

PRIVACION DE LA LIBERTAD - Daño antijurídico / DAÑO ANTIJURIDICO - Acreditación / DAÑO ANTIJURIDICO - Lesión o afectación a diversos bienes, derechos e intereses legítimos padecidos por el administrado que no está obligado a soportar porque el ordenamiento jurídico no se lo impone / ADMINISTRACION DE JUSTICIA - Régimen de responsabilidad extracontractual del Estado / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Hipótesis bajo las cuales el Estado puede resultar responsable. Privación injusta de la libertad. Error Jurisdiccional. Defectuoso funcionamiento de la administración de justicia / TITULO DE IMPUTACION - Sistema subjetivo de falla del servicio / TITULO DE IMPUTACION - Sistema objetivo de falla del servicio

El daño antijurídico se encuentra establecido, puesto que el señor Luis Antonio Castillo Meneses estuvo privado de la libertad desde el 1° de octubre de 1993 hasta el 21 de noviembre de 1994, fecha esta última en la que se le concedió la libertad. En ese orden de ideas, los actores padecieron una lesión o afectación a diversos bienes, derechos e intereses legítimos que no están en la obligación de soportar porque el ordenamiento jurídico no se los impone. Ahora bien, tratándose del régimen de responsabilidad patrimonial - extracontractual del Estado, derivado de la administración de justicia, es necesario reiterar los planteamientos contenidos en diversas sentencias proferidas de manera reciente por esta Corporación. Los artículos 66 a 69 de la ley 270 de 1996 (Ley Estatutaria de la Administración de Justicia), contienen las hipótesis bajo las cuales el Estado puede resultar responsable, a causa de: i) privación injusta de la libertad, ii) error jurisdiccional, o iii) defectuoso funcionamiento de la administración de justicia. Identificado el supuesto de responsabilidad, se deberá determinar el título de imputación aplicable al caso concreto, bien a través de un sistema subjetivo de falla del servicio, o mediante uno de naturaleza objetivo.

FUENTE FORMAL: LEY 270 DE 1996 - ARTICULO 66 / LEY 270 DE 1996 - ARTICULO 67 / LEY 270 DE 1996 - ARTICULO 68 / LEY 270 DE 1996 - ARTICULO 69

NOTA DE RELATORIA: Sobre el tema, ver entre otras, sentencia de 23 de abril de 2008, expediente número 17534, Consejero Ponente doctor Enrique Gil Botero, sentencia de 4 de diciembre de 2007, expediente número 15498, Consejero Ponente doctor Enrique Gil Botero y sentencia del 8 de julio de 2009, expediente número 17308 Consejera Ponente doctora Ruth Stella Correa Palacio.

PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Parámetros jurisprudenciales / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Naturaleza objetiva. Artículo 414 del Código de Procedimiento Penal de 1991. Vigencia y derogación / APLICACION ULTRACTIVA DE LA LEY / Ley derogada. Aplicación no procede. Supuestos que se regulan de manera específica en el mismo. Sí procede / REGIMEN DE RESPONSABILIDAD OBJETIVO - Supuestos. Absolución del sindicado o al procesado porque el hecho no existió. El investigado no lo cometió. Conducta no constituía hecho punible

En los eventos de privación injusta de la libertad, se deben tener en cuenta algunos aspectos y parámetros que, en los últimos años, han sido trazados por la jurisprudencia de esta Corporación, criterios que podrían catalogarse en los siguientes términos: i) Las hipótesis establecidas en el artículo 414 del C.P.P. de 1991 (decreto ley 2700) mantienen vigencia para resolver, de manera objetiva, la responsabilidad del Estado derivada de privaciones injustas de la libertad, en las cuales se haya arribado a cualquiera de las conclusiones a las que hace referencia

la citada disposición, inclusive, con posterioridad a la ley 270 de 1996, en los términos precisados por la jurisprudencia de la Corporación. En consecuencia, la Sala no avala una aplicación ultractiva del citado precepto legal (art. 414) que se encuentra derogado, sino de los supuestos que se regulaban de manera específica en el mismo. Es decir, cuando se absuelve al sindicado o al procesado porque el hecho no existió, el investigado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible el régimen de responsabilidad es el objetivo y, por consiguiente, no será determinante a la hora de establecer la responsabilidad de la entidad demandada si actuó o no de manera diligente o cuidadosa.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 2700 DE 1991 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL - ARTICULO 414 / LEY 270 DE 1996

NOTA DE RELATORIA: Sobre el tema consultar sentencia de 4 de diciembre de 2006, expediente número 13168, Consejero Ponente doctor Mauricio Fajardo Gómez

IN DUBIO PRO REO - Duda se absuelve a favor del procesado / REGIMEN DE RESPONSABILIDAD OBJETIVO - Aplicación / RESPONSABILIDAD DE NATURALEZA OBJETIVA / Rompimiento de las cargas públicas. Deber resarcitorio sin consideraciones subjetivas

Cuando se absuelva a la persona sindicada, en aplicación del in dubio pro reo - strictu sensu-, de conformidad con los planteamientos contenidos en las sentencias proferidas en, (...) el juez de lo contencioso administrativo deberá constatar siempre, que el aparato jurisdiccional ordinario penal, sí haya aplicado efectivamente esa figura procesal penal que integra el derecho al debido proceso. En otros términos, la responsabilidad de la administración pública derivada de la absolución o su equivalente, con apoyo en la máxima de que la “duda se resuelve a favor del procesado”, se analiza y aplica a través de un régimen objetivo, pero siempre y cuando se logre verificar, fehacientemente, que el juez penal al momento de evaluar el material probatorio –que por cierto necesariamente debe existir con pruebas tanto en contra como a favor del sindicado o acusado– manejó una duda razonable que le impidió llegar a la plena certeza sobre la materialización y autoría de la conducta punible. En estos supuestos es lógico que el régimen de responsabilidad sea objetivo como quiera que imponerle al demandante la carga de demostrar una falla del servicio sería someterlo a una especie de probatio diabólica, ya que, en estos escenarios el problema es que no se pudo superar la duda razonable que opera como garantía constitucional de la persona, lo que se traduce en la necesidad de reparar el daño que se irrogó con la detención. En efecto, la herramienta del in dubio pro reo –strictu sensu– opera como bisagra en la tensión que se genera en el poder público –y, concretamente, la represión penal– frente al principio de libertad, para darle prevalencia a este último en aquellos casos en que la duda deviene insuperable. Es decir, con la citada herramienta en su vertiente estricta se hace prevalecer el bien esencial de la libertad, razón por la que en estos eventos no se desprende una falla del servicio, sino una responsabilidad de naturaleza objetiva fundamentada en el rompimiento de las cargas públicas, toda vez que el Estado somete al ciudadano a una situación restrictiva en la que le limita sus garantías públicas para garantizar su comparecencia al proceso, razón por la que se impone el deber resarcitorio sin consideraciones subjetivas. (...) Para la Sala es claro que el asunto sub examine, debe ser analizado desde la perspectiva del título de imputación objetivo, como quiera que el supuesto fáctico que se debate, se enmarca en las puntuales hipótesis que dan lugar a resolver la controversia a partir de allí. Conforme a las pruebas allegadas al proceso, se encuentra demostrado que el señor Luis Antonio

Castillo Meneses estuvo privado de la libertad durante el período comprendido entre el 1° de octubre de 1993 y el 21 de noviembre de 1994, como presunto autor del delito de homicidio. Así mismo, está probado que al proceso punitivo se le puso punto final mediante absolución, como quiera que, en criterio de la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Popayán, las pruebas recaudadas no brindaban certeza de su participación en la comisión del delito, para lo cual tuvo en cuenta el principio del in dubio pro reo.

NOTA DE RELATORIA: Consultar sentencia de 4 de diciembre de 2006, expediente número 13168, Consejero Ponente doctor Mauricio Fajardo Gómez y sentencia de 2 de mayo de 2007, expediente número 15463 Consejero Ponente doctor Mauricio Fajardo Gómez

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Privación de la libertad / ABSOLUCION O PRECLUSION DE LA INVESTIGACION - Ausencia probatoria / MEDIDA DE ASEGURAMIENTO - Arbitraria. Debe demostrarse / DETENCION ARBITRARIA E ILEGAL - Acreditación / REGIMEN DE RESPONSABILIDAD - Título aplicable. No toda absolución, preclusión de la investigación, o cesación del procedimiento penal, se deriva de de aplicación del in dubio pro reo / LIBERTAD - Principio y valor fundante del Estado

La absolución o preclusión de la investigación que emana de falencias probatorias en la instrucción o juicio penal, traduciría en verdad una falla del servicio que no puede considerarse como una conclusión establecida a partir de la aplicación del mencionado principio del in dubio pro reo. Por consiguiente, en estos eventos, es necesario que la parte demandante en el proceso contencioso administrativo de reparación, demuestre, de manera clara, que la privación de la libertad se produjo a partir del error del funcionario, o del sistema, derivado éste de una ausencia probatoria que sustentara la detención preventiva. (...) No es que se sitúe, por capricho, a la persona en un grado mayor de exigencia probatoria, sino que en estos eventos en los cuales la decisión no se refiere a la aplicación del principio de la duda razonable –porque materialmente no hay incertidumbre, en tanto no hay medios probatorios en ninguno de los extremos de la relación procesal–, es necesario demostrar que la medida de aseguramiento fue arbitraria. El anterior planteamiento, lejos de desconocer el principio y valor supremo de la libertad, supone la importancia de decretar la responsabilidad de la entidad pública bajo la perspectiva subjetiva, lo que permitirá eventualmente mejorar las políticas públicas sobre la materia y, de paso, abrir en la medida de las posibilidades la viabilidad a la acción de repetición en contra del funcionario que eventualmente al actuar con dolo o culpa grave desencadenó el daño. Además, no se sitúa con esta hermenéutica a la parte afectada con la privación de la libertad en una situación probatoria en extremo difícil; por el contrario, si la detención fue arbitraria e ilegal, será fácil acreditar esa circunstancia lo que permitirá que el Juez de lo Contencioso Administrativo valore el grado de subjetividad con que se actuó en el caso concreto. Como se aprecia, en cada caso concreto de reparación por privación injusta de la libertad, corresponde determinar a las partes y al operador jurídico en qué supuesto se enmarcó dicha privación, a efectos de tener claridad sobre el título de imputación aplicable al asunto respectivo, como quiera que no toda absolución, preclusión de la investigación, o cesación del procedimiento penal, se deriva de la aplicación del instrumento del in dubio pro reo, motivo por el cual, no siempre se deducirá la responsabilidad de la organización pública a través de un régimen de naturaleza objetiva. (...) En el caso concreto, la absolución decretada a favor de Luis Antonio Castillo Meneses, es suficiente y torna en inequívoca la aplicación de la consecuencia jurídica de la privación de la libertad, esto es, la declaratoria de responsabilidad de las entidades demandadas por enmarcarse la detención en uno de los supuestos señalados. Así las

cosas, es incuestionable que en el presente caso el título de imputación del daño debe ser el objetivo, conforme lo expuesto, ya que según se desprende de las consideraciones en las que se fundamentó el fallo absolutorio, existió duda sobre la participación efectiva de Luis Antonio Castillo Meneses en los hechos de los que se le sindicó, que no se logró despejar, toda vez, que el recaudo probatorio, tanto a favor como en contra del demandante, no brindó certeza al juzgador de la participación en el acto delictivo, es decir, que al juzgador le asistió una duda razonable, ineliminable lógica y antológicamente, que le impidió llegar a la plena certeza sobre la materialización y autoría de la conducta punible. Como corolario de lo anterior, la Sala revocará la decisión apelada para, en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda, toda vez que, la privación de la libertad se originó en el proceso penal seguido en contra de Luis Antonio Castillo Meneses, en el que se le absolvió en virtud de la aplicación del principio del in dubio pro reo, sin que exista, además, ningún tipo de causa extraña que impida la atribuibilidad fáctica, como el hecho de un tercero, el hecho exclusivo de la víctima, o un evento de fuerza mayor.

NOTA DE RELATORIA: Sobre ausencia probatoria en el proceso penal, consultar sentencia de 18 de septiembre de 1997, expediente número 11754, Consejero Ponente doctor Daniel Suárez Hernández y sobre la libertad como principio y valor fundante del Estado ver sentencia de 14 de abril de 2010, expediente número 18960, Consejero Ponente doctor Enrique Gil Botero

LLAMAMIENTO EN GARANTIA - Procedencia / REPETICION - Procedencia / DAÑO - Actuar del agente estatal doloso o gravemente culposo / DOLO - Intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro / CULPA GRAVE - No manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios / FUNCIONARIO JUDICIAL - Responsabilidad / RESPONSABILIDAD DEL FUNCIONARIO JUDICIAL - Actuar doloso o gravemente culposo. Debe probarse

El artículo 90 constitucional y los artículos 77 y 78 del Código Contencioso Administrativo que regulan la responsabilidad patrimonial de los funcionarios por los daños que causen por culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones, así como la facultad de la entidad condenada de repetir en contra de aquél por lo que respectivamente le correspondiere, será la normatividad aplicable en el presente caso, asimismo es necesario remitirse al concepto de culpa grave y dolo que contempla el Código Civil. En efecto, el artículo 63 del Código Civil define el dolo como la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro, y la culpa grave como el no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado, que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. La Dirección Nacional de Administración Judicial solicitó se vinculara al proceso a la Doctora María del Rosario González de Lemos (...) Se observa que en dicha petición no se indicó el fundamento de derecho que sustentara la actuación, como lo requiere el artículo 55 del C.P.C; fundamentos que a su vez permiten establecer los extremos sobre los cuales se debe definir jurídicamente la relación entre el demandado y el llamado en garantía. Es preciso señalar que, cuando se trata de la responsabilidad del funcionario judicial, que ha proferido una decisión que conlleve la privación de la libertad y esta se torne injusta, siempre será necesario probar el actuar doloso o gravemente culposo, es decir, que no por el hecho de existir una condena en contra de la entidad estatal, ello implica que concomitantemente surge una responsabilidad automática del agente estatal, pues será requisito el factor subjetivo de la conducta, dado que, el dolo o la culpa grave sólo se presume en los casos específicamente contemplados en el artículo 71 de la ley 270 de 1996, presunción que admite prueba en contrario. Finalmente,

ninguna actividad probatoria se desplegó con miras a demostrar el aspecto subjetivo de la conducta de la llamada en garantía, necesaria para establecer la responsabilidad de la misma, y en consecuencia no se acreditó que hubiera actuado con dolo o culpa grave (...) No es procedente imputarle a la Doctora María del Rosario González de Lemos, Juez Sexto Penal del Circuito de Popayán, Cauca, para la fecha de los hechos, la responsabilidad por la que se condenará al ente demandado. De allí que se absolverá a la llamada en garantía.

FENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 90 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 77 / ARTICULO 90 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 78 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 63 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 55 / LEY 270 DE 1996 - ARTICULO 71

NOTA DE RELATORIA: Concepto de dolo y culpa grave, consultar sentencia de 27 de noviembre de 2006, expediente número 22099, Consejero Ponente doctor Ramiro Saavedra Becerra

NOTA DE RELATORIA: Con aclaración de voto del doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá, D. C, treinta y uno (31) de enero de dos mil once (2011)

Radicación número: 19001-23-31-000-1995-02029-01(18452)

Actor: LUIS ANTONIO CASTILLO MENESES Y OTROS

Demandado: FISCALIA GENERAL DE LA NACION Y OTROS

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 4 de abril de 2000, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, en la que se resolvió lo siguiente:

“1. Niéganse las súplicas de la demanda.

“2. Sin costas, por no haber lugar a decretarlas.” (fl. 284 cdno. ppal.).

I. Antecedentes

1. En demanda presentada el 21 de septiembre de 1995, Luis Antonio Castillo Meneses y Claudia Rocío González, obrando en nombre propio y en el de sus hijos menores: Miguel Ángel y José Luis Castillo González, solicitaron que se declarara patrimonialmente responsable a la Nación - Ministerio de Justicia, Consejo Superior de la Judicatura y Fiscalía General de la Nación -, por la privación injusta de la libertad del primero de ellos, acaecida entre septiembre de 1993 y noviembre de 1994.

En consecuencia, deprecaron que se condenara al pago, por concepto de perjuicios morales, a la suma que en pesos corresponda a 1.000 gramos de oro, para cada uno y por perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, \$30'000.000 en favor de Luis Antonio Castillo Meneses.

