

El cambio del precedente en la responsabilidad del estado por la privación injusta de la libertad.

Transición de un régimen objetivo de responsabilidad a uno subjetivo

Autor:

Néstor David Galeano Tamayo

Trabajo para optar al título de Magister en Derecho

Asesor:

Maximiliano Alberto Aramburo Calle

Maestría en Derecho

Escuela de Derecho

Universidad

Eafit

Diciembre de 2021

Resumen:

La responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad sufrió un rotundo cambio en el año 2018 con la expedición de un nuevo precedente contenido en la sentencia 46.947 con la cual se modificaron los fundamentos para declarar la responsabilidad de la Fiscalía General y la Rama Judicial por eventos de privaciones de la libertad; dichos cambios han generado una ola de sentencias absolutorias a procesos que se presentaron bajo la vigencia del precedente de 2013 y están siendo fallados bajo la vigencia del nuevo precedente sin que los demandantes hayan contado con la oportunidad de adecuar sus procesos a las nuevas exigencias de dicho precedente con lo que se están afectando en forma grave los intereses de éstos ciudadanos. Lo que se nos presenta como una gran oportunidad para analizar el régimen de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad en Colombia, así como las implicaciones que surgen de dar aplicación inmediata al nuevo precedente.

Palabras Clave: Responsabilidad del Estado – Responsabilidad Extracontractual – Precedente Judicial – Privación Injusta de La Libertad – Aplicación del Precedente -Pérdida de Oportunidad.

Abstract

The liability of the State for unjust deprivation of liberty underwent a resounding change in 2018 with the issuance of a new precedent contained in Ruling 46. 947 with which the grounds for declaring the liability of the Attorney General's Office and the Judicial Branch for events of deprivation of liberty were modified; such changes have generated a wave of acquittals to processes that were filed under the validity of the 2013 precedent and are being ruled under the validity of the new precedent without the plaintiffs having had the opportunity to adapt their processes to the new requirements of said precedent with which the interests of these citizens are being seriously

affected. This presents us with a great opportunity to analyze the regime of State responsibility for unjust deprivation of liberty in Colombia, as well as the implications that arise from the immediate application of the new precedent.

Keywords: Liability of the State - Extracontractual Liability - Judicial Precedent - Unjust Deprivation of Liberty - Application of Precedent - Loss of Opportunity

Contenido

Introducción	5
1.- El precedente, ¿qué es y cuál es su importancia para al derecho administrativo colombiano?	8
1.1.- Sentencias que analizaron el precedente a nivel ordinario.....	11
1.2.- Sentencia de unificación que analizaron el precedente judicial	16
1.3.- Sentencias que analizaron el precedente sobre temas contencioso administrativos	18
2.- Evolución de la responsabilidad del estado por privación injusta de la libertad en Colombia.....	28
2.1.- Primera etapa	28
2.2.- Segunda etapa	29
2.3.- Tercera etapa	30
2.4.- Cuarta etapa	30
3.- El nuevo precedente en materia de responsabilidad del estado por privación injusta de la libertad - sentencia 46.947 de 2018	34
3.1 – Reafirmando el precedente - tutela en contra de la sentencia 46.947 – sentencia de remplazo 46.947 A	39
3.2.- El nuevo precedente judicial de la responsabilidad del estado por privación injusta de la libertad	42
3.3.- Aplicación del nuevo precedente en las decisiones del Consejo de Estado desde agosto de 2018 hasta diciembre de 2019	47
4.- Responsabilidad del Estado por aplicación inmediata del precedente de 2018 en procesos de reparación directa por privación injusta de la libertad en procesos que se tramitaron bajo el imperio del precedente de 2013	71
5.- Conclusiones	85
6.- Referencias.....	87
7.- Anexo 1	91

Introducción

Hoy el mundo entero se debate entre la necesidad de imponer cuarentenas estrictas, restringir la movilidad de sus habitantes u obligarlos a que permanezcan en sus hogares para así poder contrarrestar la propagación del covid-19. En el hemisferio occidental, las cuarentenas iniciaron en Europa y a principios del año 2020 se instauraron en América; en Colombia la gran mayoría de ciudadanos nos vimos en la obligación de permanecer en nuestros hogares en atención a los decretos expedidos por el gobierno nacional, con la finalidad de protegernos; con la consecuente limitación de nuestras libertades por cuenta del confinamiento obligatorio. Con esto hemos podido evidenciar el poder restrictivo del Estado en lo que a nuestra libertad de movilidad se refiere so pena de sanciones administrativas para quien haga caso omiso de dichas normas. Situación que si bien, no es comparable con la que viven las personas que han sido privadas de la libertad como consecuencia del actuar legítimo del aparato judicial, si nos sirve para apreciar la importancia del derecho fundamental a la libertad.

Lo que se pretende con este trabajo es hacer una investigación jurisprudencial de las sentencias emitidas por el Consejo de Estado empezando con la sentencia de unificación 46.947 de agosto de 2018 que estableció un nuevo precedente en materia de responsabilidad del Estado; continuando con las providencias emitidas desde la entrada en vigencia del precedente hasta el mes de diciembre de 2019, las cuales constituyen la jurisprudencia que se ha derivado de la aplicación de la regla del precedente establecido. La razón por la que se limita el análisis hasta esta fecha es debido a que la mencionada sentencia fue objeto de tutela por parte de la sección tercera subsección segunda del Consejo de Estado en estas fechas que dejó sin efectos. Con dicho análisis se busca identificar el precedente establecido en la sentencia de unificación, y examinar cual ha sido la interpretación que la sección tercera le ha dado a la regla del precedente (PULIDO-ORTIZ F.

& BARRETO- MORENO A. 2019) contenida en el fallo de unificación. Esto con dos finalidades, una práctica y otra de carácter teórico, la primera es la de reconocer los elementos y condiciones necesarias en las que es viable acudir ante la jurisdicción contencioso-administrativa buscando que se declare la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad de alguna persona, pues de no apegarse a lo dispuesto en el nuevo precedente se corre el riesgo, no solo de que la demanda sea desestimada en sus pretensiones sino que además con la vigencia del Código General del Proceso la parte demandante será condenada en costas por el resultado adverso. La segunda, contestar la siguiente pregunta, puede ocurrir que el cambio de jurisprudencia de un momento a otro vulnere el derecho al debido proceso de los demandantes, pues un proceso que se viene tramitando desde hace algunos años y que se encuentre a despacho para fallo en segunda instancia se debe echar mano de un precedente para emitir fallo: ¿deberá ser decidido con el precedente vigente al tiempo del fallo o el precedente vigente al momento de la ocurrencia de los hechos y trámite del proceso?

Se hará un estudio principalmente de la jurisprudencia de la sección tercera del Consejo de Estado, que hayan sido dictadas después del 15 de agosto de 2018 y hasta el 30 de junio de 2020, pues es tiempo suficiente para evaluar la aplicación de la sentencia de unificación 46.947 y la modificación sufrida por la sentencia de tutela de noviembre 15 de 2019, en la que se tuteló el derecho a la presunción de inocencia del demandante consagrado en el artículo 29 de la C.P.

Las sentencias que se analizarán serán de procesos de reparación directa en los que se haya demandado al Estado por privación injusta de la libertad, en las que el proceso penal se haya adelantado bajo Ley 906 pues es ésta la ley vigente en materia penal en el país por lo que se dejarán de lado las sentencias en las que se ventilen hechos investigados bajo ley 600 pues por razones de

vigencia temporal es poco probable que se vayan a presentar nuevas demandas por privaciones injustas de la libertad que se hayan adelantado bajo el imperio de esta ley y la diferencia entre ambos sistemas no es de nuestro interés. También se hace necesario analizar algunas sentencias de la Corte Constitucional especialmente la SU-17 de 2018 que fue la que abrió paso al cambio de precedente en materia de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad.

Finalmente, ahondaremos en lo dispuesto por la sección tercera subsección segunda del Consejo de Estado, en fallo de tutela de Noviembre 15 de 2019, y entraremos a analizar las sentencias que sobre la materia ha dictado la sección tercera desde diciembre de 2019 a junio de 2020, para, de esta forma, lograr elaborar un panorama completo y actualizado acerca del régimen de responsabilidad del Estado aplicable en los eventos de privación injusta de la libertad que reúna los cambios que ha sufrido en los últimos dos años; ya que de no incluir este capítulo en el presente escrito este trabajo quedaría incompleto y no cumpliría con uno de sus objetivos principales que es el de servir de guía a las personas interesadas en el tema sobre cuando es posible demandar al Estado por las privaciones de la libertad y cuáles son los eventos en los que se compromete la responsabilidad de las entidades responsables de administrar justicia.

La pertinencia del problema de investigación radica en la necesidad de determinar a la luz de las sentencias de unificación 46.497 y de tutela sobre la misma, ¿cuál es el régimen de responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad imperante en Colombia actualmente? y ¿cuáles son los requisitos necesarios para predicar la responsabilidad de las entidades que administran justicia en dichos eventos?

1.- El precedente, ¿qué es y cuál es su importancia para al derecho administrativo colombiano?

En nuestro país, antes de la Constitución de 1991, la opinión general era que las sentencias judiciales sólo producían efectos *interpartes*, es decir decidían problemas concretos entre las partes de un proceso. Pero a partir de la promulgación de la *Carta* y gracias a la labor interpretativa de la Corte Constitucional se ha podido extender los efectos de algunos fallos con características especiales más allá de las partes que participaron del proceso. A modo de ejemplo, se pueden enunciar los fallos de constitucionalidad emitidos por la Corte Constitucional y las sentencias de unificación que produce el Consejo de Estado, decisiones que en la actualidad pueden ser llamadas como precedentes judiciales en nuestro ordenamiento; aunque esto no siempre fue así.

La batalla necesaria para que para que las decisiones de las Altas Cortes sean aceptadas como fuente de derecho en Colombia se adelantó inicialmente por la Corte Constitucional, la que como interprete natural de la Constitución Nacional (art. 241) ha venido desentrañando el contenido de ésta y regulando todo lo dispuesto en ella; frente a lo dispuesto en el artículo 230 de la C.N. el cual establece que: *“Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”* la Corte, como veremos en profundidad más adelante, se ha pronunciado en repetidas ocasiones indicando que la acepción “Ley” a la que hacer referencia el artículo incluye todo el ordenamiento jurídico.

Si bien de la lectura del artículo 230 se puede entender que se acoge el principio de legalidad⁵, ello no es así, como consecuencia de la interpretación que ha hecho la Corte a lo largo de estos años. Se

⁵ Este principio exige que todos los funcionarios del Estado actúen siempre sujetándose al ordenamiento jurídico que establece la Constitución y lo desarrollan las demás reglas jurídicas.

ha establecido, aunque no pacíficamente, la idea de que el artículo 230 lo que hizo fue referirse a todo el ordenamiento jurídico incluyendo la Constitución y sus tratados, pues los jueces en sus fallos están obligados a respetar la Constitución y las demás normas (no sólo la ley), pues mal haría el constituyente al atar las decisiones de los jueces sólo a la ley y no a las normas superiores, como lo son la constitución y los tratados. Así lo refleja (DEIK C,2017 pg.11), citando a SANTAELLA QUINTERO, Héctor, *“la teoría de los precedentes construida por la Corte Constitucional ha terminado por reconocer la fuerza vinculante de toda la jurisprudencia (de las altas Cortes, esencialmente) frente a todos los poderes públicos.”*

Entonces, ¿Qué es el precedente judicial? O ¿Qué se entiende por precedente judicial?, en nuestro país, (QUINCHE M, 2016 pg. 36) explica que *“La Corte Constitucional ha abordado los temas del precedente judicial, su contenido y alcance, en numerosas decisiones, vinculándolo al concepto de ratio decidendi de los fallos. En el texto de la esclarecedora sentencia T-292 de 2006, reiterando lo dispuesto en sentencias T-104 de 1993 y SU – 047 de 1999, precisó el concepto al señalar que se reconoce como precedente, “aquél antecedente del conjunto de sentencias previas al caso que habrá de resolver que por su pertinencia para la solución de un problema jurídico constitucional, debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada, al momento de dictar sentencia” agregando además que lo vinculante de un antecedente judicial es la ratio decidendi de la sentencia, o del grupo de sentencias, con lo cual ponía de presente existente entre los conceptos de precedente y de ratio decidendi.”* Dicho concepto se puede complementar con las palabras de (PULIDO F y BARRETO A, 2019 pg. 14) *“Así, por ejemplo, de acuerdo con el modelo de principios, los precedentes judiciales están constituidos por los principios o razones morales que justifican decisiones judiciales, sin importar los términos en que puedan aparecer en formulaciones normativas. En otras palabras, según este modelo, el precedente está constituido por el principio que justifica la respuesta a*

determinados problemas jurídicos, con independencia de los términos en que ese principio sea formulado. Desde esta perspectiva, los precedentes judiciales – en tanto disposiciones normativas – son “transparentes de las razones subyacentes, es decir, que para identificar su contenido resulta indispensable recurrir a las consideraciones normativas que los justifica.”

Sobre el origen histórico y la adopción del precedente en Colombia se han realizado investigaciones muy importantes como la de CAROLINA DEIK ACOSTAMIEDO⁶ en su tesis doctoral; varias publicaciones de DIEGO LÓPEZ MEDINA⁷, el libro de MANUEL FERNANDO QUINCHE RAMÍREZ⁸, la tesis realizada por PAOLA MARCELA IRREGUI⁹, o el trabajo de MOTTA NAVAS, SUELT COCK, & CORRALES SÁNCHEZ¹⁰, por lo que no parece necesario analizar el tema general de la incorporación del precedente a profundidad. Por lo tanto, solo haremos un recuento de dicho proceso para entrar en el tema central de este escrito.

En la última investigación mencionada, los autores dividen el desarrollo del precedente en Colombia en tres períodos: de 1992 a 1995; de 1995 a 2005; y de 2005 a 2011. No obstante, (MEDINA D, 2016 pg. 28) hace una clasificación metodológica diferente sobre la labor que ha venido desarrollando la Corte en la construcción del precedente en Colombia, *“Así las cosas la Corte Constitucional continúa en su proyecto de aumentar el valor normativo de la jurisprudencia; una vez construidas las bases normativas e interpretativas generales de tal movimiento (1995-2001), ha dedicado sus esfuerzos de los últimos años a construir un aparato creíble de monitoreo y aplicación efectiva de la doctrina*

⁶ El Precedente Contencioso Administrativo: Teoría Local Para Determinar y Aplicar de Manera Racional los Precedentes de Unificación del Consejo de Estado. Colombia: Universidad Externado

⁷ El Derecho de los Jueces y Eslabones del Derecho.

⁸ EL Precedente Judicial y sus Reglas.

⁹ Una Mirada al Papel del Precedente Judicial y su Aplicación por Parte de los Jueces Administrativos y de la Administración Pública. Estudio del Propósito de las Sentencias de Unificación Jurisprudencial y del Mecanismo de Extensión de Jurisprudencia, Consagrados en la Ley 1437 de 2011.

¹⁰ La importancia de la jurisprudencia en Colombia Revisión sobre el concepto de línea jurisprudencial y nociones similares –Jurisprudencia y doctrina–

del precedente (2002-2015). El tamaño, poder y frecuencia de utilización de este aparato de aplicación del precedente ha crecido de manera significativa y constituye hoy una variable nada desdeñable en las dinámicas generales del ejercicio judicial del derecho en Colombia.”

Si bien no todas las publicaciones mencionadas echan mano de las mismas sentencias para analizar la evolución histórica de la adopción del precedente en Colombia, sí tienen algunas decisiones en común como lo son los fallos C-113 y C-131 DE 1993, SU-047 de 1999, así como el fallo hito C-836 de 2001.

1.1.- Sentencias que analizaron el precedente a nivel ordinario

Las primeras providencias en las que la Corte se refirió a la fuerza normativa de sus decisiones, correspondientes con el primer periodo del precedente al que se hizo alusión al principio de este escrito, fueron las sentencias C-113 y la C-131 de 1993. En ellas la Corte analizó, de forma separada, dos demandas de inconstitucionalidad presentadas en contra del contenido del Decreto 2067 de 1991, artículo 21 inciso 2^o¹¹ y artículo 2 inciso 2^o junto al artículo 23¹² respectivamente. En la primera decisión la Corte examinó los efectos de las sentencias de constitucionalidad en contraposición con lo dispuesto en el Decreto y concluyó que *“Sólo a la Corte le compete determinar el contenido de sus sentencias”*; Específicamente:

¹¹ Art. 21 inciso 2^o: Los fallos de la Corte sólo tendrán efecto hacia el futuro, salvo para garantizar el principio de favorabilidad en materias penal, policiva y disciplinaria y en el caso previsto en el artículo 149 de la Constitución.

¹² Art. 23. La doctrina Constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional, mientras no sea modificada por ésta, será criterio auxiliar obligatorio para las autoridades y corrige la jurisprudencia.

“En conclusión, sólo la Corte Constitucional, de conformidad con la Constitución, puede, en la propia sentencia, señalar los efectos de ésta. Este principio, válido en general, es rigurosamente exacto en tratándose de las sentencias dictadas en asuntos de constitucionalidad.”

De oficio analizó el contenido del inciso final del artículo 21 del mismo Decreto, para referirse al tránsito a cosa juzgada que hacen los fallos de la Corte y señaló: *“la posibilidad de aclarar ” los alcances de su fallo ”, no sólo atenta contra la cosa juzgada, sino que es contraria a la seguridad jurídica, uno de los fines fundamentales del derecho.”*

En la sentencia C-131, la Corte se refirió al artículo 230 de la C.N. explicando que el alcance de *“la expresión ”imperio de la ley” debe entenderse ley en sentido material -norma vinculante de manera general- y no la ley en sentido formal -la expedida por el órgano legislativo-. Ello por cuanto, según se vió, la primera de las normas es la Constitución -art. 4° CP”* e insistió en el alcance de la *“cosa juzgada constitucional”*. Y posteriormente se refirió a la obligatoriedad de las sentencias que profiere la Corte para todas las autoridades y los particulares, explicando cuáles partes de la decisión son las que tienen fuerza de cosa juzgada, diferenciando entre la *obiter dicta* y *ratio decidendi*¹³, la

¹³ La Corte en sentencia T-292 de 2006, haciendo referencia a lo establecido en la sentencia C-131 hizo un análisis de los elementos que comprenden los conceptos de *Obiter Dicta* y *Ratio Decidendi*, así: *“Para dar fundamento a esta consideración, la sentencia C-131 de 1993 precisamente sostiene, - haciendo referencia a la providencia C-104 de 1993 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) -, que frente a la diferencia entre la jurisprudencia constitucional y la de las demás Corporaciones, la divergencia ostensible entre unas y otras es que “la jurisprudencia constitucional tiene fuerza de cosa juzgada constitucional -art. 243 CP-, de suerte que obliga hacia el futuro para efectos de la expedición o su aplicación ulterior” -material y formalmente -, mientras que las demás providencias “sólo tienen un carácter de criterio auxiliar -art. 230 CP-, para los futuros casos similares”. En este sentido y ante la pregunta de si los fallos de la Corte Constitucional, en los términos previamente enunciados, resultan para un juez fuente obligatoria o fuente auxiliar de interpretación, la providencia que se cita, señala lo siguiente:*

“la respuesta a tal pregunta no es otra que la de considerar que tal sentencia es fuente obligatoria. Así lo dispone el artículo 243 superior precitado e incluso el inciso 1° del artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, que dice: Las sentencias que profiera la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares (negrillas fuera de texto).”

Es más, esta providencia afirma que aunque la parte resolutive de los fallos de constitucionalidad tiene efectos erga omnes, es decir oponibilidad universal, y la parte motiva de tales sentencias en principio no tiene un carácter obligatorio general, no ocurre lo mismo con aquellos aspectos contenidos en ella que guardan una relación directa o un claro nexo causal con

primera de ellas es considerada criterio auxiliar -no obligatorio- de acuerdo al inciso segundo del artículo 230 y la parte resolutive la cual, según el artículo 243¹⁴ de la C.N. goza de cosa juzgada explícita; estableció también la existencia de cosa juzgada *implícita*, siendo esta atribuible a “*los conceptos de la parte motiva que guarden una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se pueda entender éste sin la alusión a aquéllos.*” En estas sentencias iniciales, la Corte, reconoció, aunque de forma tímida, el carácter vinculante y obligatorio de sus sentencias de constitucionalidad.

Ulteriormente, en sentencia C -836 de 2001, un ciudadano demandó la inexecutable del artículo 4¹⁵ de la ley 169 de 1896, norma que establece la doctrina probable, otrora doctrina legal probable, conformada por tres sentencias de casación de la Corte Suprema de Justicia en el mismo sentido constituyen doctrina probable y los jueces debían aplicarla en casos similares. La Corte analizó nuevamente el contenido del artículo 230 de la C.N., explicando cuál es el sentido que debe darse a la expresión “imperio de la Ley” de dicha norma, y para ello recurrió al concepto acotado en

la parte resolutive; argumentos constitucionales cuyo valor, se dijo, es vinculante, y cuya naturaleza se definió como obligatoria para las autoridades. Lo explicó así, la providencia:

“(...) La sentencia de la Corte Constitucional es para un juez fuente obligatoria. (...) Poseen tal carácter algunos apartes de las sentencias en forma explícita y otros en forma implícita. Goza de cosa juzgada explícita la parte resolutive de las sentencias, por expresa disposición del artículo 243 de la Constitución y goza de cosa juzgada implícita los conceptos de la parte motiva que guarden una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se pueda entender éste sin la alusión a aquéllos. La parte motiva de una sentencia de constitucionalidad tiene en principio el valor que la Constitución le asigna a la doctrina en el inciso segundo del artículo 230: criterio auxiliar -no obligatorio-, esto es, ella se considera obiter dicta. Distinta suerte corren los fundamentos contenidos en las sentencias de la Corte Constitucional que guarden relación directa con la parte resolutive, así como los que la Corporación misma indique, pues tales argumentos, en la medida en que tengan un nexo causal con la parte resolutive, son también obligatorios y, en esas condiciones, deben ser observados por las autoridades y corrigen la jurisprudencia. La ratio iuris se encuentra en la fuerza de la cosa juzgada implícita de la parte motiva de las sentencias de la Corte Constitucional...”. (Las subrayas fuera del original).

