

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA**

**ANÁLISIS ECONÓMICO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL  
EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA  
LIBERTAD A PARTIR DE LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO  
DE ESTADO**

*Decisiones eficientes en los pronunciamientos judiciales*

**CARLOS FELIPE DÁVILA MARTÍNEZ**

**LAURA SOFÍA RODRÍGUEZ CASTRO**

**Presentado para optar al título de**

**ABOGADOS**

**Directores**

**CARLOS ANDRÉS URIBE PIEDRAHÍTA**

**JAIME EDUARDO CHAVES VILLADA**

**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS**

**BOGOTÁ D.C, COLOMBIA**

**2020**

## TABLA DE CONTENIDO

### INTRODUCCIÓN

#### **1 LA LIBERTAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO**

- 1.1 Alcance de la libertad en el ordenamiento jurídico colombiano
  - 1.1.1 La libertad como valor
  - 1.1.2 Principio general de libertad
  - 1.1.3 El derecho fundamental a la libertad
- 1.2 Límites constitucionales al derecho fundamental a la libertad
  - 1.2.1 Artículo 16: respeto al derecho de terceros y disposiciones restrictivas del ordenamiento jurídico
- 1.3 Garantías constitucionales y procesales al derecho fundamental de la libertad
  - 1.3.1 Artículo 28: la restricción de la libertad no puede ser una medida arbitraria
  - 1.3.2 Artículo 29: Principio de favorabilidad y presunción de inocencia

#### **2 RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO**

- 2.1 Líneas jurisprudenciales del Consejo de Estado sobre la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad
- 2.2 Sentencia de Unificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 15 de agosto de 2018
  - 2.2.1 Preceptos legales no pueden limitar preceptos constitucionales
  - 2.2.2 La antijuridicidad del daño y el reproche subjetivo de la conducta del agente estatal
  - 2.2.3 Aplicación del principio *iura novit curia*
  - 2.2.4 Presunción de inocencia y excepcionalidad de las medidas restrictivas de la libertad
  - 2.2.5 Culpa exclusiva de la víctima: análisis de la conducta pre – procesal
- 2.3 Relevancia de las sentencias de unificación del Consejo de Estado
- 2.4 Sentencia de tutela del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B del 15 de noviembre de 2019
  - 2.4.1 Culpa exclusiva de la víctima: Análisis de las conductas realizadas con posterioridad a la vinculación del proceso penal
  - 2.4.2 La interpretación de la culpa exclusiva de la víctima de la sentencia de unificación desconoce la presunción de inocencia y el debido proceso

#### **3 IMPLICACIONES JURÍDICAS Y ECONÓMICAS DE QUE UNA SENTENCIA DE TUTELA DESCONOZCA UNA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN**

- 3.1 Consecuencias jurídicas
  - 3.1.1 Desconocimiento del precedente horizontal y del deber de coherencia interna

- 3.1.2 Inexistencia de un precedente actual vinculante
- 3.1.3 Ausencia de seguridad jurídica
- 3.2 Consecuencias económicas
  - 3.2.1 Incremento de los costos de transacción
  - 3.2.2 Desperdicio de recursos escasos

#### **4 ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO SOBRE LAS DECISIONES JUDICIALES**

- 4.1 Papel del juez en nuestro ordenamiento jurídico
- 4.2 Impacto económico de las decisiones judiciales sobre la sociedad
  - 4.2.1 Análisis económico del derecho: herramienta ex ante del comportamiento humano
  - 4.2.2 Maximización de la riqueza
- 4.3 Eficiencia de las decisiones judiciales a partir de los modelos de optimalidad: Pareto y Kaldor Hicks
  - 4.3.1 Caso concreto: La sentencia de unificación no es eficiente
  - 4.3.2 Caso concreto: la sentencia de tutela observa el criterio de eficiencia planteado por el óptimo de Pareto

#### **5 ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO DE LAS SENTENCIAS OBJETO DE ANÁLISIS**

- 5.1 Análisis económico del derecho de la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado
  - 5.1.1 Racionalidad económica del hombre económico
  - 5.1.2 Normas como precios
  - 5.1.3 Incentivo detrás de la interpretación del artículo 70 de la Ley 270 de 1996 de la Sentencia de Unificación
  - 5.1.4 Solución a la elevada cantidad de demandas al Estado
- 5.2 Análisis económico del Derecho de la Sentencia de Tutela del Consejo de Estado

#### **CONCLUSIONES**

## **RESUMEN**

En este trabajo de grado abordaremos el análisis económico de la interpretación del artículo 70 de la Ley 270 de 1996 a partir de la Sentencia de Unificación del 2018<sup>1</sup> proferida por el Consejo de Estado y la Sentencia de Tutela del 15 de noviembre de 2019<sup>2</sup> del mismo órgano. Con base al carácter multidimensional de la libertad en el ordenamiento jurídico colombiano y el análisis económico del derecho se va a demostrar porqué, a nuestro juicio, la interpretación plasmada en la Sentencia de Unificación no propende por la eficiencia y el bienestar social y, por ende, no debería ser adoptada por los jueces de lo contencioso administrativo.

**PALABRAS CLAVE:** Privación injusta de la libertad, precedente jurisprudencial, inseguridad jurídica, AED.

## **ABSTRACT**

In this degree work we will address the economic analysis of the interpretation of article 70 of Law 270 of 1996, under the 2018 Unification Ruling and the Fundamental Rights Protection Ruling of November 15, 2019, of the State Council. We will demonstrate, based on the multidimensional nature of freedom in the Colombian legal system and the economic analysis of law, why, in our opinion, the interpretation embodied in the Unification Ruling is not conducive to efficiency and social welfare and, therefore, should not be adopted by the judges of the contentious-administrative field.

**KEY WORDS:** Wrongful deprivation of liberty, legal precedent, legal uncertainty, law and economics.

---

<sup>1</sup>Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 46.947. (C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera; 15 de agosto de 2018.)

<sup>2</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 11001-03-15-000-2019-00169-01 (AC). (C.P. Martín Bermúdez Muñoz; 15 de noviembre de 2019.)

## **INTRODUCCIÓN**

En Colombia, la cifra de condenas al Estado por privación injusta de la libertad es una suma que actualmente va en aumento, lo cual es realmente preocupante. En el presente estudio, nos centramos en el análisis económico de las sentencias que expusieron la interpretación y alcance del artículo 70 de la ley 270 de 1996, relativo a la culpa exclusiva de la víctima. Por un lado, consideramos que la Sentencia de Unificación de 2018 proferida por el Consejo de Estado, brinda una interpretación restrictiva del derecho fundamental a la libertad, mientras que, por el otro lado, el fallo de tutela del año 2019, proferido por esta misma Corporación, protege y salvaguarda los derechos fundamentales a la libertad, el debido proceso y la presunción de inocencia de las personas.

Nuestro problema jurídico se centra en las principales implicaciones jurídicas y económicas que emanan de que una sentencia de tutela del mismo órgano colegiado haya dejado sin efectos una sentencia de unificación. En especial, nos preocupa y pretendemos dar una solución al actual problema de inseguridad jurídica, pues como se expondrá, a la fecha de la presentación de este trabajo de investigación no existe un precedente jurisprudencial que oriente la actuación de los jueces administrativos de instancia sobre la interpretación de esta causal eximente de responsabilidad del Estado.

Una vez expuesto el problema jurídico, haremos uso de las herramientas que ofrece el Análisis Económico del Derecho (en adelante, AED) para orientar a los jueces de lo contencioso administrativo en la interpretación del mencionado artículo, toda vez que, del alcance que se haga de esta norma, depende el derecho indemnizatorio que le asiste a las

víctimas de la privación injusta de la libertad. De este modo, nos centraremos en el impacto económico del juez en nuestro ordenamiento jurídico y, en especial, de su actividad judicial.

Para abordar nuestro tema de estudio, nos apoyaremos en la jurisprudencia colombiana de las Altas Cortes y en la doctrina nacional e internacional. El presente trabajo cuenta con cinco capítulos, estructurados de la siguiente manera: el primero, trata el tema de la libertad en nuestro ordenamiento jurídico. Allí se abordará el carácter multidimensional de la libertad; entendida como valor, principio y derecho fundamental. Del mismo modo, nos referiremos a los límites de este derecho, así como a sus principales garantías.

En el segundo capítulo, haremos un breve recuento de la Sentencia de Unificación del año 2018 con el fin de exponer el precedente jurisprudencial que estuvo vigente hasta la Sentencia de Tutela de noviembre de 2019. En esta medida, señalaremos los puntos sobre los que el Consejo de Estado cambió su posición respecto a la sentencia de unificación inmediatamente anterior<sup>3</sup> y expondremos las razones por las que el Consejo de Estado consideró necesario analizar la culpa exclusiva de la víctima desde una perspectiva meramente civil, esto es, a partir del concepto de dolo y culpa que trata el Código Civil.

En contraposición a la postura de la Sala Plena del Consejo de Estado, expondremos la interpretación del artículo 70 de la Ley 270 de 1996 contenida en la Sentencia de Tutela del 15 de noviembre de 2019. Siguiendo los lineamientos garantistas de un Estado Social de Derecho, la Subsección B del Consejo de Estado consideró que la interpretación de la

---

<sup>3</sup> Sentencia del 17 de octubre de 2013. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 23.354. (C.P. Mauricio Fajardo Gómez; 17 de octubre del 2013.)

sentencia de unificación era a todas luces violatoria de los derechos fundamentales de las víctimas, y aun cuando no desconoció el valor normativo de este artículo, lo interpretó bajo la observancia de los preceptos constitucionales.

En el tercer capítulo nos centraremos en nuestro problema jurídico, pues el hecho de que una sentencia de tutela deje sin efectos una sentencia de unificación trae consigo múltiples consecuencias de índole jurídica y económica. Jurídicamente se pone en riesgo el precedente horizontal que debe predicarse de este órgano de cierre y, en consecuencia, no se evidencia con claridad el cumplimiento del deber de coherencia interna y se abre la puerta a la inseguridad jurídica. Mientras que, económicamente se incrementan los costos de transacción y se desperdician los recursos escasos de un proceso judicial.

El cuarto capítulo plantea la importancia que tiene el AED en las decisiones judiciales. Teniendo en cuenta que no existe un precedente vinculante, y que a la hora de dictar sus fallos los jueces de lo contencioso administrativo pueden adoptar una u otra interpretación, es necesario que sean conscientes del impacto de sus providencias judiciales en el bienestar de la comunidad. La aplicación del AED es importante, toda vez que permite predecir *ex ante* el comportamiento de los seres humanos y, al mismo tiempo, maximizar la riqueza mediante los modelos de optimalidad, principalmente enfocados en la creación de eficiencia.

El último capítulo se centra en el análisis económico de cada una de las sentencias objeto de estudio en este trabajo de investigación. Con el fin de concretar qué decisión es más eficiente a la luz de los postulados del AED, y definir por qué una decisión debería preferirse frente a otra en la toma de decisión por parte de los jueces, estudiaremos, primero, la postura de la

Sala Plena del Consejo de Estado, a partir de las teorías del hombre racional y del sistema implícito de precios, el cual se refiere particularmente a los incentivos y desincentivos de las normas jurídicas. Segundo, analizaremos la Sentencia de Tutela con base a los postulados que tratan los derechos fundamentales desde un enfoque económico.



# 1. LA LIBERTAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

## 1.1. Alcance de la libertad en el ordenamiento jurídico colombiano

El artículo 28 de la Constitución Política de 1991 afirma categóricamente, “*toda persona es libre*”, pero ¿qué es la libertad? En el ordenamiento jurídico colombiano la libertad se encuentra a lo largo de todo el texto constitucional; desde el Preámbulo, adoptando la forma de valor constitucional, siguiendo como principio y ampliándose como derecho fundamental de todos los seres humanos. Podemos afirmar que la libertad “*consiste en poder hacer lo que no perjudique a los demás*”<sup>4</sup>.

La libertad tiene un carácter multidimensional en el ordenamiento jurídico colombiano, toda vez que la Constitución de 1991 la consagró de manera simultánea como valor, como principio y como derecho fundamental<sup>5</sup>. Al respecto, la Corte Constitucional, en Sentencia T – 406 de 1992, se pronunció por primera vez sobre la naturaleza de cada uno de estos aspectos.

### 1.1.1. *La libertad como valor*

Para determinar el alcance de la libertad como valor, la Corte Constitucional utilizó como referencia los planteamientos del profesor Dworkin<sup>6</sup>, así, entendió que los valores “*representan el catálogo a partir del cual se deriva el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico*”<sup>7</sup>. Los valores pueden ser explícitos o no, pero se

---

<sup>4</sup> Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Artículo 4º. octubre 5, 1789.

<sup>5</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 879 de 2011. (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto: 22 de noviembre de 2011.)

<sup>6</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T – 406 de 1992. (M.P. Ciro Angarita Barón: 5 de junio de 1992.) Citando a: R. Dworkin, *Questioni di principio*; Il Saggiatore, Milano 1985, p. 5 y ss.

<sup>7</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T – 406 de 1992. (M.P. Ciro Angarita Barón: 5 de junio de 1992.)

identifican y diferencian de los principios, por cuanto son el fundamento y la finalidad misma de la organización política<sup>8</sup>, a tal punto, que la Corte Constitucional los trata como normas que establecen fines, dirigidos a las autoridades creadoras del derecho y en especial al legislador.

En este contexto, los valores constitucionales expresan fines jurídicos para el futuro; son aquellos que se reflejan tanto en el Preámbulo<sup>9</sup> de la Constitución, como en el inciso primero del artículo 2º del mismo texto. De la lectura del Preámbulo, observamos que la libertad adquiere la connotación de valor constitucional, lo que significa que sirve como criterio de interpretación para las demás disposiciones constitucionales y legales, e instruye la actuación de todas las autoridades en el marco de la legalidad. Es decir, desde esta perspectiva, *“la libertad se configura como un contenido axiológico rector del sistema normativo y de la actuación de los servidores públicos, del cual, en todo caso, también se desprenden consecuencias normativas en la interpretación y aplicación, no sólo del texto constitucional, sino del conjunto de preceptos que conforman el ordenamiento jurídico colombiano, que deben ser leídos en clave libertaria”*<sup>10</sup>.

### 1.1.2. Principio general de libertad

---

<sup>8</sup> *Ibíd.*

<sup>9</sup> Al respecto, *“juzga la Corte Constitucional que el Preámbulo goza de poder vinculante en cuanto sustento del orden que la Carta instaure y, por tanto, toda norma – sea de índole legislativa o de otro nivel – que desconozca o quebrante cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios”*. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 479 de 1992. (M.P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero: 13 de agosto de 1992.)

<sup>10</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 879 de 2011. (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto: 22 de noviembre de 2011.)

Antes de referirnos a la libertad como principio constitucional, es necesario hacer referencia a la noción de “principios constitucionales”. Al respecto, la Corte Constitucional indicó que “*los principios constitucionales, a diferencia de los valores que establecen fines, consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida (...), lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional*”<sup>11</sup>. Del mismo modo, la Corte los clasifica como disposiciones que se refieren a las relaciones entre los gobernantes y los gobernados; sin ellos, cambiaría la naturaleza de la Constitución y se desconocería la organización y estructura del Estado en sí mismo. En relación con la libertad, la Corte Constitucional ha reconocido la existencia de un *principio general de libertad*<sup>12</sup>, el cual se encuentra directamente relacionado con el artículo 6º de la Constitución Política y se asocia con lo que la doctrina ha entendido por libertad liberal<sup>13</sup>.

La naturaleza de principio queda clara cuando se observa que existen otros derechos atribuidos a los ciudadanos que derivan del mencionado principio. Así, se observa que “*del principio general de libertad emana el derecho específico de la autonomía (...)*”<sup>14</sup>. En la doctrina este derecho se conoce como *la libertad de autonomía* y se refiere a “*la facultad de*

---

<sup>11</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T – 406 de 1992. (M.P. Ciro Angarita Barón: 5 de junio de 1992.)

<sup>12</sup> El principio general de libertad “*autoriza a los particulares a llevar a cabo las actividades que la ley no prohíba o cuyo ejercicio no está subordinado a requisitos o condiciones determinadas*”. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 879 de 2011. (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto: 22 de noviembre de 2011.)

<sup>13</sup> Es entendida como *la esfera de acción que faculta al sujeto para realizar o no ciertas acciones sin ser impedido por otros; en otras palabras, la libertad liberal se compone del conjunto de acciones no impedidas por normas imperativas positivas o negativas*. Cristhian Alexander Pereira Otero. *Aproximación jurídica al contenido y alcance del núcleo esencial del derecho fundamental a la libertad individual en el constitucionalismo colombiano*. Revista Temas Socio Jurídicos. Vol. 33 No. 67. Julio – diciembre de 2014. At. 71.

<sup>14</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T – 401 de 1994. (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz: 12 de septiembre de 1994.)

*no obedecer a otras normas que las que el sujeto se ha impuesto a sí mismo*<sup>15</sup>. En Colombia, este tipo de libertad ha quedado incorporada mediante el reconocimiento expreso del derecho al libre desarrollo de la personalidad, previsto en el artículo 16 de la Constitución Política<sup>16</sup> y materializado en la libertad de conciencia<sup>17</sup>, la libertad de cultos<sup>18</sup> y la libertad de expresión y de información<sup>19</sup>, entre otros.

### 1.1.3. *El derecho fundamental a la libertad*

En el artículo 28 de la Constitución Política se materializa la libertad como derecho fundamental, y se reconoce, categóricamente, que *“toda persona es libre”*<sup>20</sup>. Para responder a la pregunta: ¿qué se entiende por derecho fundamental?, el doctrinante Luigi Ferrajoli, citado en la Sentencia T – 095 de 2016, dispone que: *“son aquellos derechos adscritos universalmente a todos en cuanto personas, o en cuanto a ciudadanos o personas con capacidad de obrar, y que son por tanto indisponibles e inalienables”*<sup>21</sup>. Del mismo modo, frente a este punto, la Corte Constitucional enfatizó que los derechos fundamentales no adquieren el valor de tal por estar explícitamente consagrados en el ordenamiento jurídico constitucional o internacional, pues considera que *“los criterios que determinan el carácter fundamental de un derecho sobrepasan la consagración expresa y dependen de la existencia de un consenso histórico y de una voluntad colectiva en torno a la naturaleza específica de*

---

<sup>15</sup> Cristhian Alexander Pereira Otero. *Aproximación jurídica al contenido y alcance del núcleo esencial del derecho fundamental a la libertad individual en el constitucionalismo colombiano*. Revista Temas Socio Jurídicos. Vol. 33 No. 67. Julio – diciembre de 2014. At. 71.

<sup>16</sup> Constitución Política de Colombia. [Const]. Artículo 16. Julio 7 de 1991 (Colombia).

<sup>17</sup> Constitución Política de Colombia. [Const]. Artículo 18. Julio 7 de 1991 (Colombia).

<sup>18</sup> Constitución Política de Colombia. [Const]. Artículo 19. Julio 7 de 1991 (Colombia).

<sup>19</sup> Constitución Política de Colombia. [Const]. Artículo 20. Julio 7 de 1991 (Colombia).

<sup>20</sup> Constitución Política de Colombia. [Const]. Artículo 28. Julio 7 de 1991 (Colombia).

<sup>21</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 095 de 2016. (M.P. Alejandro Linares Cantillo: 25 de febrero de 2016.) Citando a: Luigi Ferrajoli. *Sobre los derechos fundamentales. Teoría del neoconstitucionalismo*. Editorial Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas- UNAM. Madrid, 2007. Pg. 73.

*un derecho, con todas sus implicaciones relativas al contenido esencial, a la conexión con los principios y a la eficacia directa*”<sup>22</sup>.

Ahora bien, la jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>23</sup> se ha ocupado en numerosas ocasiones en establecer el contenido y alcance del artículo 28 constitucional. Según la Sentencia C – 024 de 1994, este precepto protege de manera simultánea dos derechos fundamentales: la libertad personal y la inviolabilidad del domicilio. Para efectos de este trabajo nos centraremos en la libertad personal, cuyo alcance ha sido dado por la Corte Constitucional, en el sentido de entender que *“por libertad personal a nivel constitucional debe entenderse la ausencia de aprehensión, retención, captura, detención o cualquiera otra forma de limitación de la autonomía de la persona (...)*”<sup>24</sup>.

De igual modo, la Corte considera que la libertad es la condición necesaria para el ejercicio de los demás derechos y libertades, pues, de desconocerse la misma, el ser humano no podría desarrollarse como tal dentro de la sociedad, de ahí que *“la Constitución prevea requisitos muy exigentes para reducir a prisión o arresto a una persona o para restringir su domicilio; tales como a) la existencia de un mandamiento escrito de autoridad judicial competente; b) el respeto a las formalidades legales; y c) la existencia de un motivo previamente definido en la ley*”<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T – 406 de 1992. (M.P. Ciro Angarita Barón: 5 de junio de 1992.)

