación de causalidad entre el hecho de la víctima y el daño. Si el hecho del afectado es la causa única, exclusiva o determinante del daño, la exoneración es total. Por el contrario, si ese hecho no tuvo incidencia en la producción del daño, debe declararse la responsabilidad estatal.

“2) El hecho de la víctima no debe ser imputable al ofensor, toda vez que si el comportamiento de aquella fue propiciado o impulsado por el ofensor,

de manera tal que no le sea ajeno a éste, no podrá exonerarse de responsabilidad a la administración.”²⁸

En razón a lo anterior, corresponde al Juez, respecto al hecho de la víctima “determinar, en cada caso concreto, si el proceder –activo u omisivo– de aquélla tuvo, o no, injerencia y en qué medida, en la producción del daño. En ese orden de ideas, resulta factible concluir que para que el hecho de la víctima tenga plenos efectos liberadores de la responsabilidad estatal, es necesario que la conducta desplegada por la víctima sea tanto la causa exclusiva, esto es, única del daño, como que constituya la raíz determinante del mismo, es decir que se trate de la causa adecuada”²⁹.

Para comprender lo anterior, se realizarán algunas precisiones conceptuales en el siguiente sentido: i) Diferencia entre el “hecho” y la “culpa” exclusiva de la víctima, ii) culpa exclusiva y concurrencia de culpas y, no se debe perder de vista lo explicado anteriormente en este texto sobre la teoría de la causalidad adecuada y la teoría de la equivalencia de condiciones.

²⁸ Sentencia 2 de mayo de 2002. Exp. 13262. CP: Germán Rodríguez Villamizar. Tesis que se retoma en sentencia del 16 de abril de 2015, CP. Sandra Lisset Ibarra Vélez

²⁹ Sentencia 16 de julio de 2015. Exp. 28419. CP: Hernán Andrade Rincón (E).

Véase también Sentencia 25 de julio de 2002, Exp. 13744, MP: María Elena Giraldo Gómez: “Por tanto puede suceder en un caso determinado, que una sea la causa física o material del daño y otra, distinta, la causa jurídica la cual puede encontrarse presente en hechos anteriores al suceso, pero que fueron determinantes o eficientes en su producción. Lo anterior permite concluir que si bien se probó la falla del servicio también se demostró que el daño provino del comportamiento exclusivo de la propia víctima directa, la cual rompe el nexo de causalidad; con esta ruptura el daño no puede ser imputable al demandado porque aunque la conducta anómala de la Administración fue causa material o física del daño sufrido por los demandantes, la única causa eficiente del mismo fue el actuar exclusivo y reprochable del señor Mauro Restrepo Giraldo, quien con su conducta culposa de desacato a las obligaciones a él conferidas, se expuso total e imprudentemente a sufrir el daño...”

1.1 “Culpa exclusiva de la víctima” y “hecho exclusivo de la víctima”

Tienen una diferencia significativa que tiene plenos efectos prácticos y, aunque suelen ser utilizadas indistintamente por la jurisprudencia y doctrina, es una imprecisión en la que no se debe caer, pues los efectos jurídicos son sustancialmente distintos.

El primero –“culpa”- es la manera en que la teoría subjetivista denomina este fenómeno, pues en el marco de su pensamiento, es la culpa el elemento trascendente que conlleva a la producción del resultado, si no hay culpa, no se rompe el nexo de causalidad, por lo tanto, para que el resultado dañoso sea atribuible al hecho de la víctima, este último debe revestir la cualidad de culposo.

Para los defensores de la teoría subjetivista, se debe caracterizar el hecho o la conducta de la víctima para saber si alcanza el calificativo de culpa; si el hecho de la víctima no es culposo, no exonera al presunto causante. Y los problemas son mayores cuando la víctima puede ejecutar hechos pero no cometer culpa, como en el caso de los menores de 10 años y de los dementes que no son capaces de cometer culpa, como lo dispone el Código Civil. Los partidarios de esa tesis dicen que aunque los hechos cometidos por las víctimas menores de 10 años o por los dementes sean determinantes en el resultado, no hay liberación porque ellos no son capaces de cometer culpa. (Martínez y Martínez, 2003, p.240)

De otro lado, con el “hecho” exclusivo de la víctima, se identifican las teorías objetivas, en las cuales es el hecho el que se debe conectar causalmente con el resultado, independientemente de

que la actuación del sujeto se pueda calificar como culposa o no culposa. Por lo tanto, para que al hecho de la víctima le sea atribuible el resultado, basta que éste lo determine, sin importar el carácter de su conducta.

Así ha entendido el Consejo de Estado este tema en lo que respecta a su ámbito de aplicación:

“En los eventos en los cuales la actuación de la víctima resulta ser la causa única, exclusiva o determinante del daño, carece de relevancia la valoración de su subjetividad. Si la causalidad constituye un aspecto objetivo, material de la responsabilidad, la labor del juez frente a un daño concreto debe limitarse a verificar si dicha conducta fue o no la causa eficiente del daño, sin que para ello importe establecer si al realizarla, su autor omitió el deber objetivo de cuidado que le era exigible, o si su intervención fue involuntaria. Por tal razón, resulta más preciso señalar que la causal de exoneración de responsabilidad del demandado es el hecho de la víctima y no su culpa.”³⁰

Es decir, la regla general de configuración del hecho exclusivo de la víctima en la jurisdicción contencioso administrativa, se identifica con la teoría objetiva en tanto, si para configurar la responsabilidad del Estado –como primer análisis- se dejan de lado teorías culpabilistas, es

³⁰ Sentencia 26 de mayo de 2010, Exp. 19043 CP: Ruth Stella Correa Palacio. Tesis que se retoma en sentencia del 16 de abril de 2015, CP. Sandra Lisset Ibarra Vélez

apenas lógico que para configurarse una eximente de responsabilidad –segundo análisis-, se utilice el mismo criterio. Sin embargo, como toda regla general, esta tiene una excepción cuando se trata del escenario de responsabilidad por privación injusta de la libertad, como se verá más adelante.

1.2 Culpa exclusiva y concurrencia de culpas

En el sinnúmero de casos posibles, donde la víctima incide en el proceso de configuración del daño, se pueden presentar dos supuestos; que el hecho generador sea exclusivamente el de la víctima, o que entre el hecho de la víctima y el hecho de la administración generen, de manera concurrente, el daño.

En el primero de los casos se presenta el ya mencionado rompimiento del nexo de causalidad o de la imputación fáctica y, en este sentido, la administración es relegada de la responsabilidad de indemnizar. Pues “si el hecho de la víctima es el único causante del daño, injusto sería cargar al presunto responsable del resultado dañoso”, “en este caso no surge responsabilidad civil y el indebidamente imputado o demandado se libera de la obligación de indemnizar” (Martínez y Martínez, 2003, p.240)

Sin embargo, cuando se presenta el segundo caso –concurrencia de culpas- no resultaría adecuado en términos de justicia, atribuir el resultado dañoso solamente a uno de los productores del mismo.

Concurrencia significa la “coincidencia, concurso simultáneo de varias circunstancias” (RAE), y la ley no fue ajena a esta situación, por lo tanto la reguló en el artículo 2357 del Código Civil el cual preceptúa:

Artículo 2357. Reducción de la indemnización. La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente.

De esta norma se desprenden dos conclusiones; en primer lugar, asigna una consecuencia jurídica cuando se presenta el supuesto de hecho de la concurrencia de culpas, y es, la reducción de la indemnización. Y en segundo lugar, al expresar que “se expuso a él imprudentemente” significa que para que exista concurrencia de culpas es necesario calificar la conducta de la víctima como imprudente, es decir, culposa.

Sin embargo, el Consejo de Estado se ha apartado de esta segunda conclusión, en los siguientes términos:

“Ahora bien, cuando la intervención de la víctima incide en la causación del daño, pero no excluye la intervención causal del demandado, habrá lugar a la reducción de la indemnización establecida en el artículo 2357 del Código Civil, conforme al cual *“La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente”*”.

“Sin embargo, cabe advertir que esa noción culpabilista que se proyecta en dicha norma no puede ser trasladada al campo de la responsabilidad patrimonial del Estado, habida consideración de que el criterio de imputación que rige esa responsabilidad, en los términos del artículo 90 de la Constitución, se construye a partir de la verificación de la antijuridicidad del daño y del vínculo causal entre ese daño y la actuación u omisión de la Administración.

(...)

“Por lo tanto, cuando se pretenda reducir el valor de la indemnización que deba pagar la entidad con fundamento en la intervención de la víctima en la causación del daño, habrá de tenerse en cuenta la relevancia de esa intervención en el resultado y no la intensidad de la culpa en la que aquella hubiera incurrido.”³¹

Es decir, si bien la jurisdicción contencioso administrativa hace uso de la disposición del Código Civil relativa a la concurrencia de culpas, no la aplica en su literalidad, pues advierte que si bien la consecuencia será la misma que en derecho privado –reducción de la indemnización– no se debe tener en cuenta la culpabilidad como *conditio sine qua non* para que el hecho de la víctima resulte relevante en la cadena causal.

³¹ Sentencia 26 de mayo de 2010, Exp. 19043 MP: Ruth Stella Correa Palacio.

2. Culpa exclusiva de la víctima en el escenario de Responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad

Como todas las instituciones jurídicas, si bien tienen una teoría general que delimita su aplicación y alcance, también es posible y de hecho es común que, cuando se van a utilizar en escenarios específicos, sufran algunas transformaciones, con el fin de encajar de manera armónica y jurídicamente válida, en el contexto en que se pretenden proyectar sus efectos.

Así, en el escenario de Responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, si bien se respetan los postulados básicos de la culpa de la víctima como eximente de responsabilidad, también es cierto que tanto legal como jurisprudencialmente, se ha definido su alcance, en aras de no perjudicar derechos de las víctimas que pueden entrar en colisión. Por lo anterior, esta figura merece un análisis más detallado cuando se circunscribe a este contexto.