Como fundamento de sus pretensiones narraron que con motivo de la investigación penal por el delito de homicidio de Holguín Ricardo Ángulo Rodríguez, que ocurrió el 16 de noviembre de 1990, fue vinculado en calidad de sindicado, Luis Antonio Castillo Meneses, a quien se privó de la libertad en septiembre de 1993.

El fallo de segunda instancia, proferido por el Tribunal Superior de Popayán, evidenció las irregularidades que se presentaron en el proceso penal, tales como que éste se inició el 20 de noviembre de 1990 mediante indagación preliminar y sólo en febrero de 1992 se declaró legalmente abierta la investigación, se cuestionaron las diligencias de reconocimiento en fila de personas, de fotografías y de reconstrucción de los hechos; proceso en el que se concluyó que no existía prueba alguna contra el sindicado, de allí que, en palabras del actor, se debe aplicar el artículo 414 del C.P.P. y ordenar la correspondiente indemnización.

2. La demanda fue admitida, en auto del 11 de octubre de 1994, y notificada en debida forma.

El Ministerio de Justicia en la contestación propuso la excepción de incapacidad o indebida representación del demandado, por cuanto la Fiscalía General de la Nación forma parte de la Rama Judicial y tiene autonomía administrativa y patrimonial.

Adicionalmente, se opuso a las pretensiones de la demanda por considerar que la medida de aseguramiento es una expresión de la soberanía del Estado y que además el actor pudo interponer los recursos procedentes contra esa decisión, de allí que por tratarse de un acto jurisdiccional no se configuraban los elementos de la responsabilidad patrimonial de la administración pública.

Por su parte, la Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial, expuso que la demora en la apertura de la investigación en nada perjudicó al demandante, toda vez, que hasta ese momento no se le había privado de la libertad.

Agregó, que la simple revocatoria de una sentencia en segunda instancia no generaba responsabilidad del Estado, ya que al ordenar la detención del hoy demandante se dio cumplimiento a la ley penal.

Afirmó, asimismo, que le correspondía al actor probar la falla del servicio, por cuanto no es procedente la aplicación de un régimen objetivo según la jurisprudencia del Consejo de Estado y que, en el asunto *sub judice*, el juez de primera instancia no incurrió en ningún error judicial, según se desprendía del proceso disciplinario que se le adelantó con motivo de la decisión proferida.

Por último, llamó en garantía a la Dra. María del Rosario González de Lemos en su condición de Juez Sexto Penal del Circuito de Popayán - Cauca, quien profirió el fallo condenatorio en primera instancia.

La Fiscalía General de la Nación, afirmó que el caso no se adecuaba a los presupuestos exigidos para que se configurara la responsabilidad estatal por falla del servicio, esto es, una decisión arbitraria, como quiera que el proceso se adelantó en la forma indicada en el Código de Procedimiento Penal, vigente a la fecha de los hechos, y observando los principios rectores del mismo.

3. Concluida la etapa probatoria, iniciada por auto del 21 de enero de 1998, y fracasada la conciliación, se dio traslado para alegar.

El Ministerio de Justicia, insistió en la excepción propuesta consistente en la indebida representación por pasiva, agregó que del análisis del acervo probatorio recaudado en el proceso penal, se concluía que existían serios indicios de

responsabilidad, de allí que las actuaciones judiciales fueron acordes con el ordenamiento jurídico, sin que se constatará un error judicial, una privación injusta de la libertad o una mora injustificada; asimismo, consideró que no se daban los supuestos del artículo 414 del C.P.P.

Por su parte, la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial aseveró que las súplicas de la demanda no podían prosperar, toda vez que no existía nexo de causalidad entre el supuesto daño y la actuación de la Rama Judicial.

La Fiscalía General de la Nación, reiteró lo expresado en la contestación de la demanda; adicionalmente, consideró que los supuestos del caso no se adecuaban a la responsabilidad por falla del servicio por detención arbitraria, ya que la actuación penal se ajustó a la normativa vigente para la fecha de los hechos y a la Constitución Política, lo que ponía de manifiesto la ausencia de uno de los elementos de la responsabilidad, este es, el nexo causal.

El actor, indicó que se debía aplicar el régimen de responsabilidad objetivo, en el cual basta con que se encuentren acreditados el daño y la imputabilidad, por ello se debía condenar a las demandadas por los daños morales y materiales causados.

El Ministerio Público consideró que se debía declarar la responsabilidad por la privación injusta de la libertad de que fue víctima Luis Antonio Castillo Meneses, en atención a que se daba uno de los presupuestos del artículo 414 del C.P.P., ya que no obraron en el proceso penal las pruebas necesarias para concretar o establecer la responsabilidad penal, en consecuencia solicitó se condenará por los perjuicios morales y se negaran los materiales pues no existía claridad sobre su monto.

De otro lado, conceptuó que debía absolverse de responsabilidad a la llamada en garantía, al no encontrarse demostrada la culpa grave o el dolo.

II. Sentencia de primera instancia

El Tribunal negó las pretensiones de la demanda, al considerar que la decisión de la Fiscalía Quinta Seccional, en lo que se refiere a la detención, tuvo su fundamento en el acervo probatorio del que se desprendía un indicio grave, conforme al artículo 388 del C.P.P, en consecuencia, no podía considerarse que la decisión fue arbitraria o de mala intención, por el contrario, la medida resultó ajustada a derecho; concluyó que la carga impuesta al demandante fue legítima y no constituía un daño antijurídico.

III. Recurso de apelación

1. La parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia, el que le fue concedido el 4 de mayo de 2000, y admitido el 28 de julio del mismo año.

2. La parte demandante, en la sustentación del recurso, solicitó se revocara la sentencia y en su lugar se condenara a la Nación, Rama Judicial, Consejo Superior de la Judicatura y a la Fiscalía General por los perjuicios que se les causaron, con la detención arbitraria de que fue víctima Luis Antonio Castillo Meneses, al considerar que se encontraba probada la falla del servicio, ya que en la investigación penal no se valoraron adecuadamente las pruebas y se evidenció la falta de garantías procesales en las diligencias de reconocimiento fotográfico, reconocimiento en fila de personas y de reconstrucción de los hechos.

3. Durante el traslado para presentar alegatos de conclusión, el Ministerio Público, la parte actora y la demandada, con excepción de la Fiscalía General de la Nación, guardaron silencio.

La Fiscalía General de la Nación, solicitó se confirmara el fallo proferido por el *a quo* y reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda y los alegatos presentados en primera instancia.

IV. Consideraciones:

1. Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 4 de abril de 2000, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, en el caso *sub examine*.

2. Con fundamento en las pruebas practicadas en el proceso, se tiene lo siguiente:

2.1. Obra copia auténtica del proceso penal adelantado contra Luis Antonio Castillo Meneses, sindicado del delito de homicidio, del que se destacan las siguientes actuaciones:

2.1.1. La resolución mediante la cual la Fiscalía Quinta Seccional Especializada de Popayán definió la situación jurídica, ordenó la detención preventiva de Luis Antonio Castillo Meneses como sindicado del delito de homicidio y negó la libertad provisional, el 30 de agosto de 1993 (fls. 390 a 421 cdno. pruebas No. 2).

2.1.2. La orden de captura calendada el 13 de septiembre de 1993 (fl. 428 cdno. pruebas No. 2).

2.1.3. El 1º de octubre de 1993, Luis Antonio Castillo Meneses fue puesto a disposición del Fiscal Quinto Especializado de Popayán, en las instalaciones del Comando del Departamento de Policía del Cauca (fl. 447 cdno. pruebas No. 2).

Posteriormente, el 7 de octubre de 1993, se ordenó su traslado a la cárcel Piloto de Cali (fl. 458 cdno. pruebas No. 2).

2.1.4. El 8 de noviembre de 1993, la Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal Superior de Popayán, resolvió el recurso de apelación contra la medida de aseguramiento impuesta a Luis Antonio Castillo Meneses, en el sentido de confirmar la decisión (fls. 480 a 494 cdno. pruebas No. 2).

2.1.5. Resolución de acusación, proferida el 31 de enero de 1994 por la Fiscalía Quinta Seccional Especializada, en contra de Castillo Meneses por el delito de homicidio, en la que se le denegó la libertad provisional caucionada (fls. 581 a 618 cdno. pruebas No. 3).

2.1.6. El 10 de agosto de 1994, el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Popayán, profirió fallo de primera instancia, en el que declaró penalmente responsable a Luis Antonio Castillo Meneses por el delito de homicidio y lo condenó a 20 años de prisión (fls. 1030 a 1136 cdno. pruebas No. 4).

2.1.7. La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, mediante sentencia del 10 de noviembre de 1994, revocó el fallo de primera instancia y absolvió a Castillo Meneses de los cargos imputados y ordenó su libertad, decisión que se hizo efectiva el 21 de noviembre de ese mismo año (fls. 1216 a 1260; 1266 cdno. pruebas No. 5).

El fundamento fáctico y jurídico para arribar a la anterior decisión, consistió, en criterio del de la Sala Penal, del Honorable Tribunal Superior, en los siguientes aspectos, según se desprende del contenido de la citada sentencia:

“Hemos mirado principalmente el contenido de las declaraciones de Jesús María Benavides Cerón y Jesús Eduardo Figueroa Hoyos, porque solo las pruebas son el fundamento del libre convencimiento del juzgador, que en esta ocasión, con su sano criterio producto de la sensatez, observa un materia (sic) deficiente, que no persuade.

“No se tiene certeza absoluta de que las cosas han ocurrido como lo afirma el Fiscal en su vista calificatoria. Es posible que los testigos Benavides Cerón y Figueroa hoyos estén mintiendo, señalando, a un hombre despreciado en los barrios Alfoso López, Los Sauces, La María y sectores aledaños, porque patrullaba como agente del F2 y lanzaba consignas amenazantes.

“Esa prueba firme para condenar no aparece nítida. Las probanzas recogidas no nos dan la certeza o la medida subjetiva de la verdad. Las explicaciones de la Fiscalía, anotadas en el pliego de cargos no logran disuadir las incertidumbres planteadas por los apelantes.

“Recordando a Dellapiane, digamos, que no quedaría la conciencia de los jueces tranquila, si procediéramos a ratificar una condena sin estar convencidos de la verdad. La falta de pruebas contundentes no pudo suplirla la Fiscalía aunque es loable el esfuerzo hecho a último momento.

“Hecha la libre valoración, no encontramos testimonios responsivos, exactos y completos para condenar. **Hallamos perplejidades, vaguedades, dudas no descifrables oportunamente,** sobre todo porque Benavides Cerón pone a decir a Figueroa Hoyos lo que éste no ha afirmado, o sea, que “Carepuerco” manejaba la moto en la escapada criminal.

“(…)

“Se practicaron reconocimiento en fila de personas (fs. 130 y 138), luego de haberse hecho lo mismo con fotografías. Estas actividades no fueron cuidadosas, porque antes de realizar el señalamiento, no se pidió a los testigos Figueroa Hoyos y Benavides Cerón, hicieran

una descripción de la persona vista, lo cual es ordenado por la ley con el fin de buscar que el instructor controle la prueba al máximo y le dé más seguridad a la diligencia. Esta son las irregularidades que si bien no producen nulidad, demeritan la probanza.

“Se realizó diligencia de Inspección Judicial y reconstrucción de los hechos, para especificar entre otras, las condiciones de visibilidad, pero dicha actividad no se llevó a cabo en las mismas circunstancias en que ocurrieron los sucesos, si no a plena luz del día, a las ocho de la mañana. Por eso, ese medio de prueba aporta muy poco (...)

“Por manera que, ni los indicios de las manifestaciones anteriores o posteriores al delito, aparecen fehacientemente comprobados, en sus hechos indicadores. Porque los testimonios que hablan de amenazas y luego de burlas por parte del encartado, provienen de personas familiares del occiso que al dar sus declaraciones sobre los sucesos acaecidos cuando el levantamiento del cadáver, entran en profunda oposición con lo dicho por la Juez que hizo el acta.

“Lo escrito en el informe que obra a fs. 760, según el cual, la retención de Muñoz Montenegro ocurrió a las 20.30 horas, no es profundamente diciente, porque a fs. 558 se encuentra la entrada del sujeto a las 23.00 horas. **Y si las cosas no están claras, el principio del in dubio pro reo debió aplicarse en el fallo de la primera instancia.**

“De tal suerte que los supuestos contenidos en la exposición Fiscal en la audiencia pública, se caen, porque dicho funcionario no hizo un estudio global, para analizar las pruebas, como anteriormente se anotó.

“Mirada la prueba en su contexto, y recordando que para condenar a una persona es necesario no dudar, al observarse la falta de certeza absoluta de que las cosas ocurrieron de la manera como lo cuenta el denunciante, a la Colegiatura no le queda otro camino que revocar la sentencia condenatoria, tal como lo solicitan los apelantes y lo pregona el representantes del Ministerio Público ante esta Superioridad.

“Al estudiar las declaraciones en la relación concreta de sus circunstancias, afloran las contradicciones ya anotadas a lo largo de este pronunciamiento, lo cual nos lleva a no conseguir la seguridad que debe dar el testigo para sustentar una prueba indirecta o un fallo judicial condenatorio.

“Condiciones objetivas como la luminosidad no se aclararon profundamente, y las subjetivas como ausencia de emoción o de afección, en el testimonio de Jesús Benavides, no aparecen claras. A él lo embargaba la pasión, producto del dolor y la influencia de la opinión pública en el paraje, donde con rabia se señalaba a las fuerzas del gobierno como causantes del delito.

“Ahora bien, Jesús Figueroa cambia su versión, lo cual nos hace sospechar de su veracidad, sobre todo cuando hay cosas que

quedan claras: él venía de beber licor, la motocicleta que vió iba con las luces apagadas, casi se estrella para evadirlo y en definitiva no se sabe si a Jesús Benavides le sostuvo una cosa y a la justicia otra.

“Hecha la crítica testimonial, surge la duda más no la certeza o evidencia. Suponiendo que a Jesús Figueroa lo invadió la valentía a última hora, desafortunadamente, su última declaración, no coincide con la de Jesús Benavides, lo cual nos lleva a descartarlas ambas, como medida drástica, pero justa, siguiendo el camino señalado por el maestro Antonio Rocha en su obra “La Prueba en el Derecho”, al tratar temas como el presente.” (Resalta la Sala).

3. El daño antijurídico se encuentra establecido, puesto que el señor Luis Antonio Castillo Meneses estuvo privado de la libertad desde el 1° de octubre de 1993 hasta el 21 de noviembre de 1994, fecha esta última en la que se le concedió la libertad. En ese orden de ideas, los actores padecieron una lesión o afectación a diversos bienes, derechos e intereses legítimos que no están en la obligación de soportar porque el ordenamiento jurídico no se los impone.

Ahora bien, tratándose del régimen de responsabilidad patrimonial - extracontractual del Estado, derivado de la administración de justicia, es necesario reiterar los planteamientos contenidos en diversas sentencias proferidas de manera reciente por esta Corporación¹:

Los artículos 66 a 69 de la ley 270 de 1996 (Ley Estatutaria de la Administración de Justicia), contienen las hipótesis bajo las cuales el Estado puede resultar responsable, a causa de: i) privación injusta de la libertad, ii) error jurisdiccional, o iii) defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.

Identificado el supuesto de responsabilidad, se deberá determinar el título de imputación aplicable al caso concreto, bien a través de un sistema subjetivo de falla del servicio, o mediante uno de naturaleza objetivo.

En los eventos de privación injusta de la libertad, se deben tener en cuenta algunos aspectos y parámetros que, en los últimos años, han sido trazados por la jurisprudencia de esta Corporación, criterios que podrían catalogarse en los siguientes términos:

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de abril de 2008, Exp. 17.534, M.P. Enrique Gil Botero, sentencia del 4 de diciembre de 2007, Exp. 15.498, M.P. Enrique Gil Botero, y Cf. sentencia del 8 de julio de 2009, Exp. 17.308, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

i) Las hipótesis establecidas en el artículo 414 del C.P.P. de 1991 (decreto ley 2700) mantienen vigencia para resolver, de manera objetiva, la responsabilidad del Estado derivada de privaciones injustas de la libertad, en las cuales se haya arribado a cualquiera de las conclusiones a las que hace referencia la citada disposición, inclusive, con posterioridad a la ley 270 de 1996, en los términos precisados por la jurisprudencia de la Corporación².