En este sentido es claro que el fallo que se acaba de citar, en un contexto fundado por reflexiones pertenecientes al ámbito de la cosa juzgada, definió bajo el concepto de cosa juzgada implícita o incidentalmente ratio iuris, aquellos razonamientos de la parte motiva de las sentencias de constitucionalidad, que “al guardar una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia” y un claro “nexo causal con la parte resolutive”, resultan vinculantes para los operadores jurídicos. Esta precisión judicial entonces, es un antecedente indiscutible en la consolidación del concepto de ratio decidendi constitucional y de su obligatoriedad como fuente de derecho como se verá más adelante.

¹⁴ Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.

¹⁵ Artículo 4. Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores

Sentencia C-486 de 1993: “...de ahí la palabra “ley” que emplea el primer inciso del artículo 230 de la C.P. necesariamente designe “ordenamiento jurídico”. En este mismo sentido se utilizan en la Constitución las expresiones “Marco Jurídico” (Preámbulo) y “orden jurídico (Cart. 16).” El ordenamiento jurídico, compuesto por la Constitución y la ley, como puntos de partida de la actividad judicial, significa que los jueces se encuentran sujetos principalmente a estas dos fuentes de derecho; siendo la C.N. la norma más importante dentro del ordenamiento y habiendo ésta establecido la igualdad como derecho fundamental (art. 13 C.N.) de las personas, las autoridades y los jueces, deben propugnar por que la igualdad ante la ley y la igualdad de protección y trato se realicen dentro del estado de derecho, por lo que, como dice la Corte, “estas dos garantías operan conjuntamente en lo que respecta a la actividad judicial, pues los jueces interpretan la ley y como consecuencia materialmente inseparable de esta interpretación, atribuyen determinadas consecuencias jurídicas a las personas involucradas en el litigio. Por lo tanto, en lo que respecta a la actividad judicial, la igualdad de trato que las autoridades deben otorgar a las personas supone además una igualdad y en la interpretación en la aplicación de la ley.”¹⁶ Lo anterior, según la Corte, es el fundamento constitucional de la fuerza normativa de la doctrina de la Corte Suprema, ya que las dos garantías de igualdad mencionadas sirven como objetivo y límite de la actividad estatal. Con lo que se abre paso la obligación de los jueces de aplicar el ordenamiento jurídico, haciendo referencia a su acepción amplia, de manera uniforme y consistente con las decisiones de las altas cortes o con sus mismas decisiones, pues, de esta forma se realiza la igualdad material por parte de los jueces. Lo que no permite la Corte, es que, en aras de la autonomía judicial, un juez pueda desconocer en sus decisiones la jurisprudencia de los órganos de cierre y termine violentando el derecho a la igualdad dándole un trato diferente a un caso que ya había sido analizado por la

¹⁶ Corte Constitucional Sentencia C-836 de 2001.

jurisprudencia pues se estaría desconociendo la función integradora de aplicación del ordenamiento jurídico que corresponde a los jueces.

La Corte, al analizar la fuerza normativa de la doctrina probable establecida en el artículo 4 de la ley 169, cimienta la obligatoriedad de las sentencias emitidas por la Corte Suprema en cuatro puntos:

“(1) proviene de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla, unificando la jurisprudencia ordinaria nacional; (2) del carácter decantado de la interpretación que dicha autoridad viene haciendo del ordenamiento positivo, mediante una continua confrontación y adecuación a la realidad social y; (3) del deber de los jueces respecto de a) la igualdad frente a la ley y b) la igualdad de trato por parte de las autoridades y; (4) del principio de buena fe que obliga también a la rama jurisdiccional, prohibiéndole actuar contra sus propios actos”

En palabras de (IRREGUI P, 2014, pg. 59): *“Realmente es con esta interpretación que se entiende el cambio de papel de la doctrina probable y la jurisprudencia, al hacer reconocimiento de la existencia del precedente judicial. En tercer lugar, se establece que el respeto por el precedente judicial se fundamenta en la necesidad de garantizar la seguridad jurídica y la confianza legítima en la administración de justicia, valores que se presentan como una garantía esencial para los ciudadanos en el Estado social de derecho”* La Corte también se refirió a la obligación que tienen los jueces de seguir explícitamente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en los casos en los que el principio o regla siga teniendo aplicación. No obstante, reconoce que a partir de la función creadora de principios jurídicos del juez, le permite apartarse de la jurisprudencia del máximo órgano de la respectiva jurisdicción cuando sea necesario crear derecho por el hecho de que se debe ajustar la norma a la nueva realidad social, económica o jurídica imperante al momento de decidir. La

obligación de respeto por los propios actos, entonces, no es una obligación pétrea que no pueda ser modificada, por lo que se le permite al juez de inferior categoría y a las Altas Cortes cambiar su jurisprudencia con una exigencia argumentativa mayor, conforme a la realidad y a la necesidad del caso o a la necesidad de unificar jurisprudencia sobre un tema específico. No se debe olvidar el carácter dinámico del derecho, por lo que es posible, de llegar a ser necesario, modificar el precedente para no seguir cayendo en un error.

Para (LOPEZ D, 2016 pg. 99), la importancia de esta decisión radica en que esta elimino la antinomia que existía en el ordenamiento colombiano: *“En la Sentencia C-836 de 2001, la Corte había revisado la constitucionalidad del artículo 4º de la Ley 169 de 1896129. Esa norma sirvió durante muchos años para establecer en el país una visión “afrancesada” de la jurisprudencia, en la que meramente constituía doctrina probable y se encontraba, en consecuencia, en un lugar secundario y auxiliar frente a la legislación¹³⁰. En la ya famosa sentencia del 2001, la Corte conservó la norma, a la manera de un monumento histórico, pero le hizo una serie de intervenciones interpretativas que la articularon con el régimen del precedente vinculante. Este trabajo de adecuación entre teorías dispares del derecho, te trabajo de adecuación entre teorías dispares del derecho, por lo arduo y difícil, se convirtió en una de las sentencias hito de la línea jurisprudencial: ayudó a eliminar la antinomia que para muchos había entre la nueva doctrina del precedente constitucional y los viejos textos de la tradición legocéntrica decimonónica que con tanto celo habían recuperado los regeneradores colombianos de finales del XIX.”*

1.2.- Sentencias de unificación que analizaron el precedente judicial

Posteriormente, en el segundo periodo señalado, la Corte en sentencia SU-047 de 1999¹⁷, en la que se estudió el derecho al debido proceso y el derecho de inviolabilidad parlamentaria establecido en el artículo 185 de la C.N., analizó la necesidad de respetar y acatar los precedentes por parte de los jueces y se refirió a los motivos que justifican hacer un cambio de estos, resaltando que el respeto a los precedentes es pilar fundamental en el estado de derecho, basado en cuatro preceptos; seguridad jurídica, coherencia del sistema jurídico, igualdad (pues casos iguales deben ser resueltos de igual manera) y como medio de control del sistema judicial y la actividad jurídica. Frente a la necesidad de cambiar los precedentes, explicó que el juez siempre puede actualizar las normas a situaciones nuevas y la posibilidad de cambiar los precedentes es necesaria para corregir los errores pasados o ajustarse a las necesidades actuales de la sociedad. También mencionó cuáles son las reglas necesarias para apartarse del precedente:

¹⁷ "43- El respeto a los precedentes cumple funciones esenciales en los ordenamientos jurídicos, incluso en los sistemas de derecho legislado como el colombiano. Por ello, tal y como esta Corte lo ha señalado, todo tribunal, y en especial el juez constitucional, debe ser consistente con sus decisiones previas [54], al menos por cuatro razones de gran importancia constitucional. En primer término, por elementales consideraciones de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico, pues las normas, si se quiere que gobiernen la conducta de los seres humanos, deben tener un significado estable, por lo cual las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles. En segundo término, y directamente ligado a lo anterior, esta seguridad jurídica es básica para proteger la libertad ciudadana y permitir el desarrollo económico, ya que una caprichosa variación de los criterios de interpretación pone en riesgo la libertad individual, así como la estabilidad de los contratos y de las transacciones económicas, pues las personas quedan sometidas a los cambiantes criterios de los jueces, con lo cual difícilmente pueden programar autónomamente sus actividades. En tercer término, en virtud del principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. Y, finalmente, como un mecanismo de control de la propia actividad judicial, pues el respeto al precedente impone a los jueces una mínima racionalidad y universalidad, ya que los obliga a decidir el problema que les es planteado de una manera que estarían dispuestos a aceptar en otro caso diferente pero que presente caracteres análogos. Por todo lo anterior, es natural que, en un Estado de derecho, los ciudadanos esperen de sus jueces que sigan interpretando las normas de la misma manera, por lo cual resulta válido exigirle un respeto por sus decisiones previas.

44- El respeto al precedente es entonces esencial en un Estado de derecho; sin embargo, también es claro que este principio no debe ser sacralizado, puesto que no sólo puede petrificar el ordenamiento jurídico, sino que, además, podría provocar inaceptables injusticias en la decisión de un caso. Así, las eventuales equivocaciones del pasado no tienen por qué ser la justificación de inaceptables equivocaciones en el presente y en el futuro. O, en otros eventos, una doctrina jurídica o una interpretación de ciertas normas puede haber sido útil y adecuada para resolver ciertos conflictos en un determinado momento, pero su aplicación puede provocar consecuencias inesperadas e inaceptables en casos similares, pero en otro contexto histórico, por lo cual en tal evento resulta irrazonable adherir a la vieja hermenéutica. Es entonces necesario aceptar que todo sistema jurídico se estructura en torno a una tensión permanente entre la búsqueda de la seguridad jurídica -que implica unos jueces respetuosos de los precedentes- y la realización de la justicia material del caso concreto -que implica que los jueces tengan capacidad de actualizar las normas a las situaciones nuevas-."

“El cambio debe ser realizado por la propia corporación judicial que la formuló. Por tal razón el cambio en las doctrinas constitucionales sólo puede ser realizado por la Corte Constitucional. • Para que un cambio jurisprudencial no sea arbitrario “es necesario que el tribunal aporte razones que sean de un peso y una fuerza tales que, en el caso concreto, primen no sólo sobre los criterios que sirvieron de base a la decisión en el pasado sino, además, sobre las consideraciones de seguridad jurídica e igualdad que fundamentan el principio esencial del respeto del precedente en un Estado de derecho”. (Corte Constitucional, Sentencia SU-047 de 1999).

1.3.- Sentencias que analizaron el precedente sobre temas contencioso administrativos

Revisadas las sentencias que han servido de base a la jurisprudencia y al ordenamiento jurídico colombiano para soportar la institución del precedente a nivel constitucional en Colombia, procederemos ahora a examinar algunas de las sentencias que se han referido específicamente al precedente en la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

El legislador, siguiendo la interpretación del artículo 230 de la C.N. realizada por la Corte, entendiendo la importancia del precedente, teniendo en cuenta la valiosa herramienta en la que puede convertirse para la realización de los objetivos del Estado de derecho, ha venido incluyendo en diferentes leyes diversas normas que se refieren al precedente llegando incluso a regular la forma en que se debe aplicar por parte de las autoridades administrativas, algunas de ellas son: la Ley 1340 de 2009, por la cual se dictaban normas respecto a la protección de la competencia; la ley 1395 del 12 de julio de 2010, que adoptó medidas para la descongestión judicial; la Ley 1437 de 2011, por la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y la Ley 1564 de 2012, por la cual se adoptó el Código General del Proceso.

Si bien el legislador ha incluido en la Ley el concepto de precedente, su regulación no ha estado libre de controversia y varias de las normas han sido demandadas. Sobre las mismas se ha pronunciado la Corte Constitucional en sentencias de constitucionalidad, así: sentencia C-539 de 2011, C-816 de 2011 y C-588 de 2012. Con estas sentencias tendremos un panorama claro acerca del precedente en lo Contencioso Administrativo en Colombia.

En la sentencia C-539 de 2011, un ciudadano pidió la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 114¹⁸ (parcial) de la Ley 1395 de 2010 “Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial”. Para resolver el tema planteado la Corte reiteró su jurisprudencia en relación con la sujeción de las autoridades administrativas a la Constitución y la ley, y por tanto la obligación de las autoridades administrativas de acatar el precedente judicial; señaló, en ese sentido, que la fuerza vinculante del precedente judicial es para las autoridades.

La Corte reiteró en esta oportunidad que todas las autoridades, de carácter administrativo o judicial, de cualquier orden, nacional, regional o local, se encuentran sometidas a la Constitución y a la ley, y que, como parte de esa sujeción, las autoridades administrativas se encuentran obligadas a acatar el precedente judicial dictado por las Altas Cortes de la jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa y constitucional.

¹⁸ Artículo 114. Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros, para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contenciosa administrativa, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos

Luego de realizar un recuento de las sentencias más relevantes que ha dictado la Corte en lo que tiene que ver con la obligatoriedad de la sujeción de las autoridades administrativas al precedente, aprovecha la oportunidad para establecer que *“... la sujeción de las autoridades administrativas a la Constitución y a la ley, y en desarrollo de este mandato, el acatamiento del precedente judicial, constituye un presupuesto esencial del Estado Social y Constitucional de Derecho –art.1 CP-; y un desarrollo de los fines esenciales del Estado, tales como garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución –art.2-; de la jerarquía superior de la Constitución –art.4-; del mandato de sujeción consagrado expresamente en los artículos 6º, 121 y 123 CP; del debido proceso y principio de legalidad –art.29 CP; del derecho a la igualdad –art.13 CP-; del postulado de ceñimiento a la buena fé de las autoridades públicas –art.83 CP-; de los principios de la función administrativa –art. 209 CP-; de la fuerza vinculante del precedente judicial contenida en el artículo 230 superior; así como de la fuerza vinculante del precedente constitucional contenido en el artículo 241 de la Carta Política.”*

Nuevamente, como ya lo hemos visto en las sentencias analizadas, la Corte profundizó en el análisis del contenido del artículo 230 de la C.N. Sobre el particular manifestó: *“Una interpretación adecuada del imperio de la ley a que se refiere el artículo 230 constitucional, significa para la jurisprudencia constitucional que la sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley, no puede entenderse en términos reducidos como referida a la aplicación de la legislación en sentido formal, sino que debe entenderse referida a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, valores y objetivos, incluida la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales, la cual informa la totalidad del ordenamiento jurídico. ¹⁹”*.

¹⁹ A este respecto ha dicho la Corte: “14. La sujeción (...) al imperio de la ley, como se dijo anteriormente, no puede reducirse a la observación minuciosa y literal de un texto legal específico, sino que se refiere al ordenamiento jurídico como conjunto integrado y armónico de normas, estructurado para la realización de los valores y objetivos consagrados en la Constitución.” Sentencia C-486 de 1993. Ver también la sentencia C-836 de 2001.

Aquí la Corte estableció la obligatoriedad de respeto del precedente judicial por parte de las autoridades, al incluirlo dentro de los preceptos propios del debido proceso, pues si no es tenido en cuenta o se contraría lo dispuesto en el precedente se estaría vulnerando el debido proceso por parte de las entidades públicas que no lo apliquen, *“En cuanto al margen de libertad interpretativa de las autoridades administrativas, al momento de aplicar una norma a un caso en particular, ha señalado esta Corte que éstas se enfrentan a una gama de posibles interpretaciones, frente a las cuales deben aplicar la interpretación que se ajuste a la Constitución y a la ley, y que tal interpretación autorizada, última y unificada viene dada en materia legal por el máximo tribunal de casación en la jurisdicción ordinaria o Corte Suprema de Justicia, en el derecho administrativo por el Consejo de Estado y en materia constitucional por la Corte Constitucional. De esta manera, una vez establecida la interpretación de la ley y de la Constitución por los máximos Tribunales con competencias constitucionales y legales para ello, el operador administrativo se encuentra en la obligación de seguir y aplicar el precedente judicial, obligación que se torna absolutamente estricta cuando se trata de decisiones de control abstracto de constitucionalidad con efectos erga omnes.”*

En el año 2011 se expidió la Ley 1437, por medio de la cual se promulgó el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA). Aquí el legislador reguló e incorporó el precedente de forma directa a la normatividad contenciosa: lo hizo en los artículos 10, 102 y 269 a 271: Con estos artículos incluyó la aplicación uniforme de la jurisprudencia, la extensión de jurisprudencia y reguló el tema de las sentencias de unificación que puede dictar el Consejo de Estado como máximo órgano de su jurisdicción. Los artículos mencionados fueron objeto de demandas de constitucionalidad con las cuales se buscaba que la Corte Constitucional revisara las nuevas disposiciones a la luz de la Constitución. Las sentencias producto del análisis de la Corte

acerca del precedente en materia contencioso administrativa serán las últimas que analizaremos para poder dedicarnos de lleno al objeto de la presente investigación, pues con este recorrido jurisprudencial por la ruta que ha transitado el precedente en Colombia desde sus inicios constitucionales hasta su codificación en materia administrativa, tenemos los elementos suficientes para comprender la suma importancia del problema que se plantea con los efectos de la sentencia 46.947 de 2018 la cual cambió el precedente que venía aplicando el Consejo de Estado en los eventos de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad; las sentencias que analizaremos a continuación son C-634 de 2011, C-816 de 2011 y C-588 de 2012, estas son las decisiones con las que la Corte revisó y dio su interpretación sobre el tema, siendo éstas las únicas sentencias de constitucionalidad que hasta este momento se han ocupado de la revisión de los artículos referidos.

En la sentencia C-634, la Corte analizó la constitucionalidad del artículo 10 del CPACA recurriendo a los argumentos expresados en la sentencia C-539 de 2011, para declarar la exequibilidad de la norma demandada, sobre la base de que las autoridades administrativas están sometidas a un acatamiento estricto del precedente jurisprudencial. Señaló que en estas autoridades existe una exigencia de mayor intensidad de acatar el precedente constitucional, debido a que las normas constitucionales tienen el máximo nivel de jerarquía dentro del ordenamiento jurídico, por lo que están en la parte más alta en materia de fuentes del derecho, de tal manera que las decisiones que determinan su contenido y alcance son obligatorias para la Administración, en reconocimiento del artículo 243 de la Constitución que confiere efectos vinculantes y *erga omnes* a los fallos que dicta la Corte en control de constitucionalidad, que hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Los argumentos de estos fallos conforman la razón de la decisión y son fuente formal del derecho con carácter vinculante. En palabras de la Corte, "*Lo anterior trae como consecuencia necesaria que el*

grado de vinculatoriedad que tiene el precedente constitucional para las autoridades administrativas, tenga un grado de incidencia superior al que se predica de otras reglas jurisprudenciales. Ello debido, no la determinación de niveles diferenciados entre los altos tribunales de origen, sino en razón de la jerarquía del sistema de fuentes y la vigencia del principio de supremacía constitucional. En otras palabras, en tanto la Carta Política prevé una regla de prelación en la aplicación del derecho, que ordena privilegiar a las normas constitucionales frente a otras reglas jurídicas.”

Para finalizar el presente capítulo y en vista de que en las sentencias C-816 y C-588, se analizó el contenido del artículo 102²⁰ del CPACA, en la C 588 también se revisó la constitucionalidad de los artículos 269 y 270 del mismo código. Se hará de forma conjunta el análisis de estas dos sentencias, pues los argumentos de las dos son complementarios frente a la obligatoriedad del precedente.

Mediante la Sentencia C-816 de 2011, la Corte profirió una sentencia de constitucionalidad con exequibilidad condicionada, en los siguientes términos de su parte resolutive: *“Declarar exequibles los incisos primero y séptimo del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, entendiéndose que las autoridades, al extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado e interpretar las normas constitucionales base de sus decisiones, deben observar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia.”*²¹

²⁰ Art. 102 Ley 1437 de 2011 CPACA

²¹ C-816 de 2011, parte resolutive.

Sobre lo establecido por el inciso primero del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011 para que las autoridades extiendan los efectos de una sentencia de unificación dictada por el Consejo de Estado, la Corte dijo que se ajusta a la Constitución, pero que el legislador incurrió en una omisión legislativa al excluir las sentencias de la Corte Constitucional tanto en control abstracto como de unificación en materia de tutela, lo que violaba el artículo 241 y el 243 de la Constitución.

Añadió la Corte que la orden contenida en el inciso primero del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, de extender los efectos de las sentencias de unificación del Consejo de Estado, a casos basados en los mismos supuestos fácticos y jurídicos, *“es compatible con el concepto de la fuerza vinculante de las sentencias proferidas por las altas corporaciones de justicia como órganos de cierre jurisdiccional y responsables de la unificación de la jurisprudencia en sus respectivas jurisdicciones; además, la extensión administrativa de las sentencias de unificación se constituyen en instrumento de realización de la igualdad legal y de la adjudicación igualitaria del derecho que rige el ejercicio de la función administrativa (CP, arts 13 y 209). Por tal razón, la Corte encontró que esta disposición resulta compatible con la Constitución y, por ende, debía ser declarada exequible.”*

En la demanda que dio lugar a la sentencia C-588, el demandante manifestó que los artículos 102, 269 y 270 de la ley 1437 de 2011 eran violatorios de la constitución por no mencionar los precedentes de la Corte Constitucional en el mecanismo de extensión de jurisprudencia, sobre el tema la Corte recordó que la potestad de configuración legislativa, en desarrollo del artículo 150 de la Constitución faculta al legislador para establecer este tipo de procedimientos, pues al limitar las sentencias de unificación jurisprudencial para ser estas las que puedan aplicarse mediante el mecanismo de extensión jurisprudencial, no viola la constitución, por el contrario, el legislador al establecer un procedimiento claro para posibilitar que los ciudadanos puedan acudir a este

mecanismo está propendiendo por el derecho de igualdad, y los principios del debido proceso y confianza legítima, lo anterior teniendo en cuenta la constitucionalidad condicionada que fue declarada en la sentencia C-816 de la que ya hicimos mención.