2.1 Sustento legal

La ley 270 de 1996 “Estatutaria de Administración de Justicia”, consagra en el capítulo VI, respecto a la responsabilidad del Estado en el ejercicio de la administración de justicia, que:

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

Este artículo trae consigo una condición que dista de la manera en que el Consejo de Estado interpreta en términos generales la eximente de responsabilidad, pues, como se concluyó anteriormente, para esta Corporación, en lo que atañe a la jurisdicción contencioso administrativa, era más preciso referirse al “hecho” exclusivo de la víctima, en tanto no era relevante el talante culposo que lo revistiera. Sin embargo, es evidente que la Ley trajo consigo una calificación subjetivista de esta institución, por lo cual, para que el actuar de la víctima sea causa eficiente del daño por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, especialmente en el escenario de privación injusta de la libertad, debe existir culpa grave o dolo en su actuar.

2.2 Alcance jurisprudencial

La Corte Constitucional declaró exequible el artículo transcrito, justificando el carácter subjetivo del mismo, en el sentido de que “Este artículo contiene una sanción por el desconocimiento del deber constitucional de todo ciudadano de colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia (Art. 95-7 C.P.), pues no sólo se trata de guardar el debido respeto hacia los funcionarios judiciales, sino que también se reclama de los particulares un mínimo de interés y de compromiso en la atención oportuna y diligente de los asuntos que someten a consideración de la rama judicial. Gran parte de la responsabilidad de las fallas y el retardo en el funcionamiento de la administración de justicia, recae en los ciudadanos que colman los despachos judiciales con demandas, memoriales y peticiones que, o bien carecen

de valor o importancia jurídica alguno, o bien permanecen inactivos ante la pasividad de los propios interesados.”³²

El artículo de la Constitución Política al cual hace referencia la Corte Constitucional, el cual sirve de base para su posición, es del siguiente tenor:

“Artículo 95. La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades.

(...)

“7. Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia”

Nótese que las razones que esgrime la Corte para declarar ajustado a la Constitución el artículo en cuestión, obedecen al deber que tienen todos los ciudadanos a colaborar con la administración de justicia. En este sentido, se entiende que este deber se circunscribe a la colaboración que debe brindar el ciudadano en el contexto de un proceso judicial, es decir, cuando la administración de justicia ya fue puesta en marcha. De lo que se sigue que si la persona entorpece, defrauda o engaña al aparato judicial durante el proceso penal, el Estado no responderá patrimonialmente por la privación de su libertad, pues esta persona no cumplió con sus deberes constitucionales. Sin embargo, la interpretación de la Corte, no se retrotrae a los deberes que tiene el ciudadano antes de que exista proceso judicial en su contra, lo cual sí ha hecho el Consejo de Estado.

³² Sentencia C-037-1996

En lo que respecta a esta institución, se tiene que el Consejo de Estado le ha otorgado una interpretación propia, que si bien no contradice la posición de la Corte Constitucional, tampoco se agota en ella, sino que, como máximo tribunal de lo contencioso administrativo, le ha brindado una delimitación y alcance propios de la materia.

Para comenzar, ha entendido que los deberes que tiene el ciudadano no se circunscriben a los propios que son necesarios en el curso del proceso judicial, es decir, que no se limitan a la interpretación que del artículo hizo la Corte Constitucional si no que la amplía a los deberes que tiene todo administrado, en términos generales. Así ha expresado:

«Cabe recordar que la culpa exclusiva de la víctima, entendida como la violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado, exonera de responsabilidad al Estado en la producción del daño»³³

Es decir, que no limita la culpa de la víctima en la infracción del deber que tiene durante el proceso penal, si no que la amplía a la infracción del deber que tiene todo administrado en términos generales. Este concepto, al ser mucho más amplio y no encontrarse claramente delimitado, produce inseguridad jurídica, en tanto la culpa exclusiva de la víctima puede generarse con la infracción de cualquier deber que el juez posteriormente determine como “propio de los administrados” pero que en su momento, no fue posible de prever para quien lo infringió.

³³ Sentencia 25 de julio de 2002, Exp. 13744, MP: María Elena Giraldo Gómez.

2.3 Del carácter subjetivo de la norma

Ahora bien, el carácter subjetivo que introduce la norma, se convierte en un aspecto problemático, en tanto no hace referencia al concepto de dolo y culpa que acoge, de lo que se sigue en principio que sean aplicables tanto los propios del derecho penal, como los del derecho civil. Para decantar el tema, es preciso realizar una aproximación a estos dos conceptos:

2.3.1 El dolo y la culpa en el derecho penal

“Actúa dolosamente quien sabe lo que hace” (Balestra, 1957, p.101), es la forma más general pero más clara de comenzar a explicar el sentido de la actuación dolosa. Como es apenas lógico, la delimitación de este concepto ha sufrido diversas modificaciones, que se han desarrollado en diferentes teorías. La teoría de la voluntad y la teoría de la representación han sido las más influyentes a lo largo de la historia.

Ambas parten de un punto común; el sujeto conoce la naturaleza delictuosa de la acción, conoce que es contraria a la ley. Ahora bien, lo que las diferencia es que ambas agregan un requisito extra para que el dolo se configure, y este requisito es distinto en cada una de las concepciones.

Teoría de la voluntad: Para que exista dolo es necesario que el sujeto haya conocido y, además, querido el resultado típico, no basta con querer la acción, debe querer también el resultado. Se suscitan dos problemas con esta teoría; en principio la dificultad de su

comprobación, en tanto es un análisis interno de la voluntad del sujeto, inaccesible para un tercero como el juez, además, reduce sustancialmente las situaciones que se pueden enmarcar dentro del dolo (Balestra, 1957).

Frente a esta última crítica, los teóricos de la voluntad, optaron por ampliar el concepto de “querer”, concluyendo que “también *quiere* el sujeto que, además de representarse como posible la realización del tipo, mantiene una <especial relación emocional> con el resultado” (Ragués y Valles, 1999, p.61)

Sin embargo, a pesar de los esfuerzos, subsistió el desacuerdo en un sector de la doctrina con los postulados de esta tesis, por lo que se desarrolló como contrapropuesta, la teoría de la representación.

Teoría de la representación: Remplaza el “querer” por la representación del resultado, es decir, por su previsión. El sujeto es consciente de que se puede producir un resultado y actúa pese a contar con este. (Ragués y Valles, 1999)

Esta nueva teoría supone que la búsqueda de la comprobación del dolo no será en la órbita interna del sujeto, si no en sus circunstancias externas, lo cual facilitaría y dotaría de mayor certeza la labor del juez.

Circunscribiéndose a la regla general que plantea esta teoría se han desarrollado otras más, como es por ejemplo la teoría de la probabilidad, donde no basta con que el sujeto se represente

como posible el resultado, sino que lo debe considerar como probable, de lo contrario no existirá dolo. Sin embargo, a pesar de las variantes que pueda tener, subsiste a idea inicial: el sujeto conoce y se representa la ocurrencia del resultado que tendría su actuar y, aun así, actúa.

En conclusión, y armonizando las dos teorías referenciadas, Fontán Balestra (1957) define el dolo de la siguiente manera:

“...obra con dolo quien en el momento de la acción se representa un resultado criminoso como cierto, probable o posible, que quiere o acepta, pues su producción no le detiene en su obrar.” (P. 114)

Es decir, que el dolo cuenta con dos elementos; un aspecto cognocitivo, que contiene el hecho de que el sujeto se represente un resultado de su actuar como posible o probable, y un elemento volitivo, que consiste en querer o aceptar el resultado (Balestra, 1957).

Ahora, en lo que respecta a la culpa, se tienen que la primera definición a la que se arribó, planteaba que la culpa es “la falta de previsión de un resultado típicamente antijurídico, que pudo y debió haberse previsto al obrar” (Balestra, 1957, p.120), y, que “una conducta que de alguna manera se oponga a preceptos particulares ya codificados o a normas impuestas por la común prudencia y pericia” (Altavilla, 1999, p.1), que genera un resultado típico, será una conducta culposa.

Lo que caracteriza esta primera definición de la culpa, es, en principio, que el actor no previó, es decir, no se representó el resultado típico que podría derivarse de su actuar, y en segundo lugar, que ese actuar es siempre imprudente o poco diligente. Sin embargo, esta definición general de la culpa tiene una vertiente que *prima facie* pareciera contradictoria, pues desconoce el primer elemento, pero que a pesar de esto logra adaptarse al componente principal del concepto: la falta de diligencia y cuidado.

Se trata de la culpa con representación, pues este escenario consiste en la “representación de un resultado típicamente antijurídico, que se confía en evitar, actuando en consecuencia” (Balestra, 1957, p.120), es decir, que si bien existe representación del resultado típico –lo cual la diferencia con la noción de culpa en general-, el actor confía en que el resultado no se producirá pues lo puede evitar, sin embargo el resultado se produce, debido a su actuar negligente o imprudente –característica común al concepto de culpa simple-.

Es decir, lo que realmente caracteriza el concepto de culpa es el actuar falto de diligencia del sujeto, pues desconoce códigos de conducta preestablecidos por la profesión, el oficio, los deberes sociales, etc. Y en consecuencia, al infringir este deber de cuidado, genera un resultado típico, que previó pero confió en evitar, o que nunca se representó.

2.3.2 El dolo y la culpa en el derecho civil

La culpa civil, si bien es un concepto trascendental para la responsabilidad contractual y extracontractual, y si bien para un sector de la doctrina es un requisito necesario para que exista

nexo de causalidad entre el hecho y el daño, no ha sido definida por el ordenamiento jurídico, ni ha sido precisada su interpretación por la Corte Suprema de Justicia. (Martínez y Martínez, 2003)

El artículo 63 del Código Civil³⁴, en el que se ha basado su aplicación y desarrollo, no se encarga de definir el concepto si no de graduarlo, es decir, de establecer diferentes tipos de culpa, de los cuales se desprenderán consecuencias jurídicas diferentes. Así, lo que se puede concluir de la lectura de este artículo, es que la culpa –cualquiera sea su nivel- implica el desconocimiento de un deber de cuidado, el cual la ley en algunos casos exige que sea el máximo posible y en otros casos acepta que se trate de un cuidado mínimo. El punto central es que existirá culpa cuando se desconozca este deber de cuidado.