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

ii) Cuando se absuelva a la persona sindicada, en aplicación del *in dubio pro reo*³ -*strictu sensu*-, de conformidad con los planteamientos contenidos en las sentencias proferidas en los procesos números 13.168 (2006)⁴ y 15.463 (2007)⁵, el juez de lo contencioso administrativo deberá constatar siempre, que el aparato jurisdiccional ordinario penal, sí haya aplicado efectivamente esa figura procesal penal que integra el derecho al debido proceso.

² Sobre el particular, consultar la sentencia de 4 de diciembre de 2006, expediente 13.168, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

³ "La certeza perseguida por el derecho penal máximo está en que ningún culpable resulte impune, a costa de la incertidumbre de que también algún inocente pueda ser castigado. La certeza perseguida por el derecho penal mínimo está, al contrario, en que ningún inocente sea castigado, a costa de la incertidumbre de que también algún culpable pueda resultar impune. Los dos tipos de certeza y los costes ligados a las incertidumbres correlativas reflejan intereses y opciones políticas contrapuestas: por un lado, la máxima tutela de la certeza pública respecto de las ofensas ocasionadas por los delitos; por otro lado, la máxima tutela de las libertades individuales respecto de las ofensas ocasionadas por las penas arbitrarias... La certeza del derecho penal mínimo de que ningún inocente sea castigado viene garantizada por el principio del *in dubio pro reo*. Este es el fin al que atienden los procesos regulares y sus garantías. Y expresa el sentido de la presunción de no culpabilidad del imputado hasta prueba en contrario: es necesaria la prueba –es decir, la certidumbre, aunque sea subjetiva– no de la inocencia sino de su culpabilidad, sin tolerarse la condena sino exigiéndose la absolución en caso de incertidumbre. La incertidumbre es en realidad resuelta por una presunción legal de inocencia en favor del imputado precisamente porque la única certidumbre que se pretende del proceso afecta a los presupuestos de las condenas y de las penas..." FERRAJOLI, Luigi "Derecho y Razón", Ed. Trotta, Pág. 106.

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006, M.P. Mauricio Fajardo Gómez

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 2 de mayo de 2007, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

En otros términos, la responsabilidad de la administración pública derivada de la absolución o su equivalente, con apoyo en la máxima de que la “*duda se resuelve a favor del procesado*”, se analiza y aplica a través de un régimen objetivo, pero siempre y cuando se logre verificar, fehacientemente, que el juez penal al momento de evaluar el material probatorio –que por cierto necesariamente debe existir con pruebas tanto en contra como a favor del sindicado o acusado–⁶, manejó una duda razonable que le impidió llegar a la plena certeza sobre la materialización y autoría de la conducta punible.

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

En efecto, la herramienta del *in dubio pro reo* –*stricto sensu*– opera como bisagra en la tensión que se genera en el poder público –y, concretamente, la represión penal– frente al principio de libertad, para darle prevalencia a este último en aquellos casos en que la duda deviene insuperable. Es decir, con la citada herramienta en su vertiente estricta se hace prevalecer el bien esencial de la libertad⁷, razón por la que en estos eventos no se desprende una falla del servicio, sino una responsabilidad de naturaleza objetiva fundamentada en el rompimiento de las cargas públicas, toda vez que el Estado somete al ciudadano a una situación restrictiva en la que le limita sus garantías públicas para garantizar su comparecencia al proceso, razón por la que se impone el deber resarcitorio sin consideraciones subjetivas.

⁶ “Cuando no resultan refutadas ni la hipótesis acusatoria ni las hipótesis en competencia con ella, la duda se resuelve, conforme al principio del *in dubio pro reo*, contra la primera.” Ibid. Pág. 151-152.

⁷ “Lo cito sólo para destacar la distinción fundamental entre la definición de libertad como sólo la inexistencia de obstáculos que se opongan a que yo haga lo que quiera (lo cual, presumiblemente, sería compatible con una vida muy estrecha, estrechada por la influencia que ejercerían sobre mí fuerzas personales e impersonales, la educación o las leyes, el amigo o el enemigo, el maestro y el pariente, o inclusive estrechada conscientemente por sí mismo), y la libertad como una gama de posibilidades objetivamente presentes, independientemente de que se les desee o no, aun cuando sea difícil o imposible dar reglas para medir o comparar grados de la misma, o para estimar diferentes situaciones respecto de ella.” BERLIN, Isaiah “De la esperanza y el miedo liberado” en “El estudio adecuado de la humanidad – colección de ensayos”, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2009, pág. 131.

Como lo precisó el excelso profesor Norberto Bobbio, “...frente a la gran antítesis entre libertad y poder que domina toda la historia humana –por la que en las relaciones entre individuos y grupos cuanto mayor es la libertad tanto menor es el poder y viceversa–, es buena y por consiguiente deseable y defendible la solución que amplía la esfera de la libertad y restringe la del poder, o, con otras palabras, aquella para la cual el poder debe ser limitado a fin de permitir a cada uno gozar de la máxima libertad compatible con la igual libertad de todos los demás.”⁸

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

Sobre el particular, la Sala sostuvo:

“Una de las razones por las cuales no se logró dentro de la investigación penal una prueba adecuada de la responsabilidad de los implicados, fue en palabras del propio juez, la pasividad por parte de la fiscalía en dicha labor, circunstancia que justifica aún más la condena que habrá de imponerse, habida consideración de que la acción punitiva del Estado cuya titularidad ostenta impele a éste a adelantar las labores convenientes en materia probatoria que permitan el esclarecimiento de la verdad real. Lo que no puede aceptarse de ninguna manera es que la falta de actividad probatoria por parte del Estado la tengan que soportar, privados de la libertad los sindicados, cuando precisamente del cumplimiento a cabalidad de dicha función, depende el buen éxito de la investigación, y desde luego solamente con una adecuada prueba, indicio grave de responsabilidad se repite, era procedente la imposición de la medida de aseguramiento. Ya se observó que para proferir la medida de aseguramiento de detención la norma procesal penal exige el acreditamiento del indicio grave de responsabilidad, Así las cosas, para la Sala resulta claro que en el presente asunto se configura una privación injusta de la libertad, y así habrá de declararse.

“(...) En lo que hace a la aplicación en el proceso penal que originó el presente asunto del principio *In dubio pro reo* y la posibilidad de responsabilizar al Estado cuando la absolución es

⁸ BOBBIO, Norberto en el prólogo del libro “Derecho y Razón” de Luigi Ferrajoli, Ed. Trotta, 2001, pág. 14.

consecuencia de dicha aplicación, cree la Sala que, no se trató de duda sino más bien de falta de prueba incriminatoria, sin embargo aun que se trate de dicha hipótesis no debe olvidarse que el presupuesto de la aplicación de tal principio, supone una duda para el juzgador penal, lo cual evidencia, precisamente, la deficiencia de la actuación estatal en la labor probatoria, circunstancia que no puede servir de base, ni por asomo, para la exoneración del Estado por la privación injusta de la libertad, pues ha de tenerse presente que, como principio fundamental informador de toda la normativa penal, están los de buena fe y de inocencia, los cuales no pueden desvanecerse y mucho menos inobservarse, por una circunstancia meramente probatoria. La duda, en materia penal, se traduce en absolucón y es ésta precisamente a la luz del art. 414 del C.P.P. la base para el derecho a la reparaci3n.”⁹

No es que se sitúe, por capricho, a la persona en un grado mayor de exigencia probatoria, sino que en estos eventos en los cuales la decisi3n no se refiere a la aplicaci3n del principio de la duda razonable –porque materialmente no hay incertidumbre, en tanto no hay medios probatorios en ninguno de los extremos de la relaci3n procesal–, es necesario demostrar que la medida de aseguramiento fue arbitraria¹⁰.

El anterior planteamiento, lejos de desconocer el principio y valor supremo de la libertad, supone la importancia de decretar la responsabilidad de la entidad pública bajo la perspectiva subjetiva, lo que permitirá eventualmente mejorar las políti cas pú blicas sobre la materia y, de paso, abrir en la medida de las posibilidades la viabilidad a la acci3n de repetic3n en contra del funcionario que eventualmente al actuar con dolo o culpa grave desencadenó el daño.

Además, no se sitúa con esta hermenéutica a la parte afectada con la privaci3n de la libertad en una situaci3n probatoria en extremo difícil; por el contrario, si la detenci3n fue arbitraria e ilegal, será fácil acreditar esa circunstancia lo que permitirá que el Juez de lo Contencioso Administrativo valore el grado de

⁹ Consejo de Estado, Secci3n Tercera, sentencia del 18 de septiembre de 1997, exp. 11.754, M.P. Daniel Suárez Hernández.

¹⁰ “Los historiadores de las ideas atribuyen fácilmente a los filósofos y juristas del siglo XVIII el sueño de una sociedad perfecta; pero ha habido también un sueño militar de la sociedad; su referencia fundamental se hallaba no en el estado de naturaleza, sino en los engranajes cuidadosamente subordinados de una máquina, no en el contrato primitivo, sino en las coerciones permanentes, no en los derechos fundamentales, sino en la educaci3n y formaci3n indefinidamente progresivos, no en la voluntad general, sino en la docilidad automática.” FOUCAULT, Michel “Vigilar y Castigar”, Ed. Siglo Veintiuno, 27ª ed., pág. 173. “Como lo muestran los objetos anteriores, la prioridad de la libertad significa que la libertad solamente puede ser restringida en favor de la libertad en sí misma.” RAWLS, John “Teoría de la Justicia”, Ed. Fondo de Cultura Económica, Pág. 273.

subjetividad con que se actuó en el caso concreto.

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

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

vi) Ahora bien, sobre la libertad, como principio y valor fundante del Estado y las limitaciones frente a la misma, recientemente la Sala se pronunció así:

“2. La libertad personal como bien jurídico digno de protección.

“2. 1. *Algunas referencias históricas para la mejor comprensión del concepto.*

“La libertad es una cualidad consustancial al ser humano. Desde que comenzó la construcción de las diferentes civilizaciones, este valor ha constituido la piedra angular sobre la que se ha cimentado la noción ética, política y jurídica de hombre. La historia registra diferentes momentos en los que la libertad ha contribuido al cambio de paradigmas sociales y por ende ha desencadenado la formación de nuevos modelos políticos. En efecto, a la persona en un primer momento se le negó éste atributo, la capacidad de definición sobre su futuro escapaba a la posibilidad de toma de decisiones, una instancia superior regía los destinos, y por tanto la conducta debía

enmarcarse en cánones religiosos mediante los cuales se expresaba el querer de los dioses¹¹.

“Este determinismo va a ser cuestionado, de tal forma que la libertad será identificada por Sócrates con el conocimiento mismo, circunstancia que, en occidente, desplaza la discusión a una dimensión de carácter antropológico. Esta realidad será desarrollada por Platón para identificar la libertad con la liberación de la mente humana (de un apartamiento del mundo de la oscuridad), ligada a la idea de autonomía, esto es, a la capacidad de decidir por sí solo. A su vez, Aristóteles le dará una connotación de carácter social y político y enmarcará la libertad en el plano de la acción humana¹². Para éste último autor, la virtud en el hombre viene determinada por el libre albedrío, de tal manera que éste es libre cuando *hace todo lo que quiera sin ser precisado por necesidad alguna*. Por lo tanto, la condición de libertad se logra cuando la conducta se realiza por placer, cuando se lleva a cabo un comportamiento movido por el deseo, puesto que sólo lo que hace impulsado por éste no resulta ser involuntario y, por ende, tampoco inevitable. No obstante, la libertad debe entenderse siempre referida a un necesario respeto no sólo del orden natural sino también del orden moral¹³.

“Para el cristianismo, en gran parte de la edad media, la libertad viene a constituir una cualidad no escindible del hombre como creación divina. Esta idea central “será desarrollada, entre otros, por San Agustín, para quien la libertad constituye un atributo que puede resultar no manejable fácilmente por el hombre como criatura limitada, pues este don mal administrado podría conducirlo fácilmente al mal. Por este motivo, la libertad no constituye un bien absoluto sino limitado, y dicha limitación se debe entender perfectamente en la diferenciación que se hace entre el querer y el poder. Por lo tanto, el libre albedrío contiene una capacidad innata de decisión, mientras que la libertad enmarca la forma como dicha decisión se utiliza en la realización del bien¹⁴.

“El inicio de la modernidad conllevará un desplazamiento del discurso teológico a un *iusnaturalismo de corte racionalista*, según el cual la vida en sociedad es posible precisamente por la libre determinación de los individuos que la conforman. Postura que, por cierto, coloca de nuevo sobre la mesa la necesidad de limitación de la libertad a través de las críticas formuladas por algunos sectores académicos a las tendencias liberales que ya se respiraban con fuerza en la segunda mitad del siglo XVIII. Como ejemplo se puede traer a colación las palabras de un catedrático español escritas en 1788:

“...la libertad que disfruta la criatura racional no es de tan sublime esfera, porque está sujeta a la ley que prescribe el

¹¹ Cfr. DE TORRES FLOREZ, José I, *Disertación sobre la libertad natural jurídica del hombre*. 1788, Estudio preliminar, edición del texto y notas de Salvador Rus Rufino. León, Universidad de León. 1995.

¹² *Ibidem*.

¹³ ARISTOTELES, *Los tres tratados de la ética: la moral a Nicomaco, la gran moral, moral a Eudemo*. Buenos Aires, Ateneo. 1950.

¹⁴ DE TORRES... *Ob. Cit.*

legislador. Es verdad la que conviene con ella, en cuanto es hacer lo que quiere su voluntad, pero con rectitud y justicia, y cuando la acción dimanante de la voluntad se aparta o contradice la ley que le prescribe lo que ha de hacer, ya entonces no es libertad, sino abuso de la libertad. A esto se une el que el hombre tenga voluntad de hacer esta, u otra acción, aunque sea recta y justa no está en su mano el poder o potestad de poner en ejecución lo que quiere, porque le falta el poder actual para ello, y así no podemos decir con verdad genéricamente que la libertad que goza el hombre consiste en ejecutar aquello que quiere su voluntad, sino que con propiedad diremos, que esta libertad se cifra en hacer o no hacer aquello que quiere y puede su voluntad con sujeción a la ley, y esta libertad concebida en estos términos es una libertad restricta, limitada o denominada jurídica, con la que únicamente condecoró el supremo hacedor a los individuos¹⁵.”
(Subraya fuera de texto)

“Como puede observarse, la libertad cobra importancia no sólo filosófica y política, sino también jurídica. Esta última forma de entender la libertad parte del supuesto del reconocimiento de un espacio de autodeterminación; no obstante, el otorgamiento de esta facultad no puede hacerse de manera ilimitada, se podrán adelantar las conductas que se desee siempre y cuando se respeten los parámetros que se fijan mediante el establecimiento de leyes, normas que constituyen un límite inevitable, pues sólo es posible proteger la libertad en un escenario en el cual existan mecanismos o instrumentos que eviten que las decisiones de unos anulen las de los demás.

“Esta conclusión puede desprenderse del esbozo histórico que hasta el momento se ha realizado, de hecho, es perfectamente predicable de nuestros días. Empero, es importante señalar que la construcción que de la libertad se ha llevado a cabo desde el derecho público se debe identificar en una etapa histórica concreta, la de las denominadas revoluciones liberales (sobre todo la revolución francesa), pues es justo en este momento en el que dos factores se suman a la discusión: 1. La individualidad como un valor en sí mismo, y por lo tanto la ruptura de la idea de colectividad propia de la edad media y del cristianismo. La consolidación de una sociedad antropocéntrica, que otorga a la individualidad no sólo un valor económico (condición inexorable para el surgimiento del modelo económico mercantilista y para la consolidación posterior del capitalismo) sino también un valor de carácter político y jurídico, lo cual desembocará en el necesario reconocimiento de derechos fundamentales, y; 2. La construcción de un concepto de derecho público subjetivo, esto es, la capacidad de exigir una determinada forma de comportamiento de los poderes públicos, quienes frente a las garantías reconocidas tienen un deber genérico de abstención¹⁶.

¹⁵ *Ibidem*. Pág. 43.