“Resulta razonable que el Legislador, al regular los Procedimientos Administrativos, haya querido limitar el mecanismo de extensión administrativa de sentencias, a un tipo especial de ellas, las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado, de las que por su naturaleza se deriva un alto grado de seguridad y certeza. En efecto, es este órgano el definido por la Constitución como máximo tribunal de lo contencioso-administrativo y órgano de cierre del mismo (CP, 237), y como tal, ostenta el mandato de unificación jurisprudencial en su jurisdicción, condición que le imprime fuerza vinculante a determinadas decisiones que profiere. Restantes decisiones del tribunal supremo de lo contencioso administrativo, diferente de las de unificación, no cuentan con el poder vinculante de las anteriores, y para el Legislador son las sentencias unificadoras las que válidamente se hallan llamadas a dotar a esta jurisdicción y a la Administración en general de reglas de interpretación “claras, uniformes e identificables”, en virtud del mandato constitucional aludido”

La Corte reiteró la posición que ha sostenido acerca de la obligación que tienen los jueces y funcionarios de observar los precedentes que emiten las altas cortes con la consabida preferencia de aquellos que provienen de la labor de la Corte Constitucional cuando expida sentencias sobre la materia de análisis. Reconoce una vez más la existencia del precedente administrativo y resalta la labor del legislador de haber dotado de obligatorio el contenido de las sentencias de unificación jurisprudencial expedidas por el Consejo de Estado. El profesor (QUINCHE, 2016, pg. 39) menciona la clasificación del precedente hecha por la Corte Constitucional y la agrupa en 4 diferentes clases de precedente judicial, a) El precedente aplicable, b) El precedente horizontal, c) El precedente

vertical, y d) El precedente uniforme. Es necesario aclarar que esta investigación se orienta en torno a la aplicación y los efectos que se desprenden del segundo de los mencionados, el precedente horizontal, el cual según explica (SCHAUER F, 2013, pg. 51) *“Además de estar obligados a seguir las decisiones de los tribunales que están por encima de ellos de acuerdo con la jerarquía judicial, los tribunales también están obligados, aunque de manera menos obvia y a veces más controvertida, a seguir sus propias decisiones anteriores. Aquí la relación es horizontal, por cuanto la obligación es entre un tribunal ahora y el mismo tribunal en el pasado. El de los precedentes horizontales no es, entonces un problema de tribunales superiores e inferiores, sino una jerarquía artificial o impuesta del pasado al futuro. La decisión pasada es superior no porque provenga de un tribunal superior, sino porque fue anterior. Esta obligación de un tribunal de seguir sus propias decisiones anteriores es conocida como stare decisis, frase latina que significa “quédese con lo decidido”. Se trata de un modo distinto de limitación por medio de los precedentes: bajo la doctrina del stare decisis, se espera que un tribunal resuelva cuestiones de la misma manera que él las ha decidido en el pasado, aun si los miembros del tribunal han cambiado, o si los mismos miembros cambiaron sus opiniones.”*

Como hemos visto el precedente en Colombia, como lo conocemos hoy en día, inició de la mano de la interpretación de la Constitución que hiciera la Corte, conforme la idea del precedente fue tomando fuerza dentro del ámbito jurídico local, se fue introduciendo en la Ley al principio de forma tímida, luego el legislador terminó por incluir la figura del precedente en la Ley; se incorporó en la Ley 1340 de 2009, por la cual se dictaban normas respecto a la protección de la competencia, la ley 1395 del 12 de julio de 2010, que tenía como propósito adoptar medidas para la descongestión judicial, la Ley 1437 de 2011, por la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y, por último, la Ley 1564 de 2012, por la cual se adoptó el Código General del Proceso. En el CPACA, se estableció la obligatoriedad del precedente con la consagración

de las sentencias de unificación, con la claridad hecha en la norma de que basta una sola sentencia del Consejo de Estado para que ésta se convierta en precedente, siempre y cuando se trate de una sentencia de unificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 270 de dicho cuerpo normativo.

En Colombia, según lo dispuesto en los artículos 270²² y 271²⁴ de Ley 1437, sólo se necesita una sentencia de unificación del Consejo de Estado para que ésta se convierta en precedente y su contenido se torne en obligatorio.

Ahora bien, teniendo claro que el Consejo de Estado puede dictar sentencias de unificación²⁶, que se convierten en precedente obligatorio para él mismo y los jueces de inferior categoría; podemos entrar a hablar de los cambios establecidos en la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad que introdujo el máximo tribunal de lo contencioso con la decisión 46.497 de 15 de agosto de 2018, con la cual dio un vuelco a la responsabilidad del Estado en estos casos. Para esto revisaremos brevemente las posiciones anteriores que esgrimió el mismo Consejo de Estado, cuáles

²² Artículo 270. Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia o precisar su alcance o resolver las divergencias en su interpretación y aplicación; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1995, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.

²⁴ Artículo 271. Por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar o unificar jurisprudencia o precisar su alcance o resolver las divergencias en su interpretación y aplicación que ameriten la expedición de una sentencia o auto de unificación jurisprudencial, el Consejo de Estado podrá asumir conocimiento de los asuntos pendientes de fallo o de decisión interlocutoria. Dicho conocimiento podrá asumirse de oficio; por remisión de las secciones o subsecciones del Consejo de Estado, o de los tribunales; a solicitud de parte, o por solicitud de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado o del Ministerio Público. Los procesos susceptibles de este mecanismo que se tramiten ante los tribunales administrativos deben ser de única o de segunda instancia.

En estos casos, corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictar sentencias y autos de unificación jurisprudencial sobre los asuntos que provengan de sus secciones. Las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictarán sentencias y autos de unificación en esos mismos eventos, en relación con los asuntos que provengan de las subsecciones de la corporación, de los despachos de los magistrados que las integran, o de los tribunales, según el caso. Las decisiones que pretendan unificar o sentar jurisprudencia sobre aspectos procesales que sean transversales a todas las secciones del Consejo de Estado, solo podrán ser proferidas por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

²⁶ Estas sentencias se pueden extender a otros casos para evitar la litigiosidad en masa. Sobre ello, véase Díaz, Cristian: El precedente en el derecho administrativo, Medellín: Librería Jurídica Sánchez, p. 152 y ss. Especialmente, véase la propuesta del mismo autor de un sistema “de vinculación flexible y persuasiva a los precedentes” para el derecho administrativo: Díaz, C., ob. cit. p. 222 y ss.

fueron los motivos empleados por la entidad para el cambio de precedente y qué fue lo que estableció esta nueva regla para la decisión de los procesos de reparación directa por privación injusta de la libertad en Colombia.

2.- Evolución de la responsabilidad del estado por privación injusta de la libertad en Colombia

En nuestro país, la evolución de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad se puede dividir en cuatro fases: el Consejo de Estado sentencia dictada dentro del proceso con radicado 38.430 de siete (07) de julio de dos mil dieciséis (2016) del Consejero JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, resumió las tres posiciones que hasta ese momento se habían dado en el país²⁷.

2.1- Primera etapa.

“En la primera etapa se consideró que debía aplicarse la teoría subjetiva o restrictiva, según la cual, esa responsabilidad estaba condicionada a que la decisión judicial de privación de la libertad fuera abiertamente ilegal o arbitraria, es decir, que debía demostrarse el error judicial”.

También se sostuvo que dicho error debía ser producto *“de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, previa una valoración seria y razonable de las distintas circunstancias del caso”*.

²⁷ No se incluye la cuarta en el extracto de la sentencia, pues es la actual y esta empezó después de agosto de 2018 y a ella nos vamos a referir más adelante

Así las cosas, tal declaratoria de responsabilidad procedía porque la privación de la libertad fue ilegal, porque la captura se produjo sin que la persona se encontrara en situación de flagrancia o porque se realizó sin orden judicial previa. Dijo entonces el Consejo de Estado:

“Ella [la sindicada] fue retenida en el curso de la investigación relacionada con el aludido secuestro; y del hecho de que hubiera sido absuelta al final no puede inferirse que fue indebida su retención. La justificación de la medida aparece plausible y nada hace pensar que en ella mediarán circunstancias extralegales o deseos de simple venganza.

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.”²⁸

2.2.- Segunda etapa

En una segunda etapa el Consejo de Estado consideró que la privación injusta de la libertad por “error judicial” comprendía casos diferentes a los contemplados en el artículo 414²⁹ del Código de Procedimiento Penal³⁰, eventos aquellos en los cuales la víctima debe demostrar lo injusto de su detención toda vez que en los del artículo 414 se presumen:

²⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 25 de julio de 1994, expediente: 8666.

²⁹ Decreto 2700 de 1991, 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.

³⁰ Otros casos de detención injusta, distintos de los tres previstos en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, podrían ser, por vía de ejemplo, los siguientes: detención por delitos cuya acción se encuentra prescrita; detención por un delito que la legislación sustrae de tal medida de aseguramiento; detención en un proceso promovido de oficio, cuando

“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.”

2.3.- Tercera etapa

En la tercera etapa, que es la que ahora abandona el Consejo de Estado con la nueva postura, se sostenía que había lugar a determinar la responsabilidad patrimonial del Estado por la privación injusta de la libertad, cuando el proceso penal terminaba con sentencia absolutoria (o preclusión de la investigación), incluyendo el evento del *in dubio pro reo*, aunque para la privación se hayan cumplido todas las exigencias legales ya que se entendía que estábamos frente a un actuar desproporcionado, inequitativo y que rompía con las cargas públicas soportables por una persona dentro del Estado Social de Derecho, ya que se limitaba el derecho a la libertad de una persona para luego absolverlo del cargo que se le imputó. Bajo esta postura se entendía que la privación de la libertad sólo debería ser consecuencia de una sentencia condenatoria, con el fin de proteger el principio universal de la presunción de inocencia establecido en el artículo 29 de la Constitución.

2.4.- Cuarta etapa

el respectivo delito exige querrela de parte para el ejercicio de la acción penal, etc.

Con la sentencia de unificación 46.497 del Consejo de Estado, inicia la cuarta fase de la responsabilidad por privación injusta de la libertad en Colombia, pero antes de entrar de lleno a analizar lo que dispuso dicha providencia es necesario mencionar una sentencia de unificación proferida por la Corte Constitucional. Se trata de la SU-072 de 2018, en la cual la Corte analizó la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad con motivo de la revisión de dos tutelas contra providencia judicial en las que, de manera independiente, la Fiscalía y un particular presentaron acciones de tutela en contra de dos providencias del Consejo de Estado en las que éste había decidido acciones de reparación directa por privación injusta de la libertad.

La Fiscalía argumentó que el Consejo de Estado - Sección Tercera vulneró sus derechos fundamentales, al aplicar un régimen de responsabilidad objetiva al momento de definir responsabilidades en los procesos de reparación directa, cuando se trata de casos en los que el procesado es absuelto por *in dubio pro reo*. Sostuvo la Fiscalía que la entidad falladora incurre en un defecto sustantivo en casos de privación injusta de la libertad cuando el investigado es absuelto por aplicación del principio *in dubio pro reo*. En la otra acción de tutela escogida por la Corte, los accionantes alegaron que la autoridad accionada había incurrido en un defecto orgánico, al decidir en primera instancia un caso que inicialmente se le había otorgado a un Juzgado Administrativo y, en un defecto fáctico al no tener en cuenta todas las pruebas arrimadas a proceso. Manifestaron que el Consejo de Estado, al resolver el proceso de reparación directa promovido por la privación injusta de la libertad de la señora Blanca Gómez de García —que fue absuelta por atipicidad subjetiva—, no había tenido en cuenta su propia jurisprudencia, en especial sus propios fallos de unificación, según los cuales la responsabilidad del Estado en tales casos es objetiva, por lo que no era posible declarar probada la excepción de culpa exclusiva de la víctima para eximir de responsabilidad a las entidades demandadas.

En la sentencia SU-072 la Corte estableció que determinar la responsabilidad del Estado bajo un régimen de responsabilidad objetiva en los procesos de reparación directa por privación injusta de la libertad siempre que se demande por haberse obtenido la absolución basada en el principio *in dubio pro reo*, era desconocer la sentencia C-037/96, pues al adoptar estas decisiones basadas en un régimen de responsabilidad objetiva se desconocía el precedente establecido en la referida sentencia, ya que se estaba obviando el análisis de la conducta del procesado por parte del juez de lo contencioso administrativo. Con esto no quiso la Corte dejar por fuera los eventos de responsabilidad objetiva en eventos de responsabilidad por privación injusta de la libertad, los cuales, estableció en principio como aquellos casos en los cuales el comportamiento no existió o la conducta es considerada atípica. Es decir, que la responsabilidad del Estado en materia de privación injusta de la libertad no se define a partir de título de imputación único y excluyente (objetivo o subjetivo), dado que éste obedece a las particularidades de cada caso. Es claro, entonces, que la Corte Constitucional con esta sentencia SU, termina con la responsabilidad objetiva por privación injusta de la libertad en los eventos en los que la decisión que lleve a la terminación del proceso penal se haya basado en el principio *indubio pro reo*. Con esta sentencia de unificación de tutela, entonces, se sella el principio del final de la tercera etapa de la responsabilidad por privación injusta de la libertad en Colombia, pues en ella se tutelaron los derechos de la Fiscalía y se le ordenó al Tribunal Administrativo de Córdoba que dictara sentencia nuevamente, pero sin la posibilidad de acudir a un régimen de responsabilidad objetivo para tomar la decisión. Adicionalmente, se le recordó al Consejo de Estado que el artículo 90 de la C.N. no establece un régimen de imputación estatal específico, sino que es el juez, en virtud del principio *iura novit curia*, el que debe elegir bajo cual régimen de imputación va a decidir el proceso, teniendo claro que la responsabilidad del Estado deberá tramitarse preferentemente bajo el título de imputación de falla en el servicio y las

actuaciones de la Administración deberán, en el supuesto de privación injusta de la libertad, de examinarse a la luz de lo dispuesto en el artículo 90 de la C.N. para que se pueda predicar si el daño derivado de la actuación de la Administración deviene en antijurídico y debe ser indemnizado por el Estado.

Siguiendo la recomendación hecha por la Corte Constitucional, se dictó la sentencia de unificación 46.497 de 15 de agosto de 2018, en la que se da un giro a la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, pues desde ese fallo hacia adelante se cambió el régimen de responsabilidad por este tipo de hechos en Colombia; se migró de un sistema de responsabilidad objetivo a uno subjetivo con la salvedad de algunos pocos eventos en los que se mantiene la responsabilidad objetiva por privación injusta de la libertad. Antes del fallo 46.497 sólo era necesario probar el hecho de la privación de la libertad y la posterior declaratoria de inocencia hacia el procesado por parte de la autoridad competente o la preclusión de la investigación, para que se pudiera predicar la responsabilidad de la Fiscalía y/o de la Rama Judicial, pues dependiendo del sistema penal bajo el que se hubiera adelantado la investigación y el juzgamiento, la responsabilidad podría recaer en una de estas entidades. Esto ha venido cambiando con la adopción de la ley 906, que introdujo el sistema penal acusatorio a nuestro país, pues en este sistema es el juez de control de garantías el que ordena, a petición de la Fiscalía, la reclusión o no del procesado, por lo que la eventual declaratoria de la injusticia de una privación de la libertad recae casi exclusivamente en quien la ordena ya que corresponde al juez velar por el cabal cumplimiento de los requisitos exigidos en la ley para que se pueda privar a un ciudadano de la libertad.

Ahora bien, teniendo claros los antecedentes jurisprudenciales que llevaron al Consejo de Estado a dictar sentencia de unificación para adaptar su jurisprudencia sobre responsabilidad del Estado en

materia de privación injusta de la libertad a lo dispuesto por la Corte Constitucional, se hace necesario entrar a analizar el nuevo precedente establecido por el máximo tribunal de lo contencioso en la sentencia 46.947 de 2018. En este proceso una ciudadana y su grupo familiar interpusieron demanda de reparación directa en contra de la Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación, debido a que a la accionante, se le vinculó a un proceso penal por parte de la Fiscalía y se le dictó medida de aseguramiento por parte del juez de control de garantías por los delitos de trata de personas y concierto para delinquir; finalmente la Fiscalía optó por dictar la preclusión de la investigación pues la conducta por la que se investigaba a la accionante era una conducta que no estaba tipificada.

En esta sentencia el Consejo de Estado, haciendo caso a lo establecido por la Corte Constitucional para apartarse del precedente, realizó una amplia exposición del precedente anterior —basado, entre otros pronunciamientos, en la sentencia 23.354 de 17 de octubre de 2013³¹— para explicar por qué no podía seguir aplicándose el mismo y dio los argumentos según los cuales no puede seguir imperando dicho precedente; en el mismo fallo trazó los primeros derroteros del nuevo precedente.

3.- El nuevo precedente en materia de responsabilidad del estado por privación injusta de la libertad - sentencia 46.947 de 2018.

En la sentencia 46.947 de 15 de agosto de 2018 el Consejo de Estado hizo un recuento de las líneas jurisprudenciales por las que se ha movido esta corporación en lo que a Privación Injusta de la Libertad se refiere desde la entrada en vigor de la Constitución; es importante resaltar que dicha evolución se debe en gran parte al hecho de que con el artículo 90 de la C.N. se constitucionalizó la

³¹ Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez, Demandante Luis Carlos Orozco, Demandado Fiscalía General de la Nación

responsabilidad del Estado en Colombia, así lo explica (BOTERO E, 2014 pg.36) *“De modo que, en materia de daños y, concretamente, en la responsabilidad extracontractual del Estado, el derecho colombiano ha ostentado una clara connotación de derecho viviente, comoquiera que a la luz del artículo 90 de la Carta Política, sin necesidad de acudir a disposiciones de derecho civil, se ha construido un andamiaje jurídico que conocemos como el “derecho administrativo de la responsabilidad extracontractual del Estado”, que contiene conceptos, instituciones y hermenéuticas propias que lo distinguen de cualquier otra rama del ordenamiento jurídico, incluida la responsabilidad civil”*. Esto ha hecho que conforme se han desarrollado las instituciones de la responsabilidad estatal, el Consejo de Estado haya variado su posición frente al tema, que como se explicó anteriormente está viviendo su cuarta etapa.

En la decisión se analiza en extenso del precedente de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad en Colombia precedente vigente al momento de emitir sentencia; el cual corresponde a la tercera etapa de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad analizada anteriormente, en esta se basó la responsabilidad del Estado en esta materia en un criterio objetivo. Según dicha interpretación, sólo era necesario que el demandante acreditara la causación de un daño antijurídico, correspondiente a un evento de privación injusta de la libertad y que ese detrimento resultase imputable a la acción o a la omisión de la autoridad judicial respectiva para que se pueda predicar la responsabilidad de la Administración, pues para el Consejo de Estado no era necesaria la ocurrencia de un error jurisdiccional, de un defectuoso funcionamiento de la Administración de justicia o una falla en el servicio para que se reconociera la responsabilidad de las entidades demandadas, tal como estaba establecido en la Ley 270 de 1996³². Esto era así, pues

³² DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DE SUS FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS JUDICIALES
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.

entendía el alto tribunal, que —como lo afirmó en sentencia de unificación 46.947 citando sentencia de octubre de 2013—, *“la injusticia de la privación de la libertad no deriva de la antijuridicidad o de la ilicitud del proceder del aparato judicial o de sus funcionarios, sino de la consideración consistente en que la víctima no se encuentra en el deber jurídico de soportar los daños que le irroga una detención mientras se adelantan la investigación o el correspondiente juicio penal pero que a la postre culmina con la decisión absolutoria o pronunciamiento judicial equivalente que pone en evidencia que el mismo Estado que ordenó esa detención no pudo desvirtuar la presunción constitucional de inocencia que siempre al (sic) afectado: antes, durante y después de los aludidos investigación o juicio de carácter penal.”*

Con esta tesis, el Consejo de Estado no descartó la posibilidad de la aplicación del régimen de falla del servicio- Si bien el régimen objetivo fue el que imperó en esta tercera fase de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, en algunos casos se logró determinar la responsabilidad del Estado con base en el régimen de responsabilidad de falla en el servicio, el cual se convirtió en el régimen de aplicación excepcional³³ ya que se relegó la exigencia contenida en el

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

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

ARTÍCULO 67. PRESUPUESTOS DEL ERROR JURISDICCIONAL. El error jurisdiccional se sujetará a los siguientes presupuestos:

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

ARTÍCULO 68. PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios

³³ Bajo la vigencia del precedente de 2013, el Consejo de Estado, Sección Tercera, en lo que tiene que ver con los presupuestos para declarar la responsabilidad del Estado derivada de la privación injusta de la libertad, había desarrollado una jurisprudencia consolidada, estable y reiterada, a partir de la interpretación y alcance del artículo 90 de la Constitución Política, del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 –Código de Procedimiento Penal- y de la Ley 270 de 1996. Basado en la responsabilidad objetiva, por lo que los jueces y tribunales cumplían con lo que mandaba el precedente; en sentencia 46958 de 23 de octubre de 2017, magistrada ponente Marta Nubia Velásquez Rico, se hace referencia a la forma en la que se decidían los procesos por privación injusta de la libertad, así:

“En este sentido, de manera general, la jurisprudencia de la Sala ha acudido a la aplicación del régimen objetivo de responsabilidad y se impone su declaración en todos los eventos en los cuales el implicado correspondiente que ha sido privado de la libertad es absuelto o se precluye la investigación a su favor, cuando en el proceso que haya dado lugar a su

artículo 90 de la C.N. de demostrar la antijuridicidad del daño, y bastó únicamente con demostrar la existencia del “daño” la privación de la libertad para que se predicara la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Se sostenía por parte del Consejo de Estado que no era viable para las demandadas defenderse con la causal de exoneración de responsabilidad. Según lo expresó en la sentencia bajo análisis “(...) *la Sección Tercera de esa época consideró que no necesariamente se debía realizar un análisis de una falla constitutiva de error jurisdiccional o de un defectuoso funcionamiento de la Administración de justicia, en el marco de los asuntos de privación de la libertad que culminan con una decisión judicial diferente a la sentencia condenatoria, sea cual fuere el sustento fáctico y, en su lugar, estimó suficiente la acreditación del daño, esto es, la privación de la libertad; no obstante, dicho planteamiento se exhibió en esa sentencia como regla general que admitía la posibilidad de que, en asuntos particulares, concurrieran elementos que permitieran declarar la responsabilidad del Estado por falla en el servicio.*”

Uno de los pilares sobre los que se fundó el precedente de octubre de 2013 fue el principio de la presunción de inocencia. Para el Consejo de Estado en su posición anterior, el hecho de que alguien fuere privado de la libertad y luego declarado inocente atentaba contra la presunción constitucional

detención o restricción de la libertad se determine que: i) el hecho no existió; ii) el sindicado no lo cometió y/o iii) la conducta es atípica, siempre y cuando no hubiere mediado una falla en el ejercicio de la función jurisdiccional en cuyo caso deberá aplicarse un régimen subjetivo de responsabilidad.