Ahora bien, la tasación de la culpa que realiza el artículo, no es aplicable a la responsabilidad civil extracontractual, pues su graduación solo tiene consecuencias jurídicas dentro de la ejecución de un contrato, en tanto es el contenido de cada obligación pactada, lo que determina el nivel de cuidado exigible. Por lo tanto, en lo que respecta a la responsabilidad extracontractual, es necesario acoger un concepto de culpa global y en esto se asemeja a la culpa penal.

³⁴ Artículo 63. Culpa y dolo. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

En consecuencia, se puede concluir que la culpa “es un error de conducta que no lo habría cometido una persona cuidadosa situada en las mismas condiciones externas que el autor del daño” (Martínez y Martínez, 2003, p.221). Es decir, que la culpa de un sujeto se analiza tomando como referencia las condiciones de tiempo, modo y lugar en las que cometió la acción –no las circunstancias internas, personales-, y situando hipotéticamente a un sujeto cuidadoso en estas circunstancias, de lo que se sigue que, si el sujeto cuidadoso hubiera actuado diferente, existe culpa del actor, si hubiera actuado igual, no.

Paradójicamente, el artículo citado si define el dolo, como la intención de inferir injuria a la persona o propiedad de otro, y nótese que con esta definición se realza el carácter volitivo de la acción, es decir, que si nos encontráramos en el escenario del derecho penal, este artículo acogería la teoría de la voluntad, pues exige la intención del actor de producir el daño, es decir, el querer.

2.3.3 El dolo y la culpa aplicable en materia contencioso-administrativa

Como se dijo anteriormente, el artículo 70 de la Ley 270 de 1996, si bien introdujo el concepto de dolo y culpa, no especificó si pretendía que fuera aplicable el concepto penal o el concepto civil. Por lo tanto, el Consejo de Estado tomó posición al respecto y de manera pacífica, acogió la definición de culpa grave y dolo del derecho civil, alejándose tajantemente de la interpretación que de los mismos hace el derecho penal.

En este sentido, expresó:

“Para responder el anterior asunto cabe recordar que la Sala³⁵ ha determinado que 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 derecho civil, artículo 63 del Código Civil, que no se corresponden con los del derecho penal.”³⁶

Nótese que el Consejo de Estado, retoma con vehemencia la graduación de culpas, posiblemente porque el artículo 70 se refiere a la “culpa grave”, lo cual da pie también a interpretar que se refiere a la culpa civil. Sin embargo, tanto la jurisdicción como el legislador, olvidaron que en lo que atañe a la responsabilidad civil extracontractual, no le son aplicables estos niveles de culpa, como se ha puesto en evidencia por los doctrinantes del derecho civil.³⁷

³⁵ Sentencia de 18 de febrero de 2010, Exp. 17933, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

³⁶ Sentencia 30 de abril de 2014 Exp. 27414 CP: Danilo Rojas Betancourth: ““Sobre la noción de culpa y dolo, en esa oportunidad también consideró, en criterio que aquí se reitera que, *culpa se ha dicho que es la reprochable conducta de un agente que generó un daño antijurídico (injusto) no querido por él pero producido por la omisión voluntaria del deber objetivo de cuidado que le era exigible de acuerdo a sus condiciones personales y las circunstancias en que actuó; o sea, la conducta es culposa cuando el resultado dañino es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo. También por culpa se ha entendido el error de conducta en que no habría incurrido una persona en las mismas circunstancias en que obró aquella cuyo comportamiento es analizado y en consideración al deber de diligencia y cuidado que le era exigible. Tradicionalmente se ha calificado como culpa la actuación no intencional de un sujeto en forma negligente, imprudente o imperita, a la de quien de manera descuidada y sin la cautela requerida deja de cumplir u omite el deber funcional o conducta que le es exigible; y por su gravedad o intensidad, siguiendo la tradición romanista, se ha distinguido entre la culpa grave o lata, la culpa leve y la culpa levísima, clasificación tripartita con consecuencias en el ámbito de la responsabilidad contractual o extracontractual, conforme a lo que expresamente a este respecto señale el ordenamiento jurídico. De la norma que antecede [artículo 63 del Código Civil] se entiende que la culpa leve consiste en la omisión de la diligencia del hombre normal (*diligens paterfamilias*) o sea la omisión de la diligencia ordinaria en los asuntos propios; la levísima u omisión de diligencia que el hombre juicioso, experto y previsivo emplea en sus asuntos relevantes y de importancia; y la culpa lata u omisión de la diligencia mínima exigible aún al hombre descuidado y que consiste en no poner el cuidado en los negocios ajenos que este tipo de personas ponen en los suyos, y que en el régimen civil se asimila al dolo.”*”

³⁷ Martínez Rave, Gilberto; Martínez Tamayo, Catalina. Responsabilidad Civil Extracontractual Editorial Temis, Bogotá D.C, año 2003. Pág. 220.

Por demás, no se encuentra impedimento alguno para que la jurisdicción contenciosa, así acoja la imputación objetiva penal para realizar su juicio de imputación de responsabilidad, tome también elementos del derecho civil en lo que se refiere al análisis subjetivo posterior del dolo y la culpa. Lo que se evidencia esta tendencia, es que el sistema de responsabilidad extracontractual contencioso administrativo es un sistema mixto, pues toma elementos de dos ramas del derecho históricamente más consolidadas –la penal y la civil-, para crear, por vía de jurisprudencia, una institución híbrida, aplicable a los asuntos de su competencia.

En conclusión, para establecer la existencia de hecho exclusivo de la víctima en el escenario de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, es necesario analizar, en principio, que ese hecho sea la causa del resultado dañoso, ya sea de manera única o concurrente, pero en todo caso que sea determinante para su producción, en términos de la teoría de la causalidad adecuada, y en segundo lugar, que ese hecho sea culposo o doloso –culpa exclusiva de la víctima-, atendiendo a la noción de culpa grave del Código Civil, la cual se asimila al dolo. Y posteriormente analizar que este hecho culposo de la víctima no haya sido provocado por la misma actividad de la administración.

Una vez determinada la ocurrencia de estas circunstancias, puede romperse la imputación fáctica de Responsabilidad del Estado, quedando relegado de su obligación de indemnizar o, puede compartirse esa imputación entre el hecho de la administración y el hecho culposo de la víctima, reduciéndose proporcionalmente la indemnización, a la injerencia de cada uno en el resultado.

VI. COMPILACIÓN DE CASOS CONCRETOS

Si bien la eximente de responsabilidad por culpa exclusiva de la víctima no es muy común en el escenario de la privación injusta de la libertad, si es una institución totalmente válida y aplicable, por lo tanto, se retomaron algunos de estos fallos los cuales servirán como base para sustentar el siguiente capítulo, que corresponde al análisis al que se llegó luego de su estudio.

Referencia	Antecedentes	Decisión en Sede Contenciosa	Argumento Principal
<p>Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 2 de mayo de 2007, Exp. 15463</p> <p>CP: Mauricio Fajardo Gómez.</p> <p>Actor: Adiola Molina Torres y otros</p> <p>Demandado: Nación - Rama Judicial y Otros</p>	<p>Investigada penalmente por el delito de peculado por apropiación.</p> <p>Privada de la libertad desde el 4 de octubre de 1995 hasta el 15 de octubre de 1996.</p> <p>Preclusión de la investigación porque el hecho no constituía hecho punible.</p>	<p>Absolutoria.</p> <p>Por culpa exclusiva de la víctima</p>	<p>La demandante se desempeñaba como almacenista de la Dirección Seccional Administrativa y Financiera de la Fiscalía General de la Nación en Valledupar, y se logró probar en el proceso que en el cumplimiento de sus funciones era descuidada, negligente y desordenada. Por lo tanto, concluye el Consejo de Estado, “dio lugar a que cuando se practicó la experticia correspondiente dentro de la investigación penal, apareciera comprometida por los faltantes encontrados en el almacén, lo cual la implicaba seriamente en la comisión del presunto delito que se le imputaba y que dio lugar a que se profiriera medida de aseguramiento en su contra.” Y en consecuencia, “la misma deba asumir la privación de la libertad de la que fue objeto, como una carga que le corresponde por el hecho de vivir en comunidad, a fin de garantizar la efectividad de la función de Administración de pronta y cumplida Justicia.”</p>
<p>Sentencia</p>	<p>Investigado</p>	<p>Absolutoria.</p>	<p>“Para la Sala no ofrece duda alguna el</p>