<sup>23</sup> Ver sentencias de la Corte Constitucional de Colombia: C- 024 de 1994. (M.P. Alejandro Martínez Caballero: 27 de enero de 1994), C – 176 de 2007 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra: 14 de marzo de 2007) y C – 720 de 2007 (M.P. Catalina Botero Marino: 11 de septiembre de 2007).

<sup>24</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 024 de 1994. (M.P. Alejandro Martínez Caballero: 27 de enero de 1994)

<sup>25</sup> *Ibíd.*

## **1.2.Límites constitucionales al derecho fundamental a la libertad**

El derecho fundamental a la libertad, a pesar de ser reconocido como un aspecto básico y orientador de la organización del Estado, no tiene un carácter absoluto<sup>26</sup> e ilimitado<sup>27</sup>. Consideramos que los límites al derecho fundamental a la libertad se traducen en la siguiente afirmación: toda persona es libre, siempre y cuando su libertad no interceda en el ejercicio de los derechos fundamentales de otra persona, ni se encuentre en contravía con las disposiciones del orden jurídico. De este modo lo entiende el Profesor Tórtora Aravena, cuando afirma que *“los derechos fundamentales no son absolutos ni ilimitados, sino que en verdad se encuentran sometidos a una serie de restricciones o limitaciones que provocan que su titular no pueda ejercer válidamente una determinada prerrogativa en ciertas circunstancias”*<sup>28</sup>.

No obstante, es importante tener en cuenta que dichas restricciones o limitaciones deben observar criterios de razonabilidad<sup>i</sup>, necesidad<sup>ii</sup> y proporcionalidad<sup>iii</sup>. En esto último ha enfatizado la Corte Constitucional, señalando que, *“aun cuando el derecho a la libertad no es absoluto, es claro que su limitación tampoco ha de tener ese carácter y, por lo tanto, el legislador, al regular los supuestos en los que opere la restricción del derecho, debe observar criterios de razonabilidad y proporcionalidad”*<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 030 de 2003. (M.P. Álvaro Tafur Galvis: 28 de enero de 2003.)

<sup>27</sup> Al respecto, la Corte Constitucional ha advertido que en algunas ocasiones el interés superior de la sociedad exige la privación o restricción de la libertad personal. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 276 de 2016. (M.P: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub: 25 de mayo de 2016.)

<sup>28</sup> Hugo Tórtora Aravena. *Las limitaciones a los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, año 8, N°2. 2010. At. 167.

<sup>29</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 318 de 2008. (M.P. Jaime Córdoba Triviño: 9 de abril de 2008.)

Para estudiar los límites de los derechos fundamentales en sentido estricto, resulta necesario comenzar advirtiendo que *“en determinadas ocasiones son los propios preceptos constitucionales los que establecen por sí mismos límites a los derechos, sea en el mismo precepto que consagra el derecho, sea en otro lugar de la Constitución.”*<sup>30</sup> De esta manera, abordaremos las limitaciones que contempla el artículo 16 y el artículo 28 del texto constitucional.

### *1.2.1. Artículo 16: respeto al derecho de terceros y disposiciones restrictivas del ordenamiento jurídico*

El artículo 16 de la Constitución Política establece que: *“Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad<sup>31</sup> sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”*<sup>32</sup> (Subrayado fuera del texto). Mediante esta disposición constitucional, el legislador reconoce la capacidad plena que tienen todas las personas para decidir sobre sus propios actos, y, en especial, sobre su plan de vida y el rumbo de su existencia, siempre y cuando no afecten derechos de terceros y no se viole el orden constitucional<sup>33</sup>. De mismo modo lo expresa el Profesor Sosa Sacio, quien afirma que *“a las personas les es dable hacer todo aquello que deseen siempre y cuando no existan restricciones que cuenten con fundamento constitucional”*<sup>34</sup>.

---

<sup>30</sup> Luis Aguilar de Luque. *Los límites de los derechos fundamentales*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Enero – abril 1993, Núm. 14. At. 9.

<sup>31</sup> La Corte Constitucional ha definido este derecho como *“la capacidad de las personas para definir, en forma autónoma, las opciones vitales que habrán de guiar el curso de su existencia*. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU – 642 de 1998. (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz: 5 de noviembre de 1998.)

<sup>32</sup> Constitución Política de Colombia. [Const]. Artículo 16. Julio 7 de 1991 (Colombia).

<sup>33</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 309 de 1997. (M.P. Alejandro Martínez Caballero: 25 de junio de 1997.)

<sup>34</sup> Juan Manuel Sosa Sacio. *La libertad constitucional. Tres modelos esenciales de libertad y tres derechos de libertad*. Pensamiento Constitucional N° 23. 2018. At. 177

En este sentido, del artículo 16 constitucional se deduce que un límite a la libertad es el respeto por los derechos de terceras personas, y, de igual forma, un segundo límite serían las disposiciones del orden constitucional. En cuanto al primer límite<sup>35</sup>, la Corte Constitucional en la Sentencia C- 221 de 1994, citando a John Rawls, afirmó: “*Si a la persona se le reconoce esa autonomía, no puede limitársela sino en la medida en que entra en conflicto con la autonomía ajena. Es decir: que es en función de la libertad de los demás y sólo de ella que se puede restringir mi libertad*”. (Subrayado fuera del texto).

Ahora bien, en cuanto a los límites a la libertad contemplados en las disposiciones del ordenamiento jurídico, la Corte Constitucional en la Sentencia C – 221 de 1994, precisó que no puede tratarse de prerrogativas caprichosas, porque de ser así, cualquier limitación estaría convalidada por el solo hecho de estar incluida en el orden jurídico. En otras palabras: “*el legislador no puede válidamente establecer más limitaciones que aquéllas que estén en armonía con el espíritu de la Constitución*”<sup>36</sup>. Es decir, las disposiciones que limiten la libertad deberán observar los valores, los principios constitucionales y los derechos de terceras personas.

En el ámbito internacional también se reconoce la necesidad de consagrar disposiciones legales que limiten el derecho a la libertad. El artículo 4º de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano señala que: “*la libertad consiste en poder hacer todo lo que no*

---

<sup>35</sup> Con relación a este límite, el artículo 32.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que, “*los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.*” Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 32.2. noviembre 22, 1969

<sup>36</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 221 de 1994. (M.P. Carlos Gaviria Díaz: 5 de mayo de 1994.)



*perjudica a otro. Así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que aseguren a los restantes miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Estos límites sólo pueden estar determinados por ley*” (Subrayado fuera del texto).

Es decir, al legislador sólo le es permitido imponer restricciones o limitaciones a la libertad en la medida en que estas se ajusten al espíritu mismo de la Constitución, no afecten el núcleo básico del derecho fundamental, se hagan en observancia de la protección de bienes jurídicos de terceras personas y se encuentren expresamente señaladas en la ley.

### **1.3. Garantías constitucionales y procesales al derecho fundamental de la libertad**

#### *1.3.1. Artículo 28: la restricción de la libertad no puede ser una medida arbitraria*

El artículo 28 del texto constitucional y el artículo 2º de la ley 906 de 2004<sup>37</sup>, exigen que la privación o restricción de la libertad de las personas no sea una medida arbitraria. Así, “(...) *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*”<sup>38</sup> (Subrayado fuera del texto).

Al tratarse de un derecho fundamental, cuya trascendencia incide en el modelo de Estado Social de Derecho, “*la propia Constitución consagra una serie de garantías que fijan las condiciones en las cuales la limitación del derecho puede llegar a darse. Estas garantías*

---

<sup>37</sup> Código de Procedimiento Penal [CPP]. Ley 906 de 2004. 31 de agosto de 2004 (Colombia).

<sup>38</sup> Constitución Política de Colombia. [Const]. Art. 28. Julio 7 de 1991 (Colombia).

*están estructuradas en forma de reglas, encaminadas a delimitar de manera estricta la actividad del Estado frente a esta libertad fundamental*<sup>39</sup>. Es decir, la limitación o restricción de este derecho fundamental debe sujetarse a estrictas reglas de competencia y de legalidad, con el fin de evitar la arbitrariedad.

Según el artículo 28 de la Constitución, para reducir a prisión o detención a una persona, es necesario que exista: i) mandamiento escrito de autoridad *judicial* competente, ii) que se fundamente en un motivo previamente definido en la ley<sup>40</sup> y, iii) que se ejecute con la plenitud de las formalidades legales. (Subrayado fuera del texto). De esta manera el Constituyente determinó tres reglas que funcionan dinámicamente entre las ramas del poder público, pues *“es claro que la privación o restricción de la libertad, que materialmente se ejecuta por funcionarios de la rama ejecutiva del poder público, no queda a la discreción de ésta, sino que exige la intervención de las otras dos ramas del poder, pues el legislador define los motivos y el juez emite la orden escrita con sujeción a éstos, para que quien la practique lo haga luego con sujeción a las formalidades previamente definidas por el legislador”*<sup>41</sup>.

### 1.3.2. Artículo 29. Principio de favorabilidad y presunción de inocencia

Ahora bien, aun cuando es posible privar de la libertad a las personas, existen una serie de garantías derivadas de la Constitución misma y de algunos instrumentos internacionales, que

---

<sup>39</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T – 276 de 2016. (M.P: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub: 25 de mayo de 2016.)

<sup>40</sup>La exigencia de motivos previamente definidos en la ley, es la materialización del principio de legalidad, *“en virtud del cual no puede haber delito sin ley que lo defina ni pena sin ley que la determine”*. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C–1024 de 2002. (M.P. Alfredo Beltrán Sierra: 26 de noviembre de 2002.)

<sup>41</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C–1024 de 2002. (M.P. Alfredo Beltrán Sierra: 26 de noviembre de 2002.)

les aseguran a las personas que la privación de su libertad se encuentra ajustada a derecho, tanto en el procedimiento, orientado por el debido proceso, como en la existencia de motivos previamente establecidos para su detención.

En esta materia, es importante recalcar la importancia de la observancia del debido proceso, pues a las reglas señaladas por el Constituyente en el artículo 28, se suma la normativa del artículo 29 constitucional, según el cual, “(...) *en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable*”. De esta manera, se contempló como garantía el principio de favorabilidad; en virtud del cual, se deberán aplicar las disposiciones, constitucionales o legales, que sean menos restrictivas. Es decir, deberán aplicarse aquellas disposiciones que limiten en menor medida los derechos fundamentales de las personas.

En esta misma línea se encuentra el “*principio pro libertate*”, utilizado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal<sup>42</sup>, el cual se encuentra muy ligado al principio de favorabilidad, y el cual establece que, además de que el operador judicial debe preferir la norma que restrinja en menor grado la libertad, deberá sujetarse a intensos niveles de argumentación y justificación cuando se adopten decisiones que la limiten, tales como la captura o la detención.

El artículo 29 superior también contempla la presunción de inocencia, principio según el cual, “*toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente*

---

<sup>42</sup> Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia No. Rad: 24152 (M.P. Jorge Luis Quintero Milanes: octubre 20 de 2005)

*culpable*”<sup>43</sup>. Este principio constituye una de las principales garantías de la libertad de todos los ciudadanos, pues impide que sean sancionados de manera arbitraria, y asegura que únicamente lo sean en aquellos casos en los que se haya demostrado la comisión de un delito. Del mismo modo, asegura que a todas las personas se les adelante un juicio donde se observen las garantías legales y constitucionales, así como el derecho fundamental al debido proceso.

Al respecto, Colombia ha ratificado tratados, pactos y convenios que orientan el entendimiento de este tema. De esta manera, el artículo 7º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 9º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, “*permite concluir que las garantías y facultades mínimas inherentes a la libertad física son las siguientes: i) prohibición de detenciones ilegales; ii) prohibición de detenciones arbitrarias, iii) derecho a ser trasladado inmediatamente ante una autoridad judicial, iv) carácter excepcional de la detención judicial preventiva; v) plazo razonable de la detención judicial preventiva; y vi) protección judicial de la libertad física*”<sup>44</sup>.

En síntesis, el derecho fundamental a la libertad es susceptible de ser limitado, pues a cada persona le es permitido hacer todo aquello que no interfiera o perjudique los derechos de terceras personas, ni altere el ordenamiento jurídico, manifestado en el bien común y el interés general. No obstante, estas limitaciones no pueden ser caprichosas ni fruto de la

---

<sup>43</sup> La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha desarrollado este principio y estableció que “*el principio de presunción de inocencia está constituido al menos por tres garantías básicas: i) nadie puede considerarse culpable, a menos que se haya demostrado la acusación en un proceso en el cual se respeten sus garantías; ii) la carga de la prueba acerca de la responsabilidad recae sobre la acusación; iii) el trato a las personas bajo investigación por un delito, debe ser acorde con este principio*”. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 003 de 2017. (M.P. Aquiles Arrieta Gómez: 18 de enero de 2017.)

<sup>44</sup> Luis Alberto Huerta Guerrero. *El derecho fundamental a la libertad física: reflexiones a partir de la Constitución, el Código Procesal y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Revista de la Facultad de Derecho N° 65. 2010. At. 177.

arbitrariedad, razón por la cual, el Constituyente señaló reglas de competencia y estricta legalidad, con el fin de garantizarle a todas las personas la efectiva protección del derecho fundamental, y, asegurar, que aún cuando este derecho puede ser limitado, no puede hacerse en desconocimiento de los demás principios constitucionales, especialmente, de la dignidad humana.

## **2. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO**

### **2.1. Líneas jurisprudenciales del Consejo de Estado sobre la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad**

A partir de la promulgación de la Constitución Política de 1991, se produjo la constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado<sup>45</sup>. El artículo 90 de la Constitución Política<sup>46</sup> contempla la cláusula general de responsabilidad, la cual dispone que: *“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. Al respecto, el Consejo de Estado se ha encargado de darle la interpretación y alcance a este artículo y, específicamente, ha creado su propia línea jurisprudencial, la cual ha variado en el tiempo, sobre la manera de entender la responsabilidad extracontractual del Estado por privación injusta de la libertad.*

---

<sup>45</sup> Al respecto, la Corte Constitucional afirmó: *“hasta antes de la entrada en vigencia de la Carta Política de 1991, no existía en el ordenamiento jurídico colombiano una cláusula que consagrara de manera específica la responsabilidad patrimonial del Estado”*. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 644 de 2011. (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, 31 de agosto de 2011).

<sup>46</sup> Constitución Política de Colombia. [Const]. Art. 90. Julio 7 de 1991 (Colombia).

En una primera etapa, el Consejo de Estado se inclinó hacia el error judicial<sup>47</sup>, lo que llevó a adoptar una teoría subjetiva o restrictiva<sup>48</sup>, “según la cual esa responsabilidad estaba condicionada a que la decisión judicial de privación de la libertad fuera abiertamente ilegal o arbitraria, es decir, que debía demostrarse el error judicial”<sup>49</sup>. En este sentido, la responsabilidad por privación injusta de la libertad procedía como consecuencia de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, previa valoración de los elementos probatorios del caso concreto<sup>50</sup>.

La segunda postura del Consejo de Estado nació a la luz del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, el cual reconocía la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad, a partir de un régimen de responsabilidad objetivo<sup>51</sup> y un régimen de responsabilidad subjetivo<sup>52</sup>. Es necesario tener en cuenta que el Decreto 2700 de 1991 ya no está vigente, sin embargo, el máximo Tribunal de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo lo siguió aplicando<sup>53</sup>, en los eventos previstos en aquél, esto es, “cuando mediante sentencia ejecutoriada se ponga fin al proceso o mediante providencia con efectos similares, se

---

<sup>47</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente 11868. (C.P. Daniel Suárez Hernández; 18 de diciembre de 1997).

<sup>48</sup> No obstante, en vigencia del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, el Consejo de Estado manifestó que, “en los casos previstos en el artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991 la responsabilidad era objetiva aun cuando hubiera aludido al error judicial”.

<sup>49</sup> Dany Steven Gómez Agudelo. *El indubio pro reo como fundamento de la responsabilidad del Estado*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Vol. 48 – N. 128. pp. 107-134

<sup>50</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente 9391. (C.P. Julio César Uribe Acosta; 15 de septiembre de 1994).

<sup>51</sup> El Consejo de Estado consideró que en los casos en los que la absolución se produjera porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible, era irrelevante el estudio de la conducta del juez, tratándose como un régimen de responsabilidad objetiva.

<sup>52</sup> En casos distintos a los tres supuestos previstos y observando la primera parte del artículo 414, se debía exigir al demandante acreditar el error jurisdiccional derivado del carácter “injusto” e “injustificado” de la detención para el reconocimiento de perjuicios, lo cual configuraba un régimen de responsabilidad de carácter subjetivo.

<sup>53</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 19.576. (C.P. Ruth Stella Correa Palacio; 8 de junio de 2011.)

absuelva al sindicado con fundamento en que la conducta no existió, el sindicado no la cometió o el hecho no era punible”<sup>54</sup>. (Subrayado fuera del texto).

Por último, la tercera línea jurisprudencial, y aquella que se encontraba vigente en el Consejo de Estado<sup>55</sup>, sostiene que se configura la responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad, cuando el proceso penal termina con sentencia absolutoria o providencia judicial semejante, incluyendo la aplicación<sup>iv</sup> del *in dubio pro reo*<sup>56</sup>, o con la configuración de alguna de las causas de justificación penal<sup>57</sup>. Es decir, el Consejo de Estado permitió que se empleara un régimen de responsabilidad objetivo para las causales ya existentes, y agregó dos nuevas; toda vez que consideró que cuando se presentaba alguna de las cinco causales, se “*está frente a un daño imputable al Estado, por privación injusta de la libertad, el cual debe ser indemnizado con fundamento en lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política*”<sup>58</sup>. No obstante, en el caso de presentarse un evento diferente a estos casos específicos, resultaba necesario probar la antijuridicidad del daño y el carácter “*injusto*” de la detención<sup>59</sup>, con el fin de ser indemnizado.

---

<sup>54</sup> El Consejo de Estado reiteró lo dicho en la Sentencia del 6 de abril de 2011, expediente 19001-23-31-000-1999-00203-01(21653).

<sup>55</sup> Fue desarrollada por el Consejo de Estado en la Sentencia del 17 de octubre de 2013. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 23.354. (C.P. Mauricio Fajardo Gómez; 17 de octubre del 2013.)

<sup>56</sup> La Corte Constitucional ha establecido que el *in dubio pro reo* es un principio según el cual *toda duda debe resolverse en favor del acusado*. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-003 de 2017. (M.P. Aquiles Arrieta Gómez, 18 de enero de 2017).

<sup>57</sup> Al respecto ver: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 15.980. (C.P. Ramiro Saavedra Becerra, 20 de febrero de 2008).

<sup>58</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 46.947. (C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera; 15 de agosto de 2018.)

<sup>59</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 037 de 1996. (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; 5 de febrero de 1996).

Actualmente, la privación injusta de la libertad como escenario para imputar responsabilidad al Estado se encuentra regulada en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991 y en el artículo 68<sup>60</sup> de la Ley 270 de 1996<sup>61</sup>. Este último artículo fue objeto de control de constitucionalidad en la Sentencia C – 037 de 1996, donde se definió lo que se entiende por “*injustamente*”<sup>62</sup>. No obstante, el Consejo de Estado ha considerado que la exigencia de acreditar una actuación desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales por parte del funcionario que impone la medida de aseguramiento resulta regresivo y excesivo.

## **2.2.Sentencia de Unificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 15 de agosto de 2018**

El 26 de abril de 2011, la señora Martha Lucía Ríos Cortés, en ejercicio de la acción de reparación directa, solicitó que se declarara patrimonialmente responsable a la Nación por los perjuicios derivados de la privación de la libertad de la cual fue objeto, y la cual consideró como injusta. En virtud de la Sentencia del 29 de noviembre de 2012, el Tribunal Administrativo de Risaralda accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, declaró administrativamente responsable a la Nación y se le condenó a pagar los perjuicios causados.

Según los hechos que fundamentan las pretensiones de la demanda, la señora Martha Lucía Ríos Cortés fue vinculada a un proceso penal que adelantaba la Fiscalía en su contra por los

---

<sup>60</sup> El artículo señala: “*Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios*”.

<sup>61</sup> Ley 270 de 1996. Estatutaria de la Administración de Justicia. Marzo 7 de 1996. Diario Oficial No. 42.745.

<sup>62</sup> Según la Corte Constitucional, la expresión “injustamente” se refiere a “*una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria*”. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 037 de 1996. (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; 5 de febrero de 1996).



delitos de trata de personas y concierto para delinquir. En el trámite del proceso penal, la Fiscalía solicitó, a la luz de la Ley 906 de 2004, la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva, la cual fue aceptada por el juez de control de garantías. No obstante, mediante providencia del 30 de marzo de 2010, el órgano investigador profirió resolución de preclusión de la instrucción adelantada en contra de Martha Lucía Ríos Cortés por atipicidad de la conducta, y, en consecuencia, se levantó la medida de aseguramiento y el proceso judicial terminó.

La Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado decidió el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía General de la Nación contra la Sentencia del 29 de noviembre de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda. Mediante esta sentencia, la Sala avocó el conocimiento del presente caso, con el fin de modificar su jurisprudencia en relación con el régimen de responsabilidad aplicable a los casos de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad. En este pronunciamiento, la Sección Tercera del Consejo de Estado evaluó los argumentos que sirvieron para unificar la jurisprudencia sobre la responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad en la Sentencia de Unificación del 17 de octubre de 2013<sup>63</sup>, y argumentó los criterios de los cuales se apartaba.

### *2.2.1. Preceptos legales no pueden limitar preceptos constitucionales*

A partir de la Sentencia de 2013, el Consejo de Estado estableció la imposibilidad de que preceptos de carácter infraconstitucional limitaran el alcance del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado contenido en la Carta Política. En su lugar, aceptó la posibilidad de

---

<sup>63</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso No. 23.354. (M.P. Mauricio Fajardo Gómez, octubre 17 de 2013.)

que una norma de carácter legal precise los preceptos constitucionales. Bajo este entendido, señaló que es claro que la responsabilidad extracontractual del Estado se deriva del artículo 90 de la Constitución Política, en virtud del cual, es necesario que la víctima demuestre que se produjo un daño antijurídico<sup>64</sup> como consecuencia de la acción u omisión de una autoridad pública, para que se le reconozcan sus perjuicios.

Con este argumento, el Consejo de Estado dejó clara la posibilidad de reconocer la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, en eventos distintos a los contemplados expresamente en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991. Frente a esta primera consideración, la Sala vigente para el año 2018 no se contrapuso a los argumentos expuestos, y, por el contrario, reafirmó la imposibilidad de reconocer virtualidad jurídica a un precepto de carácter legal para limitar los supuestos contemplados en la Constitución Política.

### *2.2.2. La antijuridicidad del daño y el reproche subjetivo de la conducta del agente estatal*

En la Sentencia del año 2013, el Consejo de Estado consideró que para acreditar la responsabilidad extracontractual del Estado, no era necesario realizar un análisis de una falla constitutiva de error jurisdiccional, o de un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia. De esta manera, estimó que resultaba suficiente con que la víctima acreditara

---

<sup>64</sup> El Consejo de Estado ha definido el daño antijurídico como la “*lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar*”. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 8163. (C.P. Juan de Dios Montes Hernández; 13 de julio de 1993.)

únicamente la existencia del daño, esto es, la privación de la libertad<sup>65</sup>, toda vez que la conducta del funcionario se realizaba a la luz del inciso segundo del artículo 90 constitucional.

Al respecto, en la Sentencia del año 2018, el Consejo de Estado realizó los siguientes comentarios: por un lado, consideró que la tesis expuesta en el año 2013 desnaturaliza los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado, por cuanto relega por completo la necesidad de que se conciba y se demuestre la antijuridicidad del daño, aun cuando este elemento se evidencia como presupuesto imprescindible en el artículo 90 superior y en el artículo 68 de la Ley 270 de 1996.

Así, el Consejo de Estado, mediante la Sentencia del 2018, resaltó y enfatizó en la necesidad de demostrar la antijuridicidad<sup>66</sup> del daño (la detención) en todos los casos, con el fin de obtener la respectiva indemnización de perjuicios, pues de no lograr demostrarse, se estará frente a un daño jurídicamente permitido. En palabras del Consejo de Estado: *“no basta demostrar que no hubo condena en el proceso penal, sino que es necesario ir más allá, a la*

---

<sup>65</sup> Del mismo modo, y en consonancia con lo anterior, consideró que la *“injusticia”* de la privación de la libertad no derivaba de la antijuridicidad o de la ilicitud del proceder del aparato judicial o de sus funcionarios, sino de la consideración consistente en que la víctima no se encuentra en el deber jurídico de soportar los daños que le irroga una detención mientras se adelanta una investigación, la cual culmina en una decisión absolutoria o pronunciamiento judicial equivalente.

<sup>66</sup> El daño, a efectos de que sea indemnizable, no solo requiere ser antijurídico. El Consejo de Estado ha establecido que resulta indispensable acreditar los siguientes aspectos relacionados con el daño que se reclama: *“i) que el daño es antijurídico, esto es, que la persona no tiene el deber jurídico de soportarlo, ii) que se lesione un derecho, bien o interés protegido por el ordenamiento legal, iii) que el daño es cierto, es decir, que se puede apreciar material y jurídicamente y, por ende, no se limita a una mera conjetura”*. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Proceso 28.389. (C.P. Hernán Andrade Rincón; 16 de julio de 2015.)

*luz del artículo 90 de la Constitución Política, para determinar, entre otras cosas, si el daño padecido con la privación de la libertad fue o es antijurídico o no”<sup>67</sup>.*

Por otro lado, la Sala consideró que no se aviene a la realidad aceptar que el régimen de responsabilidad subjetiva supone, *per se*, un reproche también subjetivo de la conducta del agente del Estado. Cuando se emplee un título de imputación subjetivo, la falta se predica como tal del Estado – entendido como un ente abstracto - y no necesariamente de la actuación dolosa o gravemente culposa del funcionario público, ni mucho menos implica un prejuzgamiento de la conducta del agente. Aún en el caso en el que se llegue a demostrar la existencia de un comportamiento indebido del funcionario público, será un asunto que se debatirá y definirá dentro de otro litigio independiente, o a través de la figura del llamamiento en garantía, en el mismo litigio en el que se decide sobre la responsabilidad de la administración.

### *2.2.3. Aplicación del principio iura novit curia*

El Consejo de Estado manifestó que teniendo en cuenta que ni la Constitución ni la ley han establecido un título jurídico de imputación específico, el juez de lo contencioso administrativo puede, en aplicación del principio *iura novit curia*<sup>68</sup>, y en consideración a la situación fáctica a decidir, escoger el título de imputación que mejor se adecue al caso

---

<sup>67</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 46.947. (C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera; 15 de agosto de 2018.)

<sup>68</sup> En virtud de la Sentencia T – 851 de 2010 de la Corte Constitucional “*El principio iura novit curia, es aquel por el cual, corresponde al juez la aplicación del derecho con prescindencia del invocado por las partes, constituyendo tal prerrogativa, un deber para el juzgador, a quien incumbe la determinación correcta del derecho, debiendo discernir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando autónomamente, la realidad del hecho y subsumiéndolo en las normas jurídicas que lo rigen*”. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T – 851 de 2010. (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto: 28 de octubre de 2010.)

concreto. En este sentido, el Consejo de Estado, mediante Sentencia de 19 de abril de 2012, unificó su posición sobre este punto, al indicar que, “*el modelo de responsabilidad estatal establecido en la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, (...) por ello, la jurisdicción contenciosa ha dado cabida a la adopción de diversos “títulos de imputación” como una manera práctica de justificar y encuadrar la solución de los casos puestos a su consideración, desde una perspectiva constitucional y legal*”<sup>69</sup>. No puede olvidarse que este análisis de imputación debe hacerse en consonancia con la realidad probatoria que repose en el expediente de cada caso en concreto.

#### *2.2.4. Presunción de inocencia y excepcionalidad de las medidas restrictivas de la libertad*

Del mismo modo, el Consejo de Estado fijó su posición actual respecto a la presunción de inocencia y la excepcionalidad que surge de las medidas restrictivas de la libertad. Por un lado, consideró que la presunción de inocencia no es incompatible con la detención preventiva<sup>v</sup>, ya que esta tiene un carácter netamente cautelar<sup>70</sup>, y, por ende, no comporta definición alguna acerca de la responsabilidad penal del sindicado, y menos todavía sobre su posterior condena o absolución<sup>71</sup>. De este modo la presunción se mantiene intacta mientras a

---

<sup>69</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 21.515. (C.P. Hernán Andrade Rincón; 19 de abril de 2012.)

<sup>70</sup> Código Penal Colombiano [CPC]. Numeral 3º del Artículo 37. Ley 599 de 2000. 24 de julio de 2000 (Colombia). En el mismo sentido, la Corte Constitucional señaló que la medida de aseguramiento es “*una medida de carácter preventivo, mientras se determina la responsabilidad, sin que ello constituya la imposición de una sanción penal, habida cuenta que su naturaleza es cautelar y con carácter meramente instrumental o procesal, más no punitivo.*”. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 695 de 2013. (M.P. Nilson Pinilla Pinilla: 9 de octubre de 2013).

<sup>71</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 689 de 1996. (M.P. José Gregorio Hernández Galindo: 5 de diciembre de 1996.)

la persona no se le haya declarado judicialmente culpable mediante una sentencia debidamente ejecutoriada.

En Sentencia C – 689 de 1996 la Corte Constitucional explicó que, aun con la imposición de la medida preventiva, la persona sigue gozando de la presunción de inocencia, pero permanece a disposición de la administración de justicia en cuanto existen razones previamente contempladas en la ley para mantenerla privada de su libertad mientras se adelanta el proceso. Del mismo modo, debe recordarse que, para la imposición de estas medidas, es necesario que se cumplan los requisitos contemplados en el artículo 28 inciso 1º de la Constitución Política<sup>72</sup> y en el artículo 2º de la Ley 906 de 2004<sup>73</sup>.

Por otro lado, en cuanto a la excepcionalidad de la libertad, el Consejo de Estado no entró a debatir sobre la importancia de la libertad en nuestro ordenamiento y la excepcionalidad<sup>74</sup> que se predica respecto de la limitación de tal derecho. No obstante, enfatizó sobre el carácter constitucional de las medidas a través de las cuales se puede restringir la libertad. De esta manera, consideró que es el artículo 28 constitucional el que establece la viabilidad de dichas medidas, siempre y cuando sean decretadas por mandato escrito del juez, “*con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley*”, pues sin la observancia

---

<sup>72</sup> El cual establece: “(...) *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*”. (Subrayado por fuera del texto original).

<sup>73</sup> Código de Procedimiento Penal [CPP]. Ley 906 de 2004. 31 de agosto de 2004 (Colombia).

<sup>74</sup> En la Sentencia C – 327 de 1997, la Corte Constitucional señaló: “ *la tutela de la libertad personal exige que los supuestos de su afectación se rijan por el principio de excepcionalidad, predicable también de la prisión provisional en tanto que es una de las hipótesis de privación de la libertad; por ello, sin perjuicio de que se la tenga por medida cautelar, su adopción implica la debida justificación vertida en providencia judicial motivada, previa ponderación de las circunstancias concretas*”. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 327 de 1997. (M.P. Fabio Moron Díaz: 10 de julio de 1997.)

de estos requisitos, la imposición de este tipo de medidas se torna injusta e ilícita, y da lugar a que se declare la responsabilidad extracontractual del Estado.

De conformidad con lo anterior, entiende la Sala que es inconcebible que se condene al Estado a una indemnización de perjuicios por la imposición de una medida de detención preventiva ajustada a los requisitos y exigencias constitucionales y legales<sup>75</sup>, incluso si posteriormente la persona queda en libertad. De esta manera, el Consejo de Estado negó la posibilidad de declarar la responsabilidad extracontractual del Estado cuando se verificara que la imposición de la medida preventiva se ajustaba a todos los requisitos y exigencias constitucionales y legales.

#### *2.2.5. Culpa exclusiva de la víctima: análisis de la conducta pre – procesal*

Con la nueva postura jurisprudencial del Consejo de Estado, la participación o incidencia de la conducta del demandante – presunto investigado en el proceso penal – es relevante para que el juez verifique, si quien fue privado de la libertad actuó, desde el punto de vista civil, con culpa grave o dolo; y si ésta fue la causa de la investigación penal, y, consecuentemente, de la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva. A nuestro juicio, esta postura no es algo innovador, sino más bien el desarrollo e interpretación del ya existente

---

<sup>75</sup> En palabras textuales de la Sala: “resultaría incoherente que el Estado tuviera que indemnizar automáticamente o indefectiblemente por una privación de la libertad impuesta, incluso, por la aplicación del mencionado sustento constitucional, pues para nada es lógico y sí más bien es absurdo pensar y aceptar que la propia Constitución Política exige a la Fiscalía adoptar o solicitar al juez medidas de aseguramiento, como la detención preventiva (...), para garantizar la comparecencia del investigado al proceso y que dicho organismo, sin embargo, por satisfacer ese deber y por obedecer al mandato que le imponía el artículo 6° del derogado Decreto 2700 de 1991 – el cual establecía que los funcionarios judiciales debían someterse al imperio de la Constitución y de la Ley -, se vea obligado a pagar indemnizaciones cuando deba levantar la medida, la cual, como se vio párrafos atrás, para nada implica la imposición de una sanción o condena”. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 46.947. (C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera; 15 de agosto de 2018.)

artículo 70 de la Ley 270 de 1996, el cual dispone que “*el daño se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo*”, de modo que, en uno u otro caso, procede la exoneración de responsabilidad del Estado, por cuanto se entiende que la conducta de la víctima es la determinante del daño.

No obstante, es de vital importancia resaltar que se trata de un análisis netamente civil, es decir, el juez deberá determinar a la luz del artículo 63 del Código Civil, si la persona actuó con culpa grave o dolo civil, y, si con ello, dio lugar a que el aparato judicial se pusiera en funcionamiento y se le impusiera la medida restrictiva de la libertad. De no encontrar estos elementos en la conducta del demandante, no se configura esta causal exonerativa de responsabilidad, y el juez de lo contencioso administrativo deberá entrar a determinar cuál es la autoridad, u organismo estatal, llamado a reparar el daño causado.

En conclusión, la Sala modificó y unificó su jurisprudencia en relación con los casos cuya controversia recae en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad, esencialmente respecto a tres aspectos: i) resulta necesario que en todo proceso que se adelante para determinar la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad se acredite la antijuridicidad del daño, tal como lo contempla el artículo 90 de la Constitución Política. ii) En el análisis respectivo que realice el juez de lo contencioso administrativo, en virtud del principio *iura novit curia*, y la situación fáctica del caso en particular, puede utilizar el título de imputación que mejor convenga o se adecúe al caso concreto, es decir, no se encuentra en la obligación de adoptar un título de imputación objetivo o subjetivo. iii) Es necesario que el juez verifique, incluso de oficio, si la persona que fue privada de la libertad actuó, desde un punto de vista civil, con culpa grave o dolo; y



si fue su actuación la que dio lugar a la apertura del proceso penal y la medida preventiva impuesta en su contra.

### **2.3. Relevancia de las sentencias de unificación del Consejo de Estado**

Para entender la relevancia de las sentencias de unificación de los órganos de cierre, es necesario partir de la postura teórica del Derecho según la cual, los textos normativos, bien sea constitucionales, legales o reglamentarios, carecen de un único sentido, sino que, por el contrario, dan lugar a múltiples aplicaciones e interpretaciones<sup>76</sup>. La Corte Constitucional ha sido clara en resaltar que *“cuando este trabajo interpretativo proviene de autoridades investidas de facultades constitucionales<sup>vi</sup> de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia<sup>77</sup>, adquiere carácter vinculante<sup>viii</sup>”<sup>78</sup>.*

En este sentido, todas las autoridades del ordenamiento jurídico, *“bien sean de carácter administrativo o judicial, de cualquier orden, nacional, regional o local, se encuentran sometidas a la Ley y a la Constitución y, como consecuencia de ello, se encuentran obligadas a acatar el precedente judicial dictado por las Altas Cortes de la jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa y constitucional”<sup>79</sup>*. Al respecto, es importante resaltar que según la Constitución Política de 1991, los jueces en sus providencias judiciales solo están obligados al imperio de la Ley, no obstante, este concepto ha sido interpretado por la Corte

---

<sup>76</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 634 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas: 24 de agosto de 2011).

<sup>77</sup> Desde la reforma constitucional de 1914, la Constitución Política señaló que el Consejo de Estado es Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, tal como quedará también establecido en la Constitución de 1991.

<sup>78</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 634 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas: 24 de agosto de 2011).

<sup>79</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 539 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva: 6 de julio de 2011)

Constitucional desde un sentido amplio, es decir, *“la ley no es sólo aquella emitida por el legislador, sino además comprende todas las fuentes del derecho incluidas las sentencias que interpretan la Constitución como norma de normas, el bloque de constitucionalidad y la jurisprudencia de los órganos de cierre de cada jurisdicción”*<sup>80</sup>.

Las sentencias de unificación son una vía para garantizar la unidad en el ordenamiento jurídico y preservar el derecho a la igualdad<sup>81</sup>. Así, en la sentencia C – 104 de 1993, Corte Constitucional cuestionó cómo se logra la unidad del ordenamiento jurídico y se garantiza el derecho a la igualdad en un Estado de Derecho que reconoce la autonomía judicial y la separación de las ramas del poder público<sup>82</sup>. La respuesta fue simple: mediante la unificación de la jurisprudencia. Y explicó que, si cada juez, al momento de interpretar la ley le confiere en sus sentencias un sentido diferente a una misma norma, sin que el propio ordenamiento consagre mecanismos orientados a tal unificación, habrá caos, inestabilidad e inseguridad jurídica<sup>83</sup>. De allí que, reconocerle fuerza vinculante a la jurisprudencia sentada por el Consejo de Estado – así como a la de las demás Altas Cortes – redundaría en una mayor coherencia del sistema jurídico colombiano.

El artículo 270 de la Ley 1437 de 2011 define cuáles son las sentencias de unificación jurisprudencial en materia de lo contencioso administrativo, no obstante, en esta materia, las sentencias de unificación tienen una doble connotación, toda vez que se extienden a la

---

<sup>80</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 372 de 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub: 12 de mayo de 2011).

<sup>81</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 179 de 2016 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez: 13 de abril de 2016).

<sup>82</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 104 de 1993 (M.P. Alejandro Martínez Caballero: 11 de marzo de 1993).

<sup>83</sup> *Ibíd.*

actividad de las autoridades administrativas<sup>84</sup>, y del mismo modo, cubren la actividad de los jueces de lo Contencioso Administrativo.

Desde el punto de vista judicial, las sentencias de unificación emergen como el fallo que brinda certeza y seguridad sobre la regla de derecho que se debe aplicar a un caso que presenta una hipótesis semejante de decisión<sup>85</sup>. En este sentido, la Corte Constitucional ha entendido que la función de unificación jurisprudencial por los órganos de cierre de las distintas jurisdicciones, y su observancia por los operadores jurídicos, es una materialización directa del principio de igualdad, al exigir que, ante la existencia de asuntos análogos en sus hechos jurídicos relevantes, los jueces otorguen decisiones igualmente similares<sup>86</sup>. En otras palabras, se establece una prohibición general de resolver de manera distinta casos iguales.

En consecuencia, las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por los órganos de cierre, como lo es el Consejo de Estado en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, tienen fuerza vinculante debido a razones de igualdad, seguridad jurídica, confianza legítima en el poder judicial y coherencia interna del sistema jurídico. A su vez, exige del operador judicial su observación y aplicación, salvo en aquellos casos en los que se justifique debidamente las razones por las que el operador judicial decide apartarse de el, so pena de desconocer el precedente jurisprudencial.

---

<sup>84</sup> En lo que respecta al procedimiento administrativo, el artículo 3° de la misma Ley exige que las autoridades administrativas le den el mismo trato a las personas e instituciones que intervengan en las actuaciones, sin perjuicio del trato diferenciado a las personas o colectivos que son objeto de una protección constitucional reforzada. Del mismo modo, el artículo 10° se refiere al deber que tienen las autoridades de dar aplicación uniforme a las normas y a la jurisprudencia.

<sup>85</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 179 de 2016 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez: 13 de abril de 2016)

<sup>86</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 634 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas: 24 de agosto de 2011).

## **2.4.Sentencia de tutela del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B del 15 de noviembre de 2019**

En esta oportunidad procede la Sala de la Subsección B, de la Sección Tercera del Consejo de Estado, a resolver la impugnación interpuesta por la señora Martha Lucía Ríos Cortés contra la sentencia dictada por la Sección Quinta del Consejo de Estado<sup>87</sup>. La accionante invocó la vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la presunción de inocencia, pues consideró que resultaba contradictorio que en el proceso penal hubiera sido absuelta de todos los cargos que se le imputaban, y al mismo tiempo se hubiera declarado probada la culpa de la víctima como causal exonerativa de responsabilidad patrimonial del Estado.

Mediante esta sentencia de tutela, la Sala de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, dejó sin efectos la decisión del 15 de agosto de 2018 proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado<sup>88</sup>, y en su lugar, amparó los derechos fundamentales de la parte actora, toda vez que consideró que en dicha decisión se incurrió en violación directa del derecho a la presunción de inocencia.