En este orden de ideas, aunque la privación de la libertad se hubiere producido como resultado de la actividad investigativa correctamente adelantada por la autoridad competente e incluso cuando se hubiere proferido la medida de aseguramiento con el lleno de las exigencias legales, lo cierto es que si el imputado no resulta condenado, se abre paso el reconocimiento de la obligación, a cargo del Estado de indemnizar los perjuicios irrogados al particular, siempre que este no se encuentre en el deber jurídico de soportarlos, cosa que puede ocurrir, por vía de ejemplo, cuando el hecho exclusivo y determinante de la víctima da lugar a que se profiera, en su contra, la medida de detención preventiva”

de inocencia³⁴; frente a la afectación de la presunción de inocencia por la medida de aseguramiento, el Consejo de Estado aclaraba que:

“No obstante, es necesario rectificar la tesis conforme a la cual la medida de aseguramiento de detención preventiva, aun cuando constitucional, pugna con la presunción de inocencia, en primer lugar, porque la libertad no es un derecho absoluto (como luego se expondrá -ver infra, numeral 4.4.) y, en segundo lugar, por cuanto aquella forma de restricción de la libertad no tiene relación alguna con esta última presunción, ni mucho menos comporta un desconocimiento de la misma, ya que, en la medida en que durante el proceso penal no se profiera una sentencia condenatoria, la inocencia del implicado se mantiene intacta; por consiguiente, si la terminación del proceso responde a su preclusión y si, por igual razón, la inocencia de la persona se sigue presumiendo, no hay cabida a hablar de un daño (mucho menos antijurídico) ni de una privación injusta de la libertad sobre la cual se pueda edificar un deber indemnizatorio fundamentado exclusivamente en la vulneración de dicha presunción.”

“...lo que sí se quiere poner de presente, por un lado, es que las medidas a través de las cuales se puede restringir la libertad son, igualmente, de carácter constitucional, si se tiene en cuenta que el

³⁴ “Además, desde la perspectiva de la presunción constitucional de inocencia resultaría abiertamente contradictorio sostener, de una parte, que en materia penal al procesado que estuvo cautelarmente privado de su libertad y que resultó absuelto y, por tanto, no condenado –cualquiera que hubiere sido la razón para ello, incluida, por supuesto, la aplicación del principio in dubio pro reo, pues como lo ha indicado la Sección Tercera, no existen categorías o gradaciones entre los individuos inocentes (total o parcialmente inocentes) – el propio Estado lo debe tener como inocente para todos los efectos, acompañado siempre por esa presunción constitucional que jamás le fue desvirtuada por autoridad alguna y por lo cual no podrá registrarse anotación en sus antecedentes judiciales con ocasión de ese determinado proceso penal; sin embargo, de otra parte, en el terreno de la responsabilidad patrimonial, ese mismo Estado, en lo que constituiría una contradicción insalvable, estaría señalando que el procesado sí estaba en el deber jurídico de soportar la detención a la cual fue sometido, cuestión que pone en evidencia entonces que la presunción de inocencia que le consagra la Constitución Política en realidad no jugaría papel alguno –o no merecería credibilidad alguna– frente al juez de la responsabilidad extracontractual del Estado e incluso, en armonía con estas conclusiones, se tendría que aceptar que para dicho juez tal presunción sí habría sido desvirtuada, aunque nunca hubiere mediado fallo penal condenatorio que así lo hubiere declarado.”

artículo 28 de la Carta Política dispone que las personas pueden ser detenidas o arrestadas en virtud de mandato escrito del juez, “con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley” y, por otro lado, que la detención, a propósito de su carácter preventivo y excepcional, se impone con estricto cumplimiento de los requisitos que ella exige, mientras se define la responsabilidad del investigado.”

En conclusión, bajo la vigencia del precedente anterior sólo era necesario probar la ocurrencia de una privación de la libertad y la terminación del proceso penal sin sentencia condenatoria, sin importar la razón por la que se hubiere tomado tal decisión, para que el privado de la libertad pudiera exigir y obtener el pago de una indemnización por parte de la Nación, así la medida de aseguramiento hubiese sido dictada conforme a la Ley; se tenía por antijurídico el solo hecho de la privación de la libertad, por lo que no se debía analizar —tal como lo había exigido la Corte Constitucional en sentencia C-037 de 96— si la conducta del investigado había tenido incidencia en la imposición de la medida.³⁵

3.1 – Reafirmando el precedente - tutela en contra de la sentencia 46.947 y sentencia de remplazo 46.947 A

³⁵ En sentencia T – 045 de 2021, sobre el particular la Corte se refirió lo siguiente: “37. La sentencia del 2013 confería un alcance equivocado a la presunción de inocencia. La sentencia de 2018 del Consejo de Estado rectificó la tesis conforme a la cual la medida de aseguramiento de detención preventiva, pese a ser constitucional, pugna con la presunción de inocencia. Primero, el Consejo de Estado dispuso que la libertad no es un derecho absoluto. Y segundo, consideró que la restricción de la libertad como medida de aseguramiento no tiene relación alguna con la presunción de inocencia pues hasta que no se profiera una sentencia condenatoria, la inocencia del implicado se mantiene intacta. Con relación a este punto el Consejo de Estado precisó que el derecho a la libertad es fundamental y su restricción es excepcional. Sin embargo, la misma Constitución (art. 28) dispone que las personas pueden ser detenidas o arrestadas en virtud de mandato escrito del juez, “con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley”. Es por esto que la detención debe atender al estricto cumplimiento de los requisitos que la ley exige, mientras se define la responsabilidad del investigado. En otras palabras, si el juez de la reparación directa verifica que se cumplieron los deberes y exigencias convencionales, constitucionales y legales que corresponden al Estado para privar provisionalmente de la libertad a una persona -como aquellos de que tratan los artículos 28 y 250 constitucionales “mal puede imponer una condena en contra de este último”.

La sentencia 46.947 fue objeto de acción de tutela por parte de los demandantes, quienes por esa vía manifestaron su desacuerdo con lo decidido por el Consejo de Estado en segunda instancia, en la se negaron las pretensiones de los demandantes. En concreto, el fallo se basó en la culpa exclusiva de la víctima como causal eximente de la responsabilidad de las entidades demandadas: si bien la conducta de la demandante fue considerada como atípica por el juez penal, la Sección Tercera determinó que la demandante tuvo la culpa de ser detenida, pues su conducta preprocesal, (la misma por la que ya había sido declarada inocente penalmente), fue la causa eficiente de la privación de su libertad, y, en consecuencia, del daño cuya indemnización pretendía.

Los demandantes vencidos en el proceso administrativo, no contentos con los fundamentos de la decisión del Consejo de Estado, acudieron a la acción constitucional para intentar dejar sin efecto el fallo mencionado y que se les concedieran las pretensiones incoadas en la demanda. Fundaron la acción de tutela en la violación a los derechos fundamentales de debido proceso y presunción de inocencia al haberse dado por probada la culpa exclusiva de la víctima dentro del proceso de reparación directa, sin tener en cuenta que la jurisdicción penal previamente había declarado inocente a la demandante. En el caso puntual, se alegó por los recurrentes que a la víctima de la privación se le absolvió del proceso penal adelantado bajo el argumento de que su conducta no constituía delito, por lo que no era posible para el juez administrativo entrar a valorar nuevamente la conducta desplegada por la tutelante, para determinar que su detención se había debido a la conducta desplegada por ésta. Se alegó además por parte de los recurrentes, que el caso debía fallarse bajo un régimen de responsabilidad objetiva pues la conducta por la que privaron de la libertad a la demandante no constituía delito, según lo preceptuado por la Ley penal colombiana.

La tutela fue negada en primera instancia por considerar que la Sección Tercera del Consejo de Estado no había incurrido en ninguna de las causales alegadas al momento de emitir el fallo. La decisión fue apelada y en segunda instancia la misma Sección Tercera, subsección B del Consejo de Estado, tuteló el derecho fundamental al debido proceso de los accionantes, dejando sin efectos el fallo 46.497 de 15 de agosto de 2018 ordenando que se emitiera un fallo de remplazo.

Los fundamentos para la decisión fueron los siguientes:

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

“La valoración de la conducta preprocesal es competencia exclusiva del juez penal. Si el juez de la responsabilidad estatal concluye que la detención de la demandante fue generada por su propia conducta, no sólo invade competencias de otras jurisdicciones, sino que desconoce la decisión penal absolutoria porque implica considerar, de acuerdo con una de las líneas jurisprudenciales antes expuestas, que al desplegar su conducta obró como sospechosa de estar cometiendo un delito y determinó que la Fiscalía abriera la investigación y ordenara su detención”³⁶.

Conforme a lo decidido en la acción de tutela examinada, la Sección Tercera del Consejo de Estado procedió a dictar fallo de remplazo, en el expediente 46.947 dando lugar a la sentencia 46947 A; en esta oportunidad, se hizo un análisis de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la

³⁶ Sentencia de tutela de 15 de noviembre de 2019. Sección Tercera Subsección B, Radicado 11001-03-15-000-2019-00169-01.

libertad partiendo del daño, el cual se comprobó con la detención sufrida por la demandante; en segundo lugar se procedió a revisar la antijuridicidad de ese daño, para lo cual se realizó el examen de la medida de aseguramiento que le fue impuesta a la demandante. Y sobre esta, expresó la Sala:

“Así las cosas, resulta evidente que la medida restrictiva de la libertad impuesta a la citada señora, con independencia del debate relacionado con la normativa que gobernaba el asunto, no desbordó los criterios de proporcionalidad ni de razonabilidad inherentes a la adopción de este tipo de decisiones, toda vez que existían varios indicios serios de responsabilidad y pruebas en su contra que la justificaban, tal como se ha revelado.”³⁷

Agregó la Sala, que como la libertad de la demandante se dio como consecuencia del vencimiento de términos, no se vislumbró ninguna falla en el servicio, por lo que no es viable condenar a las entidades demandadas al pago de reparación alguna. Así pues, no se hace necesario realizar análisis alguno acerca de la culpa exclusiva de la víctima pues el análisis de la privación injusta de la libertad, según la subsección que emite el fallo, no se puede llevar más adelante al no haberse encontrado falla alguna.

“Finalmente, como lo revela el análisis precedente, no se hace necesaria la valoración de la culpa exclusiva de la víctima, como causal eximente de responsabilidad, tal como lo indicó el fallo de tutela que ha ordenado emitir este nuevo pronunciamiento, toda vez que en el presente asunto no se superó el supuesto de acreditar el título de imputación, aspecto que es necesario para el análisis ordenado, y que tal como lo mencionó el mismo juez del amparo, escapa al ámbito de esa decisión.”

³⁷ Sentencia de 6 de agosto de 2020. Sección Tercera Subsección A, Radicado 66001-23-31-000-2011-00235-01(46947)A.

3.2.- El nuevo precedente judicial de la responsabilidad del estado por privación injusta de la libertad

El Consejo de Estado en el nuevo precedente, entonces, establece la necesidad de examinar *“la participación o incidencia de la conducta del demandante en la generación del daño alegado resulta preponderante, se torna necesario que el juez verifique, incluso de oficio, si quien fue privado de la libertad actuó, desde el punto de vista civil, con culpa grave o dolo, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva”*. Esto, se puede considerar como una forma de darle aplicación al principio general del derecho⁴⁰ *“Nemo auditur propriam turpitudinem allegans”*⁴¹ (nadie puede alegar en su favor su propia culpa ni su propia torpeza), pues entiende el Consejo de Estado que, si la investigación penal se inicia por la actuación aparentemente irregular del procesado, no debe responder la Administración pues habría sido el ciudadano el que con su propia actuación hizo necesaria la intervención de los órganos del Estado. Dichas acciones deben ser examinadas a la luz de lo establecido en el artículo 63 del Código Civil⁴², norma en la que se explica la culpa civil, sus grados y elementos; con lo que se le ordena al

⁴⁰ Para el Profesor Hernán Valencia Restrepo, en su libro *Nomoárquica, Principialística Jurídica o Los Principios Generales del Derecho*, *“Los principios jurídicos deberían denominarse con la máxima propiedad y en toda pureza de verdad principios normativos del derecho o, si se prefiere, normas principales del derecho, por cuanto rigurosamente eso son: normas fundamentales, imperativas, universales, tópicas, axiológicas, implícitas o explícitamente positivas, que preceptúan o regulan cómo y con qué debe crearse, interpretarse e integrarse el derecho”*

⁴¹ El Abogado Carlos Medellín, en su libro *La Interpretatio Iuris y los principios generales del derecho*, recopila la utilización de los principios generales hechos por las altas cortes, sobre el mencionado principio resalta la utilización de este en la jurisprudencia del Consejo de Estado, en sentencia de 29 de noviembre de 1996, expediente 04746, C.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta se refirió a dicho principio así:

*“[...] en aplicación del aforismo romano *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, que consagra el principio universal en materia jurídica de que nadie puede alegar en su favor su propia culpa ni su propia torpeza, la Sala habrá de confirmar el fallo apelado en todas sus partes”*

⁴² Artículo 63 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 levisimo 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.

juez de lo contencioso que realice un análisis que vaya más allá de lo que se prueba en el proceso administrativo teniendo que entrar a realizar juicios de valor sobre la conducta procesal de quien fue detenido.

La *ratio decidendi*⁴³ del fallo en cuestión, que según la Corte Constitucional puede ser el mismo precedente, la establece el Consejo de Estado así: *“En consecuencia, procede la Sala a modificar y a unificar su jurisprudencia en relación con los casos cuya litis gravita en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por privación de la libertad, en el sentido de que, en lo sucesivo, cuando se observe que el juez penal o el órgano investigador levantó la medida restrictiva de la libertad, sea cual fuere la causa de ello, incluso cuando se encontró que el hecho no existió, que el sindicato no cometió el ilícito o que la conducta investigada no constituyó un hecho punible, o que la desvinculación del encartado respecto del proceso penal se produjo por la aplicación del principio in dubio pro reo, será necesario hacer el respectivo análisis a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, esto es, identificar la antijuridicidad del daño.*

Adicionalmente, deberá el juez verificar, imprescindiblemente, incluso de oficio, si quien fue privado de la libertad actuó, visto exclusivamente bajo la óptica del derecho civil, con culpa grave o dolo, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva.”

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

⁴³ La *ratio decidendi* de una providencia, puede ser un precedente de aplicación vinculante en un caso posterior, para un juez o una autoridad determinada. Esta relación entonces, entre una y otra figura, es lo que ha favorecido que se usen comúnmente los dos conceptos como semejantes, - *ratio decidendi* y precedente. Usualmente se dice que el precedente es la sentencia anterior que es pertinente para resolver una cuestión jurídica y lo que tiene fuerza vinculante es su *ratio decidendi*. De ahí que, en sentido técnico, lo que tiene valor de precedente es la *ratio decidendi* de la(s) sentencia(s) pertinente(s). Corte Constitucional Sentencia T-292/06

Los cambios que introdujo el Consejo de Estado con el nuevo precedente, en materia de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, son, en primer lugar, que ya no se aplica por regla general el régimen de imputación de responsabilidad objetiva pues se estableció que dentro de las cargas normales que deben soportar los ciudadanos para vivir en sociedad está la de ser privado de la libertad con medida de aseguramiento. Como se vio, para el Consejo de Estado el hecho de estar privado de la libertad mientras se adelanta el proceso penal no desborda las cargas que debe soportar un ciudadano en nuestro país. Y aclara el alto tribunal que la medida de aseguramiento no atenta ni desdibuja la presunción de inocencia, ya que solo se verifica tal con la sentencia del proceso penal, por lo que la persona que ha sido privada de la libertad sigue siendo inocente hasta que un fallo condenatorio revierta esta situación.

En segundo lugar, impone la obligación al juez administrativo de revisar la conducta del procesado, analizar si fue su propio actuar el que dio lugar al inicio de la investigación por parte de la Fiscalía y a la posterior aplicación de la medida de aseguramiento por parte del juez competente; todo lo anterior bajo la categorización propia de la culpa civil, con la claridad que la conducta del procesado debe ajustarse a culpa grave o dolo, lo que permite pensar, que si la privación de la libertad se dio por culpa leve o levísima, no se podría declarar el eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima; esta clasificación de la culpa es utilizada ampliamente en el ámbito de la responsabilidad civil contractual, para graduar la responsabilidad del deudor de acuerdo al beneficio o utilidad que le reporta el contrato celebrado, mientras que en materia extracontractual de la culpa se origina la responsabilidad. La posición del Consejo de Estado al darle importancia a la graduación de la culpa de la víctima en el estudio de la responsabilidad por privación injusta de la libertad va en contravía con el punto de vista de autores como Alessandri, PONER OTROS AUTORES, para quienes la culpa en responsabilidad extracontractual no admite graduación, (Alessandri A, Somarriva M y

Vodanovic A. 1998 pg. 118) *“Los diversos grados de culpa tienen importancia para fijar la responsabilidad contractual del deudor. En efecto, el deudor es responsable de la culpa grave en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor, como el depósito; de la culpa leve, en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes, como la compraventa y el arrendamiento, y de la levisima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio, como el comodato (C. Civil, arts. 1547, 2178 y 2222). Al revés de la contractual, la culpa extracontractual no admite graduaciones; cualquiera culpa, incluso levisima, engendra responsabilidad.”* En el mismo sentido se expresa otro autor chileno, quien, al hacer el estudio de la culpa contractual y extracontractual, se refiere a la diferencia entre una y otra (ABELLIUK, R 1993 pg. 203) *“Se la ha definido habitualmente como la falta de diligencia o cuidado en la ejecución de un hecho o en el cumplimiento de una obligación. En el primer caso, la culpa es extracontractual, delictual o aquiliana y en el segundo es contractual. Se señala igualmente una clara distinción entre ambas clases de culpa fundada principalmente en que la primera da origen al vínculo, mientras la segunda lo supone; ésta admite grados, según decíamos, y la aquiliana no; y finalmente la extracontractual no se presume, mientras la contractual sí.”* Más adelante en su libro de las obligaciones, de forma asertiva establece *“El principio en la materia es que la culpa por más leve que sea da lugar a responsabilidad extracontractual. Sin embargo, de ello, se concluye que es aplicable en esta parte la regla de que la culpa grave civilmente equivale al dolo.”*

Finalmente, reafirma la obligación que establece el artículo 90 de la C.N. de examinar la actuación de la Administración bajo la óptica del régimen de imputación de falla en el servicio, dando un giro a la forma de analizar la responsabilidad del Estado por las privaciones de la libertad, pues desde la entrada en vigencia del nuevo precedente, el régimen principal bajo el cual se deben analizar estos casos es bajo el de falla en el servicio por regla general y de forma excepcional bajo el régimen de

responsabilidad objetiva bajo el título de daño especial que hacía innecesaria la verificación de cualquier falla en el servicio. Con el anterior precedente, la gran mayoría de fallos se estaban estructurando bajo un régimen de imputación de responsabilidad objetivo pues bastaba con probar el daño (la privación de la libertad) y que la terminación del proceso no fuera por sentencia condenatoria para que se declarara responsable a la Administración por los daños causados con la privación de la libertad la cual se tornaba en injusta.

3.3.- Aplicación del nuevo precedente en las decisiones del Consejo de Estado desde agosto de 2018 hasta diciembre de 2019

Como parte de esta investigación y en vista de que el precedente judicial establecido en la sentencia 46.947 de 2018 cambió la forma en que se deciden las demandas de reparación directa por privación injusta de la libertad, afectando sustancialmente aquellas que se venían adelantando bajo el precedente de octubre de 2013, se hizo un rastreo de las decisiones del Consejo de Estado sobre la materia con los siguientes criterios de búsqueda:

- Se buscaron decisiones de procesos de reparación directa en los que se hubiese privado de la libertad en procesos penales adelantados bajo la vigencia de la ley 906.
- No se analizaron los procesos bajo ley 600, pues, aunque sigue vigente tanto para procesos penales de aforados, como para delitos cometidos antes de la entrada en vigencia (escalonada) de la ley 906, con el único límite de la prescripción de la acción penal. El último lugar en el que entró en vigencia la ley 906, comenzó en 2008, así la ley 600 sigue vigente para los delitos cometidos allí hasta el 31 de diciembre de 2007, que tengan prescripción, a hoy, de más de 14 años. Por lo que los procesos de reparación directa que se van a seguir presentando, con las ya

mencionadas excepciones, se fundarán en privaciones de la libertad ocurridas bajo el régimen del sistema penal acusatorio.