<p>Consejo de Estado, Sección Tercera, 11 de abril de 2012, Exp. 23513,</p> <p>CP: Mauricio Fajardo Gómez.</p> <p>Actor: José Antonio Reina Puerto Demandado: Fiscalía General de la Nación</p>	<p>penalmente por los delitos de rebelión y porte ilegal de arma de fuego.</p> <p>Privado de la libertad desde el 6 de junio de 1996 hasta el 24 de enero de 1997.</p> <p>Preclusión de la investigación del delito de rebelión por que el sindicado no lo cometió y del delito de porte de arma de fuego por cosa juzgada.</p>	<p>Por culpa exclusiva de la víctima</p>	<p>hecho de que el señor Reina Puerto no obró en la forma debida o, mejor, en la que le era jurídicamente exigible, esto es acreditar tanto la propiedad como el correspondiente permiso de porte y/o tenencia respecto del arma de fuego, tipo revólver, marca Llama, modelo Martial, calibre 38, que le fue incautada el día de su detención –la cual posteriormente fue puesta a disposición del Ejército Nacional–. Por el contrario, actuando con negligencia e imprudencia máximas, el hoy demandante –bueno es insistir en ello–, portaba la referida arma de fuego sin los permisos correspondientes, lo cual dio lugar a que apareciera comprometida su responsabilidad por el delito por el cual se lo investigó.” “Así las cosas, forzoso resulta concluir que el proceder negligente, imprudente y gravemente culposo de la víctima, en el presente caso, determina que la misma deba asumir la privación de la libertad de la que fue objeto.”</p>
<p>Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 9 de octubre de 2013. Exp. 33564,</p> <p>CP: Hernán Andrade Rincón.</p> <p>Actor: Luis Fernando Morales Casallas Demandado: Nación - Rama Judicial - Fiscalía General de la Nación</p>	<p>Investigado penalmente y condenado en primera instancia por el delito de celebración indebida de contratos.</p> <p>Privado de la libertad desde el 31 de octubre de 1997 hasta el 26 de agosto de 1999.</p> <p>Absuelto en segunda instancia porque la conducta no constituía</p>	<p>Absolutoria.</p> <p>Por culpa exclusiva de la víctima</p>	<p>En el proceso se encuentra probado que el demandante era contratista del Estado, y en la ejecución del contrato se apartó de los postulados de lealtad y buena fe, pues incumplió con la obligación de dar oportuna publicación del contrato y del otorgamiento de las pólizas de cumplimiento y responsabilidad civil extracontractual. Debido a esto el Consejo de Estado concluyó que “Si bien dichas irregularidades finalmente no alcanzaron a tener connotación frente a la responsabilidad penal del sindicado, resulta claro que dieron lugar a que apareciera comprometida su responsabilidad por el presunto delito por el cual se le procesó, hasta cuando la propia autoridad pública</p>

	hecho punible.		investigadora se ocupó de dilucidar que en efecto se trataba de infracciones cuyo juzgamiento le correspondía a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.” “Así las cosas, forzoso resulta concluir que el proceder negligente, imprudente y gravemente culposo de la víctima, en el presente caso, determina que la misma deba asumir la privación de la libertad de la que fue objeto.”
<p>Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de enero de 2013 Exp. 23514,</p> <p>CP: Olga Mérida Valle de De La Hoz</p> <p>Actor: Gerardo Enrique Rojas Neira y otros Demandado: Fiscalía General de la Nación</p>	<p>Investigado penalmente por infringir la Ley 30 de 1986³⁸.</p> <p>Privado de la libertad desde el 18 de abril de 1995 hasta diciembre 7 de 1995.</p> <p>Preclusión de la investigación porque el hecho no existió y el indiciado no lo cometió.</p>	<p>Absolutoria.</p> <p>Por culpa exclusiva de la víctima</p>	<p>Dentro del proceso se demostró que el demandante era de profesión piloto comercial, que se había graduado como Oficial de la Escuela Militar de Aviación en diciembre de 1979, y fue oficial de la fuerza aérea durante tres años 1980, 1981 y 1982, que había realizado curso como piloto en aviones bimotores en la escuela AeroCentro de Bogotá en el año de 1987 y que en 1995 había terminado el curso como piloto instructor en la escuela Aeroandes.</p> <p>Por lo anterior el Consejo de Estado concluyó que al demandante le era exigible “el deber de verificar que quien lo contratara en su profesión de piloto de aviación comercial, fuese el “explotador” de la aeronave a pilotear o la persona que según las normas encargadas de su regulación pudiese realizar tal labor, como también debía transportar sólo elementos permitidos según las normas aeronáuticas.” Por lo tanto, “Dada la formación profesional y la experiencia específica del señor Gerardo Enrique Rojas Neira, permite inferir que era conocedor de la irregularidad de la propia conducta, que aunada a los hallazgos realizados al interior de la aeronave dio lugar o fue la causa determinante de la imposición</p>

³⁸ Estatuto Nacional de Estupefacientes

			de la medida de aseguramiento que restringió su libertad, al ser indicativos de encontrarse ante una presunta conducta punible, de tal suerte que el daño a él irrogado con la privación de su libertad, y puesto de manifiesto en la ulterior resolución de preclusión de la investigación, no le es imputable jurídicamente al Estado (...)"
<p>Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 9 de julio de 2014 Exp. 38438</p> <p>CP: Hernán Andrade Rincón.</p> <p>Actor: Marisol Suarez Vargas Demandado: Nación - Fiscalía General de la Nación y otro</p>	<p>Investigada por el delito de secuestro extorsivo</p> <p>Privada de la libertad desde el 27 de septiembre de 2000 hasta el 28 de agosto de 2001.</p> <p>Preclusión de la investigación porque el sindicado no cometió el hecho punible.</p>	<p>Absolutoria.</p> <p>Por culpa exclusiva de la víctima</p>	<p>El Consejo de estado concluyó, con base en el expediente penal, que el actuar de la demandante en el momento de los hechos “no se atemperó a los cánones que le eran jurídicamente exigibles en su calidad de servidora pública, en el grado de oficial de la Policía Nacional.” Por el contrario, “la hoy demandante, por encontrarse presente y al mando de la patrulla, con su conducta pasiva ante la ocurrencia de las trasgresiones que motivaron la denuncia formulada por el señor José Lubin Pardo Villalba,” – denuncia por el delito de extorsión-, “conllevó su vinculación a la investigación” ““Así las cosas, forzoso resulta concluir que el proceder omisivo de la víctima, en el presente caso, determina que la misma deba asumir la privación de la libertad de la que fue objeto.”</p>
<p>Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 3 de marzo de 2014. Exp. 28429,</p> <p>CP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.</p> <p>Actor: Lucio</p>	<p>Investigado penalmente por el delito de hurto calificado y agravado.</p> <p>Privado de la libertad desde el 21 de julio de 1998 hasta el 31 de agosto de 1998.</p> <p>Preclusión de la</p>	<p>Absolutoria.</p> <p>Por culpa exclusiva de la víctima</p>	<p>“Al respecto, en el comportamiento que el demandante BOLAÑOS GRIJALBA asumió frente a los miembros de la Policía que lo capturaron, se evidencia una actitud que denota una total imprudencia por parte de esta persona. En efecto, probado como se tiene que el citado señor manifestó a los agentes de Policía que tanto el camión como la carga eran suyos, y sólo se retractó de tal afirmación cuando los policías le pusieron en conocimiento que lo</p>

<p>Eduardo Bolaños Grijalba y otros Demandado: Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación</p>	<p>investigación en tanto el sindicado no cometió el hecho punible.</p>		<p>detendrían porque el vehículo había sido reportado como robado; es evidente que esta manifestación creó la sospecha de que él podría estar involucrado en el hurto del vehículo; y fue esta la situación determinante para que, en primer lugar se le pusiera a disposición de la Fiscalía General de la Nación, y en segundo lugar, para que ulteriormente esta entidad librara medida de aseguramiento en su contra. “Así las cosas, es manifiesto que el actuar de BOLAÑOS GRIJALBA frente a los policiales, dio lugar de manera exclusiva a la medida de aseguramiento que se profirió en su contra. De esta forma se configuró la culpa exclusiva de la víctima como causal de exoneración de la Fiscalía General de la Nación.”</p>
<p>Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de abril de 2014, Exp. 27414,</p> <p>CP: Danilo Rojas Betancourth</p> <p>Actor: Pedro Armando Ortegón Cufiño Demandado: Nación-Rama Judicial y otro</p>	<p>Investigado y condenado en primera instancia por el delito de homicidio agravado.</p> <p>Privado de la libertad desde el 4 de septiembre de 1997 hasta el 27 de julio de 2000,</p> <p>Absuelto en segunda instancia por <i>in dubio pro reo</i>.</p>	<p>Absolutoria.</p> <p>Por culpa exclusiva de la víctima</p>	<p>“Con los elementos de prueba obrantes se consiguió retratar un turbio proceder social y familiar del actor, en el que las pruebas testimoniales que lo ubicaban espacialmente en el lugar de los hechos (indicio de conexidad espacial, de presencia o de oportunidad física), moralmente, como capaz de ellos (indicio de capacidad moral), los improprios expresados previamente por el actor contra su madre en reiteradas oportunidades (indicio de amenaza), configuraron un entorno de indicios que, una vez valorados bajo criterios racionales y lógicos, llevaron al fallador a tomar una decisión, dentro de los postulados de la sana crítica, en contra del aquí accionante.</p> <p>“En conclusión, dadas las circunstancias anteriormente expuestas, el daño en el caso concreto obedeció a la inducción al error que el mismo investigado Pedro Armando Ortegón propició en el aparato de</p>

			justicia (...) situaciones que dan lugar a la configuración de la causal respectiva de exoneración de responsabilidad del Estado, por culpa grave de la víctima.”
--	--	--	---

VII. CRÍTICAS A LA APLICACIÓN DE LA EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD

Una vez analizadas las sentencias del Consejo de Estado en las cuales se ha absuelto al Estado por aplicación de la culpa exclusiva de la víctima, y relacionándolas con el estudio teórico que se viene de realizar, se hacen presentes dos inconsistencias en la manera como este alto Tribunal ha aplicado este eximente. El primero de estos es de carácter sustancial y, el segundo, obedece a una confusión en los momentos de análisis de la cadena causal.

1. Crítica al análisis de la culpa en cada caso concreto

Como se concluyó anteriormente, los jueces contencioso-administrativos hacen uso de los postulados de culpa y dolo del derecho civil para dotar de contenido subjetivo el artículo 70 de la Ley 270 de 1996, donde se regula la culpa exclusiva de la víctima en el escenario de privación injusta de la libertad. Sin embargo, en el traspaso de las normas civiles al escenario de la Responsabilidad del Estado, se ha ampliado su alcance, generando un problema de inseguridad jurídica.