¹⁶ Cfr. RINCÓN CÓRDOBA, Jorge Iván. Las Generaciones de Derechos Fundamentales y la Acción de la Administración Pública. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2004. La doctrina constitucionalista ha señalado diferentes circunstancias que confluieron para hacer posible la construcción del nuevo modelo de sociedad: 1. El renacimiento con su propia filosofía: el humanismo; 2. La reforma; 3. La ruptura de la alianza entre la burguesía y la nobleza. Los

Por tanto, la libertad como fundamento claro del nuevo paradigma deja de lado su connotación de *privilegio reconocido por el monarca* para convertirse en un límite en la acción de aquellos que como autoridad detentan el poder.

“Tal como señala García de Enterría, la revolución francesa implicó un esfuerzo por construir un nuevo orden político y social que debía alzarse sobre cimientos totalmente distintos a los del régimen que se quería abolir. Los dos postulados básicos que sirvieron a la concepción de sociedad buscada fueron la libertad y la igualdad. El hombre como individuo siente el poder que tiene de moldear su propio destino y toda esta energía la emplea a fondo para explorar las posibilidades que la libertad le ofrece. La libertad se convierte en un mito que no sólo abarca la esfera privada de cada individuo sino que se extrapola a la vida pública mediante la construcción de la llamada *voluntad general y de las conocidas doctrinas pactistas*. Por tanto, se devolvía al hombre la libertad construida por los clásicos, aquella que no era equiparable a la que fue corrompida por años de despotismo. Por consiguiente, se construye un nuevo discurso, se redefinen los mitos y se da comienzo a otra época en la historia del hombre¹⁷.

“La libertad como fundamento del nuevo orden a instaurar debía tener primero una significación, por algo se reitera constantemente que la revolución francesa fue realmente una revolución del lenguaje, una batalla de las palabras para ganar una posición política, para determinar cuál era el discurso político autorizado. La nueva concepción de libertad entonces, sin desconocer sus bases filosóficas, se realizará a través del derecho, puesto que éste se diferencia de otras lenguas, como quiera que al ser “...preceptivo, no se conforma con reflejar especularmente la situación tal como existe, sino que aspira a conformarla en moldes prefigurados con ánimo de instalarla duraderamente a través de instituciones nuevas.” Por ende, cuando se habla de libertad, no “se intenta describir ni una cosa existente, ni una idea, o un deseo...” puesto que su sola enunciación ocasiona un advenimiento de lo que se dice. “...El enunciado no puede por ello ser calificado de verdadero o falso, sino que es en sí mismo la realización de un acto”. Es así como, cuando la libertad se convierte en la columna vertebral de la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano adquiere la naturaleza de un derecho, y por ende, ya no es una aspiración o una construcción filosófica, es una certeza que transforma la realidad existente.¹⁸

“En el nuevo paradigma, se da una separación entre Estado y sociedad y se conciben como dos realidades distintas y contrapuestas. Del primero, se resalta su carácter de organización racional encaminada a la obtención de la convivencia pacífica, la seguridad y la propiedad privada. La forma de relación con los individuos se dará mediante leyes abstractas y el poder que encarna

burgueses inician así una triple lucha: frente al dogma católico, frente a los privilegios de la nobleza y frente al propio monarca absoluto. Ver: SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio. Estudios sobre las libertades. Valencia. Tirant lo Blanch. 1995. Pág. 71 a 73.

¹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La lengua de los derechos. La Formación del Derecho Público Europeo tras la revolución francesa. Madrid, Alianza Universidad. 1994.

¹⁸ *Ibidem*. Pág. 30.

se caracterizará por estar repartido y ser revocable, dos condiciones que se vinculan inexorablemente con la libertad. En contraposición, la segunda se identifica por ser un orden espontáneo que puede por sí sola subsistir siempre y cuando reconozca la libertad, entendida ésta como facultad de oposición frente a cualquier ataque que provenga de los poderes públicos. Por este motivo, debe traducirse en declaraciones de derechos producto directo de la experiencia humana y de la necesidad de hacer frente a los atentados que contra la capacidad de autodeterminación puedan llegar a realizarse¹⁹. La libertad se entiende entonces, como una situación legal, en la que se reconoce al individuo “...la capacidad de actuar sin sobrepasar el marco de los límites fijados por el derecho positivo vigente...”²⁰

“Esta forma concebir la libertad, tal como pone de presente Hayek, no es coincidente con la visión que en el siglo XVII se tenía en Gran Bretaña, puesto que dada la importancia de la tradición en la formación de sus instituciones sociales, políticas y jurídicas se realizó una teorización de sesgo evolucionista que difería, en principio, de la concepción racionalista de corte continental. Por lo tanto, la evolución social y con ella, su idea de libertad, no depende de un plan previamente diseñado, sino del resultado que arroja la interacción de las acciones adelantadas por un sin número de individuos. Por ello, la mayor o menor amplitud de la libertad depende de manera exclusiva de la capacidad de adaptación del ser humano, de la herencia cultural de la que se apropia cada nueva generación y de la adaptación que de ésta se hace a través del ensayo y del error, del aprendizaje y de la imitación²¹.

“En contraposición, la construcción que se hizo del concepto de libertad en los países de línea continental partirá de la idea de pacto social, reiterándose nuevamente la necesidad de limitación de la capacidad de decisión del individuo para hacer posible la convivencia pacífica. No se parte de la construcción de Hobbes, quien concibe al hombre en un estado en el que sus apetitos lo gobiernan y en donde la falta de orden conlleva a una guerra constante. Esta situación, ocasiona que se opte por el menor de los males, la asociación y la creación de un Estado ante el cual se da una renuncia absoluta de la libertad, de allí que el alcance de la misma es sólo aquel que la autoridad decide reconocer.

“No. La construcción se realiza a través de las ideas de Locke y Rousseau, quienes no parten de la premisa de una renuncia total de la libertad. El hombre entrega a un grupo que gobernará en nombre de la mayoría (y no a una sola persona) el derecho a regular parte de su comportamiento, conservando los restantes derechos²². Se parte de la idea de que el ser humano individualmente considerado es titular de unos derechos naturales que no se integran totalmente en el denominado contrato social. Es más, “...el pacto tiene como objeto esencial preservar todos los derechos naturales que se han

¹⁹ SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio... *Ob. Cit.*

²⁰ *Ibidem.*

²¹ HAYEK, Friedrich A. Los Fundamentos de la Libertad. Madrid, Editorial Unión. 2006. Pág. 88 a 90.

²² SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio... *Ob. Cit.*

agotado en el hecho mismo de su conclusión.” Por este motivo, se hace una distinción entre libertad originaria y libertad institucionalizada: la primera, es la condición perfecta de que cada uno pueda ordenar sus acciones, disponer de sus bienes y de su vida como desee, sin necesidad de obtener para ello el consentimiento de otro.

“Esta condición, ocasiona que la única forma de sustraer la libertad de los hombres sea a través de su consentimiento, el cual se hace mediante un pacto del que surge la segunda de las libertades enunciadas. Esta modalidad de libertad, entonces, hace posible la vida en comunidad, la mutua preservación de diferentes bienes jurídicos. Por tanto, *“el pacto no destruye, sino que mantiene la libertad por el instrumento de someterse a un derecho que debe ser obra sucesiva del consentimiento común. La libertad del hombre en sociedad ésta en no situarse sino bajo un poder legislativo establecido por el consentimiento de la comunidad*”²³.

“Es precisamente, el confiar la delimitación de la libertad a la soberanía popular representada en la voluntad general, lo que marca un cambio en la forma como ésta se concibe, pues del carácter de inherencia de los derechos sustentado en las doctrinas iusnaturalistas se da paso a una necesidad de reconocimiento de derechos fundamentales mediante el establecimiento de normas jurídicas. Opera así, un proceso de positivación, en donde la mejor garantía de la libertad se encuentra precisamente en el carácter general, impersonal y abstracto de las leyes. La determinación de preceptos que marcan el cómo debe comportarse el individuo en sociedad pone de presente tres aspectos: 1. La única limitación a la capacidad de decisión del hombre se encuentra en la norma que emana del poder legislativo, si un comportamiento no está prohibido previamente en el ordenamiento jurídico nada constituye un impedimento para su consecución (se da una vinculación de carácter negativo); 2. Es la ley la única que puede imponer restricciones al ejercicio de la libertad porque el parlamento es la concreción visible del pacto social, y; 3. la libertad conlleva para los poderes públicos una doble limitación: de un lado sólo pueden hacer lo que el ordenamiento jurídico superior señale, del otro, les está prohibido realizar conductas que no estén previamente fijadas (la vinculación a la ley es positiva).

“Lo anterior, hace visible el nexo existente entre Estado de Derecho y libertad, paradigma en el cual la intervención del legislador dentro del espacio de decisión de cada individuo se sitúa en el exterior de sus derechos, los límites son extrínsecos porque se encaminan a hacer posible la coexistencia de diversas autonomías. La ley, como señala Hayek, se convierte desde ese momento en la principal garantía de una sociedad libre, como quiera que la obediencia que de ella se predica no depende de aplicaciones concretas; en palabras del autor *“...el legislador desconoce los casos particulares a los que sus prescripciones conciernen.*” Esta característica a su vez se extiende a la rama judicial porque *“...el juez que las aplica no tiene elección a la hora de formular las conclusiones que se siguen*

²³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo... *Ob. Cit.*

del cuerpo legal en vigor y de las particulares condiciones del caso que juzga.” En definitiva, una ley no es arbitraria, “...porque se establece con ignorancia del caso particular y ninguna voluntad decide la coacción utilizada para hacerla cumplir.”²⁴

“De la anterior garantía se desprenden las demás: 1. la posibilidad de limitación de la libertad solo se puede hacer mediante una ley conocida y cierta; 2. La ley debe aplicarse con igualdad; 3. las declaraciones de derechos no agotan los ámbitos en los que la libertad puede manifestarse, simplemente denota campos sociales en los cuales ésta se puede tornar amenazada, y; 4. el reconocimiento de la libertad no implica ausencia de sacrificio de algunas de sus manifestaciones. Se configura así una eterna paradoja: la libertad es posible sólo en aquellos lugares en los que su abuso no está permitido²⁵.

“Bajo esta premisa se desarrolla la idea de libertad, porque como Beccaria señaló, la soberanía del Estado se compone de la suma de todas aquellas porciones de libertad que los individuos sacrifican para poder gozar de tranquilidad y seguridad. Pero esto no es suficiente, porque es necesario defenderse de las usurpaciones que alguien pretenda acometer, cuando del depósito de libertad confiada no sólo intenta apoderarse de la parte que le corresponde sino de aquella que pertenece a otros. De acuerdo con este autor, el no querer volver a un estado de caos hace necesario el establecimiento de penas contra aquellos que pueden llegar a infringir la ley²⁶. Sólo la norma emanada del legislativo puede señalar previamente cuales son los comportamientos que se consideran contrarios a la libertad y por ende determinar también cuál es el castigo a imponer; no obstante, este poder no es omnímodo, toda vez que “...las penas que sobrepasan la necesidad de conservar el depósito de la salud pública, son por su naturaleza injustas...” porque, éstas son más justas “...cuanto más sagrada e inviolable sea la seguridad y mayor la libertad que el soberano conserve a sus súbditos.”²⁷

“La revolución trae consigo una nueva forma de concebir el *ius puniendi* en cabeza del Estado. La facultad de castigar sólo es posible mediante el cumplimiento del principio de legalidad: las penas deben estar descritas en una ley de manera previa. De igual forma, se legaliza el procedimiento penal, se consagra el principio de presunción de inocencia, la carga de la prueba se desplaza al aparato estatal, la detención se convierte en un medio para asegurarse de la persona del delincuente y de hacerle cumplir la pena de prisión y se proscriben las penas que desconozcan la dignidad humana. En otras palabras, “...se consagra un verdadero derecho ciudadano a no ser castigado más que en las condiciones determinadas por esos principios básicos y por las Leyes, un derecho básico de libertad física y personal, en su sentido más elemental, capaz de crear por sí sólo un espacio seguro de desenvolvimiento vital libre en la sociedad.”²⁸

²⁴ HAYEK, Friedrich. Los Fundamentos... *Ob. Cit.* Pág. 202.

²⁵ *Ibidem.*

²⁶ BECCARIA, Cesare. De los Delitos y las Penas. Bogotá, Temis. 2006. Pág. 10 y 11.

²⁷ *Ibidem.*

²⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo... *Ob. Cit.* Pág. 158.

“El crecimiento industrial, la necesidad de participación de diferentes clases sociales dentro del juego democrático, el aumento de necesidades de diferentes sectores de la sociedad, la paulatina pero creciente intervención del Estado mediante el aparato administrativo en actividades de contenido prestacional, el reconocimiento de fuerza normativa de las constituciones políticas y la incorporación de nuevas manifestaciones de derechos fundamentales, amplían el espacio de decisión del individuo, construyéndose una concepción de la libertad compatible con los principios de igualdad material y solidaridad. Esta nueva dimensión puede ser perfectamente entendida si se acude a las conclusiones que sobre el tema extrae Gregorio Peces - Barba²⁹:

“1. La libertad continúa siendo el núcleo esencial y el logos de las diferentes declaraciones de derechos fundamentales y se completa y complementa con los principios de igualdad, solidaridad y seguridad jurídica. La libertad sigue estando conectada con la realización de los objetivos de cada individuo, pero ahora la materialización de las finalidades se da en un plano democrático que impone al Estado asegurar un espacio de comunicación e intercambio de razones para la toma de decisiones.

“2. La libertad sigue detentando los rasgos de universalidad y generalidad. Es decir, que su ámbito de aplicación abarca a cada uno de los integrantes que conforman la sociedad, es un valor que se predica del hombre, el cual detenta su titularidad. No obstante, no sólo a los individuos se les otorga un espacio de autodeterminación, este también puede ser reconocido a los grupos que éstos conforman, cuando su objetivo persigue la realización de la autonomía e independencia.

“3. La libertad puede ser entendida de tres formas diferentes: 1. libertad como no interferencia, cuando se pretende asegurar un espacio de decisión libre; 2. libertad promocional, cuando pretende asegurar necesidades básicas que impiden la materialización de la primera clase de libertad; 3. libertad participación cuando favorece la intervención en los procesos de decisión política. Estas variantes justifican diferentes manifestaciones de derechos: derechos de corte individual, derechos sociales y derechos propios de la democracia representativa y participativa. Obedeciendo al análisis del caso concreto, nos detendremos en el primer tipo de libertad, sin querer ello significar un desconocimiento de los restantes.

“2.2 El alcance y contenido de la libertad como valor fundante del ordenamiento jurídico.”

“La Constitución política en varias de sus disposiciones reconoce que la Libertad en su triple condición de valor, principio y derecho debe ser protegida y respetada tanto por los poderes públicos como por cualquier individuo. Esta premisa se desprende del preámbulo en donde se señala que el Estado colombiano debe propender por

²⁹ PECES – BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Curso de derechos fundamentales. Teoría General. Madrid, Universidad Carlos III. 1999. Pág. 226 y 227.

asegurar a sus integrantes la libertad dentro de un marco jurídico, democrático y participativo, y de los artículos 13 y 28 que consagran el derecho a la libertad, el primero al señalar que *“todas las personas nacen libres e iguales ante la ley”* y el segundo al preceptuar que *“toda persona es libre”* y no podrá ser molestada en su ámbito personal o familiar.

“Como ya se expuso, la libertad es el basamento mismo de la declaración de derechos fundamentales que se consigna en la carta política; cada derecho constituye un ámbito de decisión del individuo y por ende un espacio de no intromisión por parte de otros sujetos públicos o privados³⁰. La libertad, entonces, es un bien primario y en ese sentido sólo puede llegar a ser objeto de limitación si con ello se asegura alguna de sus manifestaciones. Adicionalmente, y de los artículos referenciados, se desprende que la libertad es reconocida como derecho; en el artículo 13 se concibe como una condición inherente al hombre que sólo se garantiza con un trato igualitario y no discriminatorio; en el artículo 28 constituye una garantía de no ser perturbado en los espacios en los que el individuo se desarrolla, así como no ser reducido a prisión sin el cumplimiento de los requisitos legales y sin la existencia de un motivo previamente determinado por el legislador. Esta connotación pone de presente las dos dimensiones clásicas de todo derecho fundamental: 1. una dimensión de carácter objetivo, que se manifiesta en la obligación de la autoridad pública cuando crea, interpreta y aplica el derecho de tener presente la garantía de libertad reconocida, y; 2. Una dimensión subjetiva, que se traduce en el reconocimiento que el ordenamiento jurídico hace en favor del individuo para que este exija mediante el aparato judicial la protección de su libertad cuando sienta que ha sido vulnerada con la acción u omisión de un sujeto público o privado. Es decir, la consagración de un poder de reacción que garantiza la efectividad del derecho reconocido³¹.