- El lapso por analizar va desde agosto de 2018 hasta el mes de mayo de 2020, el cual por motivos metodológicos se dividió en dos partes: una primera parte que va desde el mes de agosto de 2018 —fecha en la que se expidió la sentencia 46947—, hasta el mes de noviembre de 2019; el segundo período va desde el mes de diciembre de 2019 al mes de mayo de 2020. La razón para dividir nuestro análisis en dos es debido al fallo de tutela del Consejo de Estado de 15 de noviembre de 2019, bajo el radicado 11001-0315-0002019-00169-01, que dejó sin efectos la sentencia 46947 de 2018 ordenando que se fallara nuevamente el asunto al considerar que se había violado el debido proceso de los accionantes por haber analizado la conducta preprocesal en el proceso penal de los implicados para realizar el análisis de responsabilidad en materia administrativa. Por ello, se hizo necesario extender el análisis hasta junio de 2020 para tener claridad acerca de los fundamentos utilizados en las decisiones que tomó el Consejo de Estado sobre la materia.

Con dicho análisis también se pretende construir plenamente el precedente establecido y observar las aristas que de la aplicación de este surgen en un marco general, el cual pueda servir de guía para entender cuál puede ser la decisión que tome el Consejo de Estado o un juez inferior en un caso particular; lo anterior con el fin de determinar las razones y fundamentos que llevarían a obtener una condena en contra de la Administración por privación injusta de la libertad dentro de un proceso de reparación directa.

Es necesario revisar las decisiones tomadas dentro de los procesos de reparación directa que se adelantaron bajo la vigencia del precedente de octubre de 2013 y que fueron fallados con el

precedente de 2018, para así poder comprender el tratamiento que le da el Consejo de Estado a los procesos en los que se demandan privaciones injustas de la libertad. Por los problemas propios de la jurisdicción contencioso administrativa, la gran cantidad de procesos que se presentan ante los juzgados y tribunales de lo contencioso; los tiempos para adelantar hasta su terminación un proceso de reparación directa no se compadecen con lo establecido en la ley, lo que tiene como consecuencia que un proceso de reparación directa por privación injusta de la libertad en nuestro país pueda durar varios años⁴⁴.

Bajo la vigencia del precedente dictado por el Consejo de Estado en 2013 los fallos en esta clase de procesos tenían altísimas posibilidades de terminar con una condena puesto que solo se exigía que se terminara el proceso penal sin una condena en contra para que se entendiera que la privación de la libertad había sido injusta, lo que llevo a la comunidad a presentar demandas bajo la firme creencia de que si había sido privado de la libertad por el accionar de las autoridades y el fallo del proceso penal no había sido de carácter condenatorio se le aplicaría lo dispuesto en el precedente de 2013, es decir, presentaron sus procesos basados en los principios de igualdad y de confianza legítima, pues en procesos con los mismos supuestos esperaban el mismo resultado, es decir, una condena en contra de las entidades del Estado; esta situación cambió con la expedición del nuevo precedente de 2018 pues cambió de forma abrupta la posición del Consejo de Estado frente a la responsabilidad por privación injusta de la libertad; no solo impuso nuevas exigencias en el análisis de la responsabilidad por parte del juez sino que empezó a exigir como condición para condenar al Estado se debe demostrar una falla en el servicio cometida por la Fiscalía General o la Rama Judicial en el desarrollo de la investigación y en el del proceso penal, no considerando como deficiente

⁴⁴ Según el Estudio de tiempos procesales, realizado por la Corporación Excelencia en la Justicia. En el sistema puede un proceso administrativo en dos instancias puede tardar en promedio 2284 días hábiles. [Microsoft Word - TOMO I TIEMPOS PROCESALES_18122015 \(ramajudicial.gov.co\)](#)

funcionamiento de la administración el solo hecho de que una persona haya estado privada de la libertad por varios meses o incluso años sin que la Fiscalía haya podido demostrar su responsabilidad penal.

En los procesos a los que nos referimos, las demandas fueron elaboradas y presentadas bajo la vigencia del precedente anterior, imperante al momento de la presentación de la demanda, se les imponía a los demandantes una carga probatoria diferente (como ya se analizó anteriormente) a la exigida por el precedente de 2018, pues bastaba con que un ciudadano hubiese sido privado de la libertad y no hubiese sido declarado culpable por las entidades del Estado; lo que genera un problema para los demandantes en la actualidad pues sus demandas y procesos fueron adelantados basados en unas reglas de juego diferente a las establecidas en Colombia desde el 2018, por lo que las decisiones que se vienen dictando en muchos de estas demandas son sentencias absolutorias pues no se cumple con los requisitos probatorios del nuevo precedente, lo que viola la confianza legítima⁴⁵, ya que sorprende a los demandantes con nuevas disposiciones y lineamientos en lo que tiene que ver con el régimen probatorio y los fundamentos de derecho que se deben utilizar para sustentar las demandas y obtener una sentencia condenatoria; y no se les da oportunidad⁴⁶ alguna

⁴⁵ Gabriel Valbuena Hernández. La Defraudación de la Confianza Legítima pg.151 *“Así las cosas y desde la perspectiva en que se enmarca esta investigación habrá de entenderse que mediante la aplicación del principio de la confianza legítima se quiere brindar protección jurídica a las expectativas razonables ciertas y fundadas que pueden albergar los administrados con respecto a la estabilidad o proyección futura de determinadas situaciones jurídicas de carácter particular y concreto, cuando ellas han sido promovidas, permitidas, propiciadas o toleradas por el propio Estado. En ese sentido, los ciudadanos abrigan la confianza justificada de que sus expectativas y esperanzas no van a ser objeto de frustración, modificación o alteración, no tienen por qué resultar defraudados, sorprendidos o asaltados en su buena fe como consecuencia del cambio inesperado de los ofrecimientos, promesas, criterios y políticas previamente expresados o como resultado del actuar contradictorio y desleal de las autoridades que a última hora deciden modificar la orientación o el sentido de decisiones y posturas suyas adoptadas anteriormente.”*

⁴⁶ ARTÍCULO 212. OPORTUNIDADES PROBATORIAS. Para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados en este Código. En primera instancia, son oportunidades para aportar o solicitar la práctica de pruebas: la demanda y su contestación; la reforma de la misma y su respuesta; la demanda de reconvencción y su contestación; las excepciones y la oposición a las mismas; y los incidentes y su respuesta, en este último evento circunscritas a la cuestión planteada.

para adecuar las demandas a las nuevas exigencias, lo que violenta la protección del principio de confianza legítima bajo el cual actuaron quienes presentaron las demandas de reparación directa por privación injusta de la libertad antes del año 2018, en palabras de (VALBUENA 2008, pg. 177) *“En tales circunstancias, es de esperar que las autoridades adopten algunas medidas enderezadas a minimizar los efectos deletéreos de la acción estatal, prodigando de esta manera un trato considerado y deferente a quienes están llamados a soportar la frustración de sus esperanzas plausibles y asumir la pérdida de las oportunidades a ellas vinculadas.”* Se enmarca entonces la posibilidad de acudir nuevamente a la administración en busca de que se reparen los daños causados, como consecuencia del perjuicio de pérdida de oportunidad⁴⁷ que se derivarían de la sentencia contraria que obtienen los demandantes que basaron sus demandas en el precedente de 2013 y su proceso fue resuelto bajo el precedente de 2018. Más adelante agrega (VALBUENA G, 2018 pg.179) *“En razón de lo expuesto, si las autoridades omiten proporcionar a los afectados el tiempo y los medios para hacer posible su adaptación a las nuevas circunstancias, esto es, si no consagran un régimen de transición, de compensación o de ajuste o dejan de contemplar plazos de gracias, de vacancia legal, períodos de transición, etc. Podrían incurrir en un desconocimiento de los*

Las partes podrán presentar los dictámenes periciales necesarios para probar su derecho, o podrán solicitar la designación de perito, en las oportunidades probatorias anteriormente señaladas.

En segunda instancia, cuando se trate de apelación de sentencia, en el término de ejecutoria del auto que admite el recurso, las partes podrán pedir pruebas, que se decretarán únicamente en los siguientes casos:

1. Cuando las partes las pidan de común acuerdo. En caso de que existan terceros diferentes al simple coadyuvante o impugnante se requerirá su anuencia.

2. <Numeral modificado por el artículo 53 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> Cuando fuere negado su decreto en primera instancia o no obstante haberse decretado se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió. En este último caso, solo con el fin de practicarlas o de cumplir requisitos que les falten para su perfeccionamiento

⁴⁷ El Consejo de Estado, en sentencia de 5 de abril de 2017, en proceso adelantado por ÁNGELA MARÍA GUTIÉRREZ y Otros en contra del Cajanal, con radicado 25.706, definió la pérdida de oportunidad así: *“11.4 La doctrina francesa define a la pérdida de oportunidad como “un perjuicio actual acreditado por el hecho de la desaparición de un chance”; “una variedad de perjuicio consistente en la pérdida cierta de una posibilidad de realización de un evento deseado”, o un “perjuicio cierto (...) susceptible de ser objeto de una indemnización, cuando la perspectiva de realización probable de un acontecimiento, que habría beneficiado al recurrente por su favorabilidad, desaparece por razones que le son exteriores.*

11.5. Por lo anterior, la oportunidad que se pierde es la consecuencia del hecho o conducta de un tercero que ha cercenado un interés jurídico representado en una expectativa legítima⁵¹ de poder alcanzar un beneficio, de obtener una ganancia o de evitar una pérdida, y que si bien existe incertidumbre de saber si el beneficio se habría producido o el perjuicio se habría evitado, existe certeza en que se ha cercenado de modo definitivo un interés legítimo, lo que da acceso al débito resarcitorio”

postulados que son propios del Estado social de derecho; pero si, por el contrario, tales modificaciones estuvieron precedidas o acompañadas de esas medidas de transición, podría llegar a considerarse como satisfecha esta obligación y como innecesaria o inconducente la adopción de nuevas medidas de protección.”

Se analizaron 90⁴⁸ sentencias proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado, de acuerdo con los parámetros de búsqueda mencionados. En 57 de estos procesos se decidió no condenar al Estado por la privación de la libertad sufrida por los demandantes, mientras que en 33 se establecieron condenas en contra de las entidades demandadas. De un primer análisis se puede concluir que, si bien la posición en de la Sección Tercera en sus pronunciamientos sobre privación injusta de la libertad es mayoritariamente de no condenar, se siguen dando, aunque en menor medida, fallos condenatorios por privaciones injustas de la libertad; lo que nos da una muestra clara de que la responsabilidad del Estado por este tipo de daño antijurídico no está proscrita; sigue vigente, pero sufrió cambios fundamentales que nos enfrentan a una nueva forma de analizar esta modalidad de responsabilidad.

En la jurisprudencia analizada, el Consejo de Estado, siguiendo los lineamientos establecidos por la Corte Constitucional en el fallo SU-072, examina la forma en la que los jueces deben abordar el estudio de los procesos de reparación directa por casos de privación injusta de la libertad. Así lo hizo en varias sentencias, entre ellas la 46761 del 4 de diciembre de 2019 en la que se demandó a la Fiscalía General de la Nación, aquí estableció 6 elementos que se deben analizar para dictar sentencia:

⁴⁸ Ver Anexo 1.

“1. Existencia del daño. Lo primero que debe analizarse es la ocurrencia de la privación de la libertad, la duración de la misma y la consecuente absolución o su equivalente, esto es, si la persona que demanda estuvo efectivamente detenida por cuenta del proceso penal en el cual depreca la responsabilidad del Estado.

En los procesos por privación injusta de la libertad, el daño se concreta en la restricción de la libertad del procesado por la acción del juez de conocimiento, previa solicitud del fiscal que adelanta la investigación; siempre y cuando el proceso penal que se adelanta no termine con sentencia condenatoria pues la medida restrictiva de la libertad tendría plena validez con lo que no el daño no pasaría el examen de la antijuridicidad que debe realizar el juez.

2. Análisis de legalidad de la medida. Verificada la privación de la libertad, se realizará un análisis de la legalidad de la medida, esto es, se estudiará si al momento en que se capturó a la persona y se impuso la consecuente medida de restricción, estas actuaciones fueron legales y proporcionadas⁴⁹, pues de concluirse lo contrario, se configuraría una falla del servicio, título de imputación suficiente para fundamentar la responsabilidad.”

Frente a este punto, se debe tener en cuenta lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996, es decir, se debe observar si la medida de privación de la libertad se ajustó a lo establecido en la Ley procesal penal, si ésta se correspondió con una actuación abiertamente

⁴⁹ El estudio anterior no solo se limita al momento en que se impuso la medida de aseguramiento, sino a las consecuentes etapas del proceso penal que hicieron que la misma se mantuviera; así por ejemplo, tratándose de los casos de la Ley 906 de 2004, se tiene que las etapas procesales son preclusivas y en cada una de ellas debe mirarse si se cumplen los requisitos legales para mantener la medida restrictiva de la libertad, luego entonces, pueden existir casos en los que no hay ningún reproche al momento en que se impuso la medida de aseguramiento; empero, con el transcurrir de la actuación penal, la misma se convirtió en ilegal, desproporcionada o arbitraria, de tal forma que, *verbi gratia*, la ilegalidad se predica no desde la imposición de la medida, sino desde que acaeció la ilegalidad.

desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, o no fue razonable, proporcional y/o necesaria. Así mismo, debe estudiarse si la medida fue ilegal, si existieron irregularidades en el proceso penal, si la medida se sujetó a los requisitos formales y establecidos en la ley penal, si su imposición está motivada con claridad y suficiencia y, si se ajusta a los valores y derechos que consagra la Carta Política, la Corte ha sido enfática en establecer cuatro límites sustanciales a la imposición de las medidas de aseguramiento: la determinación inequívoca de los motivos por los cuales procede la restricción de la libertad (estricta legalidad de las medidas de aseguramiento), la excepcionalidad, proporcionalidad y gradualidad de las medidas aflictivas de la libertad personal⁵⁰.

En lo que tiene que ver con la legalidad de la medida de aseguramiento, los artículos 287⁵¹, 306⁵² y 308⁵³ del Código de Procedimiento Penal, ley 906 de 2004, regulan lo concerniente a los requisitos y procedencia de aquella. De acuerdo con la anterior normativa, la restricción de la libertad surgía como una alternativa para garantizar no solamente la comparecencia de los sindicados, sino para evitar entorpecer la actividad probatoria, que el procesado no sea un peligro para la sociedad o la víctima⁵⁴ (este último requisito merece especial atención, pues ha sido uno de los fundamentos de

⁵⁰ Corte Constitucional Sentencia C-469 de 2016

⁵¹ Artículo 287. SITUACIONES QUE DETERMINAN LA FORMULACIÓN DE LA IMPUTACIÓN. El fiscal hará la imputación fáctica cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga. De ser procedente, en los términos de este código, el fiscal podrá solicitar ante el juez de control de garantías la imposición de la medida de aseguramiento que corresponda

⁵² ARTÍCULO 306. El fiscal solicitará al juez de control de garantías imponer medida de aseguramiento, indicando la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente

Escuchados los argumentos del fiscal, Ministerio Público y defensa, el juez emitirá su decisión.

La presencia del defensor constituye requisito de validez de la respectiva audiencia

⁵³ ARTÍCULO 308. REQUISITOS. El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:

1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.
2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.
3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia

⁵⁴ Artículo 310. Peligro para la comunidad

los que se ha servido el Consejo de Estado para fallar casos de reparación directa de privaciones injustas de la libertad fundamentándolos en la culpa de la víctima, pues el juez fundamenta la imposición de la medida de aseguramiento en uno de los supuestos del artículo 310 del Código de Procedimiento Penal, lo que le basta al Consejo de Estado para dar como ajustada a la ley la actuación de los jueces penales en el momento de imposición de la medida de aseguramiento y así no tener como antijurídica la misma). La Corte analizó la constitucionalidad de la medida de aseguramiento en sentencia C-695 de 2013 y sobre esta expuso: *“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.”

Para estimar si la libertad del imputado representa un peligro futuro para la seguridad de la comunidad, además de la gravedad y modalidad de la conducta punible y la pena imponible, el juez deberá valorar las siguientes circunstancias:

1. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales.
2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos.
3. El hecho de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional.
4. La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional.
5. Cuando se utilicen armas de fuego o armas blancas.
6. Cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años.
7. Cuando hagan parte o pertenezcan a un grupo de delincuencia organizada

Las finalidades de la medida de aseguramiento gozan de consagración constitucional; El artículo 250 de la Constitución que consagra las funciones de la Fiscalía General de la Nación, dentro del numeral 1° especifica que al ente investigador le corresponde solicitar al juez de control de garantías la adopción de las medidas necesarias (privativas de la libertad o de otros derechos y libertades) que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso, la conservación de los elementos materiales y la evidencia física, al igual que la protección de la comunidad y especialmente de las víctimas.

La proporcionalidad⁵⁵ de la medida se encuentra vinculada con el estudio de necesidad de la misma: la Corte Constitucional en sentencia C-469 de 2016 señaló que *“la restricción de su libertad sólo puede estar determinada por la necesidad de que se cumplan los fines de la investigación penal”*; sobre la proporcionalidad de la actuación penal es pertinente resaltar las palabras de (LOPERA, 2006) *“Por otra parte, el principio de proporcionalidad asume como punto de partida una interpretación amplia de los derechos fundamentales, entendidos como principios o mandatos de optimización. Dicha concepción pretende dar cuenta de cómo las relaciones que existen entre los derechos fundamentales y los demás principios constitucionales condicionan la determinación de su contenido normativo. Para ello se distinguen dos contenidos del derecho fundamental: uno prima facie y uno definitivo. El primero está integrado por todo el conjunto de facultades que pueden ser adscritas a una disposición iusfundamental interpretada de manera amplia. Se trata de un contenido*

⁵⁵ La Corte Constitucional Sentencia C-469 de 2016, definió el principio de proporcionalidad, así: *“es el principal criterio de análisis que en el marco de la justicia constitucional permite examinar y neutralizar el exceso en el uso de la potestad de configuración del legislador penal y, por lo que aquí interesa, en el ámbito de las medidas cautelares dirigidas a afectar la libertad personal del imputado. La proporcionalidad, como estándar de delimitación de la producción normativa, es un criterio analítico que previene, desde el punto de vista material, del empleo arbitrario e injustificado de disposiciones cautelares con efectos aflictivos sobre los derechos del procesado y encausa su legítimo ejercicio con arreglo a los mandatos constitucionales”*

protegido sólo prima facie porque el mismo puede entrar en colisión con el contenido de otros derechos y otros bienes protegidos por la constitución. De ahí que pueda llegar a ser objeto de limitación por parte del legislador, si bien toda intervención en la órbita inicial de protección de los derechos fundamentales ha de estar justificada, pues cuando actúa sobre estas parcelas de libertad el legislador no se mueve en el terreno de la libertad natural o en un espacio vacío de derecho, sino en ámbitos de libertad dotados de protección iusfundamental. Por su parte, todas aquellas facultades pertenecientes a un derecho fundamental prima facie frente a las que no puedan hacerse valer razones más fuertes que justifiquen su limitación pertenecerán, por tanto, a su contenido definitivo.” Lo anterior tiene plena resonancia con algo que ya se había mencionado y es que para la Corte y el Consejo de Estado el procesado se encuentra amparado por la presunción de inocencia incluso durante la etapa del juzgamiento, por tanto, no se estaría afectando la presunción de inocencia con la privación de la libertad pues para las máximas corporaciones esta es una carga que deben soportar los ciudadanos para vivir en sociedad. La privación de la libertad en virtud de una medida de aseguramiento seguirá siendo útil en tanto busca la satisfacción de unos fines determinados por el ordenamiento jurídico, y solo podría cumplir su finalidad preventiva en el evento en que con esta no se violenten los derechos de los implicados en una forma más profunda de lo que se intenta protegerlos. Si la medida no cumple con su función y excede los fines propios de ella, pierde su carácter preventivo y estaríamos frente a una sanción anticipada o podríamos hablar de una privación injusta de la libertad.

3. Análisis de la existencia del daño especial. En caso de no existir ningún reproche jurídico a la medida de aseguramiento y su permanencia en el curso del proceso penal, se procederá a estudiar el caso desde la óptica de la responsabilidad objetiva por daño especial.

Frente al particular, el Consejo de Estado, en sentencia 47.896 del 29 de julio de 2019, condenó a la Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura al pago de los perjuicios sufridos por un ciudadano que fue víctima de una privación injusta de la libertad, basando su fallo en el título de imputación de daño especial, ya que si bien la demandada obró de acuerdo con lo establecido en la Ley, pues, según el honorable tribunal *“el proceder de la autoridad judicial fue oportuno, razonable y conforme a derecho”* lo que obligó a la entidad a realizar el análisis del caso bajo el título de imputación del daño especial, al respecto dijo:

“Empero, encuentra que el daño antijurídico que soportó el aquí principal demandante, configura un típico daño especial, en cuanto ha sido producto del accionar lícito del ius puniendi del Estado, cuyo resultado se tradujo, sin embargo, en una carga excedente del marco de aquellas que, en condiciones de igualdad, pesan sobre los asociados como contrapartida razonable de su participación en los beneficios derivados de la satisfacción del interés general.

La impartición de justicia supone para todos los asociados una carga general de dar cuenta de los actos propios; y en materia penal, la obligación de soportar las medidas cautelares que se impongan a consecuencia de la fundada apariencia de la responsabilidad del autor de tales actos. Empero, cuando, como consecuencia de la falibilidad de los medios de los que se sirvió la jurisdicción para la recreación del hecho investigado, los hechos así reconstruidos y sobre cuya base se impuso una medida restrictiva de la libertad resultaron ser meramente aparentes y contrarios a la realidad, el daño material que supone esa privación de la libertad excede el marco del deber general, y configura un típico daño especial que permite endilgar sus consecuencias a quien lo causó.”