### *2.4.1. Culpa exclusiva de la víctima: Análisis de las conductas realizadas con posterioridad a la vinculación del proceso penal*

---

<sup>87</sup> Mediante esta sentencia se denegó la solicitud de amparo impetrada por los demandantes respecto de la Sentencia de Unificación proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado el 15 de agosto de 2018.

<sup>88</sup> Del mismo modo, ordenó a dicha autoridad que, en el término de 30 días, se proferiera un fallo de reemplazo en el que, valorara la culpa de la víctima sin violar la presunción de inocencia de la accionante.

Según las consideraciones de la sentencia, existen dos posturas vigentes para interpretar la culpa exclusiva de la víctima en procesos de responsabilidad al Estado por privación injusta de la libertad. Una primera postura, estima que la causal de exoneración contemplada en el artículo 70 de la Ley 270 de 1996, debe analizarse según las conductas procesales de la víctima, es decir, analizar las conductas posteriores a los hechos y a la vinculación del proceso penal. Mientras que la segunda, considera que esta causal es procedente cuando la conducta del sindicado, analizada desde antes de estar debidamente vinculado al proceso penal, es relevante para la imposición de la medida restrictiva de la libertad.

A partir de un fallo del año 2019, la Subsección B del Consejo de Estado adoptó la primera de estas posturas, al entender que, *“si se demuestra – en el curso del proceso – que una conducta de la víctima fue la que determinó su detención, puede darse por probada esta causal de exoneración”*<sup>89</sup>. En este sentido, el Consejo de Estado consideró que para aplicar esta causal de exoneración se debe evaluar la conducta del sindicado una vez ha sido vinculado formalmente al proceso penal. En caso de no acreditarse esta causal de exoneración, o alguna otra, y una vez probada la antijuridicidad del daño, el juez deberá imputar responsabilidad patrimonial al Estado.

#### *2.4.2. La interpretación de la culpa exclusiva de la víctima de la sentencia de unificación desconoce la presunción de inocencia y el debido proceso*

---

<sup>89</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Proceso No. 54.167. (M.P. Alberto Montaña Plata; octubre 24 de 2019.)

Al estudiar el cargo de la demandante, relativo a la presunción de inocencia y el debido proceso, el Consejo de Estado entró a resolver si es posible que el juez administrativo exonere al Estado con base a un estudio de la conducta pre procesal de la víctima sin desconocer su derecho al debido proceso y sin vulnerar su presunción de inocencia.

La Sala concluyó: por un lado, que la Sentencia del 15 de agosto de 2018 violó la presunción de inocencia de la accionante, debido a que el juez penal ya la había absuelto mediante una decisión con fuerza de cosa juzgada, al considerar que la conducta imputada era atípica. Respecto a la presunción de inocencia, la Sala argumentó que esta se desconoce cuando la justicia penal declara, mediante sentencia debidamente ejecutoriada o providencia judicial equivalente, la inocencia de una persona, y, al mismo tiempo, el juez administrativo argumenta que la detención fue por causa de las conductas pre-procesales del investigado, pues se está tratando como culpable a una persona a quien la justicia ya calificó como inocente.

Por otro lado, la Sala de la Subsección B concluyó que la valoración de la conducta pre-procesal es competencia *exclusiva* del juez penal, de modo que, si el juez administrativo se ocupa del estudio de conductas pre-procesales, invade competencias de otras jurisdicciones, y desconoce abiertamente la decisión adoptada por el juez penal, es decir, la de considerar que los hechos objeto de estudio no constituyen delito alguno ni acarrear algún tipo de consecuencia jurídica. En este sentido, a juicio de la Subsección B del Consejo de Estado, si el juez de lo contencioso administrativo realiza un análisis de las actuaciones pre-procesales del demandante está reemplazando al juez penal, pues es él quien debe valorar todas las conductas anteriores a la apertura del proceso penal.

### 3. IMPLICACIONES JURÍDICAS Y ECONÓMICAS DE QUE UNA SENTENCIA DE TUTELA DESCONOZCA UNA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

#### 3.1. Consecuencias jurídicas

##### 3.1.1. *Desconocimiento del precedente horizontal y del deber de coherencia interna*

La jurisprudencia ha diferenciado dos clases de precedentes, el horizontal y el vertical<sup>viii</sup>, para lo cual se tomó “*como parámetro diferenciador la autoridad que profiere el fallo que se tiene como referente*”<sup>90</sup>. Para efectos de este trabajo nos centraremos en el precedente horizontal, el cual supone que, en principio, un juez – individual o colegiado – no puede separarse de la *ratio* que ha fijado en sus propias sentencias al momento de resolver casos con idénticas características<sup>91</sup>. Del concepto de precedente horizontal se desprende el deber de coherencia interna, mandato que presume que “*el órgano de cierre ha de seguir las reglas de derecho que por él han sido trazadas, no sólo porque así se deriva del principio de igualdad, sino también porque ello satisface el principio de eficiencia que rige a la función pública*”<sup>92</sup>.

A pesar de que los jueces pueden separarse del precedente, deben cumplir con una estricta carga argumentativa y satisfacer los requisitos de transparencia<sup>93</sup> y suficiencia<sup>94</sup>, pues el

---

<sup>90</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU – 053 de 2015. (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado: 12 de febrero de 2015).

<sup>91</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 179 de 2016. (M.P. Luis Guillermo Guerrero: 13 de abril de 2016).

<sup>92</sup> *Ibíd.*

<sup>93</sup> Cuando se trata de un *precedente horizontal*, más allá de que se presente una diversidad en las circunstancias o supuestos fácticos sometidos a conocimiento y decisión del juez que le permitan otorgar un trato desigual, dicha autoridad en su providencia debe hacer referencia expresa al precedente con el que ha resuelto casos análogos. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 179 de 2016. (M.P)

<sup>94</sup> Hace referencia al deber que recae en el juez de exponer las razones suficientes que, a la luz de los cambios introducidos en el ordenamiento jurídico, o por la transformación del contexto social dominante, justifiquen o evidencien la necesidad de producir un cambio jurisprudencial. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 179 de 2016 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez: 13 de abril de 2016)

derecho siempre debe responder a las nuevas exigencias que emanan de la realidad, y a los desafíos propios de la evolución de la ciencia jurídica<sup>95</sup>. Por el contrario, si lo que se busca es exponer una nueva regla de decisión a partir de un nuevo caso de estudio, al considerar que existen errores en la orientación vigente o existe una nueva lectura que brinde una mayor protección a los valores, principios y derechos consagrados en la Carta, *“resulta forzoso demostrar que el precedente anterior no resulta válido, correcto o suficiente para resolver un nuevo caso sometido a decisión”*<sup>96</sup>.

Ahora bien, en cuanto al Consejo de Estado como órgano colegiado, debe recordarse que *“las divisiones que se producen dentro de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, esto es, las subsecciones y secciones que la integran, corresponde a una medida que manifiesta una mera distribución temática de trabajo, pues “no existe una relación jerárquica o de subordinación funcional”*<sup>97</sup> entre ellas, así como en su relación con la Sala Plena, en los asuntos que son objeto de su exclusivo conocimiento<sup>98</sup>. Lo anterior implica que las decisiones que profieren las secciones o subsecciones del Consejo de Estado lo hacen a nombre del “Consejo de Estado”, por lo que no es dable que, dentro del propio órgano, que funciona y se evidencia como uno solo, exista contradicción en sus decisiones, así como *“es ilógico concebir que el mismo órgano desconoce o desatiende sus propias providencias”*<sup>99</sup>.

---

<sup>95</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 179 de 2016. (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez: 13 de abril de 2016)

<sup>96</sup> *Ibídem*.

<sup>97</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 713 de 2008. (M.P. Clara Inés Vargas Hernández: 15 de julio de 2008)

<sup>98</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 179 de 2016. (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez: 13 de abril de 2016)

<sup>99</sup> *Ibídem*



Es de vital importancia entender que el precedente horizontal funciona como “*una herramienta de autorestricción del propio órgano de cierre, en la medida que, se supone, es plenamente conocido por la Corporación, lo cual activa un deber de coherencia interna*”<sup>100</sup>.

Por ello, resulta manifiestamente irracional que la misma autoridad judicial desconozca o deje sin efectos las reglas de derecho que han sido trazadas por ella misma, toda vez que se trata de una conducta que se opone al principio lógico de no contradicción y al propósito de eliminar cualquier posibilidad de incoherencia al interior del Consejo de Estado.

Sin entrar a evaluar si la subsección B del Consejo de Estado cumplió o no con la carga argumentativa, consideramos que es ilógico que una subsección pueda dejar sin efectos y desconocer las decisiones de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, la cual fija sus decisiones según el criterio mayoritario de los nueve Consejeros de Estado que la conforman. Incluso, al tratarse de una Subsección perteneciente a la misma Sección Tercera, se evidencia con claridad el desconocimiento del principio de no contradicción, el desconocimiento del deber de coherencia interna y una gran incertidumbre frente al precedente horizontal que aplica dentro del propio Consejo de Estado.

### *3.1.2. Inexistencia de un precedente actual vinculante*

Teniendo en cuenta que la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado no ha proferido un fallo de reemplazo en el que confirme o varíe su posición, y que la sentencia que había unificado y fijado su nueva posición jurisprudencial quedó sin efectos en virtud de

---

<sup>100</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia Ref: Expediente T 7.532.245 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez: agosto de 2020)

una sentencia de tutela, la cual, por regla general, tiene efectos *inter-partes*<sup>101</sup>, consideramos que actualmente no existe un criterio unificado para interpretar y aplicar el artículo 70 de la Ley 270 de 1996.

Por un lado, respecto al alcance de la Sentencia de tutela del 15 de noviembre de 2019, ésta tiene efectos inter partes, en virtud del inciso 2º del artículo 48 de la Ley 270 de 1996<sup>102</sup>, el cual dispone: “*las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces*” (Subrayado por fuera del texto). Del mismo modo, el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991<sup>103</sup> establece: “*las sentencias en que se revise una decisión de tutela solo surtirán efectos en el caso concreto y deberán ser comunicadas inmediatamente al juez o tribunal competente de primera instancia (...)*”<sup>104</sup> (Subrayado fuera del texto). De lo anterior se evidencia que la regla general, al tratarse de una sentencia de tutela, es el efecto *inter partes*, y, contrario a lo que sucede con las sentencias de cierre de las Altas Cortes, no constituye, en principio, precedente judicial, sino que se configura como un criterio auxiliar para la actividad de los jueces.

---

<sup>101</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU – 037 de 2019. (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez: 31 de enero de 2019.)

<sup>102</sup> Ley 270 de 1996. Estatutaria de la Administración de Justicia. Marzo 7 de 1996. Diario Oficial No. 42.745.

<sup>103</sup> Decreto 2591 de 1991. [Con fuerza de ley]. Por medio del cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política. 19 de noviembre de 1991. D.O No. 40.165.

<sup>104</sup> La Corte Constitucional, por medio de la Sentencia C – 037 de 1996 declaró exequible el inciso segundo del artículo 48 de la Ley 270 de 1996 bajo el entendido de que “*las sentencias de revisión de la Corte Constitucional, en las que se precise el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sirven como criterio auxiliar de la actividad de los jueces, pero si éstos deciden apartarse de la línea jurisprudencial trazada en ellas, deberán justificar de manera suficiente y adecuada el motivo que les lleva a hacerlo, so pena de infringir el principio de igualdad*”.

Ahora bien, la Corte Constitucional también ha sostenido que, por regla general, “*los efectos de las decisiones que profiere la Corte Constitucional en su labor de revisión de las sentencias de tutelas son inter partes*”<sup>105</sup>, es decir, sólo afectan a los extremos involucrados en la litis, a diferencia de las sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional, las cuales, por mandato constitucional<sup>106</sup>, tienen efecto erga omnes y hacen tránsito a cosa juzgada. No obstante, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha admitido que el juez constitucional puede determinar los efectos de sus fallos para garantizar la mejor protección de los derechos fundamentales y su plena garantía<sup>107</sup>. Así, es posible que el juez, de manera excepcional, module los efectos de su decisión, bien sea para darle efectos *inter comunis*<sup>ix</sup> o *inter pares*<sup>x</sup>.

En el caso concreto, en aplicación de la regla general, consideramos que la Sentencia de tutela del 15 de noviembre de 2019 tiene efectos *inter partes*, pues no se observa que se hayan modulado sus efectos. Al respecto, la Sentencia del 26 de febrero de 2020 del Consejo de Estado<sup>108</sup> señaló: “(...) lo cierto es que la providencia referenciada (sentencia de tutela del 15 de noviembre de 2019) no constituye precedente aplicable al caso concreto porque ésta no moduló sus efectos, en consecuencia, aplica la regla general efectos *inter partes*”. En este sentido, para que la sentencia de tutela fuera de obligatorio cumplimiento por parte de los

---

<sup>105</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T – 583 de 2006. (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. 26 de julio de 2006.)

<sup>106</sup> El artículo 243 de la Constitución Política de Colombia contempla la denominada “*cosa juzgada constitucional*”.

<sup>107</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU – 011 de 2018. (M.P. Diana Fajardo Rivera y Gloria Stella Ortiz Delgado: 8 de marzo de 2018.)

<sup>108</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. (C.P Jorge Octavio Ramírez Ramírez; febrero 26 de 2020).

jueces ordinarios, era necesario que en la providencia se señalara expresamente la modulación de sus efectos.

Por otro lado, consideramos que, si se acepta que el precedente jurisprudencial, relativo a la interpretación del artículo 70 de la Ley 270 de 1996, está dado por la sentencia de tutela, se está desconociendo el principio del juez natural. A pesar de que es permitido que las Secciones del Consejo de Estado dicten sentencias de unificación jurisprudencial respecto de los casos provenientes de las subsecciones o de los tribunales administrativos<sup>109</sup>, en el caso concreto la sentencia de tutela le asignó dicha facultad específica a la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, con la finalidad de que defina una directriz orientadora que constituya un precedente jurisprudencial y, por ende, tenga fuerza vinculante para los jueces ordinarios de lo contencioso administrativo.

Así lo manifestó el Consejo de Estado en la Sentencia del 30 de enero de 2020<sup>110</sup>, *“es necesario indicar que admitir que la decisión dictada en sede de tutela determina la posición que se seguirá en los procesos sobre privación injusta de la libertad, implicaría un desconocimiento del juez natural, por cuanto es dicha Sección, y no otra autoridad judicial, quien debe, en acatamiento del fallo constitucional, definir la postura que asumirá y que, ahí si, tendrá que ser aplicado en asuntos análogos”*. Dicho de otro modo: la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado está llamada a proferir una sentencia de unificación jurisprudencial que constituya un precedente vinculante, y, en consecuencia, instruya la

---

<sup>109</sup> Acuerdo No. 080 de 2019. [Consejo de Estado] Por medio del cual se crea el reglamento Interno del Consejo de Estado. Artículo 17. 12 de marzo de 2019.

<sup>110</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. (C.P William Hernández Gómez; enero 30 de 2020)

actuación de los jueces de lo contencioso administrativo en la aplicación del mencionado artículo. Mientras no se profiera dicha sentencia, no existe un precedente jurisprudencial, y a los jueces les es permitido aplicar el contenido de la norma, según la interpretación que ellos consideren que mejor se ajusta a nuestro ordenamiento jurídico, en el caso concreto.

### 3.1.3. Ausencia de seguridad jurídica

Aunado a lo anterior, es importante destacar la necesidad de la existencia de un precedente jurisprudencial que regule la materia, pues este “*asegura una mayor seguridad jurídica para el tráfico jurídico entre los particulares*”<sup>111</sup> y garantiza el derecho de la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos. Al no existir un criterio unificado, están en riesgo los principios y valores del Estado, pues casos similares se están fallando de manera diferente, y el derecho a la indemnización de perjuicios de una persona, que considera que fue privada injustamente de la libertad, depende de la interpretación y criterio del juez de instancia que le corresponda.

La seguridad jurídica se traduce en una garantía de certeza<sup>112</sup>. Se trata como una garantía que se compone de otros principios y derechos del ordenamiento jurídico, como lo es la igualdad y la perentoriedad de los términos judiciales<sup>113</sup>. Se trata como una garantía que le da certeza

---

<sup>111</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 355 de 2008. (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto: 16 de abril de 2008.)

<sup>112</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T – 502 de 2002. (M.P. Eduardo Montealegre Lynett: 27 de junio de 2002)

*Cualquier comunidad política que pretenda organizarse como tal a partir del derecho requiere para tal fin, que sus miembros tengan cierto nivel de certeza respecto de los comportamientos aceptados dentro de la comunidad.* Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 836 de 2001. (M.P. Rodrigo Escobar Gil: 9 de agosto de 2001).

<sup>113</sup> *La existencia de un término para decidir garantiza a los asociados que puedan prever el momento máximo en el cual una decisión será adoptada. Ello apareja, además, la certeza de que cambios normativos que ocurran con posterioridad a dicho término no afectará sus pretensiones. En otras palabras, que existe seguridad sobre las normas que regulan el conflicto jurídico o la situación jurídica respecto de la cual se solicita la decisión.* Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T – 502 de 2002. (M.P. Eduardo Montealegre Lynett: 27 de junio de 2002).

a la comunidad jurídica de que los jueces van a decidir los casos iguales de la misma forma, toda vez que “*la previsibilidad de las decisiones judiciales da certeza sobre el contenido material de los derechos y obligaciones de las personas, y la única forma en que se tiene dicha certeza es cuando se sabe que, en principio, los jueces han interpretado y van a seguir interpretando el ordenamiento de manera estable y consistente*”<sup>114</sup>. Al respecto, es importante resaltar que el derecho a la administración de justicia también implica la garantía de la confianza legítima en la actividad judicial que desarrolla el Estado. Esta confianza comprende, entre varias cosas, la protección a las expectativas legítimas de las personas de que la interpretación y aplicación de la ley por parte de los jueces va a ser razonable, consistente y uniforme<sup>115</sup>.

Si aún no existe un precedente jurisprudencial vinculante y hay dos posibles interpretaciones que pueden ser aplicadas por los jueces de lo contencioso administrativo, existe inseguridad jurídica, pues casos iguales pueden estarse fallando de distinta manera, lo que conlleva a cierta desconfianza en el poder judicial.

### **3.2. Consecuencias económicas**

#### *3.2.1. Incremento en los costos de transacción*

Ronald Coase es el principal exponente de los costos de transacción dentro del AED<sup>116</sup>. En palabras simples, los costos de transacción pueden entenderse como “*los costos de celebrar*

---

<sup>114</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 836 de 2001. (M.P. Rodrigo Escobar Gil: 9 de agosto de 2001).

<sup>115</sup> *Ibidem*.

<sup>116</sup> Alfredo Bullard González. Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales. Ed: Palestra, 45 (2006).

*un contrato*”<sup>117</sup>. Es decir, “*son los costos de intercambio en que incurren aquellos que participan en el mercado*”<sup>118</sup>. Se refiere expresamente a los costos de suscripción *ex ante* de un contrato, pues las partes interesadas necesitan saber con quién van a contratar, el lugar donde pueden hacerlo, los términos que plantea la contraparte, la negociación a la que pueden llegar, la información sobre precios y calidad, la información legal, el control del comportamiento entre ellos, etc<sup>119</sup>. Todo este proceso de contratación acarrea costos.

Es importante tener en cuenta que bajo el modelo económico planteado por Coase, el fin último es la asignación eficiente de recursos. Por ello, tiene una visión conservadora respecto al mercado, toda vez que considera que la intervención del Estado en la economía resulta nociva por los problemas y costos a ella asociada<sup>120</sup>. No obstante, existen situaciones que no pueden ser negociadas libremente en el mercado debido a que los costos de transacción son excesivamente elevados o simplemente existe imposibilidad para superarlos, como en algunas ocasiones sucede con la asimetría de la información entre las partes interesadas<sup>121</sup>.

Para comprender porqué la desconfianza en el poder judicial incrementa los costos de transacción, resulta necesario referirnos al teorema de Coase. En *The Problem of the Social*

---

<sup>117</sup> Alfredo Bullard González. Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales. Ed: Palestra, 113 (2006).

<sup>118</sup> Andrea Alarcón Peña. *Análisis Económico del Derecho: Principales antecedentes metodológicos. La pregunta por el método: derecho y metodología de la investigación*. Universidad Católica de Colombia. 2018. At. 139 – 160.

<sup>119</sup> Jahir Alexander Gutiérrez Ossa. *Análisis económico del derecho. Revisión al caso colombiano, economía aplicada al derecho*. Revista de Derecho y Economía No. 24.

<sup>120</sup> Andrea Alarcón Peña. *Análisis Económico del Derecho: Principales antecedentes metodológicos. La pregunta por el método: derecho y metodología de la investigación*. Universidad Católica de Colombia. 2018. At. 139 – 160.