“Esta forma de concebir la libertad en el ordenamiento jurídico se acompasa con la construcción que ha hecho Rawls, pues para este autor uno de los principios fundamentales de la justicia es precisamente el que *“...toda persona tenga igual derecho a un régimen suficiente de libertades básicas iguales, que sea compatible con un régimen similar de libertades para todos.”* Si esto es así, dentro del Estado se debe garantizar que cada persona tenga la posibilidad de disfrutar de suficiente autonomía para construir su

³⁰ La afirmación de que las diferentes manifestaciones de derechos fundamentales son derivaciones de la libertad, se acompasa con la posición de Hayek, no obstante, su consagración denota espacios en los que se permiten ámbitos de decisión y al ser reconocidos estos ya no pueden ser identificados con el valor abstracto de la libertad. El autor en cuestión ha afirmado: *“...aunque los usos de la libertad son muchos, la libertad es una. Las libertades únicamente aparecen cuando la libertad falta, y son los especiales privilegios y exenciones que grupos e individuos pueden adquirir mientras el resto permanece más o menos esclavizado. Históricamente el camino a la libertad ha conducido a la conquista de especiales libertades. Ahora bien, todo aquello que permite hacer cosas específicas no es libertad, a pesar de designarlo como una libertad; en tanto que la libertad es compatible con la no permisión para hacer cosas específicas, se carece de ella si uno necesita permiso para llevar a cabo la mayor parte de cuanto uno puede hacer. La diferencia entre libertad y libertades es la que existe entre una condición en virtud de la cual se permite todo lo que no está prohibido por las reglas generales y otra en la que se prohíbe todo lo que no está explícitamente permitido.”*

³¹ RINCON CORDOBA, Jorge Iván. Las Generaciones.... *Ob. Cit.*

propia existencia en lo que considera una noción de vida buena. A este estadio sólo es posible llegar cuando se reconoce en la sociedad unos mínimos; mínimos en los cuales, aunque suene tautológico, se encuentran precisamente las libertades básicas³².

“Utilizando las palabras del profesor Fernández Carrasquilla:

“La libertad es la medida de todo ser humano. En virtud suya, el hombre no está simplemente ubicado, no tan sólo tiene un lugar entre las cosas; el se encuentra situado en el mundo, cuyos contenidos no se le yuxtaponen, sino que lo circundan como una totalidad ambiental, como una parte misma de su ser...” “...el hombre enriquece y ensancha su ser en el mundo, no tanto en la medida en que lo interpreta, sino en la medida que lo transforma...”³³”

“Hablar de libertad, entonces, conlleva indispensablemente a la construcción misma del concepto de persona, el reconocer que existen en una sociedad diferentes concepciones de vida, las cuales deben ser respetadas si éstas a su vez respetan los límites fijados por el ordenamiento jurídico. Esta afirmación, coloca en la actualidad algo que ya se había expuesto en el bosquejo histórico que precede, la libertad no es absoluta y por ende las manifestaciones que de ella son reconocidas están destinadas a colisionar, por esto el mayor desafío del Estado actual es precisamente la creación de un sistema en el que éstas encajen. En otros términos, las libertades requieren de regulación, pues sólo de este modo es posible su adaptación a las necesidades sociales y por ende se asegura su durabilidad. Esta realidad es constatable toda vez que los derechos fundamentales son un producto histórico y con cada necesidad nace una pretensión moral y con cada pretensión moral surge la inevitabilidad de positivización mediante nuevas declaraciones constitucionales³⁴; por tanto, si no se acomete la labor de hacer posible su coexistencia con los derechos ya reconocidos, algunas de aquellas garantías consideradas básicas para la libertad pueden ser objeto de sacrificio.

“En otros términos, cuando de libertad se habla ésta no *“...debe ser determinada por algo empírico, sensible, exterior a ella, ni siquiera por lo más propio al sujeto, la felicidad personal. Si la libertad es libertad, su determinación debe venir desde ella misma, de suerte que la acción libre sea objeto de la responsabilidad ética de una voluntad autónoma.”³⁵”*

³² RAWLS, John. Sobre las Libertades. Barcelona, I.C.E. Universidad Autónoma de Barcelona. 1990. Pág. 11 y ss.

³³ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. Antropología de la libertad. Dialéctica de la Libertad. Tomo II. Bogotá, Ediciones Tercer Mundo. 1979. Pág. 19.

³⁴ Al respecto Fernández Carrasquilla señala: *“El hombre, objeto central y postulado básico de la libertad...” “...como todo producto social e ideológico, el derecho (burgués) cumple o cumplió por un buen tiempo una función progresista y revolucionaria, convirtiéndose luego en freno u obstáculo al desarrollo de las fuerzas productivas y, por ende, de la libertad. El Derecho nace fácticamente en la dinámica social...”* FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. Antropología de la Libertad. La Analítica existencia. Tomo I. Bogotá, Ediciones Tercer Mundo. 1979. Pág. 37.

³⁵ HOYOS VASQUEZ, Guillermo. *“El problema de la libertad humana en Kant.”* En: Ideas y Valores. Bogotá, Universidad Nacional. 1978. Pág. 12.

“La libertad, conlleva reconocer que el hombre es capaz de elegir el sentido de su existencia tanto en el ámbito individual como en el social; empero, pone de presente la importancia de su materialización, la necesidad de la praxis, como quiera que sólo es posible sostener que una persona es libre si ésta practica la libertad, cuando se constata en la realidad, y no sólo en el discurso, la capacidad de decidir entre diferentes alternativas, entre múltiples posibilidades. Y es que hablar de posibilidad se traduce en una condición de incertidumbre, pues *“...aquello que, a pesar de ser futuro e indeterminado, ha de suceder **necesariamente**, no es posible sino precisamente no posible.*”³⁶ (Negrilla fuera de texto)

“Y, es por este motivo, que para algunos autores, aquello que el hombre concibe como mundo no implica una posición de aislamiento sino al contrario de complementariedad en interacción con otros a través del establecimiento constante de relaciones sociales. Empero, esta situación sólo es comprensible cuando confluyen tres elementos: 1. la capacidad de autodeterminación para obrar sin presión externa alguna; 2. una conceptualización lingüística indispensable para comprender el significado y alcance de la libertad de la que se goza, y; 3. una conciencia histórica que sirva como contexto de los diferentes espacios de decisión luchados, reconocidos y alcanzados³⁷.

“La libertad como esencia del ser humano contribuye en la creación del concepto de sociedad, y esta particularidad dificulta aún más precisar su definición. En efecto, el hombre se encuentra en cada momento histórico con aquello que *“ha hecho de sí”* y en igual proporción con *“aquello que no ha hecho de sí”*, es decir, se halla con limitaciones que provienen de manera directa del momento en el que existe, momento marcado precisamente por una visión determinada de la libertad. Sin embargo, este proceso no se detiene en ese instante de contemplación, toda vez que el individuo toma conciencia social y la utiliza como un mecanismo de cambio, transforma el concepto de libertad ensanchándolo con el único criterio válido: la delimitación de *“aquello que no puede ser.”*³⁸

“Este criterio válido de delimitación se materializa por medio de la regla jurídica, puesto que es el derecho el que precisa el alcance de las libertades para hacer posible la vida social. El derecho encarna la libertad, pero paradójicamente para lograrlo debe regularla y algunas veces utilizar la coerción, sólo de este modo logra salvarla *“...de la arbitraria y desordenada fuerza de la convivencia impacífica e insolidaria. En la medida que la constriñe, la cercena, estorba y destruye; en la medida en que la salva, la inaugura, garantiza, consolida, incrementa y posibilita.*”³⁹ Así, en el marco regulatorio, la libertad entraña un derecho fundamental de aspecto negativo: *“...la reserva del poder liberatorio donde no se reconoce, tolera o permite la intervención reguladora del derecho, sea ella justa o injusta, porque en su ámbito la justicia escamotea su sentido y el derecho*

³⁶ *Ibidem*. Pág. 97.

³⁷ SOBREVILLA, David. *2La Filosofía Alemana Actual.* En: Ideas y Valores. Bogotá, Universidad Nacional. 1978.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ibidem*. Pág. 194.

deviene despotismo: la intimidación de la conciencia, el nido del pensamiento, el núcleo de la individualidad.⁴⁰

“El problema de la libertad en esencia es un problema de poder, tal como sostiene Sánchez Ferriz:

“...la libertad supone la posibilidad de autoexpresión del hombre, tiende a hacerse visible, a actuar en el propio individuo y respecto de los demás; y es entonces cuando fácilmente entra en conflicto con sus amplias aspiraciones. Porque la misma libertad es sentida y buscada por todos, hombres y grupos, que en las zonas de conflicto tratarán de ampliar la propia libertad a costa de la ajena; de ahí que el problema de la libertad sea un problema de poder. Y que la libertad requiera protección jurídica, que suponga la posibilidad de limitar el poder abusivo, el poder irrespetuoso con la dignidad humana.⁴¹”

“Por tanto, como señala Geymonat, el espacio en el cual no es dable interferir al derecho garantiza que el individuo pueda asumir entre diferentes alternativas, pero la elección que este haga requiere de tres elementos: 1. Un estado de cosas del que parte el individuo, es decir el respeto por el orden vigente; 2. Un conjunto de iniciativas que sea compatible con ese estado de cosas, y; 3. Un acto de voluntad a través del cual se opta por una de las alternativas. Bajo estas circunstancias, la libertad entendida por el autor como elección autónoma, significa que el ordenamiento jurídico debe asegurar que se haga sin que factores externos sean determinantes, esto no quiere decir que el individuo no esté sujeto a variadas influencias, lo que sucede es que ninguna de ellas puede suprimir su capacidad de decisión⁴².

“Salta a la vista el carácter jurídico de la libertad, ya que el gran desafío de las sociedades actuales es precisamente la instrumentalización de medios de defensa para que el hombre no tema a otros hombres y menos a los poderes públicos. Cada persona debe estar sometida nada más que a su voluntad y esta posibilidad encuentra su ambiente más propicio en los regímenes democráticos que finalmente son aquellos *“...en que las voluntades individuales ocupan la mayor parte en la adopción de las instituciones estatales. Es así como los límites que las concretas manifestaciones de la libertad hallan en la vida social, resultan ser el fruto de la propia libertad de los ciudadanos.*⁴³”

“La democracia tiene, entonces, como función principal asegurar la libertad, por lo tanto no se trata de un modelo acabado sino en continua construcción. El campo de aplicación de este sistema es sin lugar a dudas las llamadas normas de convivencia, puesto que si va más allá e *“...invade otros campos, invade por ejemplo el derecho a la vida o a las formas de vida personal, o las creencias, ideas, estimaciones de los ciudadanos, invade campos ajenos a la*

⁴⁰ *Ibidem*. Pág. 197.

⁴¹ SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio... *Ob. Cit.* Pág. 44.

⁴² GEYMONAT, Ludovico. *La Libertad*. Barcelona, Editorial Crítica. 1991. Pág. 34 y ss.

⁴³ SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio... *Ob. Cit.* Pág. 46.

democracia y deja de ser democracia; puede llegar a convertirse en un instrumento de manipulación, de opresión y de tiranía.⁴⁴ El campo de la democracia es así en extremo limitado.

“La democracia implica cooperación social, la cual puede definirse utilizando las palabras de Rawls:

“La cooperación social se da siempre para el mutuo beneficio y esto implica incluir dos elementos: el primero es una noción común de lo que es justo en la cooperación que podemos esperar que acepten todos los participantes, a condición de que todos los demás también lo hagan. La idea de una cooperación justa implica una idea de reciprocidad y mutualidad; todos los que colaboran deben beneficiarse de ello o participar en los esfuerzos comunes de algún modo que resulte apropiado al juzgarse según alguna referencia válida de comparación. Este elemento de la cooperación es lo que yo llamo lo razonable. El otro corresponde a lo racional: se refiere a las ventajas racionales de cada participante, aquello que cada participante intenta impulsar en cuanto individuo. Si bien la noción de justa colaboración social descansa en personas que llegan a un acuerdo sobre la idea de lo que serían unas condiciones equitativas⁴⁵.”

“En este escenario, cualquier clase de limitación que se haga de la libertad, debe tener presente que ésta tiene un presupuesto indiscutible: **la dignidad humana**, característica que confluye con la necesidad de precisar su alcance y ámbito de aplicación mediante la delimitación de zonas de actuación que reflejen las manifestaciones vitales del individuo para que éste decida voluntariamente. Si esto es así, la otra cara de la moneda es el establecimiento de responsabilidades dado que los juicios de un hombre expresan precisamente su personalidad moral y por ello debe asumir las consecuencias del cómo ejerce sus capacidades racionales en relación consigo mismo y con los demás⁴⁶.

“Por esta razón Hayek define la libertad como aquella condición de los hombres por la que la coacción que algunos ejercen sobre los demás se reduce al mínimo. Noción indispensable para entender el papel del Estado, toda vez que éste se identifica con el poder político, es decir, con el poder de ejercer la coacción. De tal manera que, la principal función de las autoridades consiste precisamente en evitar que un hombre use la fuerza para obligar a otros a servir su voluntad mediante la amenaza de hacerles daño, limitando de este modo su capacidad de elegir. Sólo el poder público puede asegurar en la sociedad que un tercero no reduzca los ámbitos de actuación del individuo, es más, este objetivo lo alcanza mediante advertencias de castigo.

⁴⁴ HERMIDA DEL LLANO, María Cristina. “Julian Marías. La democracia como garantía de la libertad personal.” En Revista Cuenta y Razón No. 92. Madrid, Fundes. 1995. Pág. 148 a 152.

⁴⁵ ROWLS, John. “La libertades fundamentales y su prioridad.” En: Libertad, igualdad y Derecho. Barcelona, Ariel. 1988. Pág. 21.

⁴⁶ FRIED, Charles. “¿Es posible la libertad?” En: Libertad, igualdad y Derecho. Barcelona, Ariel. 1988.

“La represión ejercida por el poder público como mecanismo para asegurar la libertad es mínima, y como sostiene la doctrina, debe caracterizarse por ser “básica”, esto es, comprender contenidos que deben ser constantes para garantizar la estabilidad de la sociedad. Sin embargo, como el hombre es un ser histórico lo es también el alcance de su libertad, de manera que muchos de los elementos objeto de coacción pueden aparecer y desaparecer con los cambios que arroja la sociedad. Si en un momento determinado algún elemento sobra, por no ser indispensable para la convivencia pacífica, se convierte en “represión sobrante”, o sea, aquella que no es necesaria para alcanzar el objetivo de la coexistencia armónica, por ello se considera arbitraria⁴⁷.

“Es la diferencia que Dworking realiza, al analizar la obra de Mill, entre libertad como licencia y libertad como independencia. En la primera, nos encontramos con aquel grado en el que la persona no está sujeta a ninguna restricción social o jurídica para hacer lo que desee, por tanto no hace distinción alguna entre formas de comportarse; mientras que en la segunda, el individuo aparece subordinado. Por tanto, la ley cumple un papel de reducción de la libertad como licencia y la discusión se traslada a un campo distinto: lo importante no es determinar si la ley disminuye el ámbito de acción (toda vez que la ley es un compromiso para asegurar la libertad) sino si dicha disminución resulta justificable para garantizar un valor concurrente como la igualdad, la seguridad pública, entre otros. Por esto, el autor señala que *“..Las leyes que reconocen y protegen intereses comunes, como las leyes en contra de la violencia y del monopolio, no son insultantes para ninguna clase o individuo, pero las leyes que restringen a un hombre sin otro fundamento distinto a que es incompetente para decidir lo que está bien para él, le infligen un profundo insulto. Lo subordinan intelectual y moralmente a los conformistas que forman la mayoría y le niegan la independencia a la cual tienen derecho.”*⁴⁸”

“Por último, hablar de libertad, implica la existencia de un sistema distributivo sin que ello conlleve el desconocer la existencia de derechos privados. Es decir, que aunque se hable de individuo esto no conduce a concluir que los actos de un hombre puedan realizarse sin tener en cuenta otras personas, *pues el éxito de sus semejantes no le resulta indiferente a menos que niegue la dignidad moral de sus propios proyectos y su libertad para alcanzarlos.* Esta verdad precisa la identificación de cual es el espacio de decisión de cada quien, de cuáles son los intereses dignos de protección en un ordenamiento jurídico y de las conductas contra los que están protegidos. Se habla en este aspecto de una *“teoría del derecho del agravio”* en donde *“hay un sistema de derechos de propiedad, incluyendo claro está, los derechos de la integridad de nuestra propia persona física. Cualquiera que atente contra esos derechos*

⁴⁷ CHAMORRO, Alberto. *“Algunas reflexiones sobre la libertad, la represión y la muerte.”* En: Gaceta Medica. Bilbao, 2009.