4. Entidad a la que se le imputa el daño. Establecida la existencia de daño antijurídico que el afectado no tiene el deber de soportar, ya sea con fundamento en una responsabilidad subjetiva (falla del servicio) o en la responsabilidad objetiva (daño especial), se definirá quién es el llamado a responder patrimonialmente (identificación de la entidad a quien se le imputa el daño).

Es importante resaltar que en los casos que se rigen por la ley 906 de 2004, los cuales son parte del objeto de estudio de esta investigación, la imputación contra las entidades demandadas no se confunde en una sola, dado que la Fiscalía General de la Nación recauda las pruebas y solicita la medida de aseguramiento y el juez de control de garantías las valora y decreta la medida si resulta legal y razonable. Bajo el sistema penal acusatorio las funciones propias de la investigación y la acusación se reservan exclusivamente a la Fiscalía, teniendo esta que acudir al Juez de Garantías en busca de autorización para poder realizar cualquier procedimiento que implique el ejercicio de acciones que puedan afectar derechos de los investigados, tales como ordenes de allanamiento, interceptación de comunicaciones, seguimientos, órdenes de captura y medidas de aseguramiento. No obstante, dentro del estudio no se encontró que el Consejo de Estado estuviera condenando a la Rama Judicial de forma exclusiva por las privaciones injustas de la libertad ocurridas bajo la vigencia de la Ley 906, pues examinado cada caso en particular, dependió de la entidad que generó la falla en el servicio que dio lugar al daño antijurídico sufrido por los demandantes: en repetidas ocasiones se condenó tanto a la Rama Judicial como a la Fiscalía por los perjuicios ocasionados con la privación injusta de la libertad conforme a la participación de cada una en la producción del daño.

Con la adopción del sistema penal oral en nuestro país se modificaron las facultades de la Fiscalía, uno de estos cambios, que se relaciona directamente con el tema de estudio, es la potestad de

dictar medidas de aseguramiento, bajo el imperio de la Ley 600 de 2000⁵⁶, correspondía al fiscal imponer las medidas de aseguramiento que considerara necesarias de acuerdo a los presupuestos indicados en dicho cuerpo procesal; con el vigente Código de Procedimiento Penal esto cambió, ahora corresponde al juez de garantías imponer tales medidas previa solicitud del Fiscal del caso, las cuales deben estar basadas en por lo menos una de tres finalidades, aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas. Por lo anterior podría pensarse que en la actualidad no hay incidencia de Fiscalía en la privación de la libertad de los ciudadanos, pero esto no es así, si bien no es el responsable de imponer las medidas de aseguramiento, si tiene a su cargo diferentes etapas de la investigación las cuales son susceptibles de no cumplirse como lo manda la Ley, lo que haría que se configure una falla en el servicio por el deficiente funcionamiento del aparato investigativo o el negligente actuar del fiscal encargado del proceso.

Para que se pueda predicar una falla del servicio por parte de la Fiscalía General de la Nación, se debe examinar toda la actuación de la fiscalía en el proceso, desde la indagación e investigación⁵⁷ de la conducta penal hasta la labor de la misma en el juicio. En 46.064 de 1 de octubre de 2018, con radicado (46064)63001233100020090018301 del Magistrado Jaime Enrique Rodríguez Navas, en proceso en el que se demandó a la Rama Judicial y a la Fiscalía General de la Nación por la privación de la libertad de un ciudadano, se declaró responsable la Fiscalía por haber cometido un error en la valoración de los informes de policía que le fueron entregados al fiscal del caso por parte del investigador de campo lo que lo llevó a solicitar una medida de detención privativa de la libertad que era innecesaria: *“Por tal motivo, la Sala concluye que la Fiscalía incidió de forma definitiva en la*

⁵⁶ Código de Procedimiento Penal Ley 600 de 2000 artículo 355 y ss.

⁵⁷ Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004 artículos 200 y ss.

adopción de la medida de aseguramiento e incurrió en una falla del servicio al no prescindir de los elementos materiales probatorios conseguidos con desconocimiento del procedimiento legal y vulneración de los derechos fundamentales de los procesados y la víctima y optar por presentarlos al juez de garantías como sustento de la petición de medida de aseguramiento.”

5. Análisis de la existencia de la causal exonerativa por culpa de la víctima. Bien sea que el caso se estudie bajo una óptica de responsabilidad objetiva o subjetiva, siempre se deberá analizar, aún de oficio, si se encuentra acreditada la causal exonerativa de dolo o culpa grave de la víctima.

Frente a la culpa exclusiva de la víctima, como ya se mencionó al inicio de este escrito, el Consejo de Estado mediante sentencia de unificación 46.947 de 15 de agosto de 2018, en consonancia con la sentencia SU-072 de 2018, recordó que, independientemente del régimen de responsabilidad por el que se haya decantado el juez (daño especial o falla en el servicio) es necesario y obligatorio por parte del operador judicial analizar la conducta de la víctima de la privación injusta de la libertad bajo lo dispuesto por el Código Civil en su artículo 63⁵⁸ en consonancia con el artículo 70⁵⁹ de la ley 270 de 1996. Para el Consejo de Estado es menester analizar la actuación del procesado durante el proceso penal, ya que, para la corporación la conducta puede ser de tal magnitud que haya dado origen a la actuación judicial, particularmente, en lo que atañe a la restricción de su libertad, con lo que, según el máximo tribunal, es posible concluir que el daño irrogado proviene de la propia víctima, aun cuando no hubiere sido condenado por el juez penal. Si bien se debe analizar la actuación de la víctima para poder determinar si su proceder fue determinante para que se diera la

⁵⁸ El Consejo de Estado en sentencia 46.497 estableció que la conducta del procesado debe ajustarse a culpa grave o dolo, lo que permite pensar, que si la privación de la libertad se dio por culpa leve o levísima, no se podría declarar el eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima

⁵⁹ ARTÍCULO 70. CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA. El daño se entenderá como 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.

privación, se debe precisar que dicho análisis no se debe ni se puede hacer desde el punto de vista penal, sino que debe hacerse desde la óptica civil, pues si entrase el juez administrativo a revisar la actuación penal estaría violando el principio de la cosa juzgada penal, pues se trata de procesos penales con sentencias en firme dentro de los cuales ya se hizo la respectiva valoración de la conducta del implicado a la luz de la normatividad penal. Frente a este planteamiento es necesario traer a colación la posición del profesor (Tamayo J, 2007 tomo II, pg.18), quien sostiene que *“En conclusión, podemos afirmar que todos aquellos comportamientos que constituyen culpa penal también constituyen culpa civil y que desde el punto de vista estrictamente psicológico la falta penal (culposa o dolosa) es igual a la civil, así en algunas circunstancias el orden jurídico penal no reproche ese comportamiento. También podemos afirmar que toda culpa penal por violación de reglamentos constituye culpa civil por ese mismo aspecto y, finalmente, hay muchos casos de culpa civil por violación de reglamentos que son indiferentes a la luz del derecho penal.”* Aplicar esta tesis dejaría sin fundamento el examen de la culpa de la víctima, pues si a la luz del ordenamiento penal el ciudadano privado de la libertad fue declarado inocente por la conducta desplegada, no podría ser declarado responsable por los daños sufridos como consecuencia de la privación de la libertad pues está exento de culpa civil. En lugar de examinar la conducta de la víctima a la luz de la culpa civil, debería examinarse el aporte causal de la víctima en el resultado, es decir, la conducta desplegada por el ciudadano para resultar privado de libertad, tal como lo expone (GAVIRIA A, 2021 pg.38) *“De otro lado puede ocurrir que exista una culpa de la víctima, pero que ésta no tenga relevancia causal alguna frente al resultado dañoso, evento en el cual no producirá ningún efecto. Luego, no es suficiente el mero aporte causal de la víctima, sino que debe tener la connotación de causa, es decir, el mismo debe ser relevante en la producción del daño.”*

Si bien parece claro el planteamiento expresado, como ya se anotó la sentencia 46.947 fue objeto de acción de tutela, interpuesta por la víctima de la privación de la libertad quienes argumentaron que, se había violado el derecho a la presunción de inocencia de la víctima de la privación y los demás recurrentes, pues en dicho fallo, no se reconoció la responsabilidad del Estado por la privación sufrida por la demandante, sino que, se declaró que la privación ocurrió como consecuencia de la conducta de la víctima, lo que, según la Sección Tercera del Consejo de Estado fue óbice para que se configurara la causal excluyente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima. Al respecto la Sección Tercera, Subsección B, del Consejo de Estado considero:

“7.- La decisión del a quo será revocada, para en su lugar ordenar el amparo de los derechos fundamentales de la parte actora, porque la Sala encuentra demostrado que en la sentencia del 15 de agosto de 2018 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado se incurrió en violación directa del derecho a la presunción de la inocencia consagrado en el artículo 29 de la C.P., debido a que esta Corporación decidió negar las pretensiones de la demanda por haber encontrado probada la culpa exclusiva de la actora, sin considerar que la sentencia penal la declaró inocente.

(...)

19. - En relación con la culpa de la víctima, se advierte que la sentencia objeto de la presente acción de tutela considera que este presupuesto debe ser estudiado en todos los casos. En los precedentes anteriores a esta providencia pueden advertirse dos líneas jurisprudenciales: una, que estima que esta causal de exoneración solo se configura cuando una conducta de la víctima posterior a los hechos y vinculada fundamentalmente a la marcha del proceso penal puede considerarse como la causa de la detención; otra, que considera que ella se configura cuando el sindicado se comportó como sospechoso del delito que se le imputó para detenerlo, incluyendo dentro de ella conductas preprocesales del sindicado. En este sentido la Subsección B del Consejo de Estado y quienes

conforman esta sala de decisión acogieron la primera orientación, desde el fallo proferido el 4 de junio de 2019, con ponencia del magistrado Alberto Montaña Plata en el cual se adoptó una metodología uniforme para resolver este tipo de asuntos”

Consecuencia de lo anterior, el análisis de la culpa exclusiva de la víctima en materia de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad debe hacerse de forma más rigurosa y se deben examinar de cara a lo acontecido durante el proceso penal.

Con el cambio de precedente, el estudio de la culpa exclusiva de la víctima como causal eximente de la responsabilidad se ha vuelto obligatorio, convirtiéndola, puede decirse, la causal más utilizada para negar las pretensiones incoadas en las demandas de reparación directa por privación injusta de la libertad, pues considera el Consejo de Estado, que: *“la culpa exclusiva de la víctima se configura cuando se acredita que el afectado actuó con temeridad dentro del proceso penal o que incurrió en comportamientos irregulares que ameritaban el adelantamiento de la respectiva actuación y, de manera consecuente, justificaban la imposición de una medida privativa de su libertad.”*⁶⁰

Al respecto han sido muchos los fallos que ha proferido la más alta corporación de lo contencioso administrativo explicando cuales son los elementos y alcances de esta figura en lo que tiene que ver con las privación injusta de la libertad, pero debe citarse en particular la sentencia de 4 de diciembre de 2019 el M.P. RAMIRO PAZOS GUERRERO, en proceso con radicado 19001-23-31-000-2010-00067-01(46.761), en la que explicó en qué consistía para la Sección Tercera la culpa exclusiva de la víctima en temas relacionados con la privación injusta de la libertad, así:

⁶⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 8 de mayo de 2019, Exp. No. 51686. M.P. MARIA ADRIANA MARÍN.

“Aunque en las sentencias citadas se analizó la culpa de la víctima como aquella conducta determinante que dio origen a la investigación penal, es importante precisar que ello no significa que se esté realizando un reproche de la actuación desde la óptica del tipo penal, sino que el análisis se hace desde la noción de culpa grave o dolo bajo la perspectiva civil.

En efecto, la Sala en varias decisiones ha afirmado que la conducta del imputado es susceptible de valoración para llegar a determinar si efectivamente es viable la responsabilidad de la Administración en la privación injusta de la libertad o si la posibilidad de imputarle el daño se rompe con la existencia de una conducta de la propia víctima.

En otras palabras, cuando se hace el análisis de la culpa desde la perspectiva del Código Civil, la degradación o calificación de dolosa o gravemente culposa, no se deriva de las características subjetivas del agente, sino de una posición relacional objetiva, esto es, a la luz de la confrontación de la conducta de quien fue investigado con un estándar objetivo de corrección que utiliza el modelo de conducta, conocido desde antaño del buen pater familias, para cuya conformación debe tenerse presente las reglas propias de las funciones, profesiones u oficios desarrollados. Esto es, a manera de ejemplo, es dable sostener que el buen profesional de la medicina diligencia correctamente las historias clínicas y que todo conductor conoce y acata las normas de tránsito.

La anterior tesis ha sido aplicada por la Sección Tercera del Consejo de Estado frente a casos en los que personas que han sido privadas de la libertad por orden judicial y posteriormente absueltas, dieron lugar de manera clara e injustificada al hecho dañoso y asimismo a la configuración de la causal de exoneración, en virtud de la culpa de la víctima, el que no solo se circunscribe a la conducta que dio origen a la investigación penal –señalada en párrafos anteriores-, sino también a otras

actuaciones de la víctima que dieron lugar a la imposición de la medida, tal y como sería que aquella en el proceso penal asumió una conducta dolosa o gravemente culposa que no permitió el avance de la investigación, verbi gratia, cuando el perjudicado da varias declaraciones bajo juramento, contradictorias entre sí ante la autoridad judicial, que conllevan a esta a mantener la medida de privación, o que sin estar privado de la libertad, la víctima no compareció al proceso lo que conllevó a que se dictara en su contra medida de aseguramiento a fin de garantizar la continuidad de la investigación penal.

Dicha figura, la culpa de la víctima en los procesos de Privación Injusta de la Libertad se explica en extenso en el fallo 46.328 de 01 de octubre de 2018 M.P. JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS en un proceso de reparación directa por la privación injusta de la libertad que sufrió un ciudadano que fue privado de la libertad y condenado en primera instancia por el juzgado Penal del Circuito de Riohacha pero finalmente fue absuelto en sede de apelación por el tribunal de la misma ciudad, abordó el tema con suma claridad, por lo que consideramos importante incluir un fragmento del análisis elaborado por la sala en lo que tiene que ver con la eximente de responsabilidad:

“Sobre este aspecto, la Sala advierte que el hecho de la víctima y culpa de la víctima se han refundido dentro de un mismo concepto, ya que ambos eximen al Estado de la obligación de indemnizar los daños causados. Sin embargo, el hecho de la víctima y la culpa de la víctima tienen un elemento diferenciador.

Se presenta un hecho de la víctima, cuando su conducta, “sea determinante y exclusiva para la causación del daño, en tanto resulte imprevisible o irresistible”, con independencia de su calificación dolosa o culposa. Por otra parte, se presenta culpa de la víctima cuando la conducta de esta hubiera

incrementado el riesgo jurídicamente relevante de que se produjera el daño, como consecuencia del incumplimiento culposo de un deber jurídico a cargo suyo o del deber general de cuidado.

(...)

De esta forma, el sujeto que incumplió un deber jurídico de conducta y, con ello, creó un riesgo jurídicamente relevante, asume “los reveses de la fortuna que le toquen”, como consecuencia de “un comportamiento grosero, negligente, despreocupado o temerario”. El juzgador debe así, en tales casos, evaluar el desvalor jurídico de la acción de la víctima y la injerencia que tuvo la conducta negligente o culposa en el incremento del riesgo que finalmente tuvo que soportar, para determinar si se produjo una culpa exclusiva o concurrente de la víctima. Si esto es así, el daño será atribuible a la víctima.

Pues bien, esta Subsección ha precisado que: “[...] según el artículo 95.7 de la Constitución Política es un deber de la persona y del ciudadano colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia, y lo que se observa en este caso, es que la conducta desplegada por el demandante fue diametralmente opuesta a ese deber constitucional, puesto que lo que se espera de cualquier persona, es que cumpla con este deber, máxime si se le dio la oportunidad de comparecer al proceso y rendir sus descargos a fin de esclarecer los hechos materia de investigación.”

Así pues, cuando el imputado, en las oportunidades que se le brindan a largo del proceso penal para comparecer y rendir descargos a fin de esclarecer los hechos, despliegue una conducta que impida el esclarecimiento de los hechos, estará faltando al deber constitucional de colaborar con la administración de justicia, consagrado en el artículo 95.7 constitucional.”

La Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia de unificación expediente 31.172 de 28 de agosto de 2014 M.P. Olga Melida Valle de la Hoz, estableció las reglas para determinar el monto de los perjuicios morales causados como consecuencia de la privación injusta de la libertad, tasados en salarios mínimos mensuales vigentes, a partir de cinco niveles que se configuran teniendo en cuenta el parentesco o la cercanía afectiva existente entre la víctima directa y aquellos que acuden a la justicia en calidad de víctimas directas e indirectas, y el término de duración de la privación de la libertad, así:

	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
Reglas para liquidar el perjuicio moral derivado de la privación injusta de la libertad	Víctima directa, cónyuge o compañero (a) permanente y parientes en el 1° de consanguinidad	Parientes en el 2° de consanguinidad	Parientes en el 3° de consanguinidad	Parientes en el 4° de consanguinidad y afines hasta el 2°	Terceros damnificados
Término de privación injusta en meses		50% del Porcentaje de la Víctima directa	35% del Porcentaje de la Víctima directa	25% del Porcentaje de la Víctima directa	15% del Porcentaje de la Víctima directa
	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV
Superior a 18 meses	100	50	35	25	15
Superior a 12 e inferior a 18	90	45	31,5	22,5	13,5
Superior a 9 e inferior a 12	80	40	28	20	12
Superior a 6 e inferior a 9	70	35	24,5	17,5	10,5
Superior a 3 e inferior a 6	50	25	17,5	12,5	7,5
Superior a 1 e inferior a 3	35	17,5	12,25	8,75	5,25
Igual e inferior a 1	15	7,5	5,25	3,75	2,25

Los anteriores 6 postulados conforman el precedente establecido en la sentencia 46.947 de 2018, que, si bien no se encuentran de forma tan clara en dicha sentencia, se han desarrollado en los fallos analizados que se fundamentan en esa decisión. Son criterios, pues, que conforman la estructura que establece el nuevo precedente para el análisis de los casos de reparación directa por privación injusta de la libertad en Colombia. En síntesis, uno de los cambios más drásticos que trajo respecto del precedente de 2013 fue el cambio del régimen de responsabilidad objetiva a un régimen subjetivo, pues como se ve ya es necesario acudir a la falla en el servicio como régimen principal de imputación de la responsabilidad para predicar responsabilidad de las entidades del estado;

adicionalmente se recordó la necesidad de analizar la conducta de la víctima frente a la producción de la privación, para poder determinar si fue su propio actuar el que dio lugar a la detención y a la puesta en marcha del aparato judicial. Lo anterior no obsta para que se pueda hablar de responsabilidad objetiva en materia de privación de la libertad, pues el Consejo de Estado ha sido claro en establecer dos eventos en los que se debe aplicar un régimen de responsabilidad objetiva: (i) Cuando el hecho investigado no existió y (ii) cuando la conducta investigada no constituía delito; pues lo mínimo que se le exige al fiscal o juez, es que tengan claridad acerca de la existencia del hecho punible y que si este ocurrió en el mundo fenomenológico, se trate de un hecho objetivamente típico.

El declive de la responsabilidad objetiva por privación de la libertad deviene entonces de la sentencia 46.947 y su posterior desarrollo jurisprudencial, según el cual, se debe analizar la privación desde la falla en el servicio primordialmente, dejando de lado (sin excluirlo) el régimen de daño especial para abordar el análisis de la responsabilidad del Estado en este ámbito; este cambio en la posición del Consejo de Estado ha hecho que procesos que se iniciaron en la vigencia del precedente de 2013 —los cuales fueron estructurados, tanto probatoriamente, como en su argumentación, bajo un régimen de responsabilidad primordialmente objetivo en el cual solo era necesario probar el daño y quien era el responsable del mismo, con una exigencia probatoria menor que la que se exige en el régimen de falla en el servicio—, por las demoras propias del sistema judicial de nuestro país (donde un proceso de esta índole puede durar de 8 a 10 años o en algunos casos mucho más tiempo⁶²), deban ser resueltos bajo la vigencia del nuevo precedente sin darle la oportunidad al demandante de adecuar sus suplicas, pruebas y alegatos a los lineamientos establecidos en la

⁶² Según el Estudio de tiempos procesales, realizado por la Corporación Excelencia en la Justicia. En el sistema puede un proceso administrativo en dos instancias puede tardar en promedio 2284 días hábiles. [Microsoft Word - TOMO I TIEMPOS PROCESALES_18122015 \(ramajudicial.gov.co\)](#)

sentencia 46.947 de 2018; lo que está haciendo que muchos demandantes que acudieron a la justicia basados en la legitimidad del precedente anterior y con la confianza legítima de que al estructurar sus demandas bajo las exigencias del mismo, estaban obrando bien, vean desestimadas sus pretensiones, aun cuando dentro de la actuación penal pueda existir una falla en el servicio, pues, es muy difícil para los jueces que hoy resuelven estas demandas revisar un proceso penal en forma completa en busca de una falla, incluso si en la oportunidad correspondiente hizo parte del expediente contencioso administrativo el expediente completo del proceso penal. Con mayor razón, será casi imposible en aquellos en los que, por economía procesal, no se arrimó todo el proceso penal, sino apenas las piezas procesales importantes y necesarias, según lo mandaba el precedente de 2013. Es por esto por lo que se hace necesario entrar en la última parte de esta investigación para analizar las implicaciones de la aplicación inmediata del precedente de 2018 en los procesos de privación de la libertad que ya estaban en curso desde antes de que se dictará esta sentencia.

4.- Responsabilidad del Estado por aplicación inmediata del precedente de 2018 en procesos de reparación directa por privación injusta de la libertad en procesos que se tramitaron bajo el imperio del precedente de 2013.