<sup>121</sup> Alfredo Bullard González. Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales. Ed: Palestra, 113 (2006)

*Cost*<sup>122</sup> se encuentra el famoso Teorema de Coase, el cual puede ser formulado de dos maneras diferentes. La primera, se refiere a que “*si los costos de transacción son iguales a cero, no importa la solución legal que se adopte, pues siempre las partes involucradas, a través de transacciones en el mercado, llegarán a la solución más eficiente*”<sup>123</sup>. Teniendo en cuenta que la realidad social indica que los costos de transacción nunca son iguales a cero, y que por el contrario, siempre hay costos vinculados a la celebración de cualquier contrato, esta primera formulación es útil para entender que “*en aquellos casos donde los costos de transacción no son significativos la solución de mercado puede conducirnos a la mejor alternativa*”<sup>124</sup>.

La segunda formulación del Teorema, nos indica que “*si los costos de transacción son significativamente superiores a cero, sí importa la solución legal que se adopte para llegar a la solución más eficiente*”<sup>125</sup>. Es decir, estamos en el escenario en el que las partes no se encuentran en la capacidad de negociar y, es al juez a quien le corresponde “simular” el acuerdo al que hubiesen llegado las partes de haber sido posible una solución contractual, y, en consecuencia, brindar la solución más eficiente. De ahí que se predique que las decisiones judiciales deben propender por la eficiencia, pues las partes acuden a la Administración de Justicia con el fin de obtener una solución similar a la que ellos, en observancia de su propio bienestar, hubieran acordado.

---

<sup>122</sup> Ronald Coase. *The problem of the Social Cost*. The Journal of Law and Economics. Vol. 3, 1960.

<sup>123</sup> *Ibidem*.

<sup>124</sup> Alfredo Bullard González. Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales. Ed: Palestra, 47 (2006)

<sup>125</sup> Ronald Coase. *The problem of the Social Cost*. The Journal of Law and Economics. Vol. 3, 1960.



Bajo esta formulación sí importa la regla legal, toda vez que la interpretación que realicen los jueces servirá para que los miembros de una sociedad conozcan el comportamiento esperado dentro de determinada situación, o tengan una expectativa legítima sobre la forma en la que los jueces fallarán en determinadas circunstancias. Si el poder judicial se torna ineficiente e impredecible contratar se vuelve muy difícil, porque la sociedad estará cubierta por un alto grado de incertidumbre y falta de información, lo que en últimas, llevará a que se logre contratar una vez superados unos altos costos de transacción o, en su defecto, se desincentivará por completo la contratación dentro del mercado.

### 3.2.2. *Desperdicio de los recursos escasos*

Todo proceso judicial tiene un costo social que es sufragado por el erario público<sup>126</sup>. Por ello, Posner entiende que los procesos judiciales deben estar organizados para lograr la eficiencia<sup>127</sup> y procurar un objetivo doble: minimizar la suma de los costos administrativos y la de los costos provenientes de los posibles errores judiciales<sup>128</sup>. Este apartado en particular, se refiere a los recursos que se desperdician cuando los jueces en sus providencias judiciales no logran el ideal de maximizar la riqueza, expuesto por Posner, a través de un criterio de eficiencia.

Como se verá en el próximo capítulo, los jueces en sus providencias judiciales deben tratar de maximizar los recursos, en la medida en que las partes interesadas acuden a la

---

<sup>126</sup> Jahir Alexander Gutiérrez Ossa. *Análisis económico del derecho. Revisión al caso colombiano, economía aplicada al derecho*. Revista de Derecho y Economía No. 24.

<sup>127</sup> Concepto al que se hará referencia en el próximo capítulo. Se refiere a la distribución eficiente de los recursos por parte del juez.

<sup>128</sup> Jahir Alexander Gutiérrez Ossa. *Análisis económico del derecho. Revisión al caso colombiano, economía aplicada al derecho*. Revista de Derecho y Economía No. 24

administración de justicia con el objetivo de que sus recursos se distribuyan de la mejor manera. No obstante, existen recursos escasos que se desperdician en el curso del proceso judicial, como el tiempo de las partes involucradas en el proceso y el desgaste del aparato judicial, y aunque lo ideal es mitigarlos, con las múltiples y permitidas “instancias”<sup>129</sup> se desvanecen y terminan desperdiciándose.

A pesar de que cualquier sociedad que se organice como un Estado Social de Derecho debe asegurar a los miembros de la sociedad la aplicación del principio de la doble instancia, mediante los recursos puestos a su disposición, también es cierto que el derecho al acceso a la administración de justicia implica la pronta resolución de los litigios<sup>130</sup>. En la realidad social, se observa que existen procesos judiciales que llevan años en resolverse en los juzgados y tribunales, de hecho, termina siendo más desgastante acudir a la administración de justicia que buscar una solución por medio de algún mecanismo alternativo de solución de conflictos.

Permitir que una sentencia de tutela desconozca y deje sin efectos una sentencia de unificación, implica que aun cuando el órgano de cierre de alguna de las distintas jurisdicciones ha fijado su posición unánime y mayoritaria sobre determinada materia, las partes deben seguir invirtiendo tiempo y dinero en apoderados judiciales con el fin de obtener una decisión satisfactoria para sus intereses. Recordemos que las jurisdicciones de nuestro

---

<sup>129</sup> Es de anotar que en nuestro ordenamiento jurídico la tutela contra providencia judicial no es una excepción adicional, sino un mecanismo excepcional para la protección de los derechos fundamentales.

<sup>130</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 836 de 2001. (M.P. Rodrigo Escobar Gil: 9 de agosto de 2001)

ordenamiento jurídico se especializan en una materia en concreto, y que, por ende, las decisiones que en ella se tomen, se presumen, están debidamente sustentadas en altos estándares de conocimiento jurídico de la materia objeto de estudio, por lo que no debería ser necesario un mecanismo adicional para controvertir estas decisiones.

Desde el punto de vista de la administración, se están desperdiciando tiempo, recursos administrativos, y se está desgastando el aparato judicial al permitir que incluso el mismo órgano desconozca sus propias líneas jurisprudenciales. Recordemos que quien dejó sin efectos la decisión de la Sala Plena de la Sección Tercera, fue una subsección de esta misma Sección, por lo que no solo se pone en juego el deber de coherencia interna y el principio de no contradicción, sino que se le está permitiendo a las partes del proceso utilizar desmedidamente los recursos puestos a su disposición.

Por el contrario, observamos como mediante la interpretación y aplicación consistente de la ley por parte de toda la jurisdicción correspondiente, se impide el ejercicio desmedido e inútil del derecho de acceso a los diversos recursos judiciales, que congestiona los despachos judiciales e impide darles pronto trámite a los procesos<sup>131</sup>.

#### **4. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO SOBRE LAS DECISIONES JUDICIALES**

##### **4.1. Papel del juez en nuestro ordenamiento jurídico**

---

<sup>131</sup> *Ibíd.*

El juez en el desarrollo de la función judicial debe velar por la optimización de los recursos a través de un criterio de eficiencia<sup>xi</sup>, para lo cual debe evaluar y analizar, en términos económicos, las posibles soluciones para el caso concreto, y adoptar aquellas que estén dirigidas a la maximización de la riqueza de los individuos que reclaman una indemnización<sup>132</sup>. Para este análisis, es indispensable evaluar la labor que desempeña el juez en nuestro ordenamiento jurídico, y, a partir de allí, estudiar a la luz de los postulados de la escuela del AED<sup>133</sup>, el impacto que tienen las decisiones judiciales sobre los sujetos económicos de un mercado y, en general, sobre la sociedad en sí misma.

Resulta necesario poner de presente que los jueces, como lo reseña el profesor colombiano Jorge Fabra Zamora, *“han dado aplicación a postulados de las ciencias económicas para enfrentar cuestiones de índole eminentemente jurídica, gracias a lo cual se ha acuñado la vertiente académica del análisis económico del derecho, según la cual el derecho se explica y se justifica por el principio de eficiencia, a la luz de los criterios expuestos, entre otros, por los economistas Vilfredo Pareto, Nicholas Kaldor y John Hicks”*<sup>134</sup>. No obstante, muchos jueces aún no son conscientes del papel tan importante que juega la aplicación de esta ciencia en sus providencias judiciales.

Es muy alto el impacto de las decisiones judiciales sobre la sociedad y, por ende, el papel que desempeña el juez es de vital importancia. Esto se explica de la siguiente manera:

---

<sup>132</sup> Carlos Diego Martínez Cinca. *Fundamentos y límites de una economía de la justicia*. Philosophía, No. 63. 2003. At. 43.

<sup>133</sup> El Análisis Económico del Derecho es una metodología de análisis que apareció, aproximadamente, en los 60' en los EE.UU., y que lo único que persigue es aplicar los métodos de la ciencia económica al Derecho.

<sup>134</sup> Sebastián Escobar Torres. *El papel de la prevención del daño en la responsabilidad civil*. Universitas Estudiantes, N°12, enero – diciembre 2015, At. 33 – 70.

*“cuando se evidencian reglas claras y adecuadas que faciliten la convivencia y que incentiven conductas deseables para la sociedad en su conjunto, generan confianza, y a su vez, esta confianza genera riqueza”*<sup>135</sup>. De tal manera que los jueces se convierten en generadores de bienestar, y por ello, sus decisiones no sólo deben considerar la justicia individual, sino el bienestar social.

El artículo 113 de la Constitución Política de 1991 establece el principio rector de la separación de poderes<sup>xii</sup>, y como manifestación de este, se encuentran los principios de la autonomía judicial<sup>136</sup> e independencia de los jueces<sup>137</sup>. En virtud de estos principios, la administración de justicia es autónoma y los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley. No obstante, la Corte Constitucional en numerosas ocasiones ha reiterado que se trata de principios que no son absolutos, toda vez que deben ser armonizados y conciliados con los demás principios del ordenamiento jurídico, y con la finalidad para la cual fue instituida la Administración de Justicia<sup>xiii</sup>.

De esta manera, a pesar de que los jueces son autónomos e independientes de cualquier clase de subordinación en su actividad hermenéutica para decidir los distintos conflictos que se pongan en su conocimiento, sus fallos judiciales no pueden ser el resultado del capricho y la arbitrariedad, pues de ser así, se causaría la lesión de los derechos fundamentales de las partes del litigio. En la Sentencia T – 214 de 2012, la Corte Constitucional es clara al recalcar la incidencia de los derechos fundamentales *“en todas las áreas del derecho y la obligación de*

---

<sup>135</sup> Alfredo Bullard González. Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales. Ed: Palestra, 52 (2006)

<sup>136</sup> Constitución Política de Colombia. [Const]. Artículo 228. Julio 7 de 1991 (Colombia).

<sup>137</sup> Constitución Política de Colombia. [Const]. Artículo 230. Julio 7 de 1991 (Colombia).

*los jueces y operadores jurídicos de aplicar las reglas legales y/o reglamentarias sólo en la medida en que sean conformes con la Carta Política”*<sup>138</sup>. De esta manera, es evidente la necesidad de que los jueces observen los postulados constitucionales y justifiquen sus decisiones judiciales con observancia de los derechos fundamentales, con el fin de generar confianza y respeto por parte de los particulares hacía el poder judicial.

#### **4.2. Impacto económico de las decisiones judiciales sobre la sociedad**

##### *4.2.1. Análisis económico del derecho: herramienta ex ante del comportamiento humano*

El AED es una herramienta que permite analizar de manera técnica y solvente las consecuencias del derecho<sup>139</sup>, así como estudiar los efectos de determinadas situaciones jurídicas sobre el comportamiento de los seres humanos<sup>140</sup>. De hecho, algunos economistas consideran que esta ciencia constituye “*el primer y único cuerpo teórico que le permite a los juristas hacer predicciones futuras con cierta precisión, por lo que el AED ha causado un alto impacto en el derecho*”<sup>141</sup>. En este sentido, el AED aporta un análisis ex ante de las situaciones y permite “*no solamente una ponderación consistente de los efectos o consecuencias de un determinado pronunciamiento en el caso concreto, sino también la*

---

<sup>138</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T – 214 de 2012. (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva: 16 de marzo de 2012).

<sup>139</sup> Juan Vicente Sola. Constitución y Economía. 2004. Ed. Lexis Nexis, 911 (2004).

<sup>140</sup> Mientras que el discurso judicial se basa en un estudio ex post procurando dar respuesta jurídica sobre la realidad imperante, los conflictos generados en la sociedad, el AED parte de una visión ex ante del problema, en miras a procurar la elaboración de esquemas de previsión que, justamente, resulten eficaces para canalizar la realidad, en muchos casos, evitando conflictos. María Sofía Sagiés. *El análisis económico del derecho (AED) en la jurisdicción constitucional*. Pensamiento Constitucional Año XIV, N° 14. At. 239.

<sup>141</sup> Neil. S. Siegel. *Sen and the Hart of Jurisprudence: A Critique of the Economic Analysis of Judicial Behavior*. California Law Review, Vol. 87. Dec. 1999. At. 1581.

*comprensión de la magnitud de su aplicación a casos futuros*<sup>142</sup>, lo cual cobra especial relevancia dentro del marco de la vinculatoriedad de los precedentes proferidos por las Altas Cortes de nuestro país.

Cuando los jueces son conscientes del impacto de una decisión judicial, en la conducta futura de las personas, ponen al Derecho en contexto con la realidad social<sup>143</sup>. De esta manera, los jueces pueden interpretar y aplicar las normas con base a su consecuencia social, ajustar el derecho al constante movimiento de las relaciones sociales, y al contexto actual de la sociedad; lo que permite que la norma no permanezca estática. Cuando el juez ajusta el derecho a la realidad social, se evidencia una interpretación útil, una respuesta sensata y provechosa para la sociedad, y, en general, para el ordenamiento jurídico<sup>144</sup>. La consecuencia inmediata de esta situación, es la confianza en el poder judicial para solucionar aquellas situaciones que no puedan resolver los particulares a través de los contratos<sup>145</sup>.

#### 4.2.2. *Maximización de la riqueza*

La labor de aplicación e interpretación de las normas jurídicas, por parte de los funcionarios judiciales, encuentra estrecha relación con los postulados de la teoría de la justicia elaborada por Richard Posner<sup>xiv</sup>, con el nombre de *maximización de la riqueza*<sup>xv</sup>. Con “maximización

---

<sup>142</sup> María Sofía Sagüés. *El análisis económico del derecho (AED) en la jurisdicción constitucional*. Pensamiento Constitucional Año XIV, N° 14. At. 240.

<sup>143</sup> Alfredo Bullard González. *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Ed: Palestra, 42 (2006)

<sup>144</sup> Neil. S. Siegel. *Sen and the Hart of Jurisprudence: A Critique of the Economic Analysis of Judicial Behavior*. California Law Review, Vol. 87. Dec. 1999. At. 1581.

<sup>145</sup> Alfredo Bullard González. *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Ed: Palestra, 47 (2006)

de la riqueza”, Posner quiere indicar la política de intentar maximizar el valor<sup>146</sup> agregado de todos los bienes y servicios, ya sea que se comercialicen en mercados formales (los bienes y servicios “económicos” o “no económicos”, como la vida, la recreación, la familia y la libertad) o que no se comercialicen en tales mercados<sup>147</sup>. La riqueza es maximizada cuando todos los bienes y servicios, en la medida en que esto sea posible, sean asignados a sus usos más rentables<sup>148</sup>.

En este sentido, entendemos que el juez debe velar por la justicia sin dejar de lado la importancia de maximizar la riqueza a la que hemos hecho referencia, es decir, no debe dejar de lado la necesidad de optimizar los recursos escasos bajo un análisis de costo - beneficio<sup>149</sup>. De esta manera, el AED sirve como herramienta para evitar que el sistema jurídico, a la hora de administrar justicia, genere desperdicios. En otras palabras, lo que se busca es, por tanto, *“un derecho que, sin olvidar otros aspectos o valores (como la justicia), sea un derecho eficiente, es decir un Derecho que evite el desperdicio creando incentivos de conducta adecuados para lograr sus fines”*<sup>150</sup>.

---

<sup>146</sup> Posner explica que el “valor” que se le agrega a los bienes y servicios es determinado por lo que el dueño de los bienes o el servicio exigiría para separarse de él o por lo que, en caso de no tenerlo, estaría dispuesto a pagar para obtenerlo.

<sup>147</sup> Richard Posner. *Maximización de la Riqueza y Tort Law. Una investigación filosófica*. Apuntes de derecho, N° 5, septiembre de 1999, At. 16.

<sup>148</sup> *Ibíd.*

<sup>149</sup> “Cuando uno habla de un análisis costo – beneficio, no está hablando de dinero necesariamente, sino de los motores de la conducta humana, y estos son el bienestar, y el malestar. Lo que hace el AED es establecer las relaciones que existen entre ellos para poder determinar el comportamiento de los individuos”. Alfredo Bullard González. *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Ed: Palestra, 46 (2006)

<sup>150</sup> Alfredo Bullard González. *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Ed: Palestra, 43 (2006).



Al respecto, Posner arguye que “*la eficiencia*<sup>151</sup> *es un criterio defendible en el contexto de la toma de decisiones judiciales*”<sup>152</sup>, de tal forma que la maximización de la riqueza funciona como un paradigma complementario de la justicia, pues desde un enfoque normativo, la maximización de la riqueza debe ser el criterio para resolver los casos judiciales difíciles<sup>153</sup>. En este escenario, la justicia se satisface con la simple constatación de la solución más eficiente, o, dicho de otro modo, la de menor costo social<sup>154</sup> por parte del operador jurídico.

#### **4.3. Eficiencia de las decisiones judiciales a partir de los modelos de optimalidad:**

##### **Pareto y Kaldor Hicks.**

Si bien la postura de Richard Posner plantea el objetivo ético de los jueces de maximizar la riqueza en todos los casos a través de un criterio de eficiencia, es importante notar que este principio ha variado a lo largo del tiempo, “*para concretarse en medidas de bienestar con mayor aplicación y aceptación, como el modelo Kaldor Hicks*”<sup>155</sup>.

Los criterios de eficiencia de Pareto y Kaldor – Hicks permiten, en principio, evaluar los efectos económicos que produce un cambio legal o jurisprudencial en el ordenamiento jurídico<sup>156</sup>. Así, para que un cambio sea Pareto – eficiente, debe mejorar la circunstancia de

---

<sup>151</sup> Conforme a la teoría de Posner, las reglas, los procedimientos y las instituciones del *Common Law* están encaminados a promover la eficiencia. Richard A. Posner. *Some Uses and Abuses of Economics in Law*, 46 *University of Chicago Law Review*, 1979, At 281.

<sup>152</sup> *Ibidem*.

<sup>153</sup> Everaldo Lamprea M. *Derechos fundamentales y consecuencias económicas*. *Economía Institucional*, Vol. 8, N° 14, marzo 22 de 2006, At. 77.

<sup>154</sup> Carlos Martínez. *Maximización de la riqueza y asignación de derechos en Richard Posner*. *Persona y Derecho*, Vol. 60, 2009. At. 323.

<sup>155</sup> Nicolás Bernal Poeti. *La responsabilidad civil extracontractual en Colombia a través del debate entre justicia correctiva y el análisis económico del derecho: análisis desde una perspectiva normativa*. *Pensamiento jurídico*, No. 49. Enero – junio 2018, At. 229-248.

<sup>156</sup> Luis Fraga lo Curto. *Eficiencia dinámica y análisis praxeológico del derecho*. *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 7, junio 2019, At. 199 – 216.

al menos un individuo, sin desmejorar la situación de ningún otro sujeto<sup>157</sup>. Es decir, bajo un modelo óptimo de Pareto, se logra el bienestar social cuando se mejora la situación de un individuo, sin perjudicar o empeorar la de ningún otro.

#### 4.3.1. Caso concreto: La sentencia de unificación no es eficiente

Por un lado, desde el óptimo de Pareto, consideramos que la decisión de la Sentencia de Unificación del 2018 no cumple con el óptimo de eficiencia allí expuesto, pues se está beneficiando a un “individuo”, mientras que se está afectando a un grupo poblacional considerable. Desde la doctrina, Cooter y Ulen, al referirse a la eficiencia de Pareto en un marco de cambios jurisprudenciales, afirman que *“un cambio en el que hay algunos perdedores no es una mejora en los términos de la norma de Pareto”*<sup>158</sup>.

El Estado como sujeto de derechos y obligaciones también vela por su bienestar, e incluso, muchas veces adopta decisiones que son indiferentes a las preferencias de los individuos de la sociedad o del bienestar de la misma. A nuestro juicio, esto es lo que se evidencia en el caso concreto. Consideramos que en esta oportunidad, el Consejo de Estado, observando las sumas indemnizatorias que hoy en día afronta la Nación<sup>xvi</sup> por privación injusta de la libertad, buscó una solución a esta problemática, y el medio de solución que consideró más eficiente, consiste en desincentivar a las víctimas de acudir a la administración de justicia. Para ello, sometió a la víctima a más cargas innecesarias, e incluso, permitió el doble juzgamiento de una misma conducta, aún cuando se realice desde otra óptica del derecho.

---

<sup>157</sup> *Ibíd.*

<sup>158</sup> Robert Cooter y Thomas Ulen. *Derecho y Economía*. Ed. Fondo de Cultura Económica, 525 (2016).

De esta manera, es posible que sí se disminuyan las demandas contra el Estado y se de una solución a esta problemática actual, pero en últimas, se está desmejorando la situación de quien ha sufrido un daño antijurídico y ejerce su derecho a ser indemnizado. Recordemos que incluso al Estado, cuando actúa como agente dañador, le aplica la premisa general de derecho *neminem laedere*, así como quien infringe un daño a otro, debe repararlo.

Por otro lado, desde la regla de Kaldor Hicks una “*decisión en virtud de la cual al menos un miembro de la sociedad resulta favorecido y como mínimo otro resulta perjudicado, solo debe tomarse como eficiente si resulta posible indemnizar al perjudicado en beneficio del favorecido*”<sup>159</sup>. Este postulado parte del supuesto según el cual, es posible que una decisión perjudique o cause daño a otro, no obstante, en la medida en que el agente dañador indemnice al afectado, se trata de una decisión eficiente, por cuanto distribuye los recursos escasos de manera equitativa, y, por ende, propende por un estado ideal de maximización de la riqueza.

Utilizando este modelo de optimalidad, se evidencia que el criterio expuesto en la Sentencia de Unificación no es una interpretación eficiente. Por un lado, el Estado causa un daño sobre el bien jurídico máspreciado, la libertad de una persona, aun cuando estaba en la capacidad de prevenir *ex ante* la ocurrencia del mismo. Por otro lado, quien ha sido víctima de esta medida y ha sido privado de su libertad, sin estar en el deber jurídico de soportarlo, no tiene fácil acceso a la indemnización de la cual se cree legítimo titular, ya que incluso si su conducta no se ajustó cabalmente al ordenamiento jurídico, generando algún tipo de

---

<sup>159</sup> Jahir Alexander Gutiérrez Ossa. *Análisis económico del derecho. Revisión al caso colombiano: Economía aplicada al Derecho*. Revista de Derecho y Economía. N° 24.

responsabilidad civil, el Estado entiende que por ello era necesaria, justificada y ajustada a derecho la imposición de una medida preventiva privativa de su libertad.

*4.3.2. Caso Concreto: La sentencia de tutela observa el criterio de eficiencia planteado por el óptimo de Pareto*

En contraposición con lo anterior, consideramos que la interpretación del artículo 70 de la Ley 270 de 1996, plasmada en la Sentencia de Tutela, genera eficiencia a partir de los postulados de Pareto. Observamos que la tutela, al dejar sin efectos la Sentencia de Unificación, mejoró la posición de todas las personas, asegurándoles la garantía de sus derechos fundamentales y el acceso a la administración de justicia, sin desmejorar la posición de ningún otro individuo o sujeto de derecho.

En nuestra opinión, el hecho de brindar una mayor protección a los derechos fundamentales al debido proceso y la presunción de inocencia, en nada lesiona, desmejora, o impone mayores cargas a la labor inquisitiva y juzgadora de delitos del Estado<sup>160</sup>. Además, es importante tener en cuenta que esta sentencia no limita o desconoce la actuación interpretativa del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en la medida que sigue reconociendo la validez de la causal relativa a la culpa exclusiva de la víctima, e incluso, le ordena a la Sala Plena del Consejo de Estado proferir un fallo de remplazo en el cual “*valore la culpa de la víctima sin violar la presunción de inocencia de la accionante*”<sup>161</sup>.

---

<sup>160</sup> Función que se encuentra en cabeza, principalmente, de la Fiscalía General de la Nación y de los jueces penales.

<sup>161</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Proceso No. 54.167. (M.P. Alberto Montaña Plata, octubre 24 de 2019.)

## 5. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO DE LAS SENTENCIAS OBJETO DE ANÁLISIS

### 5.1. Análisis económico del Derecho de la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado

#### 5.1.1. *Racionalidad económica a partir del hombre económico*

El AED, en su acepción más tradicional, parte del supuesto de que el individuo es un ser racional que busca maximizar beneficios, y que las normas jurídicas constituyen una estructura de incentivos externos que determinan su comportamiento<sup>162</sup>.

El arquetipo del agente denominado hombre económico, describe el modelo del comportamiento humano basado en los principios de la racionalidad y optimización<sup>163</sup>. En este sentido, en un contexto caracterizado por la escasez de recursos, el AED concibe al individuo como un agente racional maximizador de su bienestar<sup>164</sup>. Es decir, “*los agentes económicos haciendo uso de la información disponible, asignan los recursos escasos a la mejor alternativa posible (considerada para ellos como la mejor asignación de sus medios limitados) utilizando como elemento de comparación el costo de oportunidad, entendido este como la mejor opción a la que renuncia el agente al momento de la elección individual*”<sup>165</sup>.

Lo anterior significa que los hombres son capaces de juzgar en qué consiste su propio bienestar, y, por consiguiente, son también capaces de realizar elecciones consistentes, es

---

<sup>162</sup> Richard Posner. *El análisis económico del derecho*. Fondo de cultura económica. México D.F. 2007.

<sup>163</sup> Mario Eduardo Hidalgo Villota. *La racionalidad económica ¿realidad o mito?*, Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas. Universidad de Nariño, enero – junio 2017, At 182. 197.

<sup>164</sup> Jesús González Amuchástegui. *El análisis económico del derecho: algunas cuestiones sobre su justificación*. Cuadernos de Filosofía del Derecho, diciembre de 1994, At. 929 y 943.

<sup>165</sup> Mario Eduardo Hidalgo Villota. *La racionalidad económica ¿realidad o mito?*, Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas. Universidad de Nariño, enero – junio 2017, At 182 - 197.

decir, optar por aquellas alternativas que mejor conducen al logro de dicho bienestar<sup>166</sup>. Si analizamos, a la luz de la teoría del hombre racional, la conducta de una persona que decide acudir a la administración de justicia, esta se explica de la siguiente manera: si una persona, antes de demandar, observa que la probabilidad de condena es alta, optará por no hacerlo; no solo porque será condenado a una indemnización o una serie de cargas, sino por la cantidad de recursos escasos que deberá utilizar, como lo son el tiempo y los gastos de honorarios. Mientras que, si observa que es probable que la justicia le reconozca las pretensiones que reclama, fundadas en las situaciones fácticas y jurídicas, y en observancia del precedente aplicable, optará por presentar la demanda, pues bajo una relación costo – beneficio, el resultado final será más alto que los gastos que tendrá que afrontar dentro del proceso, por ejemplo, en caso del reconocimiento de una indemnización.

### 5.1.2. Normas como precios

Concomitante a la idea de racionalidad, debe estudiarse la noción del comportamiento humano, el cual responde a incentivos, y, en particular, al sistema de precios implícitos de las normas<sup>167</sup>. En este sentido, las normas, así como las interpretaciones judiciales de las mismas, establecen criterios que generan incentivos y desincentivos en el comportamiento de los individuos, quienes bajo un cálculo racional y una ecuación de costo – beneficio, le asignan un precio al cumplimiento de la norma. Del mismo modo, el Estado es consciente de este efecto de las normas jurídicas y, teniendo en cuenta que todo proceso judicial tiene un

---

<sup>166</sup> Carlos Diego Martínez Cinca. *Fundamentos y límites de una economía de la justicia*. Philosophía, No. 63. 2003. At. 43.

<sup>167</sup> Según Cooter y Eisenberg, “los juristas tradicionalmente se centran en el contenido explícito de las directrices que las normas jurídicas brindan a las personas. No obstante, en el último cuarto de siglo, los académicos que emplean el análisis económico del Derecho desplazaron la atención desde las directrices explícitas hacia los incentivos implícitos que son creados por las normas jurídicas”. Robert Cooter y Melvin A. Eisenberg. *Equidad, perfil y eficiencia en las sociedades*. Themis. 2011. At. 23-33.

costo social que es sufragado por el erario público<sup>168</sup>, busca modificar, mediante incentivos y desincentivos, las decisiones de demandar o conciliar de los potenciales litigantes.

De acuerdo con Posner, “*bajo un sistema económico de maximización de riqueza, la función básica de la ley es la de alterar los incentivos*”<sup>169</sup>. De esta manera, las leyes generan incentivos para que las personas se comporten de cierto modo, y, de esta manera, modificar una situación actual que, en principio, está generando más costos que beneficios para el Estado o la sociedad en sí misma.

Por todo lo anterior, consideramos que es claro que el individuo es un ser racional que busca maximizar beneficios, y que las normas jurídicas constituyen una estructura de incentivos externos que determinan su comportamiento<sup>170</sup>. En este sentido, es posible deducir el comportamiento o la respuesta que las personas tendrán ante una nueva ley o ante una interpretación de una ley ya existente. Por ende, teniendo en cuenta que la “*maximización de la riqueza, sirviendo como paradigma para el análisis del Derecho, puede ser promovida o restringida por las normas jurídicas*”<sup>171</sup>, es necesario analizar si la interpretación del Consejo de Estado, del artículo 70 de la Ley 270 de 1996, es eficiente a partir del criterio de la maximización de la riqueza de los recursos escasos.

---

<sup>168</sup> Jahir Alexander Gutiérrez Ossa. *Análisis económico del derecho. Revisión al caso colombiano, economía aplicada al derecho*. Revista de Derecho y Economía No. 24.

<sup>169</sup> Richard Posner. *Economic Analysis of Law*. Ed., Aspen Publishers, 8<sup>th</sup> edition (2011).

<sup>170</sup> Luis Fraga lo Curto. *Eficiencia dinámica y análisis praxeológico del derecho*. Ars Iuris Salmanticensis, Vol. 7, junio 2019, At. 199 – 216.

<sup>171</sup> Franceso Parisi. *Escuelas positivas, normativas y funcionales en el Análisis Económico del Derecho*. Revista Ius Et Veritas. At 41.

### 5.1.3. *Incentivo detrás de la interpretación del artículo 70 de la Ley 270 de 1996 de la Sentencia de Unificación*

Como punto de partida del análisis económico de esta interpretación, ponemos de presente la siguiente afirmación: “*los individuos buscan maximizar los beneficios, y cuando califican de injusta o inmoral la condena de una persona (...), lo que quieren afirmar en el fondo es que ese comportamiento desperdicia recursos*”<sup>172</sup>.

Frente al caso concreto, lo que una persona espera al acudir a la administración de justicia es que se reconozca la existencia de una desproporcionada asignación de recursos escasos. Esto al observar, por un lado, que el Estado utilizó recursos públicos<sup>xvii</sup> para mantener en prisión a una persona que finalmente resultó absuelta o desvinculada por alguna otra causa del proceso penal, y, por el otro lado, que el Estado sometió a un individuo a una serie de cargas morales y pérdidas de su patrimonio sin encontrarse en el deber jurídico de soportarlas.

Concretamente, nos preguntamos; primero, ¿cuál es el verdadero sentido o incentivo implícito detrás de la interpretación del Consejo de Estado del artículo 70 de la Ley 270 de 1996? Y segundo, con base a esta primera pregunta, ¿qué tan dispuesta está una persona en acudir a la Administración de Justicia para obtener una indemnización de perjuicios, de la cual cree ser legítimo titular?

A nuestro juicio, consideramos que la interpretación del artículo 70 de la Ley 270 de 1996 del Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación de 2018, desincentiva a la persona que

---

<sup>172</sup> Everaldo Lamprea M. *Derechos fundamentales y consecuencias económicas*. Economía Institucional, Vol. 8, N° 14, marzo 22 de 2006, At. 77.



ha sido privada de su libertad de acudir a la administración de justicia, y, por ende, disminuye la cantidad de demandas contra el Estado por privación injusta de la libertad. Esto en la medida en que se exige un comportamiento más diligente, e impone, aunque tácitamente, un requisito más para la obtención de los perjuicios que se reclaman.

De la sentencia, observamos que el Consejo de Estado procuró interpretar el mencionado artículo de tal forma que no pudiera argumentarse la cosa juzgada, razón por la cual, especificó que debía tratarse de conductas analizadas desde un ámbito meramente civil; no obstante, se trata de una interpretación que, a nuestro juicio, es a todas luces violatoria de los derechos fundamentales de las personas, y además, vista desde un componente netamente económico, no es eficiente para la asignación de recursos.

Este fenómeno se explica de la siguiente manera: teniendo en cuenta que el ser humano es un hombre racional que trata de maximizar su riqueza, las personas interesadas en obtener una indemnización de perjuicios por haber sido privadas “injustamente” de su libertad, ponderarán, en términos económicos, las posibilidades de éxito que tienen al hacer uso eficiente de sus recursos escasos, que en este caso son, el tiempo y el dinero que deberán invertir en honorarios y gastos judiciales.

En este sentido, y dando respuesta al segundo interrogante, las personas que han sido privadas de la libertad tienen dos posibilidades una vez han sido desvinculadas del proceso penal: por un lado, podrán emplear sus recursos en un nuevo proceso, en el cual su conducta va a volver a ser valorada y juzgada, pues de alguna forma el Estado considera que las personas sí están en el deber jurídico de soportar la privación de su libertad, incluso en el supuesto en el que

una conducta negligente o dolosa, vista desde la óptica del derecho civil, haya sido la causa para la privación de su libertad. Por otro lado, podrán optar por no acudir a la administración de justicia pues, bajo una relación costo – beneficio, resulta más costoso emplear sus recursos en una nueva controversia, la cual tiene múltiples requisitos y exigencias, que a su vez olvidan y dejan de lado el valor primario y principal del derecho fundamental de la libertad.

Recordemos que, si lo que se quiere es reducir la incidencia de ciertas conductas, se aumenta su precio legal en el monto necesario para inducir un cambio en dicho comportamiento. En este sentido, consideramos que, en el fondo, con la interpretación de la Sentencia de Unificación del año 2018, el Consejo de Estado busca desincentivar a la parte interesada de acudir a la Administración de Justicia, pues serán más los recursos económicos y no económicos que utilicen que la probabilidad de ser resarcido íntegramente. Este escenario se explica bajo un modelo de utilidad esperada, pues, *“cuando una decisión involucra incertidumbre sobre sus resultados, se le atribuye una utilidad esperada equivalente al promedio de las utilidades esperadas de los distintos resultados posibles ponderadas por la probabilidad de que ocurra cada uno de esos resultados”*<sup>173</sup>. Los dos posibles resultados en este caso son: ser o no ser indemnizado. El hombre racional optará por aquella que tenga mayor probabilidad de resultado.

## **5.2. Solución a la elevada cantidad de demandas al Estado**

### *5.2.1. Políticas públicas asociadas a la criminalización secundaria*

---

<sup>173</sup> Héctor Maletta. *La evolución del Homo economicus: problemas del marco de decisión racional en Economía*. Economía Vol. XXXIII, No. 65, semestre enero – junio 2010, pp. 9-68.

Los profesores Cooter y Ulen consideran que el AED parte de una construcción básica: el costo del daño y el costo de evitarlo<sup>174</sup>. En este sentido, consideran que la importancia no debe centrarse en el agente dañador y el perjudicado, sino en el estudio de las consecuencias económicas del daño para la sociedad en su conjunto. Por ello, bajo esta óptica, los incentivos a los que responde el hombre racional deben enfocarse a la prevención del daño.

De esta manera, es importante determinar a quienes deben estar enfocados estos incentivos, pues como lo explicamos, consideramos que el Consejo de Estado pretende desincentivar a las víctimas, lo que genera un desconocimiento del alcance de sus derechos fundamentales de la libertad, la presunción de inocencia y el debido proceso. A nuestro juicio, los incentivos deben estar orientados a los funcionarios públicos, encargados de la solicitud y reconocimiento de las medidas de aseguramiento<sup>xviii</sup>, específicamente las medidas preventivas privativas de la libertad, lo cual, puede desarrollarse a través de un cambio en la criminalización secundaria <sup>xix</sup> de la política criminal.

La Corte Constitucional ha reconocido que “*entre las distintas medidas normativas que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, forman parte del concepto de “política criminal”, se encuentran: (...) e) las que regulan la detención preventiva*”<sup>175</sup>. Así, en la medida que la política criminal se concreta y materializa en normas jurídicas, esta debe respetar y ser garantista de la Constitución<sup>176</sup>. Por lo anterior, toda la normativa relacionada con las detenciones preventivas debe plasmarse desde una óptica proteccionista y garantista

---

<sup>174</sup> Robert Cooter y Thomas Ulen. *Law & Economics*. Ed. Berkeley law books, 6<sup>th</sup> edition (2016).

<sup>175</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 936 de 2010. (M.P. Luis Ernesto Vargas: 23 de noviembre de 2010).

<sup>176</sup> *Ibidem*

de los derechos fundamentales, ya que “*la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas*”<sup>177</sup>.

### 5.2.2. *Prevención del daño*

Con base a la prevención del daño, el profesor Guido Calabresi propone “*dejar de indagar el porqué A debe compensar a B por el daño causado, para preguntarnos qué debemos hacer como sociedad para evitar estos accidentes*”<sup>178</sup>. Bajo esta perspectiva, la injusticia no está en el daño en sí mismo, o en el deber de una parte hacia la otra, sino en el costo que genera el daño en su conjunto para la sociedad. Con esto, resulta entonces necesario distribuir los costos de manera eficiente a través de dos principios: la evitación o prevención del daño y la equidad<sup>179</sup>. Por ser el tema principal, haremos especial referencia al tema de la prevención. En este sentido, como lo señala el profesor Mosset, “*los daños, cualquiera que sea su fuente, deben ser evitados, toda vez que la idea de la prevención actúa con anterioridad a la producción del daño, lo que implica que el estudio de la responsabilidad debe comprender que la actuación del derecho ex ante, es mucho más conveniente que la presencia ex post*”<sup>180</sup>.

Bajo esta línea de prevención, encontramos dos notables vertientes en el estudio económico del derecho de daño. Por un lado, los estudios de Richard Posner, concretados en la conocida

---

<sup>177</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 038 de 1995. (M.P. Alejandro Martínez Caballero: 9 de febrero de 1995).

<sup>178</sup> Nicolás Bernal Poeti. *La responsabilidad civil extracontractual en Colombia a través del debate entre justicia correctiva y el análisis económico del derecho: análisis desde una perspectiva normativa*. Pensamiento jurídico, No. 49. Enero – junio 2018, At. 229-248.

<sup>179</sup> *Ibidem*.

<sup>180</sup> Sebastián Escobar Torres. *El papel de la prevención del daño en la responsabilidad civil*. Universitas Estudiantes, N°12, enero – diciembre 2015, At. 33 – 70.

fórmula de Hand<sup>181</sup>, expresan que “*el agente dañador es negligente cuando el coste de las medidas precautorias es menor que el valor del accidente multiplicado por la probabilidad de su ocurrencia y pese a ello haya omitido el comportamiento diligente*”<sup>182</sup>. Es decir, en nuestro caso concreto, el Estado es negligente cuando pudiendo utilizar medidas precautorias, como el uso de medidas no privativas de la libertad, o evitando la preclusión de investigaciones, para evitar el daño, no lo hace; y, sumado a ello, pudiendo prever la ocurrencia del daño, al utilizar medidas tan drásticas como las privativas de la libertad, decide solicitarlas o concederlas, según sea el caso.

Por otro lado, encontramos la vertiente encabezada por el profesor Guido Calabresi, quien en su trabajo, “*El costo de los accidentes*”, señaló que no es “*tan relevante encontrar el fundamento del deber de responder, sino analizar cómo la sociedad debe enfrentar los daños, señalando que su costo debe ser asignado con base en los criterios de evitación o prevención a quien le sea más barato prevenir y evitar esos daños*”<sup>183</sup> (Subrayado fuera del texto). De esta manera, la contribución de Calabresi pretende que se logre un nivel óptimo de accidentes que equilibre la suma de los costos de causarlos con los costos de evitarlos<sup>184</sup>, es decir, el objeto final no es la no ocurrencia de ningún daño, sino la disminución de los mismos por medio de la prevención.

---

<sup>181</sup> La fórmula de Hand fue formulada inicialmente por el juez Learned Hand, la cual se expresó por primera vez en el caso *United States v. Carroll Towing Co.*

<sup>182</sup> Richard Posner. *A Theory of Negligence*, The Journal of Legal Studies, enero 1972, At 29.

<sup>183</sup> Sebastián Escobar Torres. *El papel de la prevención del daño en la responsabilidad civil*. Universitas Estudiantes, N°12, enero – diciembre 2015, At. 33 – 70.

<sup>184</sup> Franco Vargas y María Helena. Derecho y economía: una aproximación teórica. Ed. Leyer (2013). Tomado de: Leonardo Castañeda Jiménez. *La responsabilidad extracontractual en el marco del análisis económico del derecho: un estudio comparado de la regla de Hand*. Monografía Jurídica Universidad Católica, 2015.

En concreto, nuestra solución va dirigida a buscar una medida de eficiencia que se centre en el bienestar de la comunidad y que cree incentivos enfocados a la política criminal del Estado. Consideramos que no es prudente que los incentivos recaigan en cabeza del juez, toda vez que este es el intérprete de la norma, más no el creador de la misma. En esta medida, “*la generación de incentivos, en un sistema de corte continental, no puede pasar por la interpretación del juez, sino que, por el contrario, esta obligación debe recaer en manos de los órganos ejecutivo y legislativo*”<sup>185</sup>. Proponemos, como solución a la alta cantidad de demandas e indemnizaciones por privación injusta de la libertad, una reevaluación de la actual política criminal, con el objetivo de que allí se debatan las condiciones que existen en torno a la imposición de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad, y, a su vez, se generen desincentivos para las autoridades competentes, de utilizar estas medidas como primera opción.

Adicionalmente, consideramos que, a partir de un criterio de eficiencia, el Estado debería utilizar medidas de aseguramiento no privativas de la libertad, en lugar de utilizar medidas de aseguramiento privativas de la libertad, en la medida en que “*mantener a un sujeto en la cárcel le cuesta dinero al Estado —y se lo hace perder al preso y a su familia—, obligarle a pagar una multa engrosa las arcas públicas*”<sup>186</sup>. Empezar a utilizar en mayor medida las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad, no solo haría que el Estado fuera más garantista de los derechos fundamentales de las personas, sino que también generaría una

---

<sup>185</sup> Nicolás Bernal Poetti. “*La responsabilidad civil extracontractual en Colombia a través del debate entre justicia correctiva y el análisis económico del derecho: análisis desde una perspectiva normativa*”. Pensamiento jurídico No. 29, enero – junio 2018, At. 229 – 248.

<sup>186</sup> Iñigo Ortiz de Urbina. *Análisis económico del derecho y política criminal*. Revista de derecho penal y criminología Vol2. 2004. At 31-74

reducción en el número de demandas por privación injusta de la libertad, y causaría un importante ingreso económico a las arcas del Estado.

En conclusión, consideramos que es necesario reforzar el principio de necesidad al momento de imponer una medida de aseguramiento, pues debe tratarse de una medida que sólo proceda en casos excepcionales, y, por lo tanto, es necesario incentivar el uso de las medidas no privativas de la libertad, las cuales cumplen, del mismo modo, con los fines previstos para las medidas cautelares. De este modo, es posible prever *ex ante* el daño, el cual es la privación injusta de la libertad, pues se estaría reduciendo el uso indiscriminado de esta clase de medidas, y consecuentemente, los individuos no tendrían que acudir nuevamente a la administración de justicia.

### **5.3. Análisis económico del Derecho de la Sentencia de Tutela del Consejo de Estado**

De manera preliminar, cabe mencionar que conforme al artículo 86 de la Constitución Política de 1991, *toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces (...) la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales*. Del mismo modo, la Corte Constitucional ha entendido que “*la acción de tutela es el mecanismo para hacer efectivos los derechos constitucionales de las personas*”<sup>187</sup>. Por lo anterior, y dado que el fallo de tutela se dio bajo una discusión de protección de derechos fundamentales, consideramos un buen punto de partida determinar cuáles son los efectos de aplicar los postulados del análisis económico del derecho a esta clase de derechos.

---

<sup>187</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-018 de 1993. (M.P. Alejandro Martínez Caballero: 25 de enero de 1993.)

Como hemos expuesto anteriormente, la postura de Richard Posner plantea el objetivo ético de los jueces de maximizar la riqueza en todos los casos a través de un criterio de eficiencia. No obstante, es importante tener en cuenta que la posición planteada por Posner ha sido objeto de numerosas críticas, “*provenientes principalmente de los defensores de las teorías de la justicia correctiva, como Jules L. Coleman, Ernest J. Weinriv y otros teóricos, como Ronald Dworkin*”<sup>188</sup>.

Quienes se oponen a Posner, consideran que sus postulados se basan en “*una concepción del valor demasiado débil, superficial y sectaria, resumida en la noción de que las reglas legales se deben diseñar para maximizar la riqueza*”<sup>189</sup>. El profesor Dworkin manifiesta su preocupación por la aplicación de estos postulados de la corriente normativa, en la medida en que considera que estos vulneran la protección de los derechos fundamentales. Tal como lo explica Lamprea, “*para Posner –afirma Dworkin– aun los derechos fundamentales tendrían valor moral si promueven y maximizan el bienestar económico. Según Dworkin, este criterio deja sin protección real a los derechos fundamentales porque hace depender su aplicación y garantía de un aumento hipotético del bienestar económico*”<sup>190</sup>.

La propuesta de los opositores de esta corriente normativa del AED parte del concepto de bienestar social. Esta propuesta comprende una faceta positiva, la cual incluye todo lo que

---

<sup>188</sup> *Ibíd.*

<sup>189</sup> Cass Sunstein. *Free Markets and Social Justice*, New York, Oxford University Press, 1997. Tomado de Everaldo Lamprea M. *Derechos Fundamentales y Consecuencia Económicas*.

<sup>190</sup> Everaldo Lamprea M. *Derechos Fundamentales y Consecuencia Económicas*. Revista de Economía Institucional Vol.8 No.14, junio 2006. At. 77.



un individuo pueda valorar como bienes y servicios, comodidades ambientales y sociales, nociones personales de satisfacción, felicidad, placer etc. Dentro de los bienes, se encuentran los derechos fundamentales. Al respecto Lamprea considera que los “*bienes*” como los *derechos fundamentales son inconmensurables, pues no se pueden evaluar con una métrica única sin contradecir nuestra manera de entenderlos*<sup>xx</sup>”<sup>191</sup>. Por el contrario, la faceta negativa incluye los daños a su persona y su propiedad, costos e inconvenientes, y todo lo demás que pueda ser desagradable para él<sup>192</sup>. En esta medida, el bienestar es entendido de manera más amplia y no se reduce, como lo hace Posner, a la maximización de la riqueza.

Con base a lo anterior, consideramos que al permitir que la aplicación y protección de los derechos fundamentales se encuentre sujeta a la maximización de la riqueza como criterio de eficiencia, contradice la naturaleza y finalidad de los mismos. En este sentido, no debe ser aplicado este criterio, en la medida en que, “*si bien es cierto que el análisis económico del derecho desdibuja la posición del individuo para centrarse en un objetivo mayor, buscar aumentar la riqueza bajo cualquier costo elimina de plano cualquier consideración acerca de la persona y sus elementos, como la dignidad personal y la libertad.*”<sup>193</sup> (Subrayado fuera del texto).

Así, la aplicación de la escuela normativa del AED en decisiones judiciales que recaen sobre la aplicación y protección de los derechos fundamentales, no solo desnaturaliza la esencia y

---

<sup>191</sup> *Ibíd.*

<sup>192</sup> Nicolás Bernal Poeti. *La responsabilidad civil extracontractual en Colombia a través del debate entre justicia correctiva y el análisis económico del derecho: análisis desde una perspectiva normativa*. Pensamiento jurídico, No. 49. Enero – junio 2018, At. 229-248.

<sup>193</sup> *Ibíd.*

finalidad de los mismos, sino que resulta ser muy peligrosa por cuanto, *“el AED no aporta un argumento moral independiente para sostener que la asignación de derechos debe seguir el criterio de maximización del bienestar”*<sup>194</sup>. En esta medida, y dado que, *“los derechos fundamentales no son equivalentes a los derechos de propiedad, porque los derechos humanos incluyen nociones de lo que Tomás de Aquino llama la esencia del hombre - su humanidad”*<sup>195</sup>, es necesario que exista una justificación moral para su aplicación para que, al ser el faro orientador de las decisiones judiciales, estas no terminen por lesionar la dignidad humana, y los consensos y protección social que giran alrededor de ella.

Aunado a lo anterior, es necesario tener presente las implicaciones sociales que trae una aplicación amoral del AED a los derechos fundamentales, en la medida en que *“cuando se asignan valores equivalentes a los derechos fundamentales y a los derechos de propiedad, surge el peligro de que las conclusiones lógicas del análisis económico puedan dar lugar a directrices de política tan contrarias a los valores normativos de la sociedad que tanto el sistema económico como el jurídico queden desacreditados por la sociedad”*<sup>196</sup>. Así, es importante repensar si los postulados normativos del AED son aplicables a los derechos fundamentales, por cuanto no solo son lesivos de la esencia de los mismos, sino que también podría terminar por deslegitimizar socialmente los beneficios que trae la aplicación de las

---

<sup>194</sup> Lamprea afirma que *“al asignar derechos tratando de maximizar el bienestar no se promueve ni se alcanza otro objetivo social o moral fuera de la maximización de bienestar; se trataría entonces de un argumento circular que presenta encubiertamente a la maximización del bienestar como un fin en sí mismo”*. Everaldo Lamprea M. *Derechos fundamentales y consecuencias económicas*. Economía Institucional, Vol. 8, N° 14, junio de 2006. At. 77.

<sup>195</sup> Robin Paul Malloy. *Equating Human Rights and Property Rights – The Need for Moral Judgment in an Economic Analysis of Law and Social Policy*. Ohio State Law Journal, Vol 47, 1986, At. 163.

<sup>196</sup> Ibidem.

ciencias económicas en el derecho, y en el caso de Colombia, incluso, el fundamento filosófico-jurídico del Estado Social de Derecho.

Bajo los postulados de Posner<sup>197</sup>, se termina por considerar los derechos fundamentales como bienes transables en el mercado, cuya titularidad termina recayendo en cabeza de las personas que más los valoren, y que, a su vez, tienen la capacidad para adquirirlos. Lo expuesto es a todas luces contrario a las garantías que el Estado hace a sus ciudadanos a través de la Constitución, por cuanto las personas que tienen más recursos, podrían apropiarse de los derechos fundamentales de aquellos que menos tienen, en caso de estar dispuestos a ofrecer el costo de la valoración que estos le dan a sus derechos.

De esta manera, es imperioso que el Estado, a través de la labor de interpretación y aplicación de las normas que realizan los jueces dentro de su función constitucional, sea respetuoso y garantista de los derechos fundamentales. Así fue reconocido en la Sentencia T – 302 de 2005 de la Corte Constitucional<sup>198</sup>, al indicar que, *“si bien es cierto que al juez de conocimiento le compete fijar el alcance de la norma que aplica, no puede hacerlo en contravía de los valores, principios y derechos constitucionales, de manera que, debiendo seleccionar entre dos o más entendimientos posibles, debe forzosamente acoger aquél que en todo se ajuste a la Carta Política”*.

---

<sup>197</sup> En el texto *Is Wealth a Value?*, Dworkin crítica a Posner por no limitar el campo de aplicación de sus postulados económicos a una cierta clase de derechos, permitiendo incluso la justificación de la esclavitud, bajo el entendido de que para lograr maximizar la eficiencia, los derechos -incluso la libertad individual y el derecho a recibir los frutos del trabajo propio- deben recaer en quien más los valore dentro de una sociedad.

<sup>198</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 302 de 2005. (M.P. Álvaro Tafur Galvis: 4 de abril de 2005).

En esta medida, consideramos que es evidente que la autonomía y libertad con la que cuentan los funcionarios judiciales para interpretar las normas jurídicas aplicables a un caso concreto, está limitada<sup>199</sup> por los principios constitucionales, y no puede ir en perjuicio de los derechos fundamentales. Por lo tanto, a la hora de interpretar y aplicar el artículo 70 de la Ley 270 de 1996, no es dable que un juez aplique la línea jurisprudencial del Consejo de Estado en la cual se disminuyen considerablemente las garantías constitucionales de las personas, teniendo la posibilidad de adoptar una postura garantista en la cual se protegen.

Por todo lo anterior, consideramos que una aplicación indiscriminada de los postulados de la escuela normativa del AED es altamente peligrosa, pues al no existir una justificación moral en su aplicación, se desconocería la protección íntegra de los derechos fundamentales de las personas en la sociedad. Como consecuencia se desnaturalizaría esta clase de derechos, asimilándolos con todos los demás, y la sociedad sentiría rechazo por la aplicación del AED como fundamento para la toma de decisiones judiciales. De esta manera, compartimos la visión de la Corte Constitucional de estimar obligatoria aquella postura que sea más garantista cuando hay más de una interpretación posible a la hora de aplicar una norma a un caso concreto.

## **CONCLUSIONES**

---

<sup>199</sup>Cuando el juez se aparte de los lineamientos legales y constitucionales puede incurrir en una vía de hecho judicial, con lo cual se estaría causando un perjuicio a la persona que acudió al sistema judicial para la solución de sus controversias. José German Burgos. *Independencia Judicial en Colombia. Una aproximación descriptiva a la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana 1994-2007*. Revista Novum Jus, Vol. 2º, 2008. At. 153.

En términos generales, es posible concluir que mientras el Consejo de Estado no profiera un nuevo fallo, en el cual defina cómo debe valorarse la culpa exclusiva de la víctima sin violar los derechos fundamentales a la presunción de inocencia y al debido proceso, existirá inseguridad jurídica sobre la manera en la que el juez de lo contencioso administrativo debe aplicar el artículo 70 de la Ley 270 de 1996, en un proceso de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad.

El presente trabajo de grado se centró en el estudio de la jurisprudencia actual del Consejo de Estado, específicamente en la Sentencia de Unificación del 15 de agosto de 2018 y la providencia posterior que la dejó sin efectos, la Sentencia de Tutela del 15 de noviembre de 2019. A partir de este análisis, observamos la ausencia de un precedente jurisprudencial que defina y oriente la actividad interpretativa del artículo 70 de la ley 270 de 1996 de los jueces administrativos de instancia; por lo que, se encuentran en plena libertad de adoptar una u otra interpretación.

Es de vital importancia la interpretación que se adopte, toda vez que, actualmente, las medidas preventivas privativas de la libertad se han convertido en el instrumento más común dentro de los procesos penales, desconociendo el principio de necesidad y excepcionalidad de la privación del derecho fundamental de la libertad y aumentando considerablemente las demandas contra el Estado por este hecho.

Por ello, luego de haber establecido las consecuencias jurídicas y económicas de que un fallo de tutela deje sin efectos una sentencia de unificación, consideramos necesario adelantar un estudio, a la luz de los postulados del AED, de la importancia del AED en la toma de

decisiones judiciales, y luego, específicamente, analizamos a partir del AED las dos posibles soluciones a la interpretación del artículo 70 de la Ley 270 de 1996 planteadas por la jurisprudencia. A continuación, se expondrán las conclusiones particulares que arrojó este estudio:

En primer lugar, apoyados en las teorías de los niveles de optimalidad de Pareto y Kaldor Hicks, concluimos que la posición jurisprudencial de la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado, no es una solución eficiente, dado que, al adoptar esta posición, el Estado causa un daño al derecho de la libertad de las personas, sin reparar dicho daño. A su vez, al analizar los efectos de la interpretación de la Sentencia de Tutela, concluimos que la misma sí es eficiente por cuanto adoptar una postura garantista y proteccionista de los derechos fundamentales en nada desmejora la situación del Estado, y, por el contrario, mejora la situación de toda la sociedad.

En segundo lugar, a partir de un estudio de la teoría del hombre racional y el sistema de precios implícitos de las normas, llegamos a la conclusión de que la finalidad de la Sentencia de Unificación es generar un desincentivo a la parte interesada en obtener una indemnización de perjuicios, en razón de la privación injusta de su libertad. Lo anterior, en cuanto a que el trámite y proceso para la efectividad de sus pretensiones tiene una serie de requisitos y costos, y al considerar necesario evaluar nuevamente su conducta, se somete a la persona perjudicada a cargas adicionales dentro de un nuevo juicio. Bajo esta óptica, concluimos que el Estado considera ajustada a derecho una medida tan extrema como la privación de la libertad, incluso por conductas dolosas o negligentes, evaluadas exclusivamente desde el derecho civil.

Toda vez que nos parece desproporcionada esta interpretación, pero considerando que, en nuestra opinión, la finalidad de la posición jurisprudencial del Consejo de Estado está dirigida a servir como una solución a la cantidad de condenas indemnizatorias que afronta la Nación, consideramos que una solución viable y proporcionada, vista desde un análisis económico, puede ser prevenir el daño, en vez de repararlo. Son muchos los economistas y juristas que han demostrado que los sistemas de prevención son más efectivos que los de reparación, por lo tanto, es importante que se concrete una reevaluación y reestructuración de la política criminal, con el fin de desincentivar el uso de las medidas preventivas privativas de la libertad y en su lugar, se implementen en mayor medida las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad.

En tercer lugar, los jueces están en el deber de interpretar las normas y fallar los casos observando los principios de independencia y autonomía judicial, no obstante, es necesario que para maximizar la riqueza y propender por el bienestar social, realicen un análisis económico a la hora de dictar sus providencias. De esta manera lo explicó Richard Posner, quien en sus postulados que propenden por la eficiencia económica, consideró que los jueces podrán maximizar la cantidad de bienes “económicos” y “no económicos” de una persona, al asignar correctamente los recursos escasos; entre los cuales se encuentran los derechos fundamentales de las personas. Bajo esta óptica los derechos son un componente de la riqueza de las personas y corresponde al juez decidir cómo y a quién los asigna.

Consideramos que la posición de Posner, expuesta en el presente trabajo, desnaturaliza la esencia de los derechos fundamentales, por cuanto va en contravía de la dignidad humana, y, al aplicarse en el presente caso, de la libertad personal. Además, una aplicación amoral de

los postulados de Posner podría traer consecuencias sociales graves, como el rechazo absoluto hacía la aplicación del AED, y un desconocimiento total de la dignidad humana y el Estado Social de Derecho. Por lo anterior, resultó necesario evaluar la calidad de vida de las personas en términos de bienestar social y no de riqueza, para concluir que los derechos fundamentales son garantías inalienables para todos los seres humanos, y, por consiguiente, no pueden ser considerados un factor de la riqueza de las personas.

Por todo lo anterior, consideramos que para maximizar la riqueza y realmente proteger los derechos fundamentales de las personas, los jueces de instancia de lo contencioso administrativo, deberían adoptar la interpretación expuesta por la Sentencia de Tutela del 15 de noviembre de 2019, a la hora de aplicar el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 en casos de responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad.

Por último, consideramos que, a la hora de dictar el fallo de reemplazo, en el que se adopte una u otra línea jurisprudencial, o incluso se defina una nueva manera de interpretar y aplicar el artículo 70 de la Ley 270 de 1996, en procesos de responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad, el Consejo de Estado debe tener en cuenta, de manera previa, los efectos económicos que causará la postura que se adopte. Para que el nuevo fallo garantice una asignación eficiente de los recursos de la Nación, debe haber una ponderación de diversos factores, en el cual se utilice un criterio de justicia colectiva, orientado a la maximización del bienestar social y, al mismo tiempo, se cuiden y observen los intereses de La Nación.



## BIBLIOGRAFÍA

### DOCTRINA

Andrea Alarcón Peña. *Análisis Económico del Derecho: Principales antecedentes metodológicos. La pregunta por el método: derecho y metodología de la investigación.* Universidad Católica de Colombia. 2018. At. 139 – 160.

Alfredo Bullard González. *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales.* Ed: Palestra, (2006)

Carlos Diego Martínez Cinca. *Fundamentos y límites de una economía de la justicia.* Philosophía, No. 63. 2003. At. 43.

Carlos Diego Martínez Cinca. *¿Son eficientes las decisiones de los jueces norteamericanos en los “casos difíciles”? Las vacías respuestas del análisis económico del derecho.* Derecho Público Iberoamericano, N° 2, abril 2013. At. 35.

Carlos Martínez. *Maximización de la riqueza y asignación de derechos en Richard Posner.* Persona y Derecho, Vol. 60, 2009. At. 323.

Cass Sunstein. *Free Markets and Social Justice,* New York, Oxford University Press, 1997.

Cristhian Alexander Pereira Otero. *Aproximación jurídica al contenido y alcance del núcleo esencial del derecho fundamental a la libertad individual en el constitucionalismo colombiano.* Revista Temas Socio Jurídicos. Vol. 33 No. 67. Julio – diciembre de 2014. At. 71.

Dany Steven Gómez Agudelo. *El indubio pro reo como fundamento de la responsabilidad del Estado.* Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Vol. 48 – N. 128. pp. 107-134.

Edwin Figueroa Gutarra. *Separación de poderes y jueces constitucionales: un enfoque de roles correctores.* Revista de la Facultad de Derecho – Derecho PUCP. At. 169 – 189.

Everaldo Lamprea M. *Derechos fundamentales y consecuencias económicas.* Economía Institucional, Vol. 8, N° 14, junio de 2006. At. 77.

Francesco Parisi. *Escuelas positivas, normativas y funcionales en el Análisis Económico del Derecho.* Revista Ius Et Veritas. At 41.

Franco Vargas y María Helena. *Derecho y economía: una aproximación teórica.* Ed. Leyer (2013). Tomado de: Leonardo Castañeda Jiménez. *La responsabilidad extracontractual en el marco del análisis económico del derecho: un estudio comparado de la regla de Hand.* Monografía Jurídica Universidad Católica, 2015.

Héctor Maletta. *La evolución del Homo economicus: problemas del marco de decisión racional en Economía*. Economía Vol. XXXIII, No. 65, semestre enero – junio 2010, pp. 9-68.

Hugo Tórtora Aravena. *Las limitaciones a los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, año 8, N°2. 2010. At. 167.

Iñigo Ortiz de Urbina. *Análisis económico del derecho y política criminal*. Revista de derecho penal y criminología Vol2. 2004. At 31-74

Jahir Alexander Gutiérrez Ossa. *Análisis económico del derecho. Revisión al caso colombiano, economía aplicada al derecho*. Revista de Derecho y Economía No. 24.

Jesús Ángel Bobadilla Moreno. *Privación de la libertad en el Sistema penal acusatorio: carácter excepcional*. Revista Jurídica de la Universidad Surcolombiana. 2006. At. 79.

Jesús González Amuchástegui. *El análisis económico del derecho: algunas cuestiones sobre su justificación*. Cuadernos de Filosofía del Derecho, diciembre de 1994, At. 929 y 943.

José German Burgos. *Independencia Judicial en Colombia. Una aproximación descriptiva a la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana 1994-2007*. Revista Novum Jus, Vol. 2º, 2008. At. 153.

Juan Manuel Sosa Sacio. *La libertad constitucional. Tres modelos esenciales de libertad y tres derechos de libertad*. Pensamiento Constitucional N° 23. 2018. At. 177

Juan Vicente Sola. *Constitución y Economía*. 2004. Ed. Lexis Nexis, 911 (2004)

Luis Aguilar de Luque. *Los límites de los derechos fundamentales*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Enero – abril 1993, Núm. 14. At. 9.

Luis Alberto Huerta Guerrero. *El derecho fundamental a la libertad física: reflexiones a partir de la Constitución, el Código Procesal y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Revista de la Facultad de Derecho N° 65. 2010. At. 177.

Luis Fraga lo Curto. *Eficiencia dinámica y análisis praxeológico del derecho*. Ars Iuris Salmanticensis, Vol. 7, junio 2019, At. 199 – 216.

Mario Eduardo Hidalgo Villota. *La racionalidad económica ¿realidad o mito?*, Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas. Universidad de Nariño, enero – junio 2017, At 182. 197.

María Sofía Sagüés. *El análisis económico del derecho (AED) en la jurisdicción constitucional*. Pensamiento Constitucional Año XIV, N° 14. At. 227.

Neil. S. Siegel. *Sen and the Hart of Jurisprudence: A Critique of the Economic Analysis of Judicial Behavior*. California Law Review, Vol. 87. Dec. 1999. At. 1581.

Nicolás Bernal Poeti. *La responsabilidad civil extracontractual en Colombia a través del debate entre justicia correctiva y el análisis económico del derecho: análisis desde una perspectiva normativa*. Pensamiento jurídico, No. 49. Enero – junio 2018, At. 229-248.

Richard Posner. *A Theory of Negligence*, The Journal of Legal Studies, enero 1972, At 29.

Richard Posner. *El análisis económico del derecho*. Fondo de cultura económica. México D.F. 2007.

Richard Posner. *Economic Analysis of Law*. Ed., Aspen Publishers, 8<sup>th</sup> edition (2011).

Richard Posner. *Maximización de la Riqueza y Tort Law. Una investigación filosófica*. Apuntes de derecho, N° 5, septiembre de 1999, At. 16.

Richard A. Posner. *Some Uses and Abuses of Economics in Law*, 46 University of Chicago Law Review, 1979, At 281.

Robert Cooter y Melvin A. Eisenberg. *Equidad, perfil y eficiencia en las sociedades*. Themis. 2011. At. 23-33.

Robert Cooten y Thomas Ulen. *Derecho y Economía*. Ed. Fondo de Cultura Económica, 525 (2016).

Robert Cooter y Thomas Ulen. *Law & Economics*. Ed. Berkeley law books, 6<sup>th</sup> edition (2016).

Robin Paul Malloy. *Equating Human Rights and Property Rights – The Need for Moral Judgment in an Economic Analysis of Law and Social Policy*. Ohio State Law Journal, Vol 47, 1986, At. 163

Ronald Coase. *The problem of the Social Cost*. The Journal of Law and Economics. Vol. 3, 1960.

Sebastián Escobar Torres. *El papel de la prevención del daño en la responsabilidad civil*. Universitas Estudiantes, N°12, enero – diciembre 2015, At. 33 – 70.

## **JURISPRUDENCIA**

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T – 406 de 1992. (M.P. Ciro Angarita Barón: 5 de junio de 1992).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C– 479 de 1992. (M.P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero: 13 de agosto de 1992).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-018 de 1993. (M.P. Alejandro Martínez Caballero: 25 de enero de 1993).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 104 de 1993 (M.P. Alejandro Martínez Caballero: 11 de marzo de 1993).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 8163. (C.P. Juan de Dios Montes Hernández; 13 de julio de 1993.)

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 024 de 1994. (M.P. Alejandro Martínez Caballero: 27 de enero de 1994).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 221 de 1994. (M.P. Carlos Gaviria Díaz: 5 de mayo de 1994).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T – 401 de 1994. (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz: 12 de septiembre de 1994).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente 9391. (C.P. Julio César Uribe Acosta; 15 de septiembre de 1994).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 038 de 1995. (M.P. Alejandro Martínez Caballero: 9 de febrero de 1995).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-037 de 1996. (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; 5 de febrero de 1996).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 689 de 1996. (M.P. José Gregorio Hernández Galindo: 5 de diciembre de 1996).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 309 de 1997. (M.P. Alejandro Martínez Caballero: 25 de junio de 1997).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 327 de 1997. (M.P. Fabio Moron Díaz: 10 de julio de 1997).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente 11868. (C.P. Daniel Suárez Hernández; 18 de diciembre de 1997).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU – 642 de 1998. (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz: 5 de noviembre de 1998).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 836 de 2001. (M.P. Rodrigo Escobar Gil: 9 de agosto de 2001).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T – 502 de 2002. (M.P. Eduardo Montealegre Lynett; 27 de junio de 2002).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 1024 de 2002. (M.P. Alfredo Beltrán Sierra; 26 de noviembre de 2002).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 030 de 2003. (M.P. Álvaro Tafur Galvis; 28 de enero de 2003).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-227 de 2003. (M.P. Eduardo Montealegre Lynett; 17 de marzo de 2003).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 302 de 2005. (M.P. Álvaro Tafur Galvis; 4 de abril de 2005).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia No. Rad: 24152 (M.P. Jorge Luis Quintero Milanes; 20 de octubre de 2005).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T – 583 de 2006. (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; 26 de julio de 2006).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 176 de 2007. (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; 14 de marzo de 2007).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 318 de 2008. (M.P. Jaime Córdoba Triviño; 9 de abril de 2008).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 355 de 2008. (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, 16 de abril de 2008).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 713 de 2008. (M.P. Clara Inés Vargas Hernández; 15 de julio de 2008).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T – 851 de 2010. (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; 28 de octubre de 2010).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 936 de 2010. (M.P. Luis Ernesto Vargas; 23 de noviembre de 2010).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 372 de 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; 12 de mayo de 2011).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 19.576. (C.P. Ruth Stella Correa Palacio; 8 de junio de 2011).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 539 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; 6 de julio de 2011).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 634 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas: 24 de agosto de 2011).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-644 de 2011. (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, 31 de agosto de 2011).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 879 de 2011. (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto: 22 de noviembre de 2011).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 21.515. (C.P. Hernán Andrade Rincón; 19 de abril de 2012).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 695 de 2013. (M.P. Nilson Pinilla Pinilla: 9 de octubre de 2013).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 23.354. (C.P. Mauricio Fajardo Gómez; 17 de octubre del 2013).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T – 025 de 2015. (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; 23 de enero de 2015).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU – 053 de 2015. (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado: 12 de febrero de 2015).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Proceso 28.389. (C.P. Hernán Andrade Rincón: 16 de julio de 2015).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 095 de 2016. (M.P. Alejandro Linares Cantillo: 25 de febrero de 2016).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 179 de 2016 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez: 13 de abril de 2016).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 276 de 2016. (M.P: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub: 25 de mayo de 2016).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 469 de 2016. (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva: 31 de agosto de 2016).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 003 de 2017. (M.P. Aquiles Arrieta Gómez: 18 de enero de 2017).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU – 011 de 2018. (M.P. Diana Fajardo Rivera y Gloria Stella Ortiz Delgado: 8 de marzo de 2018).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 46.947. (C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera; 15 de agosto de 2018).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU – 037 de 2019. (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez: 31 de enero de 2019).

Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Proceso No. 54.167. (M.P. Alberto Montaña Plata; 24 de octubre de 2019).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 11001-03-15-000-2019-00169-01 (AC). (C.P. Martín Bermúdez Muñoz; 15 de noviembre de 2019).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. (C.P. William Hernández Gómez; 30 de enero de 2020).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. (C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez; 26 de febrero de 2020).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia Ref: Expediente T 7.532.245 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez: agosto de 2020) .

#### **FUENTES JURÍDICAS INTERNACIONALES:**

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 32.2, noviembre 22, 1969.

Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Artículo 4º, octubre 5, 1789.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Artículo 9º, diciembre 16, 1966.

#### **FUENTES JURÍDICAS NACIONALES:**

Constitución Política de Colombia. [Const]. Julio 7 de 1991 (Colombia).

Decreto 2591 de 1991. [Con fuerza de ley]. Por medio del cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política. 19 de noviembre de 1991. D.O No. 40.165.

Ley 270 de 1996. Estatutaria de la Administración de Justicia. Marzo 7 de 1996. Diario Oficial No. 42.745.

Código Penal Colombiano [CPC]. Numeral 3º del Artículo 37. Ley 599 de 2000. 24 de julio de 2000 (Colombia).

Código de Procedimiento Penal [CPP]. Ley 906 de 2004. 31 de agosto de 2004 (Colombia).

Acuerdo No. 080 de 2019. [Consejo de Estado] Por medio del cual se crea el reglamento Interno del Consejo de Estado. Artículo 17. 12 de marzo de 2019.



## NOTAS AL FINAL

---

<sup>i</sup> El criterio de razonabilidad se encuentra estrechamente ligado con los principios de adecuación, necesidad y proporcionalidad, pues “*la imposición de una medida que no consulte los criterios de adecuación, necesidad y proporcionalidad se torna irrazonable*”. Jesús Ángel Bobadilla Moreno. *Privación de la libertad en el Sistema penal acusatorio: carácter excepcional*. Revista Jurídica de la Universidad Surcolombiana. 2006. At. 79.

<sup>ii</sup> La Corte Constitucional ha sostenido que este se refiere al principio de mínima intervención, según el cual, el ejercicio de la facultad sancionatoria criminal debe operar cuando las demás alternativas de control han fallado. Así, resulta legítima la aplicación de estas disposiciones, siempre y cuando se verifique que es el único medio que sirve para atender un fin constitucional.

<sup>iii</sup> En palabras de la Corte Constitucional: “*Dados los trascendentales costes en juego en términos de derechos fundamentales, la intervención del legislador a través de las disposiciones cautelares está sometida así a un equilibrio razonable y ponderado entre, por un lado, el grado de severidad que representa la injerencia oficial y, por el otro, el grado concreto de satisfacción y obtención del fin que aquella se propone*”. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 469 de 2016. (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva: 31 de agosto de 2016.)

<sup>iv</sup> Al respecto ver: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 11. 754. (C.P. Daniel Suárez Hernández; 18 de septiembre de 1997.) Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 19283. (C.P. Enrique Gil Botero; 9 de junio de 2010). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 23.354. (C.P. Mauricio Fajardo Gómez; 17 de octubre de 2013).

<sup>v</sup> El artículo 296 de la Ley 906 de 2004 establece que la imposición de una medida de aseguramiento solo procederá por: i) la necesidad de evitar la obstrucción de la justicia por parte del imputado; ii) para asegurar la comparecencia del imputado al proceso, iii) para proteger a la víctima o la comunidad; o iv) para asegurar el cumplimiento de la pena por parte del imputado.

<sup>vi</sup> La función de unificación jurisprudencial la cumplen en sus diferentes especialidades y en su condición de órganos de cierre, según el Texto Superior, (i) la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales y de examen de validez constitucional de las reformas a la Carta como de las normas con fuerza de ley (CP arts. 86 y 241); (ii) el Consejo de Estado en relación con su rol de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativos (CP arts. 236 y 237); y (iii) la Corte Suprema de Justicia en su calidad de tribunal de casación y máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria (CP art. 235). Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 179 de 2016 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez: 13 de abril de 2016)

<sup>vii</sup> La fuerza vinculante del precedente en el ordenamiento jurídico colombiano, se explica al menos por cuatro razones: i) en virtud del principio de igualdad en la aplicación de la ley, que exige tratar de manera igual situaciones sustancialmente iguales; ii) por razones de seguridad jurídica, ya que las decisiones deben ser “razonablemente previsibles”; iii) en atención a los principios de buena fe y confianza legítima y iv) por razones de rigor judicial, en la medida en que es necesario un mínimo de coherencia en el sistema jurídico. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T – 409 de 2007 (M.P. Jaime Córdoba Triviño: 24 de mayo de 2007.)

<sup>viii</sup> El *precedente vertical* implica que, como regla general, los jueces no pueden apartarse de la regla de derecho dictada por las autoridades superiores en cada jurisdicción, como previamente se dijo, encargadas de unificar la jurisprudencia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 179 de 2016. (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez: 13 de abril de 2016)

<sup>ix</sup> Según la Sentencia T – 025 de 2015, reiterando lo dicho en la Sentencia SU – 1023 de 2001, los efectos *inter comunis* se definen como aquellos efectos de un fallo de tutela que de manera excepcional se extienden a situaciones concretas de personas que, aun cuando no promovieron el amparo constitucional, se encuentran igualmente afectadas por la situación de hecho o de derecho que lo motivó, producto del actuar de una misma

---

autoridad o particular, justificado en la necesidad de dar a todos los miembros de una misma comunidad un trato igualitario y uniforme que asegure el goce efectivo de sus derechos fundamentales. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T – 025 de 2015. (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; 23 de enero de 2015).

<sup>x</sup> Los efectos *inter pares* son un dispositivo amplificador de la decisión, al que la Corte Constitucional acude, cuando frente a un problema jurídico determinado considera que existe una única respuesta válida de conformidad con los mandatos constitucionales, la cual debe aplicarse en todos los casos similares sin excepción alguna. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU – 037 de 2019. (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez: 31 de enero de 2019.)

<sup>xi</sup> Para definir qué se entiende por eficiencia se usa como punto de partida las ideas de Wilfredo Pareto, quien establece que una situación es más eficiente que la anterior, cuando la situación de una persona mejora sin empeorar la situación de otra.

<sup>xii</sup> “*El concepto formal de separación de poderes, desde las primeras ideas de Montesquieu, ha supuesto tradicionalmente una idea de separación en sentido estricto y evitado, así, la peligrosa concentración de todo el poder en un solo estamento*”. Edwin Figueroa Gutarra. *Separación de poderes y jueces constitucionales: un enfoque de roles correctores*. Revista de la Facultad de Derecho – Derecho PUCP. At. 169 – 189.

<sup>xiii</sup> El artículo 125 de la Ley 270 de 1996, establece que “*la administración de justicia es un servicio público esencial*”, lo que implica que la prestación de este servicio está encaminada a satisfacer un servicio general para toda la comunidad, y que debe garantizarse tanto su acceso al servicio, como la transparencia con la que se desarrolla dicha actividad. José German Burgos. *Independencia Judicial en Colombia. Una aproximación descriptiva a la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana 1994-2007*. Revista Novum Jus, Vol. 2º, 2008. At. 153.

<sup>xiv</sup> Richard A. Posner es economista y magistrado desde 1981 de la Corte de Apelaciones de los EE. UU del Séptimo Circuito, es Profesor y uno de los precursores de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chicago.

<sup>xv</sup> La teoría de la maximización de la riqueza “*pretende ser tanto una teoría moral como una teoría jurídica, ya que entraña aspectos esenciales en torno a cómo asignar los derechos fundamentales (no solo los derechos emergentes de un contrato, sino también los derechos pertenecientes a la categoría de los derechos básicos), es decir, a quién se debe reconocer tales derechos y por qué razones*”. Carlos Diego Martínez Cínca. *¿Son eficientes las decisiones de los jueces norteamericanos en los “casos difíciles”? Las vacías respuestas del análisis económico del derecho*. Derecho Público Iberoamericano, N° 2, abril 2013. At. 35.

<sup>xvi</sup> Es necesario tener presente los informes de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, indican que la privación injusta de la libertad es la sexta causa más frecuente por la cual se demanda al Estado y la tercera más cuantiosa. Actualmente, las pretensiones de las demandas por privación injusta de la libertad suman 37.9 billones de pesos, lo que significa que aquello que en un principio se pensó como una medida preventiva y excepcional, hoy parece ser la regla general, a tal punto que “*pareciera que lo que es excepcional es la libertad del ciudadano mientras el proceso se adelanta*”.

<sup>xvii</sup> Al respecto, es necesario tener en cuenta que el Estado debe mantener en condiciones dignas a las personas que se encuentran privadas de su libertad, lo cual incluye alimentación, seguridad, medicamentos, kit de aseo, espacios de recreación y habitabilidad, etc. Según cifras del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) señalan que el precio de mantener a un preso en las cárceles colombianas supera \$1.500.000 al mes.

<sup>xviii</sup> Artículo 307 de la Ley 906 de 2004: Son medidas de aseguramiento:

A. Privativas de la libertad

1. La detención preventiva en establecimiento de reclusión.
2. La detención privativa en residencia señalada por el imputado, siempre que esa ubicación no obstaculice el juzgamiento.

B. No privativas de la libertad

1. La obligación de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica.
2. La obligación de someterse a la vigilancia de una persona o institución determinada.

- 
3. La obligación de presentarse periódicamente o cuando sea requerido ante el juez o ante la autoridad que él designe.
  4. La obligación de observar buena conducta individual, familiar y social, con especificación de la misma y su relación con el hecho.
  5. La prohibición de salir del país, del lugar en el cual reside o del ámbito territorial que fije el juez.
  6. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares.
  7. La prohibición de comunicarse con determinadas personas o con las víctimas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa.
  8. La prestación de caución real adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, entrega de bienes o la fianza de una o más personas idóneas.
  9. La prohibición de salir del lugar de habitación entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m.

<sup>xix</sup> De acuerdo con la Comisión Asesora de Política Criminal, la Política Criminal tiene tres enfoques:

- **Criminalización primaria:** Define un comportamiento como delito, es decir, es el momento de definición legislativa de los delitos y las penas. (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012).
  - **Criminalización secundaria:** Corresponde a la determinación de un individuo como responsable de un crimen ya establecido por la ley, que es el problema de la judicialización o investigación criminal de los hechos punibles. (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012)
  - **Criminalización terciaria:** Corresponde a la ejecución y cumplimiento de la sanción penal por parte de una persona declarada responsable de un crimen, que es la fase de ejecución penitenciaria.
- Adicionalmente, se ha considerado que es posible establecer una fase cero de la política criminal, que estaría concentrada en la prevención de los fenómenos de criminalidad a través de mecanismos distintos a los sistemas penales. (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012)

Tomado de:

<https://sej.minjusticia.gov.co/PoliticaCriminal/Paginas/Contexto.aspx#:~:text=La%20pol%C3%ADtica%20criminal%20es%20una%20el%20tratamiento%20de%20los%20condenados.>

<sup>xx</sup> Lo anterior, también es tema de estudio en la Corte Constitucional, para la cual “*los derechos fundamentales son aquellos que (i) se relacionan funcionalmente con la realización de la dignidad humana (ii) pueden traducirse o concretarse en derechos subjetivos y (iii) encuentran consensos dogmáticos, jurisprudenciales o de derecho internacional, legal y reglamentario sobre su fundamentalidad*” Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-227 de 2003. (M.P. Eduardo Montealegre Lynett; 17 de marzo de 2003.)