Para comenzar es preciso aclarar que de la aplicación de la culpa civil, se colige que el ciudadano tiene el deber de actuar de determinada manera para no incurrir en ella, es decir, existe un parámetro de conducta ante el cual se compara una actuación específica de un ciudadano para definir si esta fue culposa o no. Para el derecho civil, este parámetro de conducta, en lo que respecta a la culpa grave, es el que “aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios”³⁹, en consecuencia, este debería ser, en principio, el parámetro a utilizar por el juez contencioso, pues, como ya se explicó, este último se acoge a la doctrina civil en lo que al tema respecta.

Sin embargo, además de este rasero, pues también hace uso de él⁴⁰, el Consejo de Estado ha introducido tímidamente algunos adicionales; en primer lugar, las obligaciones a las cuales está sujeto el ciudadano en su calidad de administrado⁴¹, pero no se dedicó a definir cuáles son estas obligaciones, en consecuencia, cabrán dentro de este grupo todas las que el juez contencioso, a la hora de analizar los hechos, considere como tales. Y en segundo lugar, ha sentenciado actuaciones de los particulares en sus relaciones interpersonales como causantes de culpa.⁴²

Respecto al primer parámetro de conducta traído por el juez contencioso, es preciso realizar un esfuerzo por dotar de contenido “las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado”. Como no se hace referencia al sustento normativo de este postulado en el texto

³⁹ Código Civil, artículo 63

⁴⁰ Véase Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de enero de 2013 Exp. 23514, CP: Olga Mérida Valle de De La Hoz

⁴¹ Véase Sentencia 25 de julio de 2002, Exp. 13744, MP: María Elena Giraldo Gómez.

⁴² Véase Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de abril de 2014, Exp. 27414, CP: Danilo Rojas Betancourth

de las sentencias, es apenas lógico buscarlo en la norma de normas, la Constitución Política, donde existe un artículo que trata de derechos y deberes del ciudadano y, teniendo en cuenta que todos los ciudadanos sin excepción, estamos sometidos al imperio de la administración, podría tenerse como sinónimos los deberes del ciudadano, de los deberes del administrado.

El artículo 95 de la Constitución política realiza una lista de los deberes de los colombianos, en los que se encuentran algunos como respetar los derechos ajenos, actuar con solidaridad social, defender los derechos humanos, contribuir con los gastos del Estado, entre otros, y uno que toma vital importancia es colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia. Este último es el postulado de conducta que utilizó la Corte Constitucional para justificar el carácter subjetivo de la norma, y el Consejo de Estado también lo utiliza como tal, no de manera específica pero sí circunscribiéndolo dentro de las obligaciones de los administrados.

En lo que respecta a la colaboración con la administración de justicia, el Consejo de Estado ha sido claro en delimitar su alcance⁴³, pues este no es un deber absoluto, ya que el procesado cuenta con estrategias de litigio válidas para defender su presunción de inocencia, así como con el derecho constitucional a no inculparse. Por lo tanto, no cualquier falta de colaboración con la justicia puede entenderse como la infracción de un deber, pues correlativo a este existe el derecho de defensa. Por lo tanto, mal haría el juez contencioso en dotar de consecuencias gravosas para el ciudadano el desarrollo de un derecho protegido constitucionalmente y por la legislación penal, y se ha cuidado de no incurrir en esta imprecisión.

⁴³ Véase sentencia del 30 de abril de 2014 Exp. 27414 CP: Danilo Rojas Betancourth

El problema no radica entonces en este deber de colaboración con la administración de justicia, si no en los demás, en tanto el Consejo de Estado no ha delimitado su alcance y así, sus conclusiones se han convertido en más gravosas que las propias del derecho civil.

Ahora bien, respecto a la utilización de conductas que se circunscriben a relaciones familiares, amorosas, etc., como potencialmente generadores de culpa en el ámbito contencioso, también se evidencia una contradicción con los postulados generales de la institución, pues esto significa una búsqueda causal extrema, que se corresponde con un ejercicio de aplicación de la teoría de la equivalencia de las condiciones, la cual ha sido desechada y reemplazada por la causalidad adecuada, como se explicó anteriormente.

En conclusión, es más fácil incurrir en “culpa contencioso administrativa” que en culpa civil, en tanto el postulado de conducta que el juez espera de parte de los ciudadanos, abarca más obligaciones que las del derecho civil, pues incluye las obligaciones propias –más nunca determinadas- de los administrados y se inmiscuye, además, en el ámbito de las relaciones interpersonales.

De esto se sigue, llevando la situación al extremo, que los ciudadanos debemos actuar siempre con un cuidado desproporcionado, a fin de que ninguna de nuestras actuaciones, así no guarden relación con la administración pública, vaya a despertar sospecha alguna ante el ente investigador pues de esto se puede seguir, posiblemente, que el actuar injusto de la Fiscalía o del juez penal, se declare causa de nuestra culpa.

Por lo tanto, si el juez contencioso desea apartarse de la culpa civil como institución aplicable a los casos de su competencia, lo cual es completamente válido, la invitación es a que desarrolle el parámetro de conducta al cual deben ceñirse las actuaciones de los particulares, para dejar de lado la inseguridad jurídica que existe actualmente sobre el tema.

Ahora bien, un segundo punto a analizar es si realmente es necesario realizar este juicio de culpabilidad, o si el resultado mismo del proceso penal es la respuesta a ese interrogante.

Lo anterior en tanto las acciones de la víctima que dieron lugar a su investigación penal, la cual concluyó con su absolución, fueron analizadas en un primer momento por el juez competente y posteriormente consideradas por este como insuficientes para desvirtuar la presunción de inocencia, significa esto que tales acciones no tuvieron la fuerza suficiente para generar una responsabilidad penal, por lo tanto, se creería, que tampoco tenían la fuerza suficiente para dar inicio a la investigación penal. Esto último en tanto la absolución porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, el hecho no constituía conducta punible o en aplicación del *indubio pro reo*, evidencia *per se* una falencia en la actuación de la Fiscalía y del Juez Penal, en la cual se incluye haber considerado la actuación de la víctima como objeto de investigación penal. Es decir, si hubo absolución en el proceso penal por alguno de los supuestos que se mencionaron, significa que no existió razón suficiente para que se iniciara el proceso, es decir, que la actuación del ciudadano que dio lugar a su aprehensión, no era causa suficiente para realizarlo.

Pero, esta conclusión es contrariada por el juez contencioso en tanto, una vez desechadas por el juez penal, el primero revive las actuaciones del ciudadano y las dota de un contenido culposo propio, con una condición incluso más exigente, asegurando que esta conducta, si desconoció alguna obligación del administrado o las propias de un hombre negligente en el desarrollo de sus negocios, se constituye en culposa. Es decir, una conducta irrelevante para el proceso penal (en tanto ya fue inútil para desvirtuar la inocencia), se convierte en relevante y además determinante para exonerar de responsabilidad al Estado en su persecución penal.

El Consejo de Estado no considera entonces que cuando el juez penal absuelve, la decisión trae consigo el reconocimiento de que la actuación de la víctima no fue relevante, es decir, se acepta implícitamente que no debió existir a persecución penal en tanto no se logró desvirtuar la inocencia. Esto último, desde el punto de vista del daño, más no desde el punto de vista de la actuación de la administración, es decir, aplicando la línea argumentativa del artículo 90 de la constitución, si la sentencia penal es absolutoria, se entiende implícitamente que no existía razón suficiente para iniciar la persecución penal, analizada desde el eje del daño causado, pero esto no quiere decir que no se debió adelantar la persecución desde el punto de vista de las funciones y competencias de la Fiscalía General de la Nación.

En conclusión, se genera inseguridad jurídica en dos niveles; primero, al dotar de contenido propio, como determinante para iniciar una investigación penal, una actuación que fue insuficiente para declarar responsabilidad del ciudadano en dicho proceso, desconociendo que de la razón de ser misma de la absolución, se concluye la irrelevancia de la actuación. Y segundo, una vez revivida esta, ampliar las posibilidades de declararla

como culposa, utilizando parámetros de comportamiento más abarcales que el derecho civil, por demás indeterminados, convirtiéndose lo anterior en una mezcla que garantiza la absolución de la entidad.

2. Crítica a la identificación de las cadenas causales

Consiste en que esta Corporación ha asumido que si existe culpa de la víctima en la iniciación de la investigación penal, esto necesariamente conlleva a que haya culpa de la misma en la imposición de la medida de aseguramiento. De esta manera, en los apartes de las sentencias que se relacionan en el capítulo VI, es común encontrar aseveraciones tales como: “Por el contrario, actuando con negligencia e imprudencia máximas, el hoy demandante –bueno es insistir en ello–, portaba la referida arma de fuego sin los permisos correspondientes, lo cual dio lugar a que apareciera comprometida su responsabilidad por el delito por el cual se lo investigó.”, y de esto concluir que entonces, la privación de su libertad fue causada por su actuar negligente y culposo.

Ahora bien, ¿Es ese un análisis sobre las razones que llevaron a la Fiscalía a iniciar una investigación penal en contra del ahora demandante o de las razones que la llevaron a proferir medida de aseguramiento?

No debe olvidarse que la medida de aseguramiento o detención preventiva, es uno de los instrumentos con que cuenta el derecho procesal penal para asegurar, entre otras cosas, la comparecencia del investigado al juicio, y que si bien en algunos casos concretos su utilización se torna necesaria, no puede aseverarse que de toda iniciación de una investigación penal se siga

necesariamente la imposición de la medida de aseguramiento. Para mejor comprensión del tema, es preciso recordar las características de esta institución y su desarrollo legal.

2.1 Medida de aseguramiento o detención preventiva

La prisión preventiva es una medida cautelar que recae sobre la persona, a diferencia de las que recaen, por ejemplo, sobre los bienes –embargo, secuestro, caución-, y de ella hace uso el derecho penal como un medio para asegurar fines propios del procedimiento de investigación e imputación de responsabilidad, como es, entre otros, la comparecencia al del indiciado al juicio y la garantía de no repetición del hecho delictivo. Así, como medida cautelar, solamente tiene un carácter provisional y precautorio (Mattes, 1975). No debe perderse de vista entonces que la medida de aseguramiento no es un fin en sí misma, sino que es un medio para garantizar finalidades propias del derecho penal, y en especial, del derecho procesal penal.