El precedente judicial en Colombia, como vimos al inicio de este escrito, fue evolucionando gracias a desarrollos jurisprudenciales emanados de la Corte Constitucional, apoyado por fallos del Consejo de Estado y por la labor desarrollada por el legislador, tal como lo explica (IREGUI P, 2016) la adopción del precedente judicial, contó con las sentencias dictadas por la Corte y también se fue abriendo paso con algunos pronunciamientos emitidos por el Consejo de Estado⁶³, así como la

⁶³ Expediente 3461 de 2 de septiembre de 2004 y expediente 25662 de marzo de 2006

importantísima labor realizada por el legislador, quien a través de las leyes 1285 de 2009, 1395 de 2010 y finalmente, la ley 1437 de 2011, la cual, en palabras de (IRREGUI P, 2016. Pg. 33) *“Esta recoge los avances en materia de precedente judicial con la creación de una tipología de fallos, las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado, y dota de herramientas reales a los jueces, a los funcionarios administrativos y a los ciudadanos para que se aplique el precedente judicial; es el caso de la creación del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia y el mecanismo de extensión de las sentencias de unificación del Consejo de Estado.”*

Las disposiciones más importantes de la Ley 1437 en relación con el precedente judicial, son las contenidas en artículo 270⁶⁴ de la Ley 1437, que establece las condiciones para bajo las cuales se pueden dictar sentencias de unificación y el artículo 10⁶⁵ de la misma ley, según este, los jueces al momento de dictar sentencia deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado, con este fundamento jurídico el Consejo de Estado ha venido fallando los procesos de reparación directa por privación injusta de la libertad basado en el precedente establecido por la sentencia 46.947 de agosto de 2018. Sobre el particular, señala el profesor (DÍAZ C, 2016. Pg. 123): *“Pues bien, el CPACA toma partido, en medio de la discusión que se había presentado acerca de la aplicabilidad del precedente en el ámbito de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por la tesis optimista o favorable, estableciendo un sistema fuerte de sujeción a los precedentes judiciales y administrativos, cuyo centro lo constituyen las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado, erigiendo, de esta manera, la jurisprudencia, producida por el*

⁶⁴ Artículo 270. Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia o precisar su alcance o resolver las divergencias en su interpretación y aplicación; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1995, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.

⁶⁵ Artículo 10. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.

tribunal superior de la jurisdicción de lo contencioso administrativa, como fuente principal del derecho, en la medida en que se convierte en referente y límite hermenéutico ineludible en el proceso de interpretación y aplicación del Derecho, llevado a cabo por los demás jueces y por la Administración, bajo la exigencia de la uniformidad”

Con la adopción de la figura del precedente se busca garantizar los principios de igualdad, seguridad jurídica y coherencia del sistema jurídico, buena fe y racionalidad en la argumentación jurídica, esto con el fin de proteger la libertad ciudadana y permitir el desarrollo económico, pues lo que se pretende con esto es lograr que la justicia se aplique a todos los ciudadanos por igual, que casos similares sean resueltos de la misma forma por un mismo juez; realizando así los fines esenciales del estado de derecho instaurados en la Constitución Nacional.

Para el profesor (DÍAZ C, 2016) el respeto de los precedentes se justifica ya que, con ello se garantizan los postulados y principios de la igualdad (lo que demanda un trato equivalente por parte de las autoridades), la seguridad jurídica, la buena fe, la racionalidad de la argumentación jurídica y el sometimiento integral de las autoridades al ordenamiento jurídico. Para (IRREGUI, 2014) además de los mencionados por DÍAZ, es necesario tener en cuenta otro principio, se trata del principio de previsibilidad de las decisiones; así se refiere al tema:

“Lo anterior se complementa con el principio de previsibilidad de las decisiones, lo que la Corte Constitucional describe de la siguiente manera: “Las exigencias éticas derivadas del principio de la mutua confianza, imponen que todas las autoridades públicas y, especialmente, las judiciales actúen con consistencia y uniformidad, de modo tal, que siempre deben estar en disposición de adoptar la misma decisión cuando concurren los mismos presupuestos de hecho y derecho, sin que les sea

permitido defraudar la confianza de los ciudadanos con la adopción de decisiones sorpresivas que no se ajusten a las que sean previsibles conforme a los precedentes judiciales sólidamente establecidos” (Corte Constitucional, Sentencia T -468 de 2003). Por ende el deber de atender los precedentes, resulta consustancial al ejercicio armónico de la función judicial, no sólo en atención a las decisiones propias y de los superiores, sino en armonía con los alcances mismos de la Constitución, específicamente la igualdad y la seguridad jurídica.”

Los principios que entran en juego al momento de cimentar la necesidad de sujeción de las decisiones judiciales al precedente, igualdad, seguridad jurídica, buena fe, racionalidad de la argumentación jurídica, el principio de previsibilidad de las decisiones; son los mismos que sirven para entrar a analizar la responsabilidad del Estado por la adopción del nuevo precedente, pues con el cambio de este, en el estado actual de cosas en Colombia, precisamente en lo que tiene que ver con los procesos de reparación directa por privación injusta de la libertad se vienen fallando con arreglo a un precedente diferente al que regía al momento de la presentación de las demandas, trayendo como consecuencia unas exigencias probatorias, argumentativas y de técnica judicial diferentes a aquellas que gobernaron el proceso.

Así pues, un ciudadano acude a la jurisdicción contencioso administrativa en busca de que se le repare el daño causado con la privación de la libertad sufrida como consecuencia de la actuación desplegada por las entidades del Estado, en este caso, la Rama Judicial y/o La Fiscalía General de la Nación, ajusta su demanda, actos, alegaciones y pruebas a lo dispuesto por el Consejo de Estado en su fallo de unificación de 2013, confiado de que su reclamo y su actuación están conformes a derecho, pues se funda en la decisión de unificación vigente para el momento de presentación y trámite del proceso, por lo que el fallo esperado debe ser el de declarar administrativamente

responsable a las entidades causantes del daño; Pero desde agosto de 2018 las sentencias que se vienen dictando en esta clase de procesos no son las esperadas, pues no se está condenando a las entidades demandadas por las privaciones injustas de la libertad bajo un régimen de responsabilidad objetiva como mandaba el precedente de 2013, sino que se migro a un régimen de responsabilidad subjetivo. En este último precedente si la investigación o juicio terminan con preclusión o solicitud de preclusión ante juez basadas en el principio de *indubio pro reo*, no se está haciendo reconocimiento de perjuicio alguno en favor de la víctima de la privación de la libertad, pues considera el Consejo de Estado, que el estar privado de la libertad mientras se es investigado o se adelanta la etapa de juicio es una carga que debe soportar cada ciudadano para poder vivir en sociedad.

Al aplicar el nuevo precedente establecido en el 2018 en procesos que ya venían en curso, muchos de los cuales se encontraban a despacho para fallo en segunda instancia, (esto quiere decir que la única actuación pendiente en estos casos es que se dicte sentencia por parte del juez de rango superior al que conoció en primera instancia del litigio⁶⁸) lo que nos ubica en un momento procesal en el que no se admite presentar alegaciones ni pruebas nuevas, se está violando en primer lugar el principio de igualdad, entendiéndolo como (DIAZ C, 2016. Pg. 167): *“la garantía de la igualdad en la aplicación del Derecho apareja, como consecuencia necesaria, que cuando una persona, destinataria de los efectos de una disposición normativa, se encuentre ante supuestos fácticos y jurídicos análogos a los de otro sujeto, que fue objeto de trato previo, con fundamento en el mismo enunciado, debe ser acreedor de similares consecuencias jurídicas, salvo justificación razonable, que*

⁶⁸ Con la modificación del Código Contencioso de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo por la Ley 2080 de 2021, la oportunidad para presentar alegatos de conclusión cambió pues esta ley modificó entre otros el artículo 247 de dicho código y se estableció como oportunidad para presentar alegatos de segunda instancia, el nuevo plazo que se da va “4.- Desde la notificación del auto que concede la apelación y hasta la ejecutoria del que la admite en segunda instancia, los sujetos procesales podrán pronunciarse en relación con el recurso de apelación formulado por los demás intervinientes.”

permita apartarse del criterio previo”, pues no se está brindando el mismo trato al no concederse el mismo resultado a pretensiones iguales basadas en hechos iguales, siendo la premisa en la que se basa el reclamo la siguiente: “me privaron de la libertad por decisión legítima de autoridad competente, no se probó mi responsabilidad en la comisión del delito, por lo tanto, soy titular de recibir indemnización por la actuación desproporcionada de la Administración.” El magistrado que conozca el caso podría utilizar la carga dinámica de la prueba consagrada en el artículo 167⁶⁹ del Código General del Proceso para abrir un nuevo período probatorio con el fin de garantizar el debido proceso a las partes y puedan adecuar sus alegaciones a lo dispuesto en el nuevo precedente y solicitar las pruebas que consideren pertinentes para soportarlas.

Otro de los principios en juego, es el de Buena fe del que se desprende el principio de la confianza legítima. Para (VALBUENA G, 2008, pg. 152), *“Así las cosas y desde la perspectiva en que se enmarca esta investigación, habrá de entenderse que mediante la aplicación del principio de la confianza legítima se quiere brindar protección jurídica a las expectativas razonables, ciertas y fundadas que pueden albergar los administrados con respecto a la estabilidad o proyección futura de determinadas situaciones jurídicas de carácter particular y concreto, cuando ellas han sido promovidas, permitidas, propiciadas o toleradas por el propio Estado. En ese sentido, los ciudadanos que abrigan la confianza justificad de que sus expectativas y esperanzas no van a ser objeto de*

⁶⁹ ARTÍCULO 167. CARGA DE LA PRUEBA. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código.

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba

frustración, modificación o alteración, no tienen por qué resultar defraudados, sorprendidos o asaltados en su buena fe como consecuencia del cambio inesperado de los ofrecimientos, promesas, criterios y políticas previamente expresados o como resultado del actuar contradictorio y desleal de las autoridades que a última hora deciden modificar la orientación o el sentido de decisiones y posturas suyas adoptadas anteriormente.

Como se puede apreciar, la noción de confianza legítima está estrechamente ligada a la preocupación de proteger a los particulares contra aquellas modificaciones normativas, de criterios y de posturas que, aun siendo legales, se tornan jurídicamente inadmisibles en razón de su carácter brutal y sorpresivo.” Para complementar la definición hecha Valbuena enumera 6 condiciones necesarias para que se configure el principio de Confianza Legítima (VALBUENA, 2008) “...es preciso que se reúnan las siguientes condiciones o requisitos: 1. Que las expectativas se encuentren fundadas en unos hechos o circunstancias objetivas atribuibles al Estado, capaces de propiciar el surgimiento de la confianza; 2. Que esta pueda ser catalogada de legítima 3. Que el administrado haya tomado algunas decisiones o realizado determinados comportamientos demostrativos de ella; 4. Que las autoridades hayan defraudado dicha confianza, al modificar de manera súbita e inesperada la situación jurídica del administrado, desconociendo de esta manera sus deberes de lealtad, probidad y coherencia; 5. Que el Estado haya pretermitido la adopción de medidas encaminadas a conjurar, moderar o evitar los efectos lesivos derivados de su conducta, impidiendo que el administrado se pueda adaptar a la nueva situación creada; y 6. Que la protección de la confianza sea considerada prioritaria frente a la protección de otros principios y valores constitucionales, lo cual implica la ponderación de todos ellos frente al principio de confianza legítima.”

Ahora que tenemos un entendimiento más amplio de los principios enunciados, podemos utilizarlos para determinar si con la aplicación del precedente de forma inmediata se vulneran o no los mismos principios que lo cimientan (al precedente) y de ser así, revisar que ocurre a la luz de lo dispuesto en el artículo 90 de la C.N., pero antes de analizar si se quebrantan los fundamentos del precedente, es necesario entender cómo se puede cambiar el precedente; en el derecho anglosajón de donde es originaria la figura se denomina el tema como prospective overruling, lo que en español se debe entender como cambio o revocación del precedente, (TOLOSA L, 2020 pg. 221) *“El verbo en infinitivo overrule, se conoce como “to decide against a decision that has already been made”, se entiende por overruling – nombre verbal- dentro del marco del common law la posibilidad de cambiar, dejar sin efecto, quebrar o modificar un precedente vinculante por uno nuevo, y con mayor razón o facilidad, uno de carácter persuasivo, cuando las circunstancias de modo, tiempo y lugar, o sucesos extraordinarios a pesar de la semejanza fáctica de las situaciones objeto de juzgamiento, compelan su modificación, reforma o cambio total.*

La orientación jurisprudencial únicamente puede ser cambiada por el propio tribunal que lo construyó o por el superior jerárquico de quien lo profirió. El fenómeno también se refiere al caso cuando se deja sin efecto un determinado precedente, reemplazándolo por uno nuevo, que no sea sustancialmente igual. Habiendo sido adecuado en una situación concreta, luego de un determinado tiempo, el Tribunal estima que el precedente debe ser cambiado por diferentes circunstancias, por ejemplo, por obsoleto, inadecuado, sin uso, contradictorio, etc.

Estos cambios deben contemplar la posibilidad de que se haga en forma diferida o no inmediata para que no engendre cercenamientos de derechos, conflictos jurídicos o sociales, o para que

permita apalancar las nuevas tesis. Esto puede dar lugar a dos modalidades de overruling: Prospective y anticipatory.

El prospective es el dictado con efectos diferidos, esto es, con efectos futuros para no afectar a quien han adquirido derechos con justo títulos, en forma repentina o inopinada; es retrospectivo, porque el nuevo criterio se aplica al caso objeto de decisión; anticipatory, en cuanto los jueces se sustraen de cumplirlo por considerar que en el futuro se hace inaplicable y anticipan que lo utilizarán justificando su erosión frente al mismo en forma motivada.”

En el derecho colombiano, la Corte Constitucional estableció los requisitos para poder establecer un nuevo precedente, (QUINCHE M, 2016 pg.47) resalta las palabras de la Corte al referirse al cambio de jurisprudencia o Overruling, *“La Corte Constitucional considera que el cambio de jurisprudencia debe ser tratado con cuidado y que no basta simplemente con “dar razones” para cambiar de interpretación o de regla jurisprudencial. Así ha señalado puntualmente, que “Además, para justificar un cambio jurisprudencial no basta que el tribunal considere que la interpretación actual es un poco mejor que la anterior puesto que el precedente, por el solo hecho de serlo, goza ya de un plus, pues ha orientado el sistema jurídico de determinada manera. Por ello, para que un cambio jurisprudencial no sea arbitrario es necesario que el tribunal aporte razones que sean de un peso y una fuerza tales que, en el caso concreto, primen no sólo sobre criterios que sirvieron de base a la decisión en el pasado, sino, además, sobre las consideraciones de seguridad jurídica e igualdad que fundamentan el principio esencial del respeto del precedente en un Estado de Derecho.”*

Tenemos pues que las sentencias de unificación que expide el Consejo de Estado, de acuerdo con lo establecido por la Corte Constitucional y la Ley 1437, son sentencias que deben ser tenidas en

cuenta al momento de resolver situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos; de estas decisiones se desprenden factores objetivos, como legitimidad, autenticidad, estabilidad temporal, lo que las convierte en factores objetivos, atribuibles a la Administración de los que se desprende la confianza legítima de los particulares que acudieron buscando que se resarciera el daño ocasionado con el accionar de las entidades del Estado; como bien lo manifestó el Consejo de Estado en la sentencia analizada, el juez puede cambiar de posición cuando se percate de la necesidad de hacerlo, pero siempre teniendo cuidado de no afectar las expectativas legítimas de los ciudadanos que actuaron amparados bajo las sentencias de unificación de 2013; este punto hace surgir una nueva interrogante, ¿Cuándo se deben proteger esas expectativas legítimas? El magistrado del Consejo de Estado Gabriel Valbuena Hernández, en texto de su autoría, enuncia los criterios para tener en cuenta para saber cuándo se deben proteger las expectativas legítimas (Valbuena G, 2008, pg.158):

“1. Que las expectativas se encuentren fundadas en unos hechos o circunstancias objetivas atribuibles al Estado, capaces de propiciar el surgimiento de la confianza; 2. Que esta pueda ser catalogada de legítima; 3. Que el administrado haya tomado algunas decisiones o realizado determinados comportamientos demostrativos de ella; 4. Que las autoridades hayan defraudado dicha confianza, al modificar de manera súbita e inesperada la situación jurídica del administrado, desconociendo de esta manera sus deberes de lealtad, probidad y coherencia; 5. Que el Estado haya permitido la adopción de medidas encaminadas a conjurar, moderar o evitar los efectos lesivos derivados de su conducta, impidiendo que el administrado se pueda adaptar a la nueva situación creada; 6. Que la protección de la confianza sea considerada prioritaria frente a la protección de otros principios y valores constitucionales, lo cual implica la ponderación de todos ellos frente al principio de la confianza legítima.”

Lo anterior ocurrió y sigue ocurriendo con las decisiones que ha venido expidiendo el Consejo de Estado en materia de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, pues se acudió a los tribunales y juzgados de lo contencioso administrativo con base en un fallo de unificación expedido por la autoridad competente, en este caso, el Consejo de Estado: es de dicho pronunciamiento es de donde surge la confianza necesaria para acudir a la Administración de justicia, y tratándose de sentencia de unificación se dota de mayor legitimidad. La presentación de la demanda y la interposición de recursos a lo largo del proceso encuadra en el tercer punto; así pues, de forma intempestiva se cambió el precedente en el mes de agosto del 2018, sin que se diera oportunidad a los demandantes de ajustar sus demandas a las exigencias del nuevo precedente, hace que se fallen los casos con lo dispuesto en el nuevo precedente sin tener en cuenta lo dispuesto en el precedente de 2013, es decir, estamos viendo la aplicación inmediata del nuevo precedente. La confianza legítima como principio derivado del principio de buena fe (artículo 83 C.N.), que es de rango constitucional, puede ser amparada sin violar los demás principios constitucionales y ello se puede hacer de varias formas: una sería que el Consejo de Estado falle con el precedente vigente al momento de la presentación de la demanda, lo que no le impide rectificar la jurisprudencia aplicable a casos futuros (prospective overruling⁷⁰); o bien, se puede dar oportunidad procesal para que los demandantes adecuen su proceso a las exigencias del nuevo precedente.

Como vemos, la actuación del Consejo de Estado, en lo que tiene que ver con la aplicación retroactiva del precedente a demandas que se presentaron bajo la vigencia del precedente de 2013, viola el principio de la confianza legítima y el de la buena fe, para Valbuena Hernández, se puede hablar de un nuevo título de imputación cuando nos encontramos frente a eventos de violación del principio de confianza legítima, (VALBUENA G, 2008, pg. 516) según él:

⁷⁰ Op cit, pg 56

“En cuanto se refiere al tema de la responsabilidad del Estado por defraudación de a confianza legítima, se observa que esta última constituye un nuevo título de imputación de daños resarcibles a cargo del Estado, que se enmarca dentro de las teorías clásicas de la falla del servicio y el daño especial y se inscribe dentro de los parámetros del artículo 90 de la Constitución Política de Colombia de 1991. De tal suerte todo acto de quebrantamiento de la confianza que ocasione daños antijurídicos, debe dar lugar al resarcimiento respectivo, siempre que ella sea realmente “legítima” y se reúnan los tres elementos esenciales: el daño, la imputación de este al Estado y el consecuente deber de asumir su reparación”⁷¹

Otro de los autores que se ha ocupado del tema, Álvaro Cuesta Simanca, ha establecido que surge la responsabilidad del Estado por la aplicación retroactiva de los precedentes, pero bajo el título de imputación de error jurisdiccional, sostiene que con la aplicación retroactiva de los precedentes se violan los derechos constitucionales de tutela judicial efectiva, igualdad, debido proceso y acceso a la Administración de justicia como garantías que tiene cada persona cuando acude a la jurisdicción en busca de justicia. Para el autor (CUESTA A, pg.123):

“Todo tribunal tiene la obligación de ser consistente con sus decisiones previas no sólo por seguridad jurídica – pues las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles- sino también por el respeto al principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez.

(...)

Cuando el Consejo de Estado aplica retroactivamente un cambio jurisprudencial que ocasiona daños antijurídicos en una providencia, ésta se torna contraria a la ley al quebrantar los preceptos de

⁷¹ Valbuena Hernández. Op. Cit pg. 516

derecho internacional, constitucional y legal aludidos, por lo que se encuentran presentes todos los elementos que conforman el error jurisdiccional como título jurídico de imputación, según el artículo 66 de la ley 270 de 1996, siendo posible entonces atribuir responsabilidad patrimonial del Estado en tal evento, sin que tal conclusión se circunscriba al Consejo de Estado, pues bien puede presentarse en las otras altas cortes y demás jueces que, sujetos a la estructura jerárquica de nuestra justicia, acaten los cambios jurisprudenciales de los tribunales de cierre y los apliquen retroactivamente mediante providencias que causen ejecutoria con las cuales se ocasionen daños antijurídicos.”

Una opción que le asiste a los ciudadanos que acudieron a la administración de justicia buscando un fallo por haber sido privados de la libertad, quienes radicaron sus demandas con bajo la vigencia del precedente de 2013 y vieron como su proceso fue fallado bajo el precedente establecido en el 2018, es demandar nuevamente a la administración de justicia, Rama judicial, no por el daño ocasionado por la privación injusta de la libertad, sino por la pérdida de la oportunidad⁷³ de haber obtenido una indemnización pues la aplicación del precedente les causó un daño y pueden buscar la reparación de éste vía judicial; vemos muy difícil que este caso se de en la práctica por las dificultades de tiempo relacionadas con los procesos administrativos en nuestro país -a los cuales ya se hizo referencia en páginas anteriores- y lo desgastante que puede ser para los demandantes que ya perdieron un proceso por cambio de precedente acudir nuevamente a la jurisdicción buscando nuevamente que se le indemnice, esta vez, por un daño diferente al de la privación injusta de la libertad.