⁴⁸ DWORKING, Ronald. *Los derechos en serio.* Barcelona, Ariel. 1989. Pág. 376-377.

está obligado *prima facie* a compensar a la parte ofendida”, para de esta manera asegurar una justicia de carácter correctivo⁴⁹.

“Al respecto Hayek sostiene:

“...la libertad no significa que el individuo tiene la oportunidad y responsabilidad de la elección, sino también que debe soportar las consecuencias de sus acciones y recibir las alabanzas o censuras de ellas. La libertad y la responsabilidad son inseparables. Una sociedad libre no funcionará ni perdurará a menos que los miembros consideren como derecho que cada individuo ocupe la posición que se deduzca de sus acciones y la acepte como resultado de sus propios merecimientos⁵⁰”.

“Vistas así las cosas, en este discurso genérico de la libertad debe enmarcarse el alcance y contenido de una de sus manifestaciones más importantes: la libertad personal. De igual manera, también la construcción realizada sirve para determinar hasta donde puede este derecho ser limitado, o lo que es igual, cuales restricciones se consideran válidas en un sistema democrático. Antes de proceder al desarrollo de estos aspectos, es indispensable una precisión: el *ius puniendi* del Estado aún cuando necesario para garantizar la convivencia pacífica nunca puede afectar, ni en la determinación de los preceptos de conducta ni en la fase de aplicación de las normas, el núcleo esencial de la libertad personal, esto es, no puede suprimir el derecho, desnaturalizarlo o desproveerlo de instrumentos que aseguren su protección judicial y que garanticen una reparación de los perjuicios causados en aquellos casos en los que la actividad de las autoridades públicas generen un daño antijurídico.

“2.3 La detención preventiva como límite de la libertad personal.

“El derecho a la libertad personal se encuentra consagrado en el artículo 28 de la Constitución, que preceptúa:

“Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley. La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley. En ningún caso podrá haber detención, prisión o arresto por deudas, ni penas ni medidas de seguridad imprescriptibles.” (Subraya fuera de texto).

“El derecho regulado en la disposición transcrita representa una de las facetas de la libertad, entendida ésta, según quedó indicado en líneas precedentes, como el bien jurídico más preciado del hombre. No se trata de una garantía carente de importancia pues de ella

⁴⁹ FRIED, Charles... *Ob. Cit.* Pág. 117.

⁵⁰ HAYEK, Friedrich A.... *Ob. Cit.* 105.

depende el ejercicio de otros derechos, por eso puede asignársele los calificativos de principal e instrumental. Como puede observarse, se caracteriza por ser un derecho que posee una connotación física, toda vez que su objetivo es proteger al individuo de una detención que no encuentre justificación en el ordenamiento jurídico y que por lo tanto afecte la cualidad genérica de libre actuación que le es consustancial. Por lo tanto, se busca tener una certeza: la existencia de capacidad de reacción contra una agresión externa que afecta la propia disposición⁵¹.

“El contenido del derecho se confunde con la forma en que el mismo se protege, en el cómo se regula el hecho de la detención, las garantías que deben acompañar la utilización de ésta medida, y las posibilidades de oposición en cabeza del individuo que se ve afectado con la determinación del Estado. Por eso, le asiste razón a la doctrina al afirmar que la única manera de desentrañar el contenido del derecho a la libertad personal es analizándolo desde su vertiente negativa⁵². En otras palabras, como parte integrante de aquel espacio en el que la injerencia del poder público debe ser mínima y estrictamente necesaria.

“El carácter estrictamente necesario de la restricción del derecho es un reflejo del avance que los sistemas penales han tenido en las democracias occidentales, especialmente del cambio que implicó para la libertad personal el principio de división de poderes, porque al confiar a los jueces las detenciones, se aseguraba que el cumplimiento de los presupuestos exigidos por el ordenamiento jurídico estuviera en cabeza de autoridades no sólo imparciales sino independientes de la rama ejecutiva⁵³. Se garantiza así, que la valoración de los supuestos que pueden dar lugar a una privación de la libertad se encuentren plenamente justificados, pues la ausencia de razones o la presencia de motivaciones insuficientes genera la responsabilidad del Estado.

“Por otra parte, para comprender el alcance de la libertad personal es necesario precisar dos cosas: su titularidad y su contenido esencial. Respecto del primer elemento, puede señalarse que este derecho se atribuye directamente a personas físicas (no se debe olvidar su carácter corporal), como quiera que se antepone a condenas, detenciones e internamientos que resultan injustos y arbitrarios. Aunque la titularidad siempre este presente, el carácter reactivo que es intrínseco al derecho puede ocasionar que ésta no tenga que manifestarse nunca en la vida de un individuo, y ello es posible si éste no ha sido objeto de agresión alguna por parte de los poderes públicos. Por tanto, en aquellos casos en los cuales se cumplan los presupuestos exigidos constitucional y legalmente para proceder a la privación de la libertad no se disfruta del derecho porque en este supuesto el ejercicio del *ius puniendi del estado* es

⁵¹ Cfr. BELDA PÉREZ – PEDRERO, Enrique. “El Derecho a la libertad y a la seguridad personal.” En: Parlamento y Constitución. Anuario No.3. 1999.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ Cfr. SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo. Responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad. Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley. 2005.

estrictamente necesario y se acompasa con el carácter no absoluto de la libertad⁵⁴.

“En cuanto a su contenido esencial, este puede entenderse en los eventos en que la libertad decae por la intervención de la autoridad pública cuando esta no tiene “...*causa para accionar contra ella*.” De modo tal que, al ser su intervención injusta o ilegal, “...*se genera unos mecanismos para la restitución del bien protegido*”⁵⁵.” De ahí que pueda afirmarse que la detención preventiva también conforma el derecho, ya que a través de su regulación y, especialmente, mediante la fijación de las causas por las cuales procede, se fija un límite a la actuación del individuo, porque si su comportamiento se encuentra previamente tipificado y afecta o perturba los derechos de otros en un grado tal que impida su libre desarrollo, se activa el poder de coerción del Estado y se puede generar como respuesta una restricción que afecte la capacidad de movilidad física o geográfica del individuo.

“Por consiguiente, la privación de la libertad (y dentro de ella la medida de detención preventiva) debe ser adecuada, esto es, cumplir los requisitos que se desprenden directamente de la norma constitucional, pues, de no hacerlo se vulnera el derecho fundamental a la libertad personal. Los condicionamientos a los que se hace referencia son:

“1. Debe fundamentarse en un causa que esté previamente prevista en la ley. En otras palabras, la autoridad que asume la medida en todo momento está sujeta al más estricto principio de legalidad. Se exige como presupuesto la existencia de indicios y medios probatorios que desde un punto de vista racional arrojen una posible responsabilidad penal del individuo inculpado.

“2. No puede ser indefinida, debe tener un límite temporal que se relaciona directamente con el tiempo indispensable para la averiguación de los hechos que dieron lugar a la asunción de la medida.

“3. Al ser una medida cautelar su finalidad no es represiva, se encamina principalmente a prevenir diferentes circunstancias: la fuga del sindicado, su presencia en el proceso, la efectividad de la sentencia o impedir la continuación de su actividad delictiva⁵⁶.

“4. La medida tiene una naturaleza jurisdiccional en sus diferentes fases: en la toma de decisión, en su control y en su finalización.

“5. Una vez asumida la medida y afectada la libertad de una persona se activa un conjunto de garantías de orden procedimental y sustancial que hacen parte del derecho fundamental del debido proceso, principalmente la presunción de inocencia, el derecho de contradicción, el desplazamiento de la carga de la prueba en cabeza del Estado, entre otros.

⁵⁴ BELDA PÉREZ – PEDRERO, Enrique... *Ob. Cit.*

⁵⁵ *Ibidem.*

⁵⁶ *Ibidem.*

“6. La medida debe responder al criterio de excepcionalidad. En otros términos, la detención preventiva debe asumirse cuando no existe otra forma de asegurar los objetivos señalados en el numeral 3.

“7. La detención preventiva siempre debe responder al principio de proporcionalidad, es decir que debe constituir un medio adecuado para la finalidad que se pretende alcanzar.

“Aún cuando los anteriores presupuestos se cumplan, la detención provisional sigue constituyendo la intervención más delicada en el derecho de libertad personal, argumento que se encuentra plenamente demostrado porque su operatividad se desprende de la incertidumbre, como quiera que aún no existe en el proceso una sentencia en la cual se declare la responsabilidad penal.

“Si esto es así, ¿cual será el fundamento de la detención preventiva? Respecto de este punto, la doctrina ha señalado dos respuestas: de un lado, se busca una administración de justicia eficiente, que asegure la obtención de resultados concretos ante la ciudadanía en cuanto a la persecución del delito; del otro, se señala que se trata de una verdadera pena, porque conlleva la alteración de un derecho, la producción de un sufrimiento a un individuo como si se tratara de un condenado. Se señalan así dos agravantes: 1. al no sustentarse la detención preventiva en pruebas definitivas que sean indicativas de la responsabilidad, las posibilidades de error se incrementan y su carácter injustificado se hace latente; 2. al no existir condena, no es posible hablar de vulneración al principio de presunción de inocencia⁵⁷.

“Así, el cuestionamiento que debe hacerse es el de cómo mantener un equilibrio entre los dos fundamentos expuestos en un Estado Social de Derecho, si sólo se opta por el efficientismo, se desconoce la libertad como valor y principio fundante de la democracia, se exagera la importancia del interés estatal y se da un acercamiento peligroso a un régimen de carácter totalitario⁵⁸. Y es precisamente esta necesidad de ponderación la que posibilita la implantación de mecanismos resarcitorios cuando la actividad del Estado se ha desplegado afectando el interés subjetivo de un individuo, restringiendo su capacidad de autodeterminación y limitando sus opciones de movilidad, para después hacer un pronunciamiento exonerándolo de responsabilidad. Esta declaración no es suficiente frente al derecho a la libertad personal y por ello deben operar mecanismos indemnizatorios toda vez que el daño ya se ha infligido, es imputable jurídicamente a la administración de justicia y el sujeto que lo sufrió no tenía el deber jurídico de soportarlo.

“Argumentación que se aplica perfectamente al caso objeto de estudio, porque la absolución o preclusión de la investigación que emana de falencias probatorias en la instrucción o juicio penal, se

⁵⁷ Cfr. GUZMÁN FLUJA, Vicente. El derecho a la indemnización por el funcionamiento de la Administración de justicia. Valencia, Tirant lo Blanch. 1994.

⁵⁸ *Ibidem*.

traduce en una falla del servicio. Por consiguiente, al demandante en este evento, le corresponde demostrar en el proceso contencioso administrativo de reparación, de manera clara, que la privación de la libertad se produjo a partir del error del funcionario, o del sistema, derivado éste de una ausencia probatoria que sustentara la detención preventiva.

“Arribar a una conclusión diferente implica desconocer el carácter reactivo del derecho a la libertad personal, y el Estado se convertiría para los ciudadanos en aquel falso ídolo del que hablaba Zaratustra, en un *monstruo que miente abiertamente porque en el plano formal garantiza un derecho mientras que en el plano de los hechos lo desconoce abiertamente, porque crea una situación de incertidumbre en un escenario en el que la capacidad de libre autodeterminación del individuo debe prevalecer, desvirtuándose el modelo en el que los derechos reconocidos no se corresponden con las garantías que aseguran su efectividad.*”⁵⁹

4. Trazado el anterior panorama, para la Sala es claro que el asunto *sub examine*, debe ser analizado desde la perspectiva del título de imputación objetivo, como quiera que el supuesto fáctico que se debate, se enmarca en las puntuales hipótesis que dan lugar a resolver la controversia a partir de allí.

Conforme a las pruebas allegadas al proceso, se encuentra demostrado que el señor Luis Antonio Castillo Meneses estuvo privado de la libertad durante el período comprendido entre el 1° de octubre de 1993 y el 21 de noviembre de 1994, como presunto autor del delito de homicidio. Así mismo, está probado que al proceso punitivo se le puso punto final mediante absolución, como quiera que, en criterio de la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Popayán, las pruebas recaudadas no brindaban certeza de su participación en la comisión del delito, para lo cual tuvo en cuenta el principio del *in dubio pro reo*.

En el caso concreto, la absolución decretada a favor de Luis Antonio Castillo Meneses, es suficiente y torna en inequívoca la aplicación de la consecuencia jurídica de la privación de la libertad, esto es, la declaratoria de responsabilidad de las entidades demandadas por enmarcarse la detención en uno de los supuestos señalados.

Así las cosas, es incuestionable que en el presente caso el título de imputación del daño debe ser el objetivo, conforme lo expuesto, ya que según se desprende de las

⁵⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp. No. 18960, sentencia de 14 de abril de 2010.

consideraciones en las que se fundamentó el fallo absolutorio, existió duda sobre la participación efectiva de Luis Antonio Castillo Meneses en los hechos de los que se le sindicó, que no se logró despejar, toda vez, que el recaudo probatorio, tanto a favor como en contra del demandante, no brindó certeza al juzgador de la participación en el acto delictivo, es decir, que al juzgador le asistió una duda razonable, ineliminable lógica y antológicamente, que le impidió llegar a la plena certeza sobre la materialización y autoría de la conducta punible.

Como corolario de lo anterior, la Sala revocará la decisión apelada para, en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda, toda vez que, la privación de la libertad se originó en el proceso penal seguido en contra de Luis Antonio Castillo Meneses, en el que se le absolvió en virtud de la aplicación del principio del *in dubio pro reo*, sin que exista, además, ningún tipo de causa extraña que impida la atribubilidad fáctica, como el hecho de un tercero, el hecho exclusivo de la víctima, o un evento de fuerza mayor.

Se precisa, que la condena se efectuará en forma solidaria tanto a la Fiscalía General de la Nación, como a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, por cuanto la detención se originó en decisiones proferidas por la Fiscalía Quinta Seccional Especializada de Popayán, Cauca y el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Popayán.

De otra parte, la Sala se abstiene de hacer consideración alguna frente al Ministerio de Justicia, pues las pretensiones contra esa entidad fueron denegadas y ningún argumento se esgrimió en el recurso de apelación que vinculara a ese Ministerio.

5. Los perjuicios

5.1. Perjuicios Morales

En lo que concierne a la indemnización de perjuicios, se tiene que Luis Antonio Castillo Meneses, estuvo privado de la libertad, según se ha expuesto a lo largo de ésta providencia, hecho suficiente para tener por acreditado su padecimiento moral; asimismo, está probado que es cónyuge de Claudia Rocío González, y padre de Miguel Ángel y José Luis Castillo González, según dan cuenta los

registros civiles de la Notaría Única del Círculo de Patía, El Bordo, Cauca (fls. 16 a 18 cdno. No. 1).

Probado el parentesco con los registros civiles, la Sala da por acreditado el perjuicio moral en los demandantes con ocasión de la privación injusta de la libertad de su cónyuge y padre, por cuanto las reglas de la experiencia hacen presumir que el daño sufrido por un pariente cercano causa dolor y angustia en quienes conforman su núcleo familiar, en atención a las relaciones de cercanía, solidaridad y afecto, entendida además la familia como núcleo básico de la sociedad.

Conforme a lo expresado en sentencia del seis de septiembre de 2001, esta Sala ha abandonado el criterio según el cual se consideraba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980, para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicio moral; ha precisado, por el contrario, que la valoración de dicho perjuicio debe ser hecha por el juzgador en cada caso según su prudente juicio, y ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado⁶⁰.

En ese orden de ideas, respecto de los gramos de oro solicitados como indemnización se hará la equivalencia a salarios mínimos legales mensuales del 2011 y se condenará, a la demandada a pagar, la suma de 70 salarios mínimos legales mensuales para Luis Antonio Castillo Meneses y 35 salarios mínimos legales mensuales para Claudia Rocío González, Miguel Ángel y José Luis Castillo González.