“Por tratarse de una restricción a la libertad personal, la detención preventiva debe estar precedida de los fundamentos jurídicos que conforme al artículo 28 de la Constitución la autorizan de manera excepcional al disponer que :” *Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado..*”, salvo que concurren tres requisitos, a saber: 1) mandamiento escrito de autoridad judicial competente, 2) que se expida con la observancia de las formalidades legales y 3) por la existencia de motivos previamente definidos en la ley.”⁴⁴

⁴⁴ Sentencia C-318 de 2008

Es decir, que para imponer una medida de aseguramiento, en tanto supone la restricción de un derecho fundamental de especial jerarquía, debe estarse en absoluta sujeción a la ley, en tanto a procedimientos, finalidades, requisitos y competencias se refiere. En Colombia, esta institución se ha visto modificada en diversas oportunidades, de las cuales se hará referencia a tres de las más importantes:

2.1.1 La medida cautelar en el Decreto-Ley 2700 de 1991

En ese entonces, la norma consagraba como requisito para que se impusiera la medida de aseguramiento, tener por lo menos un indicio de responsabilidad penal en contra del investigado, y encontrarse bajo alguno de los supuestos del artículo 379 del decreto 2700 de 1991, listado que no era taxativo pero que ya, de suyo, abarcaba gran cantidad de eventos de investigación. El texto de la norma era del siguiente tenor:

ARTICULO 388. Son medidas de aseguramiento para los imputables, la conminación, la caución, la prohibición de salir del país, la detención domiciliaria y la detención preventiva, las cuales se aplicarán cuando contra del sindicado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso. (Subrayas fuera de texto)

En los delitos de competencia de los jueces regionales sólo procederá como medida de aseguramiento, la detención preventiva.

La Corte Constitucional, en su momento, era relativamente laxa en lo que a la privación de la libertad se refiere, en tanto declaró la exequibilidad de los artículos transcritos esgrimiendo que:

“Es sabido que la detención preventiva es una medida cautelar que no se confunde con la pena y que tampoco comporta una definición acerca de la responsabilidad penal del sindicado; sin embargo, conviene no perder de vista que por virtud de la afectación del derecho a la libertad que ella comporta, su adopción se halla rodeada de las mayores precauciones y, precisamente, el artículo 388 del Código de Procedimiento Penal exige que la medida se aplique “cuando contra el sindicado resultare por lo menos un **indicio grave de responsabilidad**, con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso”.⁴⁵

En consecuencia, el panorama legislativo y jurisprudencial que regía la institución procesal de la medida de aseguramiento desde 1991 hasta 2001, autorizaba su aplicación en todos los casos que el juez lo considerara con la única condición de que existiera un solo indicio grave sobre la responsabilidad penal del investigado. Se constituía entonces en la regla general y no en la excepción, lo cual habría de cambiar con las leyes posteriores.

⁴⁵ C-425-1997.

Véase también sentencia C-106-1994: “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

2.1.2 Medida de aseguramiento en la Ley 600 del 2000

La Ley 600 del 2000 –que comenzó a regir en julio de 2001-, y derogó expresamente el Decreto 2700 de 1991⁴⁶, estableció, para empezar, que para su procedencia eran necesarios por lo menos dos indicios graves de responsabilidad penal del investigado, además, estableció sus fines, lo cual significa una restricción más para su imposición.

Artículo 355. Fines. 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.

Artículo 356. Requisitos. Solamente se tendrá como medida de aseguramiento para los imputables la detención preventiva.

Se impondrá cuando aparezcan por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso.

(Subrayas fuera de texto)

⁴⁶ Ley 600 del 2000, Artículo 535. Derogatoria. Derógase el Decreto 2700 de noviembre 30 de 1991, por el cual se expidió el Código de Procedimiento Penal, sus normas complementarias y todas las disposiciones que sean contrarias a la presente ley.

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.

La Corte Constitucional, para ese entonces, ya enmarcaba la medida de aseguramiento dentro del respeto por los fines constitucionales y del Estado, así:

“No obstante lo anterior, la detención preventiva dentro de un Estado social de derecho, no puede convertirse en un mecanismo de privación de la libertad personal indiscriminado, general y automático, es decir que, su aplicación o práctica ocurra siempre que una persona se encuentra dentro de los estrictos límites que señala la ley, toda vez que la Constitución ordena a las autoridades públicas velar por la efectividad de los derechos y libertades de las personas, garantizar la vigencia de los principios constitucionales (la presunción de inocencia), y promover el respeto de la dignidad humana (preámbulo, artículos 1º y 2º).

“Bajo esta consideración, para 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.”⁴⁷

⁴⁷ Sentencia C-774 de 2001

De lo anterior se concluye sin lugar a discusión, que a partir del año 2001, para imponerse una medida de aseguramiento, era necesario un ejercicio mucho más detallado y consciente que en vigencia de la anterior legislación, pues, por ejemplo, se establece que mínimo debe haber dos indicios graves de responsabilidad penal, a diferencia de la anterior normatividad donde con un indicio bastaba, además se consagran las finalidades de la medida y la Corte Constitucional se torna más estricta en este sentido, circunscribiendo su procedencia al cumplimiento de los fines esenciales del Estado Social de Derecho.

2.1.3 Medida de aseguramiento en la Ley 906 de 2004

Con este nuevo Código de Procedimiento Penal, que empezó a regir el 01 de enero de 2005⁴⁸, y continúa vigente a la fecha, se estableció una gran diferencia que será trascendental para este estudio; quien profiere la medida de aseguramiento no es la Fiscalía General de la Nación, si no el Juez de Control de Garantías. Además, se establecen de manera más específica las finalidades que debe cumplir la medida y su procedencia no se limita a uno o dos indicios de responsabilidad si no que exige que de las pruebas recaudadas se pueda inferir razonablemente que el investigado es culpable. Los artículos consagran:

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

⁴⁸ Ley 906 de 2004, Artículo 533. Derogatoria y vigencia. El presente código regirá para los delitos cometidos con posterioridad al 1° de enero del año 2005. Los casos de que trata el numeral 3 del artículo 235 de la Constitución Política continuarán su trámite por la Ley 600 de 2000

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.

Esta nueva legislación ha dado pie para que la Corte Constitucional tome una postura mucho más tajante en lo que al tema se refiere, insistiendo en el carácter excepcional que tiene esta medida, y circunscribiéndola al examen de necesidad para que sea procedente, así:

“El artículo 250 numeral 1° de la Constitución destaca el criterio de necesidad como guía que debe orientar la imposición de una medida de aseguramiento, parámetro que se encuentra a su vez vinculado a las tres finalidades allí establecidas: (i) asegurar la comparecencia de los imputados al proceso penal; (ii) la conservación de la prueba; y (iii) la protección de la comunidad, en especial de las víctimas.

El carácter exceptivo, y la vinculación a fines de la detención preventiva (necesidad), encuentra así mismo fundamento en el artículo 9° del Pacto

internacional de derechos civiles y políticos, aprobado por la ley 74 de 1968, que establece: "Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta...La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo"⁴⁹

Una vez realizado este recorrido sobre la naturaleza de las medidas cautelares y su desarrollo legislativo en nuestro país, es preciso retomar la crítica que se viene haciendo a la jurisprudencia del Consejo de Estado cuando aplica la eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima en el escenario de privación injusta de la libertad, en tanto iguala el fenómeno de iniciación de la investigación penal con el hecho de dictar medida de aseguramiento, por lo tanto ha caído en la imprecisión de concluir que si un ciudadano es culpable del primero, necesariamente lo será del segundo.

Ahora bien, cabe resaltar que las sentencias del Consejo de estado sobre las que se hace este análisis, versan sobre medidas cautelares proferidas en vigencia del Decreto-Ley 2700 de 1991, pues aún no se fallan casos bajo Ley 600 del 2000 o Ley 906 de 2004, por lo tanto, si bien se procede a evidenciar una falencia argumentativa, sería temerario concluir que esto significa un error de dicha Corporación. Lo anterior, pues si se tiene en cuenta el contexto legislativo del momento de los hechos, respecto al cual se profirió sentencia, es posible que no exista la

⁴⁹ Sentencia C-318-2008

necesidad de diferenciar cadenas causales, sin embargo, se pondrá de presente la falencia encontrada, como llamado de atención al juez contencioso para el momento de proferir futuras sentencias con leyes penales más nuevas en el tiempo.

Entonces, en lo que respecta a la confusión de cadenas causales, se tiene como caso ilustrativo, el expediente No. 33564, referenciado en el capítulo VI, en el cual se inició un proceso penal en contra del actual demandante por celebración indebida de contratos, y el Consejo de Estado concluyó que existía culpa de la víctima –contratista del Estado- por apartarse de los postulados de lealtad y buena fe en la ejecución del contrato y que debido a esto “resulta claro que dieron lugar a que apareciera comprometida su responsabilidad por el presunto delito por el cual se le procesó”. De la anterior conclusión surgen dos preguntas; ¿apartarse de los postulados de lealtad y buena fe es causa eficiente para que se inicie una investigación penal? Según la sentencia citada, sí. Ahora bien, ¿Es causa eficiente para que se imponga medida de aseguramiento durante la investigación penal?

Este último interrogante es el que el Consejo de Estado omite abordar, pues de la confirmación de la culpa de la víctima en la iniciación de la investigación penal, deriva la culpa de la misma en la imposición de la medida de aseguramiento. ¿Este ejercicio lógico tendría validez de manera abstracta, sin circunscribirse a ningún una norma específica? No, en tanto los presupuestos para iniciar una investigación penal son diferentes a los presupuestos para imponer una medida de aseguramiento.

Ahora bien, el ejercicio que realiza el Consejo de Estado en la motivación de sus sentencias de manera reiterada es confirmar que la medida de aseguramiento se profirió en cumplimiento de los requisitos legales, por ejemplo: “a partir de los medios probatorios allegados puede entenderse seriamente comprometida la responsabilidad del hoy actor por la comisión del presunto delito que se le imputaba y que dio lugar a que, con el lleno de los requisitos legales, se profiriera la referida medida de aseguramiento en su contra.” Pero, el análisis de la legalidad de la medida de aseguramiento, no es un análisis de imputación fáctica, sino que obedece al proceso de identificación del escenario de responsabilidad en el que encuadra la conducta de la entidad, y esto no debe confundirse.

Cuando el Consejo de Estado analiza la legalidad de la medida de aseguramiento, está enmarcando los hechos objeto de estudio dentro de un escenario de responsabilidad, pues para que se presente el escenario de la privación injusta de la libertad, tanto la providencia que decretó la medida de aseguramiento como la que la levantó, deben ser legalmente proferidas, esto es, conforme a derecho, pues de lo contrario se estaría ante un escenario de responsabilidad diferente como puede ser el error jurisdiccional⁵⁰.

En consecuencia, afirmar que “la medida fue proferida en atención a los requisitos legales”, no significa que entonces no se derive responsabilidad, pues este es un juicio posterior, significa apenas el esclarecimiento de los hechos para enmarcarlos dentro de un escenario de posible responsabilidad.

⁵⁰ Ley 270 de 1996, Artículo 66. Error Jurisdiccional. Es aquel cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley.

Entonces, para retomar, si el Consejo de Estado asegura que la víctima del daño tuvo la culpa pues por su actuar doloso o gravemente culposo generó la sospecha en la Fiscalía y por ende fue causa eficiente para que se iniciara la actuación penal, no podría afirmar de plano, que entonces también fue causa eficiente para que se profiriera la medida de aseguramiento en tanto ésta “se profirió cumpliendo con los requisitos legales”, si no que debería, una vez confirmada la culpa de la víctima en la iniciación de la investigación penal, preguntarse ¿Por qué razón se impuso la medida de aseguramiento? Y, posteriormente, ¿La actuación de la víctima fue causa eficiente para configurar esa razón?

Ahora bien, es posible que si se hiciera el análisis juicioso que se viene de explicar, sucediera en varios casos que el hecho de la víctima que da lugar a la investigación penal también de lugar a la imposición de la medida de aseguramiento, pero no se puede partir de este predicado como verdad única, pues sería una presunción de culpa de la víctima, la cual no se encuentra consagrada legalmente, ni desarrollada como tal por la jurisprudencia.

Ahora bien, y como se expresó anteriormente, el hecho de que no se haya realizado aún este ejercicio interpretativo, puede obedecer, entre muchas posibles razones, a que no tenía muchos efectos prácticos en razón al régimen de las medidas de aseguramiento que era aplicable entre 1991 y 2001, espacio temporal en que regía el Decreto Ley 2700 de 1991, en el cual un solo indicio en contra del investigado podía dar lugar también a la medida de aseguramiento.

En este sentido, es altamente probable que, en los casos ya fallados por el Consejo de Estado analizados en este texto, el indicio que da lugar a la investigación penal sirva también de base

para imponer la medida de aseguramiento, es decir, que el hecho culposo de la víctima que fue determinante para que la Fiscalía iniciara una investigación penal en su contra, también fuera determinante para que se le hubiera impuesto la medida de aseguramiento.

Sin embargo, y lo que se echa de menos, por lo menos a nivel teórico, es que a esta conclusión no se ha llegado en razón a un análisis dividido de las razones que llevaron a iniciar la investigación penal y de las razones que llevaron a imponer la medida de aseguramiento, si no que con las primeras, se bastan las segundas.

En consecuencia, a lo que invita este texto, es a que en adelante se precise claramente esta distinción, pues los efectos adversos de su omisión si se evidenciarían cuando se fallen casos en los que la medida de aseguramiento se haya proferido bajo Ley 600 del 2000, pues en este nuevo contexto, las razones que dan lugar a iniciar una investigación penal, son insuficientes para decretar una medida de aseguramiento. Y con más razón, cuando se presenten casos bajo Ley 906 de 2004, en tanto no es el mismo Fiscal investigador quien profiere la medida de aseguramiento si no el Juez de Control de Garantías, por lo tanto, existirán dos cadenas causales distintas, la de la investigación penal y la del procedimiento penal en sede de la jurisdicción, y así, se tornará más confuso el proceder del juez contencioso si igualara estas dos situaciones.

De otro lado, si bien no son sentencias en firme, se tiene que si existen casos que han sido fallados en sede de los Tribunales Administrativos donde se ha puesto de presente esta situación. Por ejemplo, en sentencia del 11 de julio de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se evidenció la diferenciación entre la causalidad de la investigación penal y de

la medida de aseguramiento, concluyendo en el caso concreto que existía culpa de la víctima en la primera, pero no se pronunciaron sobre la segunda, en tanto la Rama Judicial no fue integrada a la Litis por pasiva⁵¹.

Pero, a pesar de este avance, en otros fallos de primera instancia, donde ha estado bien integrada la Litis, se ha subsistido el error, pues en casos de medidas de aseguramiento proferidas bajo Ley 906 de 2004, se utiliza la misma línea argumentativa, por ejemplo, se encuentran conclusiones como: “en consecuencia, al ser el señor Becoche Pechene un miembro de las Autodefensas Campesinas de Ortega para la fecha de la ocurrencia de los hechos, estaba en el deber de soportar la investigación penal iniciada en su contra, debido a que si el mismo hubiera conservado una conducta ajustada al ordenamiento jurídico, no hubiera sido objeto de investigación penal. Por lo anteriormente expuesto, la sala declarará de oficio la culpa exclusiva de la víctima y negará las pretensiones de la demanda”⁵².

Para concluir, se espera y se invita a todos los jueces contenciosos, y especialmente al Consejo de Estado, por ser el órgano de cierre en lo que al tema respecta, que, como bajo Ley 600 del 2000 y Ley 906 de 2004, existe una distinción tajante entre la investigación penal y la

⁵¹ Sentencia Tribunal Administrativo de Cundinamarca, 11 de julio de 2013, Rad. 2011-808, MP: Carlos Alberto Vargas. “De igual forma, se tiene que dentro de la presente demanda se solicita el pago de los perjuicios causados por la privación injusta de la libertad de la que fue objeto el señor Ortiz Sandoval, encontrando la sala que en el presente evento no podría endilgarse responsabilidad alguna a la Fiscalía General de la Nación, pues esta simplemente se limitó a realizar la correspondiente investigación y solicitar las medidas que según su criterio serían procedentes, dejando al libre arbitrio y disposición de los juez encargados del caso realizar las actuaciones a lugar. Por todo lo anterior, se deja claro que si bien se demandó a la Nación – Rama Judicial, la misma no fue vinculada a la presente controversia, desatino en que pudo incurrir esta corporación, pero que de igual forma, el apoderado de la parte interesada nada dijo al respecto, por lo que mal haría este juzgador en entrar a verificar si pudo o no existir responsabilidad por parte de la Rama Judicial frente a la privación de la libertad de la que fue objeto el señor Orlando Ortiz Sandoval. Concluye la sala que en el presente caso deberán ser negadas las súplicas de la demanda de conformidad con lo expuesto con anterioridad.”

⁵² Sentencia Tribunal Administrativo de Cundinamarca, 06 de mayo de 2015, RAD: 2011-1453, MP: Leonarugo Augusto Torres.

medida de aseguramiento, este precepto sea tan contundente que los jueces, a la hora de aplicarlo, también se vean en la obligación de diferenciar estos dos momentos del proceso penal, y así, los fallos de reparación directa, específicamente en los que se absuelve por culpa exclusiva de la víctima, sean más próximos a lograr la justicia material, en tanto no debe perderse de vista que el daño que se reclama no obedece a la vinculación al proceso penal, si no a la privación de la libertad, como su nombre lo indica; “Responsabilidad Extracontractual del Estado por Privación Injusta de la Libertad”.

VIII. CONCLUSIONES

1. La Responsabilidad del Estado es una institución consagrada constitucionalmente, en una disposición que es autosuficiente en tanto no necesita desarrollo legislativo para poderla aplicar, lo cual no obsta tampoco para que el legislador, si a bien lo tiene, regule la materia. Y la característica innovadora que de esta se introduce al ordenamiento con la Constitución de 1991, es que fundamenta el deber de indemnizar no en el actuar defectuoso de la administración –falla del servicio-, si no en el daño sufrido por el ciudadano, de lo que se siguió el desarrollo jurisprudencial de títulos objetivos de imputación, como el riesgo excepcional y el daño especial.

2. El ejercicio de imputación de responsabilidad en materia contencioso-administrativa, tiene elementos comunes con la imputación objetiva del derecho penal, en tanto ambas constan de dos momentos; la imputación fáctica que da cuenta de la relación de causalidad entre la actuación del sujeto-entidad y el resultado delictivo-dañoso. Y un segundo momento que consiste en subsumir esa relación de causalidad ya comprobada al ordenamiento jurídico, para verificar si procede o no la consecuencia jurídica indemnizatoria (ya sea por la adecuación de la conducta al tipo penal o a algún título de imputación según corresponda la materia). Diferente a lo que sucede con la imputación de responsabilidad civil, la cual se agota en la comprobación del nexo de causalidad que se pueda declarar.

3. Hoy en día, el desarrollo jurisprudencial que se ha dado al escenario de Responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, plantea que existe una norma general de responsabilidad objetiva cuando se declara la libertad del indiciado por que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, el hecho no constituye conducta punible o en aplicación del principio de *indubio pro reo*. Y subsiste también, pero con carácter subsidiario, la responsabilidad subjetiva por falla del servicio, si la libertad se decretó por una razón diferente. El Consejo de Estado aplica esta tesis con base en el artículo 414 del Decreto - Ley 2700 de 1991, si el caso *sub judice* se presentó durante su vigencia, o en la aplicación directa del artículo 90 constitucional, cuando los hechos objeto de estudio se presentaron en vigencia de la Ley 270 de 1996.

4. En términos generales de responsabilidad extracontractual, el Consejo de Estado ha concluido que para que el hecho de la víctima rompa con la imputación fáctica, no es necesario realizar un estudio del carácter culposo o no culposo de ese hecho. Lo anterior en razón de que si para imputar responsabilidad al Estado no se tiene en cuenta la calidad de la actuación u omisión de la entidad, mal harían en tenerlo en cuenta a la hora de estudiar el hecho de la víctima como determinante del resultado dañoso.

5. A pesar de lo anterior, cuando se trata del escenario de responsabilidad por privación injusta de la libertad, el legislador definió que, para que se configure el hecho exclusivo de la víctima como eximente de responsabilidad, este debe ser doloso o gravemente culposo, de lo que se sigue que la manera precisa de referirse a este fenómeno es “culpa exclusiva de la víctima” y no “hecho exclusivo de la víctima”.

6. Para realizar el juicio sobre la culpabilidad de la actuación de la víctima, el Consejo de Estado asumió los conceptos de culpa y dolo civiles, y desechó el entendimiento penal. Lo cual refleja que el sistema de imputación de Responsabilidad del Estado es una mezcla entre los postulados de imputación penal y los calificativos de la conducta civiles.

7. La primera crítica que se hace a la aplicación de la eximente de responsabilidad en el contexto de la privación injusta de la libertad, es que revive una actuación de la víctima que ya fue desechada por el juez penal por ser irrelevante para declarar la responsabilidad penal y, por lo tanto, no fue razón suficiente para la persecución penal desde el punto de vista del daño y no de la actuación de la administración. Sin embargo, el juez contencioso la dota de un contenido culposo propio que, además, es más gravoso que el utilizado por el derecho civil, y así logra romper a imputación fáctica de responsabilidad.

8. Existe una omisión del Juez Contencioso al realizar el análisis jurídico de causalidad que da lugar a la imposición de la medida de aseguramiento, pues asegura que los motivos que llevaron a la Fiscalía, en cada caso concreto, a iniciar una investigación penal, son los mismos que configuran la imposición de la medida de aseguramiento, por lo tanto, si se concluye que existió culpa exclusiva de la víctima en lo primero, también habrá en lo segundo. Esto se debe, posiblemente a que no tendría consecuencias jurídicas en principio, en tanto los casos analizados, que ha fallado el Consejo de Estado, han tenido lugar bajo el Decreto 2700 de 1991, donde los motivos que daban lugar a la

investigación penal, justificaban por sí mismos la imposición de la medida de aseguramiento, pero, si se sigue utilizando este ejercicio interpretativo con los casos que ocurrieron bajo Ley 600 del 2000 o Ley 906 de 2004, si tendrá como consecuencia el desconocimiento de la justicia material, en tanto la medida de aseguramiento tiene presupuestos propios para su configuración diferentes a la iniciación de la investigación penal, entonces, de la comprobación de la culpa exclusiva de la víctima para la última, no se podrá concluir que también existe para la primera.

IX. BIBLIOGRAFÍA

Altavilla, E., (1999), *La Culpa*. Bogotá D.C, Colombia: Editorial Temis.

Balestra, F., (1957), *El Elemento Subjetivo del Delito*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Roque Depalma.

Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado, Tomo II, (2013), Bogotá D.C, Colombia: Editorial Ibáñez.

Gil, E., (2013), *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, Bogotá D.C, Colombia: Editorial Temis.

Henao, J.C., (1998), *El Daño*, Bogotá D.C, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

López, C., (1996), *Introducción a la Imputación Objetiva*, Bogotá D.C, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Martínez, G. y Martínez C., (2003) *Responsabilidad Civil Extracontractual*, Bogotá D.C, Colombia: Editorial Temis.

Mattes, H., (1975), *La Prisión Preventiva en España*. España: Editorial CEU.

Ragués y Vallés, R., (1999), *El Dolo y su Prueba en el Proceso Penal*. Barcelona, España: Editorial J.M Bosch.

Tamayo, J., (1999), *De la Responsabilidad Civil, Tomo I*. Bogotá D.C, Colombia: Editorial Temis.

Velásquez, F., (2007) *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Medellín, Colombia: Editorial Comlibros y Cia Ltda.

Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 1 de octubre de 1992, Exp. 7058, CP: Daniel Suárez Hernández.

Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 25 de julio de 1994, Exp. 8.666.

Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 15 de septiembre de 1994, Exp. 9391, CP: Julio Cesar Uribe Acosta

Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 17 de noviembre de 1995, Exp. 10056.

Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 12 de diciembre de 1996, Exp. 10229.

Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 15 de agosto de 1996, Exp. 10927 CP: Daniel Suárez Hernández

Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 18 de diciembre de 1997, Exp. 11868 CP:

Daniel Suárez Hernández

Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, del 18 de septiembre de 1997, Exp. 11754,

CP: Daniel Suárez Hernández.

Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 11 de noviembre de 1999. Exp. 11499, CP:

Alier Hernández Enríquez.

Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 18 de octubre de 2000, Exp. 11981; CP: Alier

Eduardo Hernández Enríquez.

Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 14 de marzo de 2002, Exp. 12076 CP: Germán

Rodríguez Villamizar

Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 4 de abril de 2002, Exp.13606, CP: María

Elena Giraldo Gómez

Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 25 de julio de 2002, Exp. 13744, CP: María

Elena Giraldo Gómez.

Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 7 de diciembre de 2004, Exp. 14676, CP:

Alier Eduardo Hernández Enríquez

Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 12 de diciembre de 2005, Exp. 13558, CP:

Alier Eduardo Hernández Enríquez

Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 28 de abril de 2005, Exp. 15348, CP: Ruth

Stella Correa Palacio

Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 2 de mayo de 2007, Exp. 15463 CP: Mauricio

Fajardo Gómez.

Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 20 de febrero de 2008. Exp. 15980, CP:

Ramiro Saavedra Becerra

Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 16 de julio de 2008, Exp. 17174 CP: Ruth

Stella Correa Palacio

Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 5 de junio de 2008, Exp.16819 CP: Enrique

Gil Botero

Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 8 de julio de 2009, Exp. 16932, CP: Myriam

Guerrero de Escobar

Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 26 de mayo de 2010, Exp. 19043 CP: Ruth Stella Correa Palacio.

Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 18 de febrero de 2010, Exp. 17933, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 31 de enero 2011, Exp. 18452 CP: Enrique Gil Botero.

Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 12 de mayo de 2011, Exp. 20569, CP: Stella Conto Díaz del Castillo

Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 29 de agosto de 2012, Exp. 24113, CP: Danilo Rojas Betancourth (E)

Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 29 de febrero de 2012, Exp. 21660, CP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa

Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 11 de julio de 2012, Exp. 24008, CP: Mauricio Fajardo Gómez

Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 29 de agosto de 2012. Exp. 25276, CP:
Enrique Gil Botero

Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 11 de abril de 2012, Exp. 23513, CP: Mauricio
Fajardo Gómez.

Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 9 de octubre de 2013. Exp. 33564, CP: Hernán
Andrade Rincón.

Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de enero de 2013 Exp. 23514, CP: Olga
Mélida Valle de De La Hoz

Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 27 de septiembre de 2013, Exp.27113, CP:
Stella Conto Díaz del Castillo

Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 17 de octubre de 2013, Exp. 23354, CP:
Mauricio Fajardo Gómez.

Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 9 de julio de 2014 Exp. 38438 CP: Hernán
Andrade Rincón.

Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 29 de mayo de 2014, Exp. 39924, CP: Hernán
Andrade Rincón

Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 26 de marzo de 2014, Exp. 28577, CP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa

Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 3 de marzo de 2014. Exp. 28429, CP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de abril de 2014, Exp. 27414, CP: Danilo Rojas Betancourth

Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 16 de julio de 2015, Exp. 33465, CP: Hernán Andrade Rincón (E).

Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 16 de julio de 2015. Exp. 28419. CP: Hernán Andrade Rincón (E).

Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 5 de marzo 2015, Exp.29135, CP: Stella Conto Díaz del Castillo

Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 16 de abril de 2015, CP. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

Sentencia Corte Constitucional C-106 de 1994

Sentencia Corte Constitucional C-558 de 1994

Sentencia Corte Constitucional C-037 de 1996

Sentencia Corte Constitucional C-425 de 1997

Sentencia Corte Constitucional C-774 de 2001

Sentencia Corte Constitucional C-318 de 2008

Auto Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, 9 de septiembre de 2008, Exp. 2008-00009.C.P.: Mauricio Fajardo Gómez

Sentencia Tribunal Administrativo de Cundinamarca, 9 de mayo de 2013. Exp. 2003 – 01567,
MP: Carlos Alberto Vargas Bautista

Sentencia Tribunal Administrativo de Cundinamarca, 11 de julio de 2013, Exp. 2011-808,
MP: Carlos Alberto Vargas

Sentencia Tribunal Administrativo de Cundinamarca, 25 de julio 2013, Exp. 2005 – 00838
MP. Carlos Alberto Vargas Bautista

Sentencia Tribunal Administrativo de Cundinamarca, 09 de mayo de 2013, Exp. 2011 – 00921, MP: Carlos Alberto Vargas Bautista

Sentencia Tribunal Administrativo de Cundinamarca, 14 de noviembre de 2013. Exp. 2009-848, MP: Carlos Alberto Vargas Bautista

Sentencia Tribunal Administrativo de Cundinamarca, 3 de septiembre de 2014, Exp. 2011-160, MP: Leonardo Augusto Torres Calderón

Sentencia Tribunal Administrativo de Cundinamarca, 06 de mayo de 2015, Exp. 2011-1453, MP: Leonardo Augusto Torres.