⁷³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 5 de abril de 2017, C.P.: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero, exp. 25.706: “Así las cosas, la Sala considera que la pérdida de oportunidad es un fundamento de daño, que, si bien no tiene todas las características de un derecho subjetivo, autoriza a quien ha sido objeto de una lesión a su patrimonio –material o inmaterial– a demandar la respectiva reparación, la cual será proporcional al coeficiente de oportunidad que tenía y que injustificadamente perdió”. En el mismo sentido, véase Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 12 de octubre de 2017, C.P.: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero, exp. 42.803

Un argumento que se podría esgrimir en contra de las anteriores posiciones es que la argumentación que se dio en la sentencia 46.947 y la sentencia de remplazo 46.947(A), fue lo suficientemente amplia y profunda acerca de la necesidad de la adopción del nuevo precedente por parte del Consejo de Estado, lo cual justificaría plenamente el cambio. Pero la realidad es que esto no fue así: los argumentos esbozados en las dos sentencias fueron insuficientes para construir el precedente, tal como se examinó en la presente investigación, pues fueron necesarios desarrollos jurisprudenciales posteriores para poder determinar su contenido y alcance. La posición establecida por el Consejo de Estado, si bien justifica el cambio de precedente, no lo hace así frente a los argumentos para su aplicación inmediata, sobre la que no se dijo nada en la sentencia, pero en la práctica se ha venido dando en todos los niveles de la justicia contencioso administrativa; ni mucho menos la violación de los principios enunciados sufrida por los particulares a los que se les aplicó y se les sigue aplicando el nuevo precedente sin tener en cuenta que sus procesos fueron gobernados por el precedente anterior.

Para finalizar, la aplicación del precedente establecido en la sentencia 46.947 y su sentencia de remplazo de 46.947(A), vienen generando afectaciones graves a los particulares que acudieron a la justicia y basaron sus reclamos en una sentencia de unificación legítima, quienes hoy, en muchos casos después de haber ganado los procesos en primera instancia y tras muchos años de espera, están sufriendo las consecuencias de un fallo adverso, fundado en un nuevo precedente. Se abre la posibilidad para estos particulares de acudir nuevamente a la Administración en busca de una reparación, esta vez, por los daños irrogados por la actividad judicial y la aplicación del precedente, pues ya no sería posible por temas de caducidad y de cosa juzgada buscar indemnización por la privación injusta de la libertad sufrida. Si bien el requisito de la exigencia del análisis de la culpa exclusiva de la víctima por parte del fallador, establecida en el nuevo precedente, parece acorde

con los lineamientos de la responsabilidad extracontractual en general, debe ser muy bien analizada por el fallador para no incurrir en absurdos que lo que lleven es a una negación de justicia bajo el afán de no condenar a las entidades responsables.

5.- Conclusiones.

La responsabilidad del Estado Colombiano por privación injusta de la libertad ha sufrido un cambio profundo con la expedición del precedente de 2018, pasamos de un régimen de responsabilidad objetiva con el precedente de 2013 a uno de responsabilidad subjetiva; pasamos de un sistema que basaba la responsabilidad en un régimen de Daño Especial (mayoritariamente) a uno en el que debe primar la demostración del acontecimiento de la falla en el servicio para que se configure la responsabilidad del Estado; hoy no basta con que la privación de la libertad pueda considerarse injusta o antijurídica para predicar la responsabilidad del Estado, ahora se hace necesario que el demandante por medio de su abogado pruebe la mala actuación de la administración, esto sumado a la imperiosa y riesgosa necesidad de que la conducta desplegada por el ciudadano privado de la libertad no sea calificada por el juez como dolosa o de culpa grave, pues si esto llega a ocurrir nos encontraríamos frente a la causal excluyente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima lo que trae como consecuencia que la sentencia tenga que ser absolutoria pues para el Consejo de Estado si existe culpa de la víctima debe esta soportar la privación de la libertad a la que fue sometida y no merece indemnización a los daños que haya sufrido con la actuación del Estado.

Hoy con los cambios sufridos en materia de responsabilidad por privación de la libertad es posible acudir a la administración de justicia para buscar la reparación de los daños causados con las privaciones injustas de la libertad que se presentan en nuestro país, una de las consecuencias de la

implementación del precedente de 2018 va a ser que los abogados litigantes examinen a fondo el proceso penal para encontrar fallas en el servicio de la administración de justicia para así fundamentar sus pretensiones en dichas falencias procesales, lo que (espero) se va a traducir en una exigencia de una mejor labor para los funcionarios judiciales encargados de administrar justicia pues sus actuaciones van a estar sometidas a constante examen en busca de errores que puedan traducirse en cuantiosas reparaciones para los ciudadanos que sufren privaciones injustas de la libertad.

A pesar de los cambios introducidos en la Ley 906 de 2004 con el sistema de oral en materia penal, es viable demandar a la Fiscalía General de la Nación en procesos de reparación directa por privación injusta de la libertad si se prueba que la labor adelantada por ésta falto a la norma que regula su actividad, lo que se traduciría en falla en el servicio lo que debería acarrear un reconocimiento de responsabilidad administrativa en una sentencia; es necesario estar atentos a la actuación de la Fiscalía y principalmente a la fundamentación que hace al juez de garantías de las medidas de aseguramiento que solicita pues es aquí donde más relevante es la actuación de la fiscalía para determinar que un ciudadano pueda ser privado de la libertad, ya los argumentos que dé y razones que esgrima determinarían si se trata de una medida de aseguramiento que cumple con los requisitos de forma y de fondo para ser determinada como legal o ilegal y servir de fundamento para la falla en el servicio

6.- Anexo 1.

FECHA	RADICADO	DEMANDADO
16/08/2018	(52640)08001233100020090089601	POLICIA NACIONAL
16/08/2018	(57323)68001233100020100028101	FISCALIA GENERAL/RAMA JUDICIAL
27/08/2018	(57948)18001233100320090031101	FISCALIA GENERAL/RAMA JUDICIAL
30/08/2018	(41009)20001233100020080029501	POLICÍA NACIONAL/FISCALÍA
14/09/2018	(47112)05001233100020110109801	FISCALIA GENERAL/RAMA JUDICIAL
17/09/2018	(44923)25000232600020060091401	FISCALIA GENERAL/RAMA JUDICIAL
1/10/2018	(57441)2500233600020150097401	FISCALIA GENERAL/RAMA JUDICIAL
1/10/2018	(50886)25000232600020090062701	FISCALIA GENERAL
1/10/2018	(46064)63001233100020090018301	FISCALIA GENERAL/RAMA JUDICIAL
1/10/2018	(57364)76001233100020110047701	FISCALIA GENERAL/RAMA JUDICIAL
29/11/2018	(53184)41001233100020110038701	FISCALIA GENERAL/RAMA JUDICIAL
3/12/2018	(44016)2700123310002010005301	FISCALIA GENERAL
10/12/2018	(53185)76001233100020120054001	FISCALIA GENERAL/RAMA JUDICIAL
28/02/2019	(52067)05001233100020100102101	FISCALIA GENERAL/RAMA JUDICIAL
4/03/2019	(46174)17001233100020100025801	FISCALIA GENERAL/RAMA JUDICIAL
11/03/2019	(46724)25000232600020110105001	FISCALIA GENERAL/ POLICÍA
28/03/2019	(45934)2000123310002011019101	RESUELVE INCIDENTE DE NULIDAD
28/03/2019	(49861)2500232600020090040301	FISCALIA GENERAL/RAMA JUDICIAL
29/03/2019	(43120)73001233100020080061601	FISCALIA GENERAL
11/04/2019	(62150)50001233100020120009601	FISCALIA GENERAL/RAMA JUDICIAL

11/04/2019	(53535)76001233100020100202101	FISCALIA GENERAL/RAMA JUDICIAL
29/04/2019	(46289)1800123310002011004501	FISCALIA GENERAL/RAMA JUDICIAL
8/05/2019	(52188)76001233100020120027401	FISCALIA GENERAL/RAMA JUDICIAL
16/05/2019	(45353)760012331000201000162901	FISCALIA GENERAL/RAMA JUDICIAL
16/05/2019	(45438b)7300123310002010002548	FISCALIA GENERAL/RAMA JUDICIAL
30/05/2019	(44514)73001233100020110014501	FISCALIA GENERAL/RAMA JUDICIAL
28/06/2019	(47353)25000232600020100054701	FISCALIA GENERAL/RAMA JUDICIAL
10/07/2019	(52104)19001233100020110002101	FISCALIA GENERAL/RAMA JUDICIAL
29/07/2019	(48604)05001233100020110020201	FISCALIA GENERAL/ POLICÍA
31/07/2019	(40851)47001233100020040031101	NO ES DEL TEMA
31/07/2019	(47019)08001233100020070032501	FISCALIA GENERAL
12/08/2019	(63234)88001233100020170003701	FISCALIA GENERAL/RAMA JUDICIAL
28/08/2019	(50500)17001233100020120008101	FISCALIA GENERAL
3/10/2019	(49941)05001233100020100227901	FISCALIA GENERAL/RAMA JUDICIAL
20/11/2019	(54018)19001233100020081025201	FISCALIA GENERAL
29/11/2019	(46921)76001233100020100202701	FISCALIA GENERAL/RAMA JUDICIAL
29/11/2019	(47041)2500232600020110047201	MINDEFENSA-POLICIA-FISCALIA-RAMAJUDICIAL
4/12/2019	(46761)19001233100020100006701	FISCALIA GENERAL DE LA NACION
4/12/2019	(46705)19001233100020110021301	FISCALIA GENERAL/RAMA JUDICIAL
4/12/2019	(43286)52001233100020090009501	FISCALIA GENERAL/RAMA JUDICIAL
12/12/2019	(54968)15001233100020060305901	FISCALIA GENERAL/RAMA JUDICIAL

5/03/2020	70001233100020050043401(56393)	MINISTERIO DE JUSTICIA FISCALIA GENERAL DE LA NACION
8/05/2020	80001233100120090002601(47264)	FISCALIA GENERAL/RAMA JUDICIAL
5/03/2020	76001233100020110021301(50238)	FISCALIA GENERAL/RAMA JUDICIAL
5/03/2020	81001233100020120003301(50142)	RAMA JUDICIAL
5/03/2020	50001233100020090005801(50264)	FISCALIA GENERAL/RAMA JUDICIAL
20/02/2020	76001233100020100087701(48313)	RAMA JUDICIAL/FISCALIA/MINISTERIO DE DEFENSA/POLICÍA NACIONAL
6/02/2020	54001233100020100042101(54396)	FISCALIA GENERAL DE LA NACION
6/02/2020	25000232600020090087601(46731)	FISCALIA GENERAL/DAS
20/02/2020	76001233100020110177601(52750)	RAMA JUDICIAL /MINISTERIO DE JUSTICIA
20/02/2020	76001233100020090064201(53764)	FISCALIA GENERAL/RAMA JUDICIAL
20/02/2020	68001233100020090032701(49038)	FISCALIA GENERAL DE LA NACION
20/02/2020	11001031500020190534700(AC)	TUTELA
5/03/2020	76001233100020090056001(50060)	FISCALIA GENERAL/RAMA JUDICIAL
4/12/2019	19001233100020100050401(47169)	FISCALIA GENERAL DE LA NACION
4/12/2019	44001233100020090003501(43025)	FISCALIA GENERAL/RAMA JUDICIAL
11/12/2019	25000232600020120102201(51707)	FISCALIA GENERAL/RAMA JUDICIAL
6/02/2020	76001233100020120034101(53792)	FISCALIA GENERAL/RAMA JUDICIAL
6/02/2020	44001233100020080015901(42728)	FISCALIA GENERAL/RAMA JUDICIAL
12/12/2019	68001233100020090034001(48954)	RAMA JUDICIAL/FISCALIA/MINISTERIO DE DEFENSA

29/11/2019	05001233100020110170001(50492)	FISCALIA GENERAL/RAMA JUDICIAL
29/11/2019	73001233100020110018301(49930)	FISCALIA GENERAL/RAMA JUDICIAL
29/11/2019	68001233100020080066601(48208)	MINISTERIO DE JUSTICIA FISCALIA GENERAL DE LA NACION
29/11/2019	25000232600020080076401(48452)	FISCALIA GENERAL DE LA NACION
29/11/2019	05001233100020090056601(49839)	FISCALIA-POLICIA
30/10/2019	73001233100020110008601(46480)A	FISCALIA GENERAL/RAMA JUDICIAL
3/10/2019	81001233100020060021901(46317)B	FISCALIA GENERAL/DAS
3/10/2019	76001233100020080043101(52618)	FISCALIA GENERAL DE LA NACION
25/10/2019	05001233100020120069101(53611)	FISCALIA GENERAL/RAMA JUDICIAL
25/10/2019	25000232600020110130001(47518)	FISCALIA GENERAL/RAMA JUDICIAL
25/10/2019	23001233100020090005901(55333)	FISCALIA GENERAL/MINISTERIO DE JUSTICIA
12/08/2019	73001233100020090015301(48362)	RAMA JUDICIAL /MINISTERIO DEL INTERIOR
27/08/2019	54001233100020090004501(43823)	FISCALIA GENERAL
26/08/2019	05001233100020090029501 (46018)	FISCALIA GENERAL/ RAMA JUDICIAL
19/09/2019	20001233100020120011201(49577)	FISCALIA GENERAL/ RAMA JUDICIAL
19/09/2019	25000232600020110057502(54627)	MINISTERIO DE DEFENSA/ EJERCITO NACIONAL
19/09/2019	68001233100020070055101(44768)	FISCALIA GENERAL DE LA NACION
19/09/2019	76001233100020100146501(46024)	FISCALIA GENERAL/RAMA JUDICIAL
28/08/2019	25000232600020100006401(45111)	FISCALIA GENERAL /DAS
25/07/2019	25000232600020040081302(47667)	FISCALIA GENERAL

11/07/2019	25000232600020070038201(48425)	RAMA JUDICIAL/ FISCALIA GENERAL
25/07/2019	50001233100020080046701(48166)	MINISTERIO DE DEFENSA/ POLICIA NACIONAL/ FISCALIA GENERAL
25/07/2019	27001233100020110029901(53109)	FISCALIA GENREAL DE LA NACIÓN
25/07/2019	07001233100020090005701(54760)	FISCALIA GENERAL/RAMA JUDICIAL
29/07/2019	05001233100020100101801(47896)	FISCALIA/ CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
5/08/2019	20001233100020110009401(45267)	RAMA JUDICIAL/ FISCALIA GENERAL
12/08/2019	20001233100020110023101(45870)	RAMA JUDICIAL/ FISCALIA GENERAL
30/05/2019	76001233100020060048701(44375)	RAMA JUDICIAL/ FISCALIA GENERAL
14/06/2019	76001233100020080122401(50661)	FISCALIA GENREAL DE LA NACIÓN

7.- Referencias

Abelluk, R (1993) Las obligaciones. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile.

Alessandri A, Somarriva M & Vodanovic A. (1998). Tratado de Derecho Civil, Partes Preliminar y General. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Botero, E. (2014). La Constitucionalización del Derecho de Daños. Bogotá - Colombia: Temis S.A.

Chinchilla, T (2009) ¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales? Bogotá D.C.- Colombia. Editorial Temis.

Código Civil [CC]. Ley 84 de 1873. 26 de mayo de 1873 (Colombia)

Código General del Proceso [CGP].Ley 1564 de 2012. 12 de julio de 2012 (Colombia)

Consejo de Estado, Sección Tercera. (1 de octubre de 2010) Sentencia 46.328 [MP Jaime Enrique Rodríguez]

Consejo de Estado, Sección Tercera. (28 de agosto de 2014) Sentencia 31.172 [MP Olga Melida de la Hoz]

Consejo de Estado, Sección Tercera. (7 de julio de 2016) Sentencia 38.430 [MP Jaime Orlando Santofimio]

Consejo de Estado, Sala Plena (15 de agosto de 2018) Sentencia 46.947 [MP Carlos Alberto Zambrano]

Consejo de Estado, Sección Tercera. (1 de octubre de 2018) Sentencia 46.064 [MP Javier Enrique Rodríguez Navas]

Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección B. (15 de noviembre de 2019) Sentencia de tutela 11001031500020190016901 [MP Martín Bermúdez]

Consejo de Estado, Sección Tercera. (4 de diciembre de 2019) Sentencia 46.761 [MP Ramiro Pazos Guerrero]

Consejo de Estado, Sección Tercera. (6 de agosto de 2020) Sentencia 46.947(A) [MP JOSÉ ROBERTO SACHICA MÉNDEZ]

Cuesta, S (2012) Responsabilidad del Estado por aplicación retroactiva de cambios de jurisprudencia. Bogotá D.C.- Colombia. Ibáñez.

Corte Constitucional. (25 de marzo de 1993) Sentencia 113 [MP Jorge Arango Mejía]

Corte Constitucional. (1 de Abril de 1993) Sentencia C-131 [MP Alejandro Martínez Caballero]

Corte Constitucional. (28 de octubre de 1993) Sentencia C-486 [MP Eduardo Cifuentes Muñoz]

Corte Constitucional. (5 de febrero de 1996) Sentencia C-037 [MP Vladimiro Naranjo Mesa]

Corte Constitucional Sala Plena (29 de enero de 1999) Sentencia de Unificación 047 [MP Carlos Gaviria Díaz]

Corte Constitucional. (9 de agosto de 2001) Sentencia C-836 [MP Rodrigo Escobar Gil]

Corte Constitucional. (6 de abril fecha de 2006) Sentencia T-292 [MP Manuel José Cepeda]

Corte Constitucional. (6 de Julio de 2011) Sentencia C-539 [MP Luis Ernesto Vargas]

Corte Constitucional. (29 de agosto de 2011) Sentencia C – 634 [MP Luis Vargas Silva]

Corte Constitucional. (1 de noviembre de 2011) Sentencia C-816 [MP Mauricio González Cuervo]

Corte Constitucional. (25 de Julio de 2012) Sentencia C-588 [MP Mauricio González Cuervo]

Corte Constitucional. (31 de agosto de 2016) Sentencia C-469 [MP Luis Ernesto Vargas Silva]

Corte Constitucional Sala Plena (5 de julio de 2018) Sentencia SU-072 [MP José Fernando Reyes Cuartas]

Corte Constitucional Sala Plena (5 de julio de 2018) Sentencia SU-017 [MP José Fernando Reyes Cuartas]

Corte Constitucional. (25 de febrero de 2021) Sentencia T-045 [MP José Fernando Reyes Cuartas]

García, D (2009) Manual de Responsabilidad civil y del Estado. Bogotá D.C.- Colombia. Librería Ediciones Profesional Ltda.

Gaviria, A. (2021). El Hecho de la Víctima como causa de Exoneración de la Responsabilidad Civil. Bogotá D.C.- Colombia. Ibáñez.

Gil, E (2014) La constitucionalización del derecho de daños. Bogotá D.C.- Colombia. Editorial Temis

Iregui, P. (2014). Una Mirada al Papel del Precedente Judicial y su Aplicación por Parte de los Jueces Administrativos y de la Administración Pública. Estudio del Propósito de las Sentencias de Unificación Jurisprudencial y del Mecanismo de Extensión de Jurisprudencia, Consagrados en la Ley 1437 De 2011. Bogotá – Colombia.
<https://repository.urosario.edu.co/handle/10336/10504>.

Ley 1340 de 2009. Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia. D.O. N° 47.420

Ley 1395 de 2010. Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial D.O. N° 47.768

López, M (2006) El derecho de los jueces. Segunda edición. Bogotá D.C.- Colombia. Editorial Legis

López, D. (2016). Eslabones del Derecho. Bogotá - Colombia: Legis Editores S.A.

Lopera, G. (1). El principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de las leyes penales sustantivas (una aproximación a su empleo en la jurisprudencia constitucional colombiana. Nuevo Foro Penal, 12(67), 11-37. Recuperado a partir de <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/3809>

Lopera, G (2021) Proporcionalidad de las penas y principio de proporcionalidad en derecho penal. En Principios y proporcionalidad revisitados (pp. 349 -367) Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. México.

Medellín, C (2020) La *interpretatio iuris* y los principios generales del derecho. Bogotá D.C.- Colombia. Editorial Legis.

[Pulido-Ortiz, F, & Barreto-Moreno, A. \(2019\). La regla del precedente en el derecho administrativo. Bogotá D.C. Editorial Temis.](#)

Pulido, F (2018) Jueces y reglas. La autoridad del precedente judicial. Bogotá D.C.- Colombia. Universidad de la Sabana.

Quinche, M (2016) El precedente judicial y sus reglas. Bogotá D.C.- Colombia. Ediciones Doctrina y Ley.

Santofimio, J (2016) Responsabilidad del Estado por la actividad judicial. Caracas – Venezuela. Editorial Jurídica venezolana.

Schauer, F. (2013). Pensar como abogado, Una Nueva Introducción al Pensamiento Jurídico. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.

Tamayo, J. (2007). Tratado de Responsabilidad Civil. Bogotá Colombia: LEGIS.

Tolosa, L. (2020). La jurisprudencia como medio para la protección de los derechos fundamentales [Tesis Doctoral. Universidad Libre de Colombia, Repositorio Institucional Universidad Libre.

<https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/18466/Tesis%20LA%20JURISPRUDENCIA%20COMO%20MEDIO%20PARA%20LA%20PROTECCION%20DE%20LOS%20DERECHOS%20FUNDAMENTALES.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Valbuena, G. (2008). La Defraudación de la Confianza Legítima. Aproximación Crítica desde la Teoría de la Responsabilidad del Estado. Bogotá - Colombia: Universidad Externado

Velásquez, P (2009) Responsabilidad Civil Extracontractual. Bogotá D.C.- Colombia. Editorial Temis S.A.