5.2. Perjuicios Materiales

Por concepto de lucro cesante, se liquidará no sólo el período consolidado comprendido entre el 1º de octubre de 1993 y el 21 de noviembre de 1994, es decir, el tiempo que estuvo privado de la libertad el demandante principal, sino también el lapso que, según las estadísticas, una persona requiere en Colombia

⁶⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232-15.646.

para conseguir trabajo luego de haber obtenido su libertad, o acondicionarse en una actividad laboral.

En efecto, acerca del período a liquidar en eventos de privación injusta de la libertad, la Sala ha sostenido:

“En cuanto al tiempo que, en promedio, suele tardar una persona en edad económicamente activa en encontrar un nuevo puesto de trabajo en Colombia, la Sala se valdrá de la información ofrecida por el Observatorio Laboral y Ocupacional Colombiano, a cargo del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), de acuerdo con la cual dicho período equivale a 35 semanas (8.75 meses)⁶¹.⁶²”

Por lo tanto, si bien Luis Antonio Castillo Meneses estuvo privado de la libertad hasta el 21 de noviembre de 1994, lo cierto es que según los parámetros jurisprudenciales a este período es necesario sumarle el tiempo en que, según los datos oficiales, una persona tarda en conseguir trabajo con posterioridad a su salida de la cárcel, para un total de 22,35 meses.

De otro lado, y como quiera que en el proceso se acreditó que el salario que recibía Luis Antonio Castillo Meneses como Agente de la Policía Nacional era de \$294.461 (fl. 51 cdno. pruebas No. 1), la Sala actualizará esa suma a valor presente, para lo que se dará aplicación a la fórmula que se presenta a continuación, tomando como índice inicial el correspondiente al de octubre de 1993, y como índice final, el vigente a la fecha de esta providencia:

$$\text{Valor Presente} = \text{Valor histórico} \frac{\text{Índice final - diciembre de 2010 (105,24)}}{\text{Índice inicial - octubre de 1993 (20,82)}}$$

$$\text{VP} = \$1'488.428$$

⁶¹ Cfr. URIBE G., José Ignacio y GÓMEZ R., Lina Maritza, «Canales de búsqueda de empleo en el mercado laboral colombiano 2003», en *Serie Documentos Laborales y Ocupacionales*, N° 3, Observatorio Laboral y Ocupacional Colombiano, SENA-Dirección General de Empleo y Trabajo, Bogotá, junio de 2005, p. 22.

⁶² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2006, exp. 13168, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Se liquidará el lucro cesante con aplicación de esta última suma, previo incremento del 25% por concepto del correspondiente factor prestacional, lo que determina un ingreso base de liquidación de: **\$1'860.535**

La indemnización consolidada se calculará con base en la siguiente fórmula:

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

S = Es la indemnización a obtener.

Ra = Es la renta actualizada que equivale a \$1'860.535

i= Interés puro o técnico: 0.004867

n= Número de meses que comprende el período indemnizable: desde la fecha de los hechos (1º de octubre de 1993) hasta la fecha de su libertad, más 8,75 meses, es decir, 22.35 meses.

$$S = \$1'860.535 \frac{(1 + 0.004867)^{22.35} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$43'816.445$$

6. El Llamamiento en Garantía

Ahora bien, en cuanto se refiere a la responsabilidad del llamado en garantía, Dra. María del Rosario González de Lemos, quien se desempeñaba como Juez Sexto Penal del Circuito de Popayán, Cauca; en primer lugar se pone de presente que para la fecha de los hechos, 21 de noviembre de 1994, ya estaba vigente la Constitución de 1991, la que estableció el derecho de repetición contra los agentes estatales que hubieren ocasionado el daño con su actuar doloso o gravemente culposo, a efectos de que paguen total o parcialmente la suma a la que resulte condenada la entidad, sin embargo para el momento en que se aceptó el llamamiento en garantía no se había expedido la ley 678 de 2001, por lo que se deben aplicar las normas anteriores.

Por lo tanto, el artículo 90 constitucional y los artículos 77 y 78 del Código Contencioso Administrativo que regulan la responsabilidad patrimonial de los funcionarios por los daños que causen por culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones, así como la facultad de la entidad condenada de repetir en contra

de aquél por lo que respectivamente le correspondiere, será la normatividad aplicable en el presente caso, asimismo es necesario remitirse al concepto de culpa grave y dolo que contempla el Código Civil.

En efecto, el artículo 63 del Código Civil define el dolo como la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro, y la culpa grave como el no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado, que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios.

En cuanto a los conceptos de dolo y culpa grave, se ha considerado que:

“La jurisprudencia del Consejo de Estado estudió los conceptos de culpa grave y dolo, al analizar los elementos de fondo de la acción de repetición y la Corte Constitucional se pronunció sobre el tema, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad de los artículos 77 y 78 del C. C. A.

“Así frente a estos conceptos, el Consejo de Estado dijo que para determinar la existencia de la culpa grave o del dolo, el juez no se debe limitar a las definiciones contenidas en el Código Civil, sino que debe tener en cuenta las características particulares del caso que deben armonizarse con lo previsto en los artículos 6º y 91 de la Constitución Política sobre la responsabilidad de los servidores públicos, como también la asignación de funciones contempladas en los reglamentos o manuales respectivos.

“Es igualmente necesario tener en cuenta otros conceptos como son los de buena y mala fe, que están contenidos en la Constitución Política y en la ley, a propósito de algunas instituciones como por ejemplo, contratos, bienes y familia.

“(…)

“La culpa grave es un error de conducta grosero que se establece a partir de la comparación del patrón otorgado por la ley, esto es, de la conducta de un hombre descuidado, de poca prudencia o desjuiciado, quien no habría incurrido en ella al estar en las mismas circunstancias, como sucede cuando se niegan los recursos, que prevé la ley, interpuestos contra un acto administrativo, siendo claramente procedentes, o cuando se actúa en contravía de una prohibición legal sin justificación jurídica.”⁶³

La Dirección Nacional de Administración Judicial solicitó se vinculara al proceso a

⁶³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 27 de noviembre de 2006, expediente No. 11001-03-26-000-2002-00002-01(22099)

la Doctora María del Rosario González de Lemos, en los siguientes términos:

“De la acción incoada por el Señor LUIS ANTONIO CASTILLO MENESES, la Nación puede resultar condenada al reconocimiento y pago de lo solicitado por el demandante, encontrándose por ello legitimado para solicitar el LLAMAMIENTO EN GARANTÍA de quien en una u otra forma intervinieron en dichas actuaciones, las cuales dieron origen a esta Acción Contenciosa, ante ese Honorable Tribunal y exigir así la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como consecuencia de la sentencia.” (fl. 100 cdno. No. 1).

Pese a lo anterior, se observa que en dicha petición no se indicó el fundamento de derecho que sustentara la actuación, como lo requiere el artículo 55 del C.P.C; fundamentos que a su vez permiten establecer los extremos sobre los cuales se debe definir jurídicamente la relación entre el demandado y el llamado en garantía.

Es preciso señalar que, cuando se trata de la responsabilidad del funcionario judicial, que ha proferido una decisión que conlleve la privación de la libertad y esta se torne injusta, siempre será necesario probar el actuar doloso o gravemente culposo, es decir, que no por el hecho de existir una condena en contra de la entidad estatal, ello implica que concomitantemente surge una responsabilidad automática del agente estatal, pues será requisito el factor subjetivo de la conducta, dado que, el dolo o la culpa grave sólo se presume en los casos específicamente contemplados en el artículo 71 de la ley 270 de 1996⁶⁴, presunción que admite prueba en contrario.

Finalmente, ninguna actividad probatoria se desplegó con miras a demostrar el aspecto subjetivo de la conducta de la llamada en garantía, necesaria para

⁶⁴ “ARTÍCULO 71. DE LA RESPONSABILIDAD DEL FUNCIONARIO Y DEL EMPLEADO JUDICIAL. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial por un daño antijurídico que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

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

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

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

“3. La negativa arbitraria o el incumplimiento injustificado de los términos previstos por la ley procesal para el ejercicio de la función de administrar justicia o la realización de actos propios de su oficio, salvo que hubiere podido evitarse el perjuicio con el empleo de recurso que la parte dejó de interponer.”

establecer la responsabilidad de la misma, y en consecuencia no se acreditó que hubiera actuado con dolo o culpa grave, toda vez que del acervo probatorio no se desprende que hubiere obrado con desconocimiento o ignorancia del ordenamiento jurídico; por el contrario, la decisión de primera instancia fue tomada con fundamento en pruebas recaudadas en el proceso penal, las que valoradas conforme a la sana crítica, llevaron al juzgador a la convicción de que el sindicado sí había cometido el hecho; valoración probatoria que en segunda instancia, conllevó a una duda razonable a favor de Castillo Meneses, es decir, a la aplicación del principio del *in dubio pro reo*, generándose así una privación injusta de la libertad, por la aplicación de una medida legal.

Así las cosas, no es procedente imputarle a la Doctora María del Rosario González de Lemos, Juez Sexto Penal del Circuito de Popayán, Cauca, para la fecha de los hechos, la responsabilidad por la que se condenará al ente demandado. De allí que se absolverá a la llamada en garantía.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

REVÓCASE la sentencia de 4 de abril de 2000, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, en su lugar se decide:

1) Declárase patrimonial y solidariamente responsable a la Fiscalía General de la Nación y a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, por los daños ocasionados con la privación injusta de la libertad de Luis Antonio Castillo Meneses.

2) Condénase solidariamente a la Fiscalía General de la Nación y a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, a pagar, por perjuicios morales a Luis Antonio Castillo Meneses, la suma equivalente en pesos a setenta (70) salarios mínimos legales mensuales vigentes; por el mismo concepto a Claudia Rocío González, Miguel Ángel Castillo González y José Luis Castillo González la suma equivalente en pesos a treinta y cinco (35) salarios mínimos legales mensuales

vigentes, a cada uno de ellos.

3) Condénase solidariamente a la Fiscalía General de la Nación y a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, a pagar, a Luis Antonio Castillo Meneses la suma de cuarenta y tres millones ochocientos dieciséis mil cuatrocientos cuarenta y cinco pesos (\$43'816.445), por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante.

4) Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

5) Absuélvese a la llamada en garantía, Dra. María del Rosario González de Lemos.

6) Dese cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual se expedirá copia de la sentencia de segunda instancia, conforme al artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

7) En firme esta providencia vuelva el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE GIL BOTERO
Presidente

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
HOZ

OLGA VALLE DE DE LA

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

LEY DEROGADA - Aplicación ultractiva / ULTRACTIVIDAD DE LA LEY - Decreto 2700 de 1991 / PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD / Apliación. Vigencia relativa temporal para imputar la responsabilidad objetiva / PRINCIPIO TEMPUS REGIT ACTUS - Aplicación de la norma vigente al momento de sucederse los hechos aunque esta norma haya sido derogada con posterioridad / TEORIA DEL DERECHO - Ultractividad de las normas. Normas derogadas que se siguen aplicando a los hechos ocurridos durante su vigencia

La Sala en su precedente señala claramente que los supuestos o hipótesis previstos en el artículo 414 del decreto 2700 de 1991 son aplicables, operando su vigencia relativa temporal, para imputar objetivamente la responsabilidad del Estado con ocasión de la privación injusta de la libertad de una persona, aún con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 270 de 1996. Pero queda la duda que la Sala no avale “una aplicación ultractiva” del artículo 414 del decreto 2700 de 1991 que está derogado, “sino de los supuestos que se regulaban de manera específica en el mismo”. Si se reconoce que los hechos ocurridos bajo la vigencia de dicha norma pueden ser encuadrados en los supuestos señalados en la norma, sería contradictorio plantear que no se avale su aplicación ultractiva, ya que como problema de aplicación de la ley en el tiempo está “íntimamente ligada al principio de que todo hecho, acto o negocio jurídico se rige por la ley vigente al momento de su ocurrencia, realización o celebración. Dentro de la Teoría General del Derecho, es clara la aplicación del principio "Tempus regit actus", que se traduce en que la norma vigente al momento de sucederse los hechos por ella prevista, es la que se aplica a esos hechos, aunque la norma haya sido derogada después. Esto es lo que explica la Teoría del Derecho, la denominada ultractividad de las normas, que son normas derogadas, que se siguen aplicando a los hechos ocurridos durante su vigencia. Este fenómeno se presenta en relación con todas las normas jurídicas, cualquiera que sea su naturaleza: civil, comercial, penal, etc” (...) Luego, si la premisa es que los supuestos consagrados en el mencionado artículo 414 son aplicables para determinar el encuadramiento de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, sin duda lo que se está manifestando es el fenómeno de la ultractividad puesto que se entiende que sigue produciendo efectos posteriores y sobrevive para casos en concreto.

NOTA DE RELATORIA: Precedente jurisprudencial constitucional, consultar sentencia C-763 de 17 de septiembre de 2002, C-452 de 1996 y C-377 de 27 de abril de 2004

RESPONSABILIDAD ESTATAL - Régimen aplicable / IMPUTACION OBJETIVA - Distinción entre causalidad e Imputación / CAUSALIDAD - Elemento que presente en el juicio de imputación sigue revelando al juez la necesaria percepción y aprehensión de la realidad / IMPUTACION - Atribución jurídica del daño fundada en la prueba del vínculo existente entre el daño antijurídico probado y la acción u omisión del Estado / IMPUTACION - De primer nivel o fáctica / IMPUTACION OBJETIVA - Causalidad e imputación. Armonía / IMPUTACION - Atribución normativa del hecho / POSTURA REDUCCIONISTA - No se le puede imponer al juez

La necesidad de distinguir entre causalidad e imputación (cuando se trata de avanzar hacia la imputación objetiva), como respuesta a la ambigüedad derivada de realizar un estudio de imputación jurídica y exigir, a su vez, la acreditación de la imputación de primer nivel o fáctica. En su definición básica, la *causalidad* es entendida como el vínculo, nexo, o ligamen que une la causa a un efecto, “siguiendo el principio que todo tiene una causa y que, en las mismas condiciones, las mismas causas producen los mismos efectos” (...) se entiende que la causalidad sigue siendo elemento que presente en el juicio de imputación sigue revelando al juez la necesaria percepción y aprehensión de la realidad, permitiendo que la imputación se realice fundada en dicha realidad, y no en simples conjeturas, o suposiciones mentales desconectadas de las propias circunstancias de tiempo, modo y lugar. Precisamente, el precedente de la Sala define la imputación como: “... la atribución jurídica del daño, fundada en la prueba del vínculo existente entre el daño antijurídico y la acción u omisión del ente

demandado". Sin duda, la Sala comprende que esa atribución no puede resultar de presupuestos mentales, o de creación ajena a la realidad, sino que es esta y sus especiales circunstancias las que ofrecen el material suficiente para establecer la relación entre el daño antijurídico probado y la acción u omisión del Estado, o de la entidad pública demandada. (...) No se puede plantear que la distinción entre causalidad e imputación se agota en el objeto que le es propio a la primera, estos es, de las ciencias naturales, y el de la segunda el derecho, porque la racionalidad exige que se parta de una sucesión de hechos, respecto de los cuales opera el pensamiento para permitir que aplicando las reglas de cognición y de coordinación, se pueda alcanzar una percepción o convicción sensorial, de la que se infiere el juicio o valoración jurídica del daño (atribución), o del hecho objeto del juicio de responsabilidad. (...) la relación causalidad - imputación, lejos de excluirse permite armonizarlas, incluso en la propia tesis de la imputación objetiva, o en la de la imputación del riesgo (...). De lo anterior, se desprende la necesidad de advertir a la Sala que no se puede imponer al juez una postura reduccionista, de manera que en virtud de la imputación como elemento determinante, sólo estaría llamado a constatar el daño antijurídico y la posibilidad de imputarlo (...) En mi criterio, no es necesario oponerse, en la praxis contenciosa el juicio de responsabilidad, a la tesis de la imputación objetiva, sino moderarla para que la posición del Estado no termine convirtiéndolo en asegurador universal, y en revertir la idea de daño antijurídico e imputación como sustento, para aceptar que la atribución jurídica nos lleva al debate inicial subjetivo, porque sólo determinando la posición y el deber jurídico podría deducirse la responsabilidad, lo que puede plantear que no estemos lejos de un escenario como el mencionado.

NOTA DE RELATORIA: Consultar sentencia de 7 de diciembre de 2005, expediente número 14065, Consejero Ponente doctor Ramiro Saavedra Becerra; sentencia de 22 de abril de 2004, expediente número 15088, Consejera Ponente doctora María Elena Giraldo Gómez y sentencia de 28 de abril de 2010, expediente número 17992, Consejero Ponente doctor Mauricio Fajardo Gómez (E)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá, D. C, treinta y uno (31) de enero de dos mil once (2011)

Radicación número: 19001-23-31-000-1995-02029-01(18452)

Actor: LUIS ANTONIO CASTILLO MENESES Y OTROS

Demandado: FISCALIA GENERAL DE LA NACION Y OTROS

Referencia: ACLARACION DE VOTO

Aunque compartí la decisión adoptada en sentencia de 31 de enero de 2011, me permito aclarar voto en cuanto a los siguientes aspectos: 1) necesidad de aclarar la aplicación del artículo 414 del decreto 2700 de 1991 aún después de la entrada en vigencia de la ley 270 de 1996; 2) la necesidad de distinguir entre causalidad e imputación (cuando se trata de avanzar hacia la imputación objetiva), como respuesta a la ambigüedad derivada de realizar un estudio de imputación jurídica y exigir, a su vez, la acreditación de la imputación de primer nivel o fáctica.

1) Necesidad de aclarar la aplicación del artículo 414 del decreto 2700 de 1991 aún después de la entrada en vigencia de la ley 270 de 1996. La Sala en su precedente señala claramente que los supuestos o hipótesis previstos en el artículo 414 del decreto 2700 de 1991 son aplicables, operando su vigencia relativa temporal, para imputar objetivamente la responsabilidad del Estado con ocasión de la privación injusta de la libertad de una persona, aún con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 270 de 1996⁶⁵.

Pero queda la duda que la Sala no avale “una aplicación ultractiva” del artículo 414 del decreto 2700 de 1991 que está derogado, “sino de los supuestos que se regulaban de manera específica en el mismo”. Si se reconoce que los hechos ocurridos bajo la vigencia de dicha norma pueden ser encuadrados en los supuestos señalados en la norma, sería contradictorio plantear que no se avala su aplicación ultractiva, ya que como problema de aplicación de la ley en el tiempo está “íntimamente ligada al principio de que todo hecho, acto o negocio jurídico se rige por la ley vigente al momento de su ocurrencia, realización o celebración. Dentro de la Teoría General del Derecho, es clara la aplicación del principio “Tempus regit actus”, que se traduce en que la norma vigente al momento de sucederse los hechos por ella prevista, es la que se aplica a esos hechos, aunque la norma haya sido derogada después. Esto es lo que explica la Teoría del Derecho, la denominada ultractividad de las normas, que son normas derogadas, que se siguen aplicando a los hechos ocurridos durante su vigencia. Este fenómeno se presenta en relación con todas las normas jurídicas, cualquiera que sea su naturaleza: civil, comercial, penal, etc”⁶⁶.

⁶⁵ Sentencias de 4 de diciembre de 2006, exp. 13.168 y de 2 de mayo de 2001, expediente: 15.463, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁶⁶ Corte Constitucional, Sentencias C-763 de 17 de septiembre de 2002; C-450 de 1996.

En ese sentido, el precedente jurisprudencial constitucional ha señalado,

“... en relación con la ultraactividad de la ley, los conflictos en torno a la aplicación de la ley en el tiempo surgen cuando los efectos de una norma derogada se proyectan con posterioridad a su desaparición, respecto de hechos acaecidos durante su vigencia. En estricto sentido, la norma derogada no estaría produciendo efectos por fuera de su ámbito temporal de vigencia, porque los mismos, en este evento, se predicen a un supuesto de hecho que ocurrió antes de que fuera derogada. En este sentido, en la Sentencia C-329 de 2001 se hace notar cómo los efectos jurídicos de una norma se producen en el momento en el que se atribuye la consecuencia normativa a la conducta establecida en su supuesto de hecho, independientemente de la oportunidad en la que ello sea declarado por la autoridad judicial. Habría que agregar entonces que para que pueda hablarse de ultraactividad de la ley en relación con hechos acaecidos durante su vigencia, es necesario que tales hechos no se hayan agotado para el momento de la derogatoria de la ley. Puede tratarse, por ejemplo, de hechos continuados, de tal manera que, iniciados bajo la vigencia de una ley, se concluyen cuando la misma ya ha sido derogada, o de casos en los cuales no obstante que el hecho se ha producido bajo la vigencia de una ley la atribución de la consecuencia normativa no es instantánea, y se produce con posterioridad, bajo la vigencia de otra ley”⁶⁷.

Luego, si la premisa es que los supuestos consagrados en el mencionado artículo 414 son aplicables para determinar el encuadramiento de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, sin duda lo que se está manifestando es el fenómeno de la ultraactividad puesto que se entiende que sigue produciendo efectos posteriores y sobrevive para casos en concreto.

2) La necesidad de distinguir entre causalidad e imputación (cuando se trata de avanzar hacia la imputación objetiva), como respuesta a la ambigüedad derivada de realizar un estudio de imputación jurídica y exigir, a su vez, la acreditación de la imputación de primer nivel o fáctica. En su definición básica, la *causalidad* es entendida como el vínculo, nexo, o ligamen que une la causa a un efecto, “siguiendo el principio que todo tiene una causa y que, en las mismas condiciones, las mismas causas producen los mismos efectos”⁶⁸.

La doctrina del derecho de la responsabilidad señala que el

⁶⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-377 de 27 de abril de 2004.

⁶⁸ DEGUERGUE, Maryse. “Causalité et imputabilité”, en *Juris-Classeur*, 31 janvier 2000. No.5, Fasc.830, pp.2 y 3.

“carácter parcial y selectivo de la causalidad jurídica, que es en cierta medida ficticia, impone una relación directa e inmediata⁶⁹ de causa a efecto entre el hecho generador de un daño y aquel, que los jueces traducen simplemente por la exigencia de un <nexo directo de causalidad> entre ellos⁷⁰, necesario para determinar la obligación de reparar a cargo del autor”.

Luego, la causalidad entraña necesariamente la “apreciación humana”, que la infunde de su carácter subjetivo, exigiéndose a la víctima la carga de probar que el perjuicio causado es consecuencia directa o indirecta de un hecho dañoso. La causalidad no puede satanizarse como propia de la concepción primitiva, o como elemento ajeno al derecho y propio a las ciencias naturales. El propio Kelsen, al momento de revisar los postulados de Hume, señaló que este “separó el problema de la causalidad en componentes ontológicos y epistemológicos afirmando que en la naturaleza no hay causalidad en el sentido de una conexión necesaria, sino sólo una sucesión regular de los hechos”⁷¹. Lo anterior, no quiere decir que este es el único criterio en el que se erige la causalidad, sino que en la búsqueda de una ley general de causalidad, como lo recoge Kelsen, se llega a comprender que cuando “causas similares producen necesariamente efectos similares, es meramente un hábito del pensamiento que, originado en la observación de sucesiones regulares de los hechos, se torna una firme convicción”⁷².

De ahí, pues, que el propio Kant no excluye la causalidad, sino que la entiende integrada en un proceso complejo, ya que “la mera observación de la realidad no podía establecer la necesidad de una conexión entre dos hechos, como causa y efecto”⁷³, constituyéndose la causalidad “en una noción innata, una categoría a priori, una forma inevitable y necesaria de la cognición mediante la cual coordinamos mentalmente el material empírico de la percepción sensoria”⁷⁴.

⁶⁹ BENOÎT, Francois P. Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé (problèmes de causalité et d'imputabilité), en *Juris-Classeur Public*, 1957. I, 1351, no 19, p.20.

⁷⁰ MOREAU, Jacques. La responsabilité administrative. Paris, PUF, 1995, p.78.

⁷¹ KELSEN, Hans. Sociedad y naturaleza. Madrid, 1948, p.384.

⁷² Ob., cit., p.384

⁷³ Ob., cit., p.384

⁷⁴ Ob., cit., p.384

Dicho lo anterior, se entiende que la causalidad sigue siendo elemento que presente en el juicio de imputación sigue revelando al juez la necesaria percepción y aprehensión de la realidad, permitiendo que la imputación se realice fundada en dicha realidad, y no en simples conjeturas, o suposiciones mentales desconectadas de las propias circunstancias de tiempo, modo y lugar.

Precisamente, el precedente de la Sala define la imputación como:

“... la atribución jurídica del daño, fundada en la prueba del vínculo existente entre el daño antijurídico y la acción u omisión del ente demandado”⁷⁵.

Sin duda, la Sala comprende que esa atribución no puede resultar de presupuestos mentales, o de creación ajena a la realidad, sino que es esta y sus especiales circunstancias las que ofrecen el material suficiente para establecer la relación entre el daño antijurídico probado y la acción u omisión del Estado, o de la entidad pública demandada.

Concepto en el que se sostiene la Sala, cuando advierte,

“Recuérdese que para imputar conducta irregular a la Administración es presupuesto necesario que se predique de la demandada, una conducta que jurídicamente se derive de la existencia de un deber jurídico que permita evidenciar el comportamiento irregular, por acción o por omisión.

El elemento de la imputabilidad en este punto es un presupuesto de la conducta irregular, de la actividad que desarrolló a quien se demanda, por acción o por omisión, nótese que el artículo 90 de la Carta Política condiciona en forma estricta la responsabilidad patrimonial del Estado al daño antijurídico que le “*sea imputable, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas*”. Y sobre estos dos puntos, responsabilidad e imputabilidad”⁷⁶.

Sin oponerse a la imputación, la irregularidad de la conducta conforme a un deber jurídico, exige evidenciar un elemento causal que permita determinar si se desarrolló dentro de los cauces exigidos, en la relación trabada entre el fundamento objetivo del deber y la acción u omisión concreta que se exige.

Recientemente, el precedente se ratifica expresándose por la Sala que,

⁷⁵ Sentencia de 7 de diciembre de 2005. Exp.14065.

⁷⁶ Sentencia de 22 de abril de 2004. Exp. 15088.

“... en tanto la Administración Pública imponga el deber de prestar el servicio militar, debe garantizar la integridad psicofísica del soldado en la medida en la cual se trata de una persona que se encuentra sometida a su custodia y cuidado, pues en determinadas situaciones lo pone en una posición de riesgo, lo cual, en términos de imputabilidad, significa que debe responder por los daños que le sean irrogados en relación con la ejecución de la carga pública”⁷⁷.

Luego, la sucesión causal seguirá presente cuando el daño se irroga con la ejecución de la carga pública, que debe ser observada en función de la realidad, de manera que el nexo causal permita concretar dicha imputación, o, por el contrario, se llegue a determinar la existencia de eximente de responsabilidad.

De acuerdo con lo anterior, no se puede plantear que la distinción entre causalidad e imputación se agota en el objeto que le es propio a la primera, estos es, de las ciencias naturales, y el de la segunda el derecho, porque la racionalidad exige que se parta de una sucesión de hechos, respecto de los cuales opera el pensamiento para permitir que aplicando las reglas de cognición y de coordinación, se pueda alcanzar una percepción o convicción sensorial, de la que se infiere el juicio o valoración jurídica del daño (atribución), o del hecho objeto del juicio de responsabilidad.

Así mismo, más que un dualismo entre orden causal y sociedad (como se plantearía en términos de Weber), lo que se ha producido en el tiempo es un proceso de decantación de la relación entre causalidad e imputación, el cual tiene una serie de hitos a destacar: a) la “idea de la necesidad objetiva de la conexión causal”, fruto del espíritu del derecho consuetudinario, y que se corrige planteando que su fundamento está en el “principio de retribución”; b) la tendencia hacia el principio de equivalencia, partiendo de la base que el efecto no debe ser igual a la causa, de tal manera que haría falta establecer un método en el que la proporcionalidad se ofrezca como determinante; c) la delimitación de la arbitrariedad que opera frente al continuum que supone la sucesión de hechos, porque no puede abiertamente descartarse como cadena hipotética sucesos que afectan la determinación del efecto, porque “un análisis realista muestra que cada efecto es no sólo el fin de una cadena de causas, sino también el comienzo de una nueva cadena y, a la vez, el punto de intersección de un infinito número de cadenas”⁷⁸. En últimas, lo que se quiere, es separarse del principio de retribución;

⁷⁷ Sentencia de 28 de abril de 2010. Exp.17992.

⁷⁸ KELSEN, Hans. Sociedad y naturaleza. Madrid, 1948, p.390.

d) la sucesión temporal causa y efecto, que ha llevado a superar la primitiva concepción de la concatenación de hechos en un orden irreversible, a plantear como alternativa la elección entre posibilidades, donde el progreso del conocimiento, de la ciencia y de la técnica permiten una evolución dinámica de las mismas; e) la probabilidad estadística, que fue la tendencia que vino a propiciar un golpe fundamental en la ley de causalidad, y se abre paso el criterio de la predicibilidad, de manera que se establece como regla la “conexión probable”.

Fruto de ese proceso en la relación causalidad - imputación, está la formulación de las fases de la imputación que Larenz señaló:

“La imputación se produce en tres fases. En la primera se toma en cuenta un comportamiento corporal de la persona como acto... pues responsabilidad presupone... el poder de actuar sobre otro y, por ello, la posibilidad de una conducción de acontecer mediante la voluntad y de un control mediante la conciencia... En la segunda fase se trata de la imputación de la responsabilidad por las consecuencias ulteriores del acto... hasta qué punto se le puede imputar como “autor” la cadena causal puesta en marcha por la acción que con base en numerosos factores que inciden en ella puede producirnos unos efectos completamente distintos de los que el agente había previsto y de los que en otro lugar hubiera podido prever. Los criterios que por lo general se utilizan para llevar a cabo esta imputación “objetiva” son: la general idoneidad de la acción para la producción de un resultado semejante (teoría de la adecuación); el aumento del riesgo de producción de resultados reprobados por el ordenamiento jurídico precisamente por este acto... desde hace mucho tiempo se admite la simple conexión causal, que puede llegar hasta el infinito, no basta para cargarlo todo... La tercera fase de la imputación... es la imputación de la culpabilidad”⁷⁹.

Luego, la relación causalidad - imputación, lejos de excluirse permite armonizarlas, incluso en la propia tesis de la imputación objetiva, o en la de la imputación del riesgo, donde el factor causal presta utilidad al momento de determinar si la lesión o daño se causó, o si cabe extraer una eximente que rompe la conexión o relación de causalidad.

De ahí que proceder sólo a un estudio de imputación jurídica, puede en ocasiones convertir en inmodificable estructura de la responsabilidad extracontractual, ya que se resta la posibilidad de evaluar la cadena causal, de escrutar las variantes, no de otra manera el artículo 90 de la Carta Política estaría orientado a establecer el daño antijurídico y la imputación, entendida esta última como una atribución

⁷⁹ LARENZ, Karl. Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica. 1ª reimp. Madrid, Civitas, 1990, pp.107-108.

normativa del hecho, pero no sólo desde la perspectiva del resultado, sino que se orientaría más, como ocurre en el derecho español, hacia la determinación de la lesión del patrimonio, sin importar la conducta, comportamiento, actividad o función desplegada, ni su licitud o ilicitud.

De lo anterior, se desprende la necesidad de advertir a la Sala que no se puede imponer al juez una postura reduccionista, de manera que en virtud de la imputación como elemento determinante, sólo estaría llamado a constatar el daño antijurídico y la posibilidad de imputarlo, porque sería posible que la labor probatoria se reconduzca más a un debate mecánico, y sin posibilidades de argumentación jurídica, y donde entraría a ponerse en cuestión el principio de proporcionalidad, rayando en la idea asistencialista o de aseguramiento universal en la que no puede caer una institución como la responsabilidad extracontractual del Estado.

En mi criterio, no es necesario oponerse, en la praxis contenciosa el juicio de responsabilidad, a la tesis de la imputación objetiva, sino moderarla para que la posición del Estado no termine convirtiéndolo en asegurador universal, y en revertir la idea de daño antijurídico e imputación como sustento, para aceptar que la atribución jurídica nos lleva al debate inicial subjetivo, porque sólo determinando la posición y el deber jurídico podría deducirse la responsabilidad, lo que puede plantear que no estemos lejos de un escenario como el mencionado.

En este sentido dejo presentada mi aclaración de voto.

Fecha ut supra

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA