



Agencia Nacional de
Defensa Jurídica del
Estado

2

Privación injusta de la libertad: entre el derecho penal y el derecho administrativo

Mayo de 2013

Documentos Especializados

*de la Agencia Nacional de
Defensa Jurídica del Estado*

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

www.defensajuridica.gov.co

Dirección General

Adriana María Guillén Arango

Dirección de Políticas y Estrategias para la Defensa Jurídica

Martha Lucia Rivera

Equipo técnico

Investigador principal: Óscar Julián Guerrero

Asistente de investigación: Camila Merchán

Diseño y diagramación

Miguel Olaya

Impreso por

Giro-Graphos Ltda.

1ª Edición

© Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

Calle 70 n.º 4-60, Bogotá, D.C.

Teléfono: 255 8955

ISSN: 2339-417X

Contenido

- 5 Por una política criminal racional y coherente:
hacia un uso racional de la privación de la libertad
- 9 Introducción
- 11 Aspectos generales sobre el instituto
de la privación injusta de la libertad
- 14 Los títulos de imputación de
responsabilidad a cargo del Estado
- 17 Marco legal de la responsabilidad
estatal por la función judicial
- 19 Línea jurisprudencial del Consejo de Estado
relativa a la privación injusta de la libertad
- 31 Otros supuestos de calificación de la privación
injusta que dan lugar a la responsabilidad estatal
- 37 Anotaciones especiales sobre la
privación injusta ampliada
- 41 Compatibilidad de la línea doctrinal del Consejo
de Estado y la Corte Constitucional frente
al problema de la detención preventiva
- 45 Apreciaciones actuales sobre la detención
preventiva y principio de necesidad
- 47 El principio de necesidad y los fines
de la detención preventiva

50	Aspectos conceptuales de la detención preventiva en línea jurisprudencial Corte Interamericana de Derechos Humanos
56	Conclusiones y recomendaciones
60	Notas
61	Referencias

Por una política criminal racional y coherente Hacia un uso racional de la privación de la libertad

La política criminal del Estado es concebida como el conjunto de estrategias que se diseñan para enfrentar de una mejor manera la comisión de delitos en una sociedad determinada. Estas estrategias no se limitan a los instrumentos penales sino que están conformadas también por medidas de política social, de manera que se evite la intervención del sistema penal para hacer frente a conflictos sociales que no alcanzan a tener la dimensión necesaria para justificar la intervención de la justicia.

Para la Corte Constitucional la Política Criminal está compuesta de un conjunto de normas de distinta índole: “(a) las que definen los bienes jurídicos que se busca proteger por medio de las normas penales, a través de la tipificación de conductas delictivas, (b) las que establecen los regímenes sancionatorios y los procedimientos necesarios para proteger tales bienes jurídicos, (c) las que señalan criterios para aumentar la eficiencia de la administración de justicia, (d) las que consagran los mecanismos para la protección de las personas que intervienen en los procesos penales, (e) las que regulan la detención preventiva, o (f) las que señalan los términos de prescripción de la acción penal”. En todo caso, se refieren a aspectos de tipo penal.

Como lo ha mostrado la Comisión Asesora para el Diseño de los Lineamientos de Política Criminal, la política criminal en Colombia se ha caracterizado por ser reactiva, incoherente e irracional. También, por hacer un uso extenso y no controlado de la privación de la libertad.

Esta política criminal implementada desde hace ya varios años en nuestro país ha permitido un incremento alarmante del uso de la medida de privación de la libertad, al punto que hoy la sobrepoblación carcelaria supera el 50%. Sin embargo, es preciso destacar la importancia de analizar las cifras presentadas. El sistema penitenciario y carcelario tenía en el mes de abril de 2013 una capacidad de 75 726 cupos y una población penitenciaria y carcelaria de 116 274 personas. De estas, 80 828 eran personas condenadas y el resto eran personas en detención preventiva. Esto significa que la capacidad del sistema penitenciario colombiano, o sea el destinado a personas condenadas, es superada sólo en un número de 5000 personas. El verdadero problema del sistema está en las personas en detención preventiva, no solo porque nuestra política criminal privilegia la privación de la libertad, sino porque las entidades territoriales, que son las encargadas de custodiar a quienes están en detención preventiva, no han cumplido todavía con esta obligación, con lo que se recarga de manera injustificada al sistema gobernado por el INPEC.

Con el fin de dar solución a estos problemas, el Ministerio de Justicia y del Derecho ha elaborado un documento titulado “Doce pasos para hacer frente a la crisis del sistema penitenciario” en el que se ocupa de señalar las soluciones y los pasos que debe adoptar el Estado colombiano para hacer frente a los diversos problemas del sistema, entre los cuales se encuentra la sobrepoblación carcelaria. Al mismo tiempo, viene trabajando en un documento Conpes de Política Criminal con el fin de lograr que se formule una nueva política con validez de cinco años y en la que la libertad sea el principio y se reserve el uso de la pena de prisión solo para los ataques más graves en contra de los bienes jurídicos de mayor importancia.

Lo anterior va en concordancia con lo establecido por este Gobierno en el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014: Prosperidad para todos, que manifestó la necesidad de “fortalecer los esfuerzos coordinados de todos los entes del Estado y mejorar la rendición de cuentas ante la sociedad, de tal forma que ello redunde en la reducción de la impunidad y la comisión de delitos, y en el fortalecimiento de la convivencia, la inclusión y la seguridad. Para el control de la criminalidad es necesario promover y apoyar la construcción de una política criminal y penitenciaria que introduzca ajustes en el Sistema Penal Oral Acusatorio (SPOA)”.

Este tipo de políticas y de medidas no podrían estar alejadas de la opinión académica. No cabe duda de la importancia que tiene este tipo de reflexión no solo en la detección de los problemas propios del sistema sino en vislumbrar las posibles soluciones que permitan salidas estructurales y no simplemente coyunturales.

En ese sentido este documento de investigación elaborado por la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado reviste una gran importancia ya que muestra los efectos que para la responsabilidad del Estado tiene la privación de la libertad, la evolución de la jurisprudencia administrativa en materia de responsabilidad estatal por privación de la libertad, acompañada de un juicioso estudio, tanto cualitativo como cuantitativo. De acuerdo con la investigación realizada, la relación entre la jurisprudencia de las altas cortes respecto de la privación de la libertad es de coherencia en la medida en que reconoce que “la medida de detención resulta únicamente justificada por los fines constitucionales que ella pretende”. No obstante, en relación con los efectos de este principio respecto de la responsabilidad del Estado, el Consejo de Estado ha optado por un régimen de responsabilidad estatal objetivo ampliado, coherente con la idea de que la detención debe ser asumida como una pena anticipada. Tal como dice la Agencia, esta línea jurisprudencial asumida por el Consejo de Estado corresponde a las exigencias actuales del derecho en la medida en que se le debe entregar pre-

valencia al principio de presunción de inocencia y al debido proceso sobre la defensa social.

Esto no hace más que confirmar que es preciso que la política criminal evite al máximo el uso de la pena privativa de la libertad y lo reserve para los casos más graves, de manera que se garantice la seguridad ciudadana sin afectar los derechos de la ciudadanía. Mecanismos de justicia restaurativa al lado de la privación de la libertad deben constituir un balance adecuado para tener un sistema penal coherente y que logre prevenir de manera efectiva la comisión de conductas delictivas.

Farid Samir Benavides Vanegas

Viceministro de Política Criminal y Justicia Restaurativa

Introducción

Dentro de las funciones de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, específicamente en la Dirección de Políticas y Estrategias, se encuentra formular políticas públicas en materia de prevención de las conductas públicas antijurídicas, del daño antijurídico y la extensión de sus efectos (Decreto 4085 de 2011, artículo 2). Como parte de esta labor se ha observado con preocupación la situación de los litigios que afronta el Estado en materia de privación injusta de la libertad, razón por la cual resulta necesario contar con insumos teóricos y evidencia empírica que indiquen cuál es el pensamiento de las altas cortes en esta materia y cuáles han sido los supuestos que le han permitido a la jurisprudencia actual trazar la opinión dominante en esta temática.

Para alcanzar estos objetivos se adelantó un proceso de levantamiento de registros respecto de

casos de privación injusta de la libertad en la Relatoría del Consejo de Estado. La Relatoría cuenta con una base de datos de las decisiones de la corporación judicial que, a la manera de un tesoro, permite el rastreo de las decisiones por entradas temáticas. En la materia de privación injusta de la libertad, la base de datos arrojó 300 registros de sentencias proferidas entre 1995 y 2012. La escogencia de este período obedece a que, a partir de la vigencia de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, se generan nuevos criterios legales sobre responsabilidad estatal frente a la función judicial.

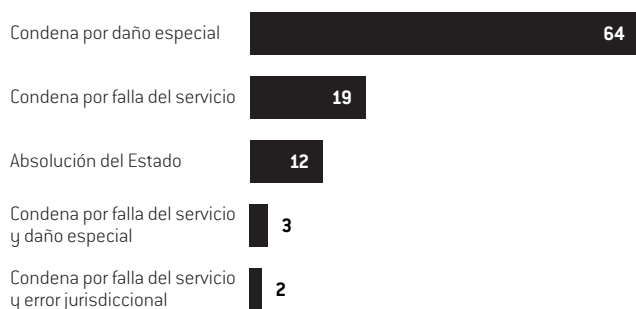
De las 300 sentencias encontradas, 233 contienen una sola sentencia varias veces, lo que se debe a que hay ítems que generan doble registro en el tesoro de la base de datos de la Relatoría. También hay sentencias que conceden o niegan recursos de queja o de apelación para efectos de que el demandante proceda a sustentar aquel recurso en caso de ser concedido. Por último, hay sentencias en las

cuales se discuten temas de caducidad de la acción de reparación directa para solicitar la declaración de responsabilidad del Estado por casos de privación injusta de la libertad, es decir, que discuten aspectos en relación con los términos procesales para interponer la mencionada acción. Estos 233 registros fueron descartados en el presente estudio, ya que no desarrollan los puntos esenciales de los casos de privación injusta de la libertad que interesan en el presente análisis.

De las 300 sentencias encontradas, una vez descartados los 233 registros ya descritos, se obtienen 67 providencias sustanciales para esta investigación, es decir, sentencias que tratan a cabalidad las instituciones jurídicas y regímenes que se pretenden observar en los litigios en los cuales se puede configurar la responsabilidad estatal por una privación injusta de la libertad.

En la figura 1 se presenta la distribución de frecuencias por título de responsabilidad y condena

Figura 1. Participación de los procesos estudiados por fundamentos de responsabilidad estatal, en porcentajes



de las 67 providencias examinadas.

Esta gráfica señala los títulos de imputación empleados por el Consejo de Estado, para efectos de determinar el régimen de responsabilidad extracontractual del Estado como consecuencia de la privación injusta de la libertad.

Para complementar este análisis se recurrió a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y a la jurisprudencia Corte Interamericana de Derechos Humanos a efecto de encontrar una base que establezca cuál es la situación actual desde el punto de vista de la responsabilidad estatal del instituto penal de la detención preventiva. En consecuencia, el presente documento pretende ofrecer una visión de conjunto sobre el tratamiento de la detención preventiva y su correlativa privación injusta de la libertad con fundamento en la Constitución Política, la legislación procesal penal vigente para el momento en que se profieren las sentencias del Consejo de Estado analizadas (Decreto 2700 de 1991 y Ley 600 de 2000, respectivamente) y las normas correspondientes a la responsabilidad estatal establecidas en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (270 de 1996).

La estructura metodológica del presente documento incluye una descripción general del instituto de la privación injusta de la libertad, una contextualización de la noción de privación injusta dentro de los títulos de imputación de la responsabilidad estatal, un esbozo de las líneas jurisprudenciales

del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional y, finalmente, la incorporación de una visión de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por su importancia frente al tema de la responsabilidad estatal internacional.

Aspectos generales sobre el instituto de la privación injusta de la libertad

La noción de privación injusta de la libertad no es un instituto nuevo en el marco del derecho administrativo nacional. El tratamiento de esta categoría antes de la Constitución de 1991 se basaba fundamentalmente en las nociones de responsabilidad extracontractual. No obstante, en el derecho comparado algunas legislaciones entendieron la noción de privación injusta más como una figura compensatoria que el Estado le debía al ciudadano por la afectación indebida del derecho a la libertad que como una modalidad de responsabilidad estatal. Con la Constitución Política de 1991, la consagración positiva de la responsabilidad estatal por el daño antijurídico como consecuencia de la acción u omisión de las autoridades públicas y las normas de índole procesal penal que contemplan expresamente la noción de privación injusta, resultaba necesaria una nueva apreciación de la jurisprudencia.

En efecto, la labor fundamental de la rama jurisdiccional frente a la afectación del derecho a la

La jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de responsabilidad estatal está recorrida por la tensión entre las nociones de falla del servicio judicial y un modelo de responsabilidad que fundamenta como daño especial el encarcelamiento preventivo injusto

libertad por cuenta de jueces y fiscales implicaba buscar un modelo adecuado para definir la responsabilidad estatal en esta materia. En tal sentido, el recurso a los conceptos tradicionales de una falla injustificada en el funcionamiento del aparato judicial o el error judicial aparecían en la escena como propicios para encausar las discusiones sobre la privación injusta de la libertad. No obstante, la aparición expresa del Decreto 2700 de 1991, norma que predica la responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad y que califica los casos de lo injustificado con fundamento en las categorías de exclusión de la responsabilidad penal, proyecta una línea en la que los conceptos tradicionales se ponen a prueba. En consecuencia, la jurisprudencia del Consejo de Estado en esta materia está recorrida por la tensión entre las nociones de falla del servicio judicial y un modelo de responsabilidad que fundamenta como daño especial el encarcelamiento preventivo injusto.

Como resultado de la tensión anterior surge el problema de definir qué es lo injusto en la privación de la libertad. Esto es así pues las consideraciones

del Derecho Contencioso Administrativo fundamentan este concepto en las normas constitucionales (artículo 90 de la Constitución Política) y legales (artículos 65 a 67 de la Ley 270 de 1996) que tienen una evaluación diversa a la del derecho procesal penal (artículos 354 a 356 de la Ley 600 de 2000; artículos 308 a 317 de la Ley 906 de 2004). En efecto, las decisiones estudiadas para este ensayo predicen una noción dominante en la jurisprudencia del contencioso según la cual la noción de lo justo se construye a partir del resultado final del proceso penal. Vale decir que, en los eventos en los que a una persona sometida a detención preventiva en un proceso penal se le declara inocente debido a que no fue posible probar su autoría o participación en la comisión delictiva, bien sea porque se demostró plenamente su inocencia o bien sea en virtud del *in dubio pro reo*, la privación de la libertad se reputa injusta. Por esto lo que resulta determinante para definir el carácter justo o injusto de la privación de la libertad se basa en la sentencia que define la responsabilidad penal, sin considerar las actuaciones legales que hayan tomado las autoridades de persecución penal en el curso del procedimiento.

Este punto lleva inevitablemente a otra consideración que no pregunta por lo injustificado de la privación sino por la legalidad o ilegalidad de la imposición de una medida de aseguramiento cautelar personal, de tal forma que dicha privación se reputa legal cuando se cumplen los requisitos esta-

blecidos en la ley procesal penal para tal fin. Desde este punto de vista, el lenguaje del proceso penal reconduce la discusión a los problemas del debido proceso y el desarrollo de las actuaciones procesales hasta el momento de tomar la decisión sobre la definición de la situación jurídica del sometido al proceso. Si se observa bien, esta apreciación, que es parte de la discusión cotidiana del proceso penal, no tiene una línea de encuentro con el lenguaje contencioso. De ahí viene la existencia de una tensión entre la legalidad procesal y la valoración de lo injusto.

En el caso de la Ley 600 de 2000 (Código de Procedimiento Penal), la procedencia de la detención preventiva se evaluaba con fundamento en por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso. Las mismas disposiciones consideraban improcedente la detención cuando la prueba era indicativa de que el imputado podía haber actuado amparado en cualquiera de las causales de ausencia de responsabilidad. La jurisprudencia constitucional declaró la exequibilidad de estas normas fundamentándose en una ponderación esencial entre la presunción de inocencia y el ejercicio eficiente de la administración de justicia, pero recalcando que la afectación de la libertad, como derecho fundamental, está sujeta a claros presupuestos de orden constitucional y legal (C-744/2001, C-177/2001, C-252/2001 y C-284/2002).

En la legislación vigente (Ley 906 de 2004 Código de Procedimiento Penal), la solicitud de medida de aseguramiento con restricción de la libertad se reputa legal cuando de los elementos materiales probatorios, de la evidencia física o de la información obtenida legalmente se puede inferir razonablemente que el imputado pudo ser el autor o el partícipe de la conducta delictiva que se investiga; además, cuando se cumplan los fines esenciales que la Constitución Política exige. Lo anterior quiere decir que la medida se presenta útil en relación con los fines de conjuración de los riesgos de fuga, obstrucción o reiteración delictiva para efectos de la protección de la comunidad y de las víctimas (C-730/2005, C-190/2006 y C-1198/2008). A estas exigencias, que aparecen en el orden de la reserva legal, debe añadirse que la legalidad de la privación de la libertad en el ordenamiento colombiano pasa por la exigencia de reserva judicial, es decir, la orden previa de un juez de garantías para proceder a la captura o el control de un juez posterior en casos de captura excepcional y el control posterior judicial para los casos de flagrancia. En estos casos interesa la legalidad del procedimiento y, por lo mismo, desde el punto de vista penal, se entiende que la legalidad de la captura por el cumplimiento estricto del debido proceso hace igualmente legal la privación de la libertad.

Ahora bien, en el contexto del proceso penal existen varias clases de privación de la libertad

que pueden generar responsabilidad estatal. Esta razón explica que tanto las autoridades judiciales como las autoridades de orden administrativo, especialmente la Policía Nacional y, en algunos otros eventos, las Fuerzas Militares, son titulares de la responsabilidad estatal. En tal sentido, las demandas que se generan contra el Estado pueden involucrar varias entidades pues los procedimientos de captura no se adelantan por cuenta de los jueces de la República sino por otras autoridades ya que las situaciones de detención preventiva involucran estrictamente a los fiscales y jueces de la República. Para claridad de este ensayo clasificamos las privaciones de la libertad conforme a la legislación procesal penal, de la siguiente forma:

1. Captura: casos en los que una autoridad judicial libra una orden de privación de la libertad para que una persona comparezca al proceso.
2. Captura en flagrancia: para nuestro caso, la aprehensión del infractor por las autoridades en el momento de la comisión delictiva.

Si la captura no se lleva a cabo con las exigencias de respeto a los derechos fundamentales y el debido proceso, existirá responsabilidad estatal.

El proceso penal combina la situación de captura y la privación de la libertad bajo el título de detención preventiva. Desde este punto de vista, las situaciones de privación con incidencia en el

contexto del derecho administrativo son:

1. Legal y justa, como sería el caso de una captura declarada legal que tiene como consecuencia la imposición de la medida de aseguramiento privativa de la libertad y la posterior condena del infractor. Este es el modelo que no genera responsabilidad estatal.
2. Ilegal: la que se presenta cuando la captura no se llevó a cabo con observancia de los requisitos legales y da origen a responsabilidad por funcionamiento defectuoso de los órganos estatales, como la Policía o el CTI. Esta situación genera responsabilidad estatal por falla del servicio.
3. Injusta: la que da origen a responsabilidad cuando la Fiscalía no es capaz de demostrar plenamente la responsabilidad penal del privado de la libertad. Esta actuación genera un daño antijurídico para quien la padece debido a que se configura uno de los títulos de imputación de responsabilidad estatal a título de falla del servicio o daño especial.
4. Legal e injusta: la que se presenta cuando los fiscales y jueces imponen la medida de aseguramiento con el cumplimiento estricto de los requisitos legales pero, en el curso del proceso el imputado, acusado o condenado, resulta absuelto.

Los títulos de imputación de responsabilidad a cargo del Estado

Para pretender una indemnización por privación injusta de la libertad se debe tener uno de los títulos que fundamentan la imputación al funcionamiento defectuoso del Estado. Hablamos de los ya conocidos regímenes de *falla del servicio presunta*, *falla de servicio probada*, *daño especial* y *riesgos excepcionales*. En el presente ensayo se abarcaran las categorías de daño especial y falla del servicio probada, las cuales corresponden a los títulos de imputación que son aplicables en el ámbito de la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad. Esto se debe a que las hipótesis de privación injusta usualmente corresponden a estos dos títulos de imputación.

En el caso de la falla del servicio se ha entendido tradicionalmente que se trata de una acción u omisión del Estado que consiste en el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la administración. Para los efectos de probar la responsabilidad estatal resulta necesario acreditar el nexo de causalidad entre la falla del servicio y el daño. El régimen de falla del servicio probada es un régimen subjetivo que examina el funcionamiento del *Sujeto Estado* como prestador de servicios a los ciudadanos y obliga al demandante a probar todos los supuestos que dan origen a la responsabilidad.

Entre estos supuestos está la falla del servicio y su generador (culpa, omisión, conducta imprudente, irregular, morosa).

Al lado de la falla del servicio encontramos la noción de daño especial entendido como el que causa el Estado por una acción u omisión que debe ser lícita (la acción u omisión debe ser lícita, pues si es ilícita encajaría en el régimen de falla del servicio), buscando el interés general. Algunos tratadistas también analizan este régimen con fundamento en el equilibrio de cargas públicas, lo cual significa que bajo el principio de igualdad existirán casos en los que la primacía del interés general impone a una persona una determinada carga más pesada que la que soporta el resto de los administrados, quienes se benefician o se beneficiarán de esa actuación lícita del Estado. La importancia de la teoría para el caso de la privación injusta de la libertad parte de la noción del proceso penal como una carga que deben tolerar los administrados por el servicio de la administración de justicia.

La diferencia de este régimen objetivo con la falla del servicio estriba en que en el daño especial no se examina la conducta del agente estatal y solo se debe probar que hubo una actuación u omisión del Estado en pro del interés general y que esa conducta ha causado un daño antijurídico. Para que se estructure la noción de daño especial resulta propicio demostrar que:

1. la afectación tiene un carácter anormal y grave,
2. la acción u omisión lícita del Estado deben basarse en el interés general y
3. debe existir un nexo de causalidad entre la acción u omisión lícita del Estado que busca el interés general y el daño anormal causado a la víctima.

Con las aclaraciones anteriores es necesario definir los supuestos que dan origen a la responsabilidad estatal por la privación injusta de la libertad. En efecto, si se reconoce que la aplicación estricta de las normas de procedimiento penal para detener preventivamente a quien es sometido al proceso penal no hacen que la privación de la libertad sea ilegal, pero sí hace que en determinados casos ella sea injusta, entonces debemos asumir que un proceso penal tramitado regularmente, pero con resultado absolutorio, torna lo legal en injusto. En tal sentido una prisión preventiva injusta aparece cobijada por la noción de daño antijurídico. En términos teóricos un daño se presenta cuando la víctima del mismo no está obligada a soportar

En términos teóricos un daño se presenta cuando la víctima del mismo no está obligada a soportar la lesión de un interés patrimonial garantizado por una norma jurídica

la lesión de un interés patrimonial garantizado por una norma jurídica (C-333/1996 y Consejo de Estado 8118/1995). El daño antijurídico requiere un detrimento o pérdida significativa de carácter material o inmaterial cuyo origen está en la actividad defectuosa del Estado.

Si bien el título de imputación por la privación injusta de la libertad es un tema que básicamente ha tratado el Derecho Administrativo, es de anotar que, en lo que se refiere a las cargas que debe soportar un ciudadano por la actividad de la administración de justicia, las discusiones en el mismo plano aparecen ligadas a la filosofía moderna del proceso penal. En efecto, si el proceso penal fundamenta las injerencias en derechos fundamentales como una necesidad ineludible para que el Estado cumpla sus funciones constitucionales —en este caso, la persecución y sanción del delito—, entonces se debe entender que el sujeto debe tolerar pasivamente los pasos penosos que impone el proceso penal a pesar del derecho fundamental a la presunción de ino-

En la evolución jurisprudencial reciente, el Consejo de Estado ha preferido el título de daño especial y con tal opción se entiende que se hace parte de un modelo que niega la tolerancia pasiva de los imputados en el proceso penal y prefiere una construcción ligada a la libertad como garantía constitucional prevaleciente

encia. Como lo expresaba Carnelutti, “el proceso penal no solo hace sufrir a los hombres porque son culpables, sino también para saber si son culpables o son inocentes” (Carnelutti 1959, 275). Pero lo cierto es que, de la tolerancia pasiva, el proceso penal ha dado paso a un modelo de resistencia activa que se fundamenta en el respeto absoluto de las garantías constitucionales. Esto implica un uso preferentemente racional de la detención preventiva, conforme a la cual la restricción de la libertad es absolutamente excepcional debido a que la teoría procesal no ha podido resolver la tensión entre la detención preventiva y la presunción de inocencia. Esta tensión expresa que el respeto al principio de inocencia implica que nadie debe estar penado sino hasta cuando se le demuestre su responsabilidad. No obstante, si a alguien que no está condenado se le impone una privación de la libertad preventiva, la misma, para efectos prácticos, se convierte una pena anticipada (Llobet R. 1997).

Justamente, en este punto cabe preguntarse si todos los ciudadanos deben tolerar pasivamente la administración de justicia penal con su injerencia en derechos fundamentales. Si la respuesta es positiva, únicamente existiría daño en los eventos de un funcionamiento defectuoso por falla del servicio que implique una actuación irregular del operador judicial debido a que el primer responsable por el debido proceso es el Estado y no el ciudadano. Pero como se observará más adelante, si los administra-

dos no tienen la obligación de soportar una carga tan penosa como la privación de la libertad por cuenta del proceso penal, el concepto de falla pasa a un segundo plano para afrontar la consideración de un daño especial.

En la evolución jurisprudencial reciente, el Consejo de Estado ha preferido el título de daño especial. Con tal opción se entiende que se hace parte de un modelo que niega la tolerancia pasiva de los imputados en el proceso penal y prefiere una construcción ligada a la libertad como garantía constitucional prevaleciente.

Marco legal de la responsabilidad estatal por la función judicial

El marco legal para la definición de la responsabilidad extracontractual del Estado por privación injusta de la libertad antes de la Constitución de 1991 no tenía un fundamento legal claro. Los decretos 1400 y 2019 de 1970 permitieron a la jurisprudencia del Consejo de Estado distinguir entre falla del servicio en su acepción tradicional de defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y el error jurisdiccional. Este último se tomaba como una actuación judicial constitutiva de una vía de hecho.

Con la expedición de la Constitución Política de 1991 el panorama se aclara. El artículo 90 de la Carta permite una fundamentación más acertada

pues la noción de daño conjuga el concepto de falla con el de actuación defectuosa de las “autoridades públicas”. Al respecto se puede afirmar que la Corte Constitucional, en reciente jurisprudencia, ha recogido el pensamiento del Consejo de Estado en lo que corresponde a la relación entre la actividad judicial y el derecho fundamental a la libertad cuando afirma:

El artículo 90 de la Carta de 1991 es también un eficaz catalizador de los **principios y valores que sirven de orientación política de nuestro Estado Social de Derecho** y que deben irradiar todo nuestro sistema jurídico, catálogo axiológico dentro del cual ocupa especial importancia la garantía de la libertad (preámbulo). Asimismo el artículo 90 sigue el hilo conductor de todo el ordenamiento democrático y liberal, que no puede ser otro que **la eficacia general de los derechos fundamentales**, los cuales vinculan a todas las manifestaciones del poder público, como enseña Locke y proclama en forma contundente la Carta Política al disponer que el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona (art. 5 *eiusdem*). En tales condiciones frente a cualquier **daño antijurídico** imputable a una autoridad pública con ocasión del ejercicio de uno de los llamados **derechos de libertad**, el

Estado deberá responder patrimonialmente, no solo porque así se infiere de una lectura insular del artículo 90 Constitucional, sino además porque se desprende de una lectura sistemática de la Carta”. (Consejo de Estado 16075/2008)

Con el advenimiento de la nueva Constitución y su sistema de administración de justicia fue necesaria la reforma del Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1991), el cual contempló para el régimen de libertad la cláusula de responsabilidad estatal por privación injusta en su artículo 414. La norma establece la posibilidad de imputar la responsabilidad al Estado por privación injusta cuando se le ha restringido la libertad a una persona a título de detención preventiva, que posteriormente haya sido exonerada por sentencia absolutoria o su equivalente, porque el hecho no existió, porque el sindicado no lo cometió o porque la conducta no constituía hecho punible. La única forma en que el Estado puede exonerarse de responsabilidad bajo estos supuestos es probando que la detención injusta se provocó por dolo o culpa grave de la víctima (Dueñas 2005).

Por otro lado, en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia se consagró la posibilidad de imputar responsabilidad al Estado por la actuación u omisión de sus funcionarios y empleados judiciales. Las normas señalan (artículos 65 al 70) que el

Estado responderá por tres causas:

1. El defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.
2. El error jurisdiccional.
3. La privación injusta de la libertad.

Las disposiciones pertinentes establecen:

Artículo 65. De la responsabilidad del Estado. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales.

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

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

Artículo 67. Presupuestos del error jurisdiccional. El error jurisdiccional se sujetará a los siguientes presupuestos:

1. El afectado deberá haber interpuesto los recursos de ley en los eventos previstos en

el artículo 70, excepto en los casos de privación de la libertad del imputado cuando ésta se produzca en virtud de una providencia judicial.

2. La providencia contentiva de error deberá estar en firme.

Artículo 68. Privación injusta de la libertad. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios.

Artículo 69. Defectuoso funcionamiento de la administración de justicia. Fuera de los casos previstos en los artículos 66 y 68 de esta ley, quien haya sufrido un daño antijurídico a consecuencia de la función jurisdiccional tendrá derecho a obtener la consiguiente reparación.

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

Un dato interesante es que la Corte Constitucional expuso el criterio antes mencionado en la sentencia C-037/1996, al revisar la constitucionalidad de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. Entonces, en relación con la privación injusta de la libertad, señaló el alcance del término

“injusto” referido a dicha medida indicando que “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” con el objeto de que en cada caso en particular se realice un “análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención”.

Línea jurisprudencial del Consejo de Estado relativa a la privación injusta de la libertad

Modelo restrictivo

Con fundamento en las normas citadas en el acápite anterior, una línea jurisprudencial hubiese podido hacer un trazado claro desde la expedición de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia pues allí se configuran claramente los desarrollos del artículo 90 de la Constitución Nacional, tal como en su tiempo los trató el Código de Procedimiento Penal. En otras palabras, la norma sobre privación injusta de la libertad podía dar claros presupuestos sobre la situación de un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, o falla, como los casos en los que un ciudadano privado de la libertad alcanzaba decisión

final de su caso por prescripción debido a la mora del aparato judicial. En igual sentido, las normas citadas permitían un tratamiento adecuado para las situaciones de error judicial en los eventos en los que una equivocación en la aplicación legal o una valoración errónea de las pruebas para dictar medida de aseguramiento generaban una privación no justificada. En este contexto, el primer enfoque de la jurisprudencia del Consejo de Estado optó por la noción de falla del servicio o responsabilidad subjetiva por la actuación irregular de ciertas autoridades frente al derecho a la libertad (Policía, Ejército, cuerpos de seguridad, etc.) que vinculaban una actuación de autoridad con un resultado lesivo por error o por arbitrariedad (Consejo de Estado 9734/1994).

En la misma línea, la doctrina coincide en el hecho de que una interpretación plausible sobre la privación injusta de la libertad podía tener su fuente en el error judicial debido a las falencias en la aplicación de la ley o una equivocada valoración probatoria (Orejuela Pérez 2009). El mismo Consejo de Estado, en su jurisprudencia temprana del año 1992, llamó la atención sobre situaciones “injurídicas (sic) y ostensiblemente contrarias a la ley” que le permitieron hablar de un error conceptual como fundamento de responsabilidad por privación injusta de la libertad (Consejo de Estado 7058/1992).

Esta forma de interpretar los textos legales

para encontrar un modelo de responsabilidad adecuado en los temas de privación injusta se da según los intérpretes por la renuencia a declarar las situaciones de error judicial antes de la Constitución del 91 y la necesidad de definir los soportes claros de responsabilidad conforme al artículo 90 de la Carta.

Desde estas dos tendencias anotadas tenemos entonces que los casos de privación injusta de la libertad permitirían la búsqueda de un título de imputación por una de las dos teorías que tradicionalmente se venían aplicando hasta antes de la Constitución del 91: la teoría de la responsabilidad subjetiva, que ha descansado en la culpa, y la teoría de la responsabilidad objetiva, que implica una valoración del resultado como generador de responsabilidad, sin consideración a la actividad o inactividad del agente.

Como lo anotamos anteriormente, los autores consultados para este trabajo coinciden en señalar que el primer enfoque de la jurisprudencia prefirió el concepto de responsabilidad subjetiva a título de falla del servicio siguiendo los dictados tradicionales de la jurisprudencia anterior a la Constitución del 91 (Dueñas 2005, 232ss; Orejuela Pérez 2009, 83). Por esto el exconsejero Ricardo Hoyos critica esta acepción de la siguiente manera:

El Consejo de Estado confunde el error judicial y el funcionamiento defectuoso de la

administración de justicia con la privación injusta de la libertad.

En lo que podría llamarse una primera etapa, la Corporación sometió la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad a los presupuestos subjetivos del error judicial en el entendido de que esta noción es el género y aquella es la especie.

El alto tribunal exige una conducta fallida de la administración de justicia y la presencia de una decisión judicial abiertamente contraria a derecho como requisitos necesarios para que surgiera la responsabilidad patrimonial del Estado por prisión provisional injusta, apreciación, a nuestro juicio, equivocada, en consideración a que el concepto de responsabilidad por privación injusta de la libertad se configura por el sobreseimiento posterior del detenido en los supuestos contemplados en el Art. 414 del Decreto 2700 de 1991, y no por el enjuiciamiento de legalidad de la medida de aseguramiento (detención preventiva). (Hoyos Duque 2006. Ver Rodríguez Villamizar 2003, 107)

Como puede observarse, el hecho de que la redacción del artículo 414 del antiguo Código Procesal Penal definiera expresamente causales de privación injusta generó una interpretación que pretendía dejar atrás la noción de falla del servicio. Esto es así aunque existan casos en los que resulta

evidente que los defectos de funcionamiento de la administración de justicia o de las autoridades con competencia para la afectación del derecho a la libertad permiten encuadrar la situación de facto en una verdadera falla del servicio o error judicial.

El pensamiento de este enfoque se puede resumir con estas palabras del Consejo de Estado:

En relación con la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad prevista en el artículo 414 del decreto 2700 de 1991, la jurisprudencia de la Sección Tercera consideró inicialmente que no bastaba con que el proceso terminara con decisión absolutoria, en virtud de uno de los tres supuestos previstos en la norma, para conceder el derecho a la indemnización en forma automática, sino que era necesario acreditar el error o la ilegalidad de la providencia que dispuso la detención, dado que “la investigación de un delito, cuando medien indicios serios contra la persona sindicada, es una carga que todas las personas deben soportar por igual y la absolución final que puedan éstas obtener no prueba, per se, que hubo algo indebido en la retención”. (Consejo de Estado 14740/2005)

Hasta aquí, la acepción que manejaba el Consejo de Estado no se separa de un régimen subjetivo con fundamento en el concepto de falla del servicio

que pruebe error o ilegalidad de la providencia, y además la carga de tolerancia pasiva del investigado frente al proceso penal. Pero en la misma providencia se recoge la posición contraria, que entiende que la responsabilidad debe ser objetiva al afirmar:

En decisiones posteriores se consideró, en cambio, que en tales eventos y por disposición legal se estaba en presencia de una detención injusta, con abstracción de la conducta o de las providencias dictadas por las autoridades encargadas de administrar justicia y que, por lo tanto, surgía para el Estado la obligación de reparar los perjuicios causados con la misma. (Consejo de Estado 7058/1992)

En conclusión, el primer enfoque del Consejo de Estado se amparó en la falla del servicio siguiendo los dictados tradicionales del daño con fundamento en el deber ciudadano de soportar las cargas propias del servicio de la administración de justicia. Este último aspecto sería compatible con la noción de tolerancia pasiva de los sujetos sometidos al proceso penal. En un segundo momento, la jurisprudencia opta por el modelo de responsabilidad objetiva (daño especial), que se ampara en el hecho de que la carga de la privación de la libertad, aunque resulte legal y justificada en el proceso penal, no debe ser soportada por el ciudadano.

Régimen amplio de daño especial

El Consejo de Estado, en la mayoría de las sentencias analizadas para este trabajo, imputa la responsabilidad extracontractual por privación injusta de la libertad bajo los supuestos del Decreto 2700 de 1991 artículo 414. Como se mencionó anteriormente, esta norma establece un régimen de imputación objetiva según el cual el Estado responderá en todos los casos en los que haya privado de la libertad a una persona que posteriormente resulte exonerada en virtud de una sentencia absolutoria o su equivalente, bien porque no cometió el hecho, porque el hecho no existió o porque no constituía delito. Incluso, el Consejo de Estado, en su jurisprudencia, ha ampliado las hipótesis de esta norma para establecer que el Estado será responsable en los casos de absolución por *in dubio pro reo*.

Se debe tener en cuenta que, dentro de esta línea jurisprudencial, los casos particulares muestran que las medidas de detención preventiva injustas conservan el carácter de legalidad que se les atribuyó por cuenta de fiscales y jueces en el momento del proceso penal. En otras palabras, es cierto que para la jurisdicción contenciosa la legalidad de la medida no se enjuicia por las categorías penales que lo permiten sino por el resultado de todo el proceso. Si se cuestionara la medida, lo propio sería definir una situación de falla del ser-

vicio debido a que no se impuso la restricción de la libertad con el lleno de los requisitos legales o, lo que es lo mismo, con vulneración fundamental del debido proceso. Pero lo que en el régimen objetivo hace la medida “injusta” es la absolución posterior de la víctima, lo que prueba la antijuridicidad del daño causado.

Ahora bien, la jurisprudencia considera en este régimen objetivo que el generador de la privación injusta está profundamente relacionado con aspectos que trascienden el marco legal del artículo 414 del Código de Procedimiento Penal. Así, por ejemplo, en la sentencia del Consejo de Estado 15348 de 2005, se afirma:

En síntesis, considera la Sala que quien haya sido privado de la libertad de manera preventiva y absuelto en sentencia ejecutoriada o en providencia que disponga la terminación del proceso, tiene derecho a la indemnización de perjuicios que la medida le haya causado, siempre que ésta haya sido injusta, calificación que puede provenir, entre otros eventos, de cuando la medida se profirió desatendiendo las disposiciones que sobre la materia establece la ley o cuando el proceso termine con absolución o su equivalente, porque el hecho no existió, o el sindicado no lo cometió, o el hecho no era constitutivo de delito; o haya sido irrazonable porque el juicio sobre su procedencia según

Lo que en el régimen objetivo hace la medida “injusta” es la absolución posterior de la víctima, lo que prueba la antijuridicidad del daño causado

los parámetros de la ley no correspondan con la prueba que obraba en el proceso penal; o injustificada porque aunque se hubiera profirido inicialmente conforme a los parámetros legales, excedió el plazo razonable; o sea desproporcionada su duración en consideración al delito de que se trate; o porque, de acuerdo con las circunstancias específicas del asunto, al margen de la licitud o ilicitud de la decisión que le sirvió de fundamento, el particular que fue objeto de la medida privativa de la libertad no estaba en el deber jurídico de soportarla, conforme se hace evidente como consecuencia de una decisión definitiva de carácter absoluto. En cada caso corresponderá al actor demostrar la injusticia, ilegalidad o irrazonabilidad de la medida.

Como se observa, en esta providencia de la Sección Tercera se introducen otros conceptos tales como la razonabilidad de la medida fundamentada en la prueba allegada o la proporcionalidad de la medida de conformidad con los derechos en juego, aspectos que provienen realmente del marco constitucional. La anterior decisión deja en

La noción de privación injusta relacionada exclusivamente con las categorías de exención de responsabilidad penal, como lo pretendía el Código Procesal Penal del 91, era corta frente al entramado constitucional que soporta la libertad como un derecho fundamental

claro que la noción de privación injusta relacionada exclusivamente con las categorías de exención de responsabilidad penal, como lo pretendía el Código Procesal Penal del 91, era corta frente al entramado constitucional que soporta la libertad como un derecho fundamental. De ahí resulta comprensible y positivo que aspectos como la proporcionalidad o la razonabilidad de la medida, que fueron alimentando la discusión de estos veinte años sobre la afectación de los derechos fundamentales en el proceso penal, hayan sido incorporados en la jurisprudencia del Consejo de Estado. En todo caso, estos mismos aspectos generan una discusión sobre el título de imputación acertado para responsabilidad estatal de las nuevas categorías, como la proporcionalidad o la razonabilidad, debido a que un mal ejercicio de proporcionalidad básicamente es un error judicial. Igualmente una evaluación probatoria defectuosa parte en principio de la responsabilidad de los operadores judiciales para la afectación del derecho a la libertad.

El problema anterior obliga a reparar en estos conceptos que integra el Consejo de Estado en

su jurisprudencia. Si bien la hermenéutica constitucional, para efectos de reparación, interpreta restrictivamente el artículo 90 de la Constitución respecto de la noción de privación injusta proveniente de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, lo cierto es que la misma interpretación constitucional sobre el derecho fundamental a la libertad hace legítima esta extensión más allá de las nociones de indemnización. El problema realmente corresponde a la valoración de un derecho fundamental como la libertad o la presunción de inocencia frente a la funcionalidad que se le permite al Estado para adelantar un proceso penal. En tal sentido, si se observan las discusiones jurisprudenciales recientes, es fácil advertir que la línea doctrinal del Consejo de Estado se orienta a exigir la máxima diligencia de las autoridades públicas en la afectación de derechos individuales constitucionales. Por ende, si la exigencia probatoria para proceder a una detención preventiva es la evaluación correcta y acertada de “indicios” o la obtención de prueba lícita, no debe resultar extraño que el Consejo de Estado extienda sus análisis hasta estas consideraciones que son propias del proceso penal.

En igual sentido, la jurisprudencia va asumiendo otros criterios para definir la indemnización por privación injusta que ya no tienen que ver con las discusiones constitucionales sino con los presupuestos para adelantar el proceso penal. La noción de responsabilidad objetiva también se extiende a

la prescripción de la conducta y otras violaciones del debido proceso. Un ejemplo de lo anterior es la imposición de medida de aseguramiento en delitos para los que no procede la restricción o cuando se impone por un delito que requiere querrela y se adelanta de oficio, como se observa en la providencia 16075 de marzo de 2008:

En decisiones posteriores se consideró, en cambio, que en tales eventos y por disposición legal se estaba en presencia de una detención injusta, con abstracción de la conducta o de las providencias dictadas por las autoridades encargadas de administrar justicia y que, por lo tanto, surgía para el Estado la obligación de reparar los perjuicios causados con la misma. (...)

En sentencia del 14 de marzo de 2002, agregó la Sala que no solo los supuestos del artículo 414 del Código de Procedimiento Penal constituyen detención injusta, pues también debe considerarse como tal la “detención por delitos cuya acción se encuentre prescrita; detención por un delito que la legislación lo sustrae de tal medida de aseguramiento; detención en un proceso promovido de oficio, cuando el respectivo delito exige querrela de parte para el ejercicio de la acción penal, etc.”. (Consejo de Estado 15138/2006)

No sobra anotar que el propio Consejo de Es-

tado, en varias de sus decisiones, asume que esta extensión resulta justificada más allá de los textos legales debido a que la interpretación sistemática de la Carta lo permite en una acepción de garantía de los derechos fundamentales por parte de los jueces de la República en su función de interpretación. La siguiente cita ilustra esa justificación, cuando se afirma:

El artículo 414 del CPP vigente para la época en que se tramitó el proceso (2700 de 1991) en contra del señor Delgado Cruz, disponía:

“Artículo 414. Indemnización por privación injusta de la libertad. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios. Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave”.

La claridad de los términos consignados en este artículo, impide al juzgador extender la norma legal a casos no comprendidos en ella, como que la norma tan solo alude a eventos de privación injusta de la libertad, como aquellos derivados de la efectiva detención del sindicado.

Sin embargo, lo cierto es que desde una perspectiva garantista —como es y ha sido siempre la que ilumina los juicios de responsabilidad extracontractual de la Administración— se impone al juez velar, desde una óptica reparatoria, por **los derechos de libertad** en todas y cada una de sus ricas y múltiples facetas y no solo bajo el concepto, importantísimo pero limitado, de la privación intramural.

Así las cosas, corresponde al juzgador de la Administración formular —a golpe de sentencias y en consonancia con múltiples textos constitucionales que contienen distintas manifestaciones de la libertad— soluciones pretorianas, como son de ordinario las decisiones en sede de reparación directa en consideración a la ausencia de regulaciones legales, siempre que se reúnan todos y cada uno de los presupuestos para imputar responsabilidad a la Administración, y que se constituyen —como en efecto lo han constituido— por largos años, mucho antes de la Carta de 1991, en **la mejor garantía ciudadana** parafraseando a Uribe Uribe. Solo así será posible dar una genuina aplicación al artículo 90 Constitucional, como **instrumento de garantía** de otros textos constitucionales, en particular **de la Carta de Derechos**.

En efecto, cuando el artículo 90 Superior prescribe que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le

sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, establece sin ambages la obligación reparatoria a cargo de la Administración Pública, bien en eventos derivados del negocio jurídico (responsabilidad contractual), ora por supuestos de responsabilidad extracontractual. Como se advierte de su tenor literal, el eje de la responsabilidad estatal gravita según la Carta de 1991 en torno a la noción de **daño antijurídico**, entendido éste como aquel que la víctima no debe soportar, independientemente de si el proceder (por acción u omisión) del agente estatal sea lícito o no. (Consejo de Estado 16075/2008)

En un recuento histórico acerca de la responsabilidad objetiva en las sentencias en las cuales se condena al Estado por privación injusta de la libertad, bajo los supuestos del artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, una decisión emblemática resume la línea jurisprudencial de la siguiente forma:

Con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 270 de 1996, la responsabilidad del Estado derivada de la privación de la libertad de las personas fue abordada por la jurisprudencia con fundamento en lo dispuesto por el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal (Decreto Ley 2700 de 1991, expedido por el

Presidente de la República en uso de facultades extraordinarias, el cual rigió entre el 1 de julio de 1992 y el 23 de julio de 2001), ya derogado, en cuya aplicación la Sala no mantuvo un criterio uniforme.

Una primera línea jurisprudencial podría calificarse de restrictiva, bajo el entendido de que la responsabilidad del Estado, por la privación injusta de la libertad de las personas, se fundamentaba en el error judicial, que se produciría como consecuencia de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, previa valoración, seria y razonable, de las distintas circunstancias del caso. En ese sentido, se dijo que la responsabilidad del Estado subyace como consecuencia de un error ostensible del juez que causa perjuicios a sus coasociados (Consejo de Estado 7058/1992). Posteriormente, se indicó que la investigación de un delito cuando medien indicios serios contra una persona sindicada de haberlo cometido, es una carga que todas las personas deben soportar por igual, de manera que la absolución final no es indicativa de que hubo algo indebido en la detención (Consejo de Estado 8666/1994).

Una segunda línea entendió que en los tres eventos previstos en el artículo 414 del C.P.P. —absolución cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba

tipificada como punible—, la responsabilidad es objetiva, por lo que resulta irrelevante el estudio de la conducta del juez para tratar de definir si éste incurrió en dolo o culpa (Consejo de Estado 9391/1994). Se consideró, además, que en tales eventos la ley presume que se presenta una privación injusta de la libertad, pero que en aquellos casos no subsumibles en tales hipótesis normativas, se exigiría al demandante acreditar el error jurisdiccional derivado no sólo del carácter “injusto” sino “injustificado” de la detención (Consejo de Estado 10056/1995).

En ese orden, se sostuvo que el artículo 414 del derogado Código de Procedimiento Penal contenía dos preceptos (Rodríguez Villamizar 2003, 107). El primero, previsto en su parte inicial, señalaba que: “quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios”, disposición que vendría a constituir una suerte de cláusula general de responsabilidad del Estado por el hecho de la privación injusta de la libertad, la cual requiere su demostración bien por error o ilegalidad de la detención. La segunda parte de la disposición, en cambio, tipificaría los tres supuestos —absolución cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible—, los cuales, una vez acreditados, darían lugar a la aplicación de un régimen de responsabi-

lidad objetiva, evento en el que no es menester demostrar la ocurrencia de error judicial o de ilegalidad en la adopción de la medida privativa de la libertad. Una tercera tendencia jurisprudencial morigeró el criterio absoluto conforme al cual la privación de la libertad es una carga que todas las personas deben soportar por igual, que implicaba imponer a los ciudadanos una carga desproporcionada, al tiempo que amplió, en casos concretos, el espectro de responsabilidad por privación injusta de la libertad, fuera de los tres supuestos de la segunda parte del artículo 414 del citado Código y, concretamente, a los eventos en que el sindicado fuese absuelto en aplicación del principio universal del *in dubio pro reo* (Consejo de Estado 11754/1997).

En la actualidad, y para aquellos casos en los cuales resulta aplicable la disposición en comentario, por haberse configurado la privación de la libertad de una persona durante su vigencia, la Sala ha venido acogiendo el criterio objetivo, con fundamento en que, en los eventos señalados en la segunda parte del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, la responsabilidad del Estado se configura cuando se ha causado un daño antijurídico, por la privación de la libertad de una persona a quien se le precluye la investigación o es absuelta porque nada tuvo que ver con el delito investigado, sin que

resulte relevante, generalmente, cualificar la conducta o las providencias de las autoridades encargadas de administrar justicia. (Consejo de Estado 17117/2009)

En suma, la línea que los expertos llaman “restrictiva”, asumió que la decisión judicial sobre privación de la libertad guarda plena relación con las acciones propias del proceso penal, de manera que solamente existía deber de reparar la “falla del servicio judicial”.

La segunda línea jurisprudencial estableció que la responsabilidad por privación de la libertad tenía su base legal regulada en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal. Desde este punto de vista, la responsabilidad resultaba objetiva siempre que se demostrara alguna de las tres causales ya anotadas. Si el afectado no podía encuadrar la privación injusta en una de las causales era procedente demostrar la ocurrencia de error jurisdiccional (Consejo de Estado 15498/2007).

La responsabilidad objetiva derivada de las causales establecidas en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal permite a la jurisprudencia combinar dos presupuestos: el supuesto de responsabilidad general por privación injusta, que amerita su demostración bien por error o ilegalidad de la detención, y el supuesto de las tres causales (absolución cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como

punible), que, probadas, daban lugar a la aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva o, lo que es igual, no era menester demostrar la ocurrencia de error judicial o de ilegalidad en la adopción de la medida privativa de la libertad.

Finalmente, la última tendencia, que puede calificarse como “amplia”, ha señalado que la responsabilidad por privación injusta de la libertad va más allá de los tres supuestos normativos del mencionado artículo 414, por lo que la obligación de reparación surge aun en eventos en los que el sindicado ha sido absuelto en aplicación del principio de *in dubio pro reo* pues, si bien es cierto que el Estado tiene el deber jurídico de investigar, el ciudadano no tiene la obligación jurídica de soportar la privación de la libertad, que es uno de los derechos de mayor protección en el Estado Social de Derecho. La última tesis ha sido explicada por el Consejo de Estado, en los siguientes términos:

Esta Corporación ha sostenido que a los asociados corresponde soportar la carga pública que implica participar, por voluntad de la autoridad, en una investigación. Sin embargo, ahora la Sala considera oportuno recoger expresiones en virtud de las cuales algunos sectores de la comunidad jurídica han llegado a sostener, sin matiz alguno, que el verse privado de la libertad ocasionalmente es una carga pública que los ciudadanos deben soportar con

La tendencia que puede calificarse como “amplia” ha señalado que la responsabilidad por privación injusta de la libertad va más allá de los tres supuestos normativos del artículo 414, por lo que la obligación de reparación surge aun en eventos en los que el sindicado ha sido absuelto en aplicación del principio de *in dubio pro reo*

estoicismo. Definitivamente no puede ser así. Lo cierto es que cualquiera que sea la escala de valores que individualmente se defienda, la libertad personal ocupa un lugar de primer orden en una sociedad que se precie de ser justa y democrática. Por consiguiente, mal puede afirmarse que experimentar la pérdida de un ingrediente fundamental para la realización de todo proyecto de vida, pueda considerarse como una carga pública normal, inherente al hecho de vivir dentro de una comunidad jurídicamente organizada y a la circunstancia de ser un sujeto solidario. Si se quiere ser coherente con el postulado de acuerdo con el cual, en un Estado Social y Democrático de Derecho la persona junto con todo lo que a ella es inherente ocupa un lugar central, es la razón de la existencia de aquél y a su servicio se hallan todas las instituciones que se integran en el aparato estatal, carece de asidero jurídico sostener que los individuos deban soportar toda suerte de sacrificios, sin compensación alguna,

por la única razón de que resultan necesarios para posibilitar el adecuado ejercicio de sus funciones por las autoridades públicas. La afirmación contraria solo es posible en el seno de una organización estatal en la que la persona, con todos sus atributos y calidades, deviene instrumento, sacrificable, reductible y prescindible, siempre que ello se estime necesario en aras de lograr lo que conviene al Estado, es decir, en un modelo de convivencia en el que la prevalencia de un —desde esta perspectiva, mal entendido— interés general, puede justificar el desproporcionado sacrificio del interés particular —incluida la esfera de derechos fundamentales del individuo— sin ningún tipo de compensación. Y es que si bien es cierto que en el ordenamiento jurídico colombiano la prevalencia del interés general constituye uno de los principios fundantes del Estado —a veces del artículo 1º in fine de la Constitución Política—, no lo es menos que el artículo 2º de la propia Carta eleva a la categoría de fin esencial de la organización estatal la protección de todas las personas residentes en Colombia en sus derechos y libertades. Ello implica que la procura o la materialización del interés general no puede llevarse a cabo avasallando inopinada e irrestrictamente las libertades individuales, pues en la medida en que la salvaguarda de éstas forma parte, igualmente, del contenido

teleológico esencial con el que la Norma Fundamental programa y limita la actividad de los distintos órganos del Estado, esa protección de los derechos y libertades también acaba por convertirse en parte del interés general. (...) Entre las consideraciones acerca de la naturaleza del daño antijurídico se ha sostenido que, en cada caso, ha de corresponder al juez determinar si el daño va más allá de lo que, normalmente y sin compensación alguna, debe soportar una persona por el hecho de vivir en una comunidad jurídicamente organizada y comportarse como un sujeto solidario. En ese orden de ideas, no pocas veces se ha concluido que constituye daño antijurídico aquel que se experimenta en el ámbito puramente material, por vía de ejemplo, cuando se devalúa un bien inmueble por la proximidad de un puente vehicular que ha sido construido y puesto en funcionamiento para el bienestar de toda la colectividad.

No se entiende entonces con apoyo en qué tipo de argumento no habría de ser catalogado como igualmente antijurídico el daño que sufre quien se ve privado de la libertad —como en el presente caso— durante cerca de dos años y acaba siendo absuelto mediante sentencia judicial. Ciertamente resulta difícil aceptar que, con el fin de satisfacer las necesidades del sistema penal, deba una persona inocente

soportar dos años en prisión y que sea posible aducirle, válidamente, que lo ocurrido es una cuestión “normal”, inherente al hecho de ser un buen ciudadano y que su padecimiento no va más allá de lo que es habitualmente exigible a todo individuo, como carga pública derivada del hecho de vivir en sociedad... (Consejo de Estado 13168/2006)

Otros supuestos de calificación de la privación injusta que dan lugar a la responsabilidad estatal

Como uno de los objetivos de este trabajo corresponde a la identificación de las prácticas judiciales que dan origen a la responsabilidad estatal en los casos de privación injusta, no basta con agotar los supuestos contenidos en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, ya señalados. Debemos anotar otras circunstancias, observadas por el Consejo de Estado, bajo las cuales se puede configurar la privación injusta de la libertad. De este modo se tienen, a manera ilustrativa, las siguientes hipótesis:

1. Carencia de pruebas para la imposición, demostradas al final del proceso.
2. No haber demostrado dolo en el comportamiento, lo que da origen a exclusión de responsabilidad.
3. Defectos insalvables de la investigación, como

por ejemplo no dar aplicación al principio de investigación integral (Consejo de Estado 15537/2006, 15626/2006).

En estos eventos, que se encuentran por fuera del régimen del artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, el Consejo de Estado es exigente en el sentido de que el actor debe demostrar lo injustificado, irrazonable o desproporcionado de la medida privativa de la libertad, lo que implica que en algunos casos se definan de nuevo los soportes de falla del servicio o error judicial.

Otro aspecto del mismo talante se da en materia de revocatoria de la medida de aseguramiento. La revocatoria es una institución que permite variar la situación de privación de la libertad por el desaparecimiento de los eventos que permitieron la restricción o la aparición de hechos, pruebas o circunstancias nuevas que no permiten soportar al operador judicial la tesis de restricción inicial. En este sentido resulta obvio que la medida de aseguramiento revocada también da origen a responsabilidad estatal por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia frente al derecho a la libertad. El argumento que soporta esta postura es el siguiente:

En el estado actual de la jurisprudencia no se discute el carácter objetivo de la responsabilidad estatal cuando la sentencia deviene

absolutoria en los casos previstos en el art. 414 del Decreto 2700 de 1991, esto es, cuando el afectado con la medida no tiene que soportar la privación de la libertad, porque (i) el hecho delictivo no existió, (ii) el encartado no lo cometió y/o (iii) la conducta no es típica.

En este mismo sentido, en la Sección no ha habido resistencia para concebir objetiva la responsabilidad estatal en los casos antes referidos, inclusive, en vigencia de la Ley 270 de 1996, no como aplicación ultra activa del referido Decreto 2700, sino de los supuestos previstos en él, a la luz del art. 90 constitucional. (Consejo de Estado 20569/2011)

En esta misma línea aparecen los casos en los que las personas privadas de libertad tenían derecho al beneficio de excarcelación y el juez penal no lo otorga con fundamento en una apreciación subjetiva, que en realidad corresponde a un error judicial, como lo expresa la siguiente cita jurisprudencia:

Esto significa que en vigencia del artículo 415 del decreto 2700 de 1991, las personas contra las que se profiriera medida de aseguramiento de detención preventiva y no se encontraran dentro de los supuestos previstos en el artículo 417 *ibídem* tenían derecho a gozar de la libertad provisional cuando la pena im-

ponible fuera de arresto o no excediera de tres años de prisión. Para la concesión del beneficio bastaba al funcionario instructor realizar una tasación provisional de la pena, de acuerdo con las pruebas que obraran en ese momento en el proceso, pero no podía entrar a analizar el aspecto subjetivo establecido en la ley para otorgar el beneficio. Es decir, se les negó el beneficio por razones de orden subjetivo, contra expresa prohibición legal. Por lo tanto, la privación efectiva de su libertad fue por este aspecto igualmente injusta. Fuente Formal: decreto 2700 de 1991, numeral 1 del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal. Artículo 68 del Código Penal (modificado por el artículo 10 del decreto 141 de 1980). (Consejo de Estado 15138/2006)

Existen sentencias en las que el Consejo de Estado impone cargas a los demandantes para aplicar esta tesis tan amplia y vuelve a un modelo restrictivo que combina la falla del servicio y los supuestos del 414 del Código de Procedimiento Penal, con los de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. Así, por ejemplo, la decisión siguiente afirma:

En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva (...)

Así el artículo 68 de la ley 270 no consagra más supuestos, aquellos no contemplados son aplicables cuando se produce un daño antijurídico, como en el evento en el que el ciudadano se ve sometido a una medida de aseguramiento consistente en la detención preventiva en virtud de la cual se priva de su derecho a la libertad, que posteriormente es revocada al concluirse que los elementos fácticos por los que fue investigado no permiten encontrar que constituyeron un delito alguno, supuesto que ya estaba previsto en el artículo 414 del decreto ley 2700 de 1991, pues el fundamento se radica en que la actuación judicial por medio de la cual se impuso la medida de aseguramiento compromete la responsabilidad de la administración de justicia, específicamente por haber causado un daño antijurídico consistente en la privación injusta de la libertad, lo que debe ser objeto de reparación en cabeza de la autoridad que produjo la misma (sic).

No siempre puede esperarse encajar la responsabilidad de la administración de justicia en el evento de privación de la libertad cuando la medida de aseguramiento consistente en detención se produzca por ser contraria a derecho (pese a su carácter sustancial), porque en la mayoría de los casos esta se encontrará conforme a la legalidad en la que se fundamenta, por lo que habrá que indagar si producido el

daño antijurídico este se reputa de la decisión bien porque no hay elementos fácticos para determinar la existencia del hecho punible, o en otros eventos porque no existe prueba o esta permita inferir la duda a favor del sindicado o imputado, de tal manera que obre una valoración del *in dubio pro reo*. (Consejo de Estado 26679/2011)

Si bien el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal ha sido esencial en esta interpretación, lo cierto es que, cuando existen eventos de privación que no resultan cobijados por las tres causales ya anotadas, el régimen amplio se fundamenta en la interpretación extensiva del artículo 68 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. En efecto, la norma del Código Procesal Penal de 1991 recogió un fundamento de indemnización acorde con una interpretación sistemática que vinculaba la Constitución y el proceso penal. Pero con la aparición de la Ley 270 de 1996 la responsabilidad del Estado por sus agentes judiciales busca acoplarse igualmente en estas hipótesis (Consejo de Estado 16902/2008, 20749/2011). Ejemplo de este razonamiento que contempla la tesis amplia, es lo siguiente:

Artículo 68 de la ley 270 de 1996:

“Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado repara-

ción de perjuicios”

La Sala ha considerado que su interpretación no se agota en la posibilidad de declarar la responsabilidad del Estado por detención injusta, cuando ésta sea ilegal o arbitraria. En jurisprudencia reciente, se ha determinado que las hipótesis de responsabilidad objetiva, también por detención injusta, contempladas en el derogado artículo 414 del decreto 2700 de 1991, mantienen vigencia para resolver, de la misma forma, la responsabilidad del Estado derivada de privaciones de la libertad en las cuales se haya arribado a cualquiera de los tres supuestos a los que hacía referencia la citada disposición. Es decir, que después de la entrada en vigencia de la ley 270 de 1996, cuando una persona privada de la libertad sea absuelta “porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible”, se configura un evento de detención injusta. A las hipótesis citadas se les ha agregado el evento de absolución en aplicación del *in dubio pro reo*. Lo enunciado, con fundamento en la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, prevista en el artículo 90 de la Constitución Política.

En efecto, la privación de la libertad, en estos casos, puede y debe darse con pleno acatamiento de las exigencias legales, pero, a la postre, si se dicta una decisión absolutoria,

El modelo que propicia la Corte Constitucional sobre responsabilidad del Estado por privación injusta combina tres variables: una falla del servicio de la administración de justicia, un resultado lesivo frente a la libertad de un ciudadano y una valoración de la justificación de la medida de privación en el momento en que se impuso

por cualquiera de los supuestos ya citados o por duda, se trataría de una decisión legal que pone en evidencia que la medida inicial fue equivocada. El fundamento de la indemnización, entonces, no sería la ilegalidad de la conducta, por lo que debe preguntarse si el hecho de la privación de la libertad, en esas circunstancias, da lugar o no a un perjuicio indemnizable, es decir, si se ha configurado un daño antijurídico.

Como se dijo, la Corte Constitucional, en el control previo de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia anotó una especie de interpretación restrictiva que el Consejo de Estado superó con nociones amplias desde el año 2008; la Corte Constitucional entendió que el término “injustamente” se refería a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales. Puede hablarse de que el modelo que propicia la Corte Constitucional sobre responsabilidad del Estado por privación injusta combina tres varia-

bles: una falla del servicio de la administración de justicia, un resultado lesivo frente a la libertad de un ciudadano y una valoración de la justificación de la medida de privación en el momento en que se impuso. En tal sentido afirma la Corte Constitucional, en el control previo del artículo 68 de la Ley 270 de 1996:

Este artículo, en principio, no merece objeción alguna, pues su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 60, 28, 29 y 90 de la Carta. Con todo, conviene aclarar que el término “injustamente” se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria. Si ello no fuese así, entonces se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y considerase en forma subjetiva, aun de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados. Por el contrario, la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de la responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia, debe contemplarse

dentro de los parámetros fijados y teniendo siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención.

A pesar del entendimiento que la Corte Constitucional ha hecho de este artículo, vale decir que la medida privativa de la libertad debe ser injusta e injustificada para que el Estado se considere responsable, el Consejo de Estado opina lo contrario:

Para concretar el alcance del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 resulta imperioso conectarlo con el enunciado normativo contenido en el artículo 65 *ibídem*, de acuerdo con el cual “el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales”, norma que no introduce limitación o condicionamiento alguno encaminado a impedir el juzgamiento o la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado como consecuencia de la actividad de la Administración de Justicia, distinto de la causación de un daño antijurídico. No podía preverlo, por lo demás, como quiera que con ello conculcaría la regulación efectuada por el artículo 90 de la Carta, que igualmente constituye el concepto de “daño antijurídico” en el elemento central cuya concurrencia debe evidenciarse

para que proceda el reconocimiento de la responsabilidad estatal —siempre, claro está, que ese daño pueda imputarse jurídicamente a una autoridad pública—.

Como corolario de lo anterior, ha de entenderse que la hipótesis precisada por el artículo 68 de la Ley 270 de 1996 referida a la calificación de injusta de la privación de la libertad y el alcance que la Corte Constitucional le ha dado a la norma no excluye la posibilidad de que tenga lugar el reconocimiento de otros casos en los cuales el Estado deba ser declarado responsable por el hecho de haber dispuesto la privación de la libertad de un individuo dentro del curso de una investigación penal, siempre que en ellos se haya producido un daño antijurídico en los términos del artículo 90 de la Constitución Política.

Tal es la interpretación a la que conducen no solo las incuestionables superioridad y preeminencia que le corresponden al citado canon constitucional, sino también una hermenéutica armónica y sistemática de los comentados preceptos de la misma Ley 270 de 1996, así como de los razonamientos plasmados por la propia Corte Constitucional en la sentencia C-037/1996, mediante la cual los encontró ajustados a la Carta Fundamental. En consecuencia, los demás supuestos en los cuales el juez de lo contencioso administrativo ha encontrado

que la privación de la libertad ordenada por autoridad competente ha conducido a la producción de daños antijurídicos, con arraigo directamente en el artículo 90 de la Carta, tienen igualmente asidero tanto en la regulación que de este ámbito de la responsabilidad estatal efectúa la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, como en la jurisprudencia de la Corte Constitucional relacionada con este asunto. De manera que aquellas hipótesis en las cuales la evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado —a la que se hizo referencia en apartado precedente— ha determinado que concurren las exigencias del artículo 90 de la Constitución para declarar la responsabilidad estatal por el hecho de la Administración de Justicia al proferir medidas de aseguramiento privativas de la libertad, mantienen su aplicabilidad tras la entrada en vigor de la Ley 270 de 1996. (Consejo de Estado 17117/2007)

El régimen objetivo de daño especial ampliado se fundamenta en una interpretación de las normas del régimen procesal penal derogado, Decreto 2700 de 1991 y las normas relacionadas con la responsabilidad estatal por la actividad de administración de justicia de la Ley Estatutaria. El Consejo de Estado apuesta por valorar el resultado de todo el proceso penal de tal manera que una decisión absolutoria que trascienda las causas de atipicidad,

inexistencia o justificación penal tiene entidad para definir responsabilidad estatal en el caso de privación de la libertad. Debe anotarse que la valoración que hace el Consejo de Estado se distancia de la Corte Constitucional en el punto del régimen de responsabilidad por fallas judiciales contemplado en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. En efecto, el Consejo marca su distancia del modelo de interpretación constitucional que presupone las nociones de lo “injusto” e “injustificado” en la detención a partir de una exégesis más compleja que involucra todo el régimen de responsabilidad estatal establecido en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia y en la Constitución. Así, la privación injusta puede tener fundamento en yerros procesales o investigaciones deficientes que hacen injusta la restricción de la libertad. Este aspecto es plausible en la hermenéutica por la configuración de la noción de daño especial, pero también en una valoración muy seria de los derechos fundamentales frente a la impronta de la función judicial en un Estado de Derecho.

Anotaciones especiales sobre la privación injusta ampliada

Privación injusta y absolución por duda

Cuando se presentan hipótesis de duda en la decisión sobre la responsabilidad penal, la Sección

tercera del Consejo de Estado ha considerado que la sentencia absolutoria que se fundamenta en este concepto genera responsabilidad objetiva por parte del Estado puesto que la persona sometida al proceso penal y la prisión preventiva no tiene el deber de soportar la medida cautelar de detención preventiva con vulneración de las garantías de buena fe y presunción de inocencia. Al respecto el Consejo de Estado afirma:

La posición actual de la Sala, plasmada en providencia del 18 de septiembre de 1997 y reiterada recientemente, amplió la responsabilidad objetiva en los casos de privación injusta de la libertad, por cuanto ahora el daño se configura no solo ante la ocurrencia de los 3 supuestos previstos en el artículo 414 del C. de P. P., sino también cuando la absolución del sindicado se produce por la aplicación del principio del *in dubio pro reo*, pues en los casos de duda sobre la responsabilidad penal de un sindicado, que conlleven a su absolución, debe entenderse que la privación de la libertad fue injusta, en aplicación de los principios de buena fe y de presunción de inocencia y que, esa situación —que la privación sea injusta— constituye uno de los elementos de la responsabilidad como es el daño, que resulta, por tanto, imputable al Estado. (Consejo de Estado 15980/2008, 18902/2011)

No obstante el concepto de *in dubio pro reo* presenta sus complejidades en el marco de la jurisprudencia contenciosa, pues se entiende que desde el punto de vista procesal penal la duda que se resuelve a favor del acusado es un instituto de conformidad con el cual el juez no puede condenar después de hacer la valoración probatoria debido a múltiples circunstancias como, por ejemplo, una hipótesis no demostrada por cuenta de las autoridades de persecución penal. Sin embargo, para el Consejo de Estado la duda puede provenir de la carencia de pruebas, como se observa en la siguiente sentencia:

Aunque la Sala ha sostenido que en los casos de absolución por ausencia de pruebas, el título de imputación es el de la falla probada del servicio, en los supuestos del artículo 414 del C.P.P y en los casos de *in dubio pro reo*, la responsabilidad se deriva a título objetivo. En el caso particular, los elementos de juicio que resultaron concluyentes permiten inferir que el sindicado no cometió el delito (...) el argumento consistente en la “falta de pruebas” constituyó un juicio adicional que refuerza el análisis sobre la no participación del sindicado en el atentado terrorista. (Consejo de Estado 18626/2011)

Eximentes de responsabilidad a título inculpabilidad o justificación

En esta materia el Consejo de Estado considera que no puede exonerarse al Estado de responsabilidad cuando, a pesar de haber dictado una medida de detención con el lleno de los requisitos que exige la Ley para el efecto, profiere posteriormente una resolución de preclusión de la investigación por encontrar que el comportamiento desarrollado por el procesado se encontraba amparado por una causal excluyente de responsabilidad.

Por ende siempre que se demuestren los eventos en los que la privación de la libertad deviene injusta (así las razones de absolución o de preclusión de la investigación no obedezcan a ninguna de las causales previstas en el art. 414 del C.P.P derogado, el Estado será responsable y por ende debe proceder a indemnizar los perjuicios. (Consejo de Estado 17117/2009)

Este aspecto es uno de los más complejos que pueda tratar la jurisprudencia contenciosa debido a que no existe un rasero claro desde el cual se pueda observar la compatibilidad entre los conceptos penales y los que maneja el contencioso. Por ejemplo, las causales de exclusión de la responsabilidad pe-

nal que se encuentran en el instituto de preclusión de la investigación pueden responder a la atipicidad de la conducta o la ejecución del hecho amparada por una causal de justificación, tal como la legítima defensa o el estado de necesidad. En estos eventos lo propicio hubiese sido definir las causales que podrían alegarse por la vía de la falla del servicio, debido a que obedecen realmente a investigaciones defectuosas, sin que se encuentren en el marco de las causales del art 414 del antiguo Código de Procedimiento Penal.

Hábeas corpus y retención ilegal

El hábeas corpus es una acción y derecho fundamental que tutela la libertad personal. Ha sido consagrado a favor de quien haya sido privado de la libertad con violación de las garantías constitucionales o legales. En este caso, si el hábeas corpus se concede por autoridad judicial, el Consejo de Estado entiende que la indemnización resulta obligatoria porque al individuo afectado se le vulneró el derecho fundamental a la libertad sin seguir los presupuestos del debido proceso. Al respecto expresa el Consejo de Estado:

Se concluye que cuando un juez de la República concede a un retenido el hábeas corpus deja en evidencia que la privación de su

Si el hábeas corpus se concede por autoridad judicial, el Consejo de Estado entiende que la indemnización resulta obligatoria debido a que al individuo afectado se le vulneró el derecho fundamental a la libertad sin seguir los presupuestos del debido proceso

libertad fue injusta, por haberse producido con desconocimiento de las disposiciones constitucionales y legales que permitían la limitación del derecho, es decir, que en esa decisión se afirma que la retención no se produjo en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley, o que la persona no fue retenida en flagrancia, o que la privación de su libertad, legítima en principio, se prolongó luego indebidamente. Por lo tanto, quien haya sido privado de la libertad y luego haya recuperado el disfrute de su derecho por orden judicial, como consecuencia de la acción de hábeas corpus, habrá sufrido una detención injusta, que le dará derecho a reclamar la indemnización de perjuicios, habida consideración de que dicha vulneración constituye un daño antijurídico que debe ser reparado por la entidad estatal comprometida con la actuación del servidor público autor de la retención. (Consejo de Estado 17174/2008)

Detención preventiva injusta y valoración probatoria

Este es otro aspecto interesante en el que la falla del servicio puede implicar una definición de responsabilidad objetiva por tornar la privación en principio justa en injustificada debido al comportamiento ilegal de las autoridades de persecución penal. Nuevamente aquí se impone una visión garantista, como lo ha anotado el Consejo de Estado, que privilegia la libertad sobre la función de las autoridades de persecución penal. Desde este punto de vista resaltan dos temas interesantes: la imposición de una medida de aseguramiento con fundamento en prueba ilícita y la valoración probatoria defectuosa. En el primer caso, el Consejo de Estado entiende que la incompetencia de los miembros de los cuerpos de policía en la recolección probatoria que genera prueba ilegal, con la cual se da la detención, requiere de un claro *iter* de causalidad que pueda determinar el origen y las consecuencias del error judicial. En otras palabras, puede concluirse que en los eventos de una prueba ilegal que se practica de buena fe pero sin competencia, cuando ésta soporta una detención preventiva, no se genera responsabilidad. Lo que indica que *a contrario sensu*, una prueba, practicada dolosamente por los cuerpos de Policía Judicial, que hace incurrir al juez en error judicial sí tiene consecuencias en el campo de la responsabilidad

Una prueba practicada dolosamente por los cuerpos de Policía Judicial que haga incurrir al juez en error judicial sí tiene consecuencias en el campo de la responsabilidad administrativa estatal por privación injusta

administrativa estatal por privación injusta (Consejo de Estado 14836/2005).

En lo que se refiere a las valoraciones erróneas de prueba con incidencia en la medida de afectación de la libertad, el Consejo de Estado genera una jurisprudencia interesante que implica la observación de un razonamiento conforme al cual el fiscal hace las construcciones que le exige el Código de Procedimiento Penal para imponer la medida. En otras palabras el juez contencioso rehace la evaluación probatoria para determinar si la construcción indiciaria o las inferencias lógicas sobre responsabilidad se ciñen estrictamente al debido proceso. Si ese mismo razonamiento, realizado con todo el material del proceso, aporta una percepción errónea del trabajo judicial, se genera responsabilidad. Este tema se ilustra con la siguiente decisión:

Aunque en la providencia que se decretó la medida de aseguramiento en contra del demandante, se dijo contar con “indicios graves” de su responsabilidad, no se señalaron los hechos indicadores de tales indicios, ni mucho menos el por qué tales pruebas conducían a

inferir la autoría intelectual del señor García Cuellar en el hecho.

Pero, aun si se hace abstracción del deber que tenía el funcionario judicial de señalar en la prueba indiciaria los elementos que la constituyen, se advierte, de igual manera, que el único hecho indicador de la responsabilidad del señor García Cuéllar podía ser la existencia del conflicto que este tenía con el padre de la víctima por la ocupación de un terreno, hecho que en verdad podía hacerlo sospechoso del delito, pero que no permitía construir un indicio grave en su contra por la falta de relación directa con la muerte del menor, dado que esta fue ejecutada por personas diferentes, con respecto a las cuales no se acreditó que tuvieran ningún vínculo con el demandante.

A lo sumo, podría considerarse que existía en contra del demandante un indicio leve de responsabilidad inferido lógicamente del hecho de haber reclamado sin ningún resultado la propiedad que había ocupado su padre, pero esa relación es solo posible, como también es posible que la motivación del delito presuntamente cometido por el señor Osmani Sandón radicara en la disputa que existía entre este y el padre de la víctima, derivada de la repartición de las ganancias de los terrenos ocupados, a la cual se refirieron varios testigos.

En consecuencia, la medida de asegu-

miento dictada por la Fiscalía Treinta y Tres de Cartagena en contra del señor Orlando García fue constitutiva de error judicial porque se profirió sin la existencia de las pruebas mínimas exigidas por la ley sobre la responsabilidad del sindicado. Por lo tanto, le asiste el derecho a ser reparado por los daños que haya acreditado haber sufrido con dicha medida. (Consejo de Estado 15348/2005)

Compatibilidad de la línea doctrinal del Consejo de Estado y la Corte Constitucional frente al problema de la detención preventiva

Una pregunta que resulta esencial en este punto es si las nociones que ha acogido el Consejo de Estado en una visión amplia del problema de la detención preventiva injusta, como generadora de daño antijurídico, se compadecen con la evaluación que tiene la Corte Constitucional respecto de las restricciones legítimas al derecho fundamental a la libertad. Si bien es cierto los enfoques analíticos son distintos en lo que hace a la protección de un derecho fundamental (Corte Constitucional), frente a la definición de las afectaciones patrimoniales por el disfrute de un derecho limitado injustamente (Consejo de Estado), es necesario saber cuan compatibles son las dos visiones.

En primer lugar, la Corte Constitucional parte

de una noción del derecho fundamental a la libertad esencialmente limitado por la propia Constitución, para los efectos de persecución delictiva. Como resulta obvio, es la propia Constitución la que permite dicha limitación a voces del artículo 28, pero sin resolver la tensión que se presenta frente a la presunción de inocencia. Por esta razón, el tratamiento normal que se le ha dado al tema resalta los dos requisitos esenciales de toda detención preventiva, esto es, su régimen de excepcionalidad y el carácter no anticipatorio de pena.

En la sentencia C-106/1994, la Corte Constitucional manifestó que la detención preventiva es una “herramienta jurídica natural”, compatible con la Constitución, en cuanto la detención preventiva tiene un carácter preventivo, no sancionatorio. La distinción entre pena y medida de aseguramiento de detención preventiva estriba en la provisionalidad de la segunda. En efecto, la Corte resalta que el fundamento constitucional de la medida con la reserva legal y judicial permite que el Estado ejerza la restricción de la libertad provisional como parte del proceso. El artículo 28 de la Constitución Política alude a esta configuración y requiere el mandamiento escrito de autoridad judicial competente, expedido con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley. Frente a la presunción de inocencia del artículo 29 de la Constitución Política, la Corte Constitucional, en la sentencia mencionada, opta por una teoría de la tolerancia

pasiva que implica que la presunción de inocencia debe desvanecerse a lo largo del proceso hasta llegar a la certeza, de tal manera que la medida de aseguramiento es una primera aproximación que estima que el investigado puede ser responsable y es factible demostrarlo en un proceso con todas las garantías.

Así, una cosa es detener al individuo contra el cual existen indicios graves de responsabilidad penal para que esté a disposición de la administración de justicia mientras se adelanta el proceso en su contra. Otra muy distinta es que, cumplidos los trámites procesales y celebrado el juicio con observancia de todas las garantías, reconocimiento y práctica del derecho de defensa, se llegue por el juez a la convicción de que en realidad existe esa responsabilidad penal y que, por tanto, debe aplicarse la sanción contemplada en la ley. Justamente entonces se desvirtúa la presunción de inocencia y se impone la pena. La tensión del problema se modera por cuenta de la Corte Constitucional, debido a la distinción entre pena y medida de aseguramiento, al argumentar que la pena de prisión obedece al resultado de la sentencia en la cual se demostró la responsabilidad penal de un sujeto y que la medida de aseguramiento de detención preventiva no constituye pena anticipada, pues esta se da en razón del proceso y no en razón de la sentencia.

Siguiendo los dictados tradicionales, se argu-

menta que lo que busca la detención preventiva es la comparecencia del sujeto al proceso y que no pueda eludir la eventual sentencia que le fuere impuesta de llegar a comprobarse su responsabilidad penal en el hecho atribuido. En tal sentido es propicio anotar que este argumento ya no se sostiene en sistemas que permiten adelantar juicios *in absentia*.

La Sentencia C-327/1997 reitera los argumentos dados en la sentencia 106 de 1994. A estos efectos la decisión establece que:

En primer término, es preciso recordar que la detención preventiva es una de las medidas de aseguramiento de índole personal, regulada en el Código de Procedimiento Penal y por cuya virtud se restringe el derecho a la libertad de la persona acusada, “en aras de la persecución del delito confiadas a la autoridad”, ya que garantiza “el juzgamiento y penalización de las conductas tipificadas en la ley, entre otras cosas para asegurar la comparecencia del acusado al proceso” (C-301/1995) y, además para impedirle al imputado la fuga, la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir, deformar o desvincular elementos probatorios importantes para la instrucción (C-395/1994).

En esta decisión se observa de nuevo la dis-

tinción entre medida de aseguramiento y pena, añadiendo la necesaria base probatoria de indicios de la responsabilidad por la comisión de un hecho punible. Como características fundamentales de la detención preventiva plasmada en el inciso segundo del artículo 28 de la Constitución, se afirma que esta tiene estrictas limitaciones temporales y puede operar una vez se ejercite una captura, sin que para esta medie orden judicial, debido a la urgencia de los hechos y por fuera del proceso penal en sentido estricto, tal como acontece en los casos de flagrancia (C-024/1994).

La responsabilidad penal, a su turno, se edifica sobre la culpabilidad, que al ser judicialmente establecida desvirtúa la presunción de inocencia que asiste a la persona durante todo el juicio, la cual, por ende, no resulta afectada por la detención preventiva. Sobre el particular la Corte Constitucional, opina:

La presunción o inocencia, en la cual descansa buena parte de las garantías mínimas que un Estado democrático puede ofrecer a sus gobernados, no riñe, sin embargo, con la previsión de normas constitucionales y legales que hagan posible la aplicación de medidas preventivas, destinadas a la protección de la sociedad frente al delito y asegurar la comparecencia ante los jueces de aquellas personas en relación con las cuales, según las normas

legales preexistentes, existan motivos válidos y fundados para dar curso a un proceso penal, según elementos probatorios iniciales que hacen imperativa la actuación de las autoridades competentes.

Como puede observarse, esta posición de la Corte Constitucional no logra resolver la tensión entre presunción de inocencia y detención preventiva y tan solo reconoce que la limitación de la Constitución legitima una medida de restricción con fundamento en la defensa social, por las funciones constitucionales de persecución del delito. Así, la detención preventiva, que implica la privación de la libertad de una persona en forma temporal por los fines y objetivos que se propone, no quebranta en sí misma el Derecho Constitucional a la presunción de inocencia dado su carácter precario, que no permite confundirla con la pena. En todo caso, es de anotar que el Derecho Comparado considera que los argumentos de defensa social no se soportan frente a la entidad del derecho a la presunción de inocencia, toda vez que la noción de defensa social implica un tratamiento de pena anticipada a la detención preventiva, fundamentada en necesidades que no pueden probarse en el proceso penal.

La persona detenida sigue gozando de la presunción de inocencia pero permanece a disposición de la administración de justicia en cuanto exis-

ten razones, previamente contempladas por la ley, para mantenerla privada de su libertad mientras se adelanta el proceso y es claro que precisamente la circunstancia de hallarse este en curso acredita que el juez competente todavía no ha llegado a concluir si existe responsabilidad penal:

Es importante entonces resaltar que las medidas de aseguramiento dictadas como consecuencia de haberse proferido resolución de acusación en contra de una persona tienen como finalidad garantizar en los casos en los que las circunstancias lo ameriten la comparecencia de dicho individuo ante la administración de justicia, pero que esta situación es claramente distinguible de aquella que se presenta cuando una vez cumplidos todos los trámites propios del proceso, se la declara responsable penalmente y se le aplica la sanción prevista en la ley.

En este sentido, la Corte ha admitido en algunas oportunidades que la presunción de inocencia no riñe con la posibilidad de aplicar medidas de orden preventivo para asegurar la comparecencia ante los jueces de las personas frente a las cuales se tienen motivos serios y debidamente fundados para considerar que han cometido un ilícito. Cuando se dicta como medida de aseguramiento detención preventiva sin beneficio de excarcelación, la persona

sigue gozando de la presunción de inocencia mientras no se pruebe su responsabilidad. (C-689/1996)

Apreciaciones actuales sobre la detención preventiva y principio de necesidad

La libertad resulta ser uno de los derechos fundamentales transversales de la Constitución Política, que se asume como regla general inquebrantable. De modo excepcional, es permitida la afectación al derecho a la libertad, según lo señala el artículo 28 de la Constitución Nacional, bajo el marco de la reserva legal y judicial. Es así como aquel carácter excepcional de la afectación a la libertad implica un desarrollo constitucional y legal del principio de necesidad, del cual surgen parámetros estrictos, como es el caso de la institución de la detención preventiva, como se verá a continuación.

El numeral 1 artículo 250 de la Constitución Política, así como los artículos 296 y 308 del Código de Procedimiento Penal, establecen que la medida de aseguramiento se autoriza exclusivamente para el cumplimiento de determinados fines: asegurar la comparecencia, proteger a la comunidad y la víctima, y proteger las pruebas (evitar la obstrucción a la justicia). Como es propio de un sistema estructurado sobre principios, en las disposiciones

indicadas se exige que la medida sea necesaria para asegurar estos objetivos. Es decir, no basta que se observe que resultaría útil o conveniente la medida, sino que tiene que satisfacerse el requisito de necesidad. La Corte Constitucional se ha manifestado en varias oportunidades sobre este tema, indicando que las medidas cautelares buscan garantizar la presencia del imputado en el proceso, así como asegurar la conservación de la prueba, mantener el estado de cosas como estaban al inicio del trámite y proteger a las víctimas. Sobre las finalidades que justifican la imposición de las medidas de aseguramiento que afectan la libertad personal. Así, en la sentencia C-774/2001 se expresa:

Se tiene entonces que la propia Constitución, en el artículo 250 citado, establece una de las finalidades admisibles para la detención preventiva, cual es la de asegurar la comparecencia al proceso de los presuntos infractores de la ley penal. Sin embargo esta norma no agota al ámbito de indeterminación del concepto, cuyo alcance corresponderá fijar, dentro de los límites constitucionales, al legislador y a la jurisprudencia. Sobre este particular la Corte ha dicho que “...*Dentro de las funciones que se le atribuyen a la Fiscalía General de la Nación en el artículo 250 de la Carta, aparece en primer lugar la de ‘Asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal,*

adoptando las medidas de aseguramiento' ... El propósito que orienta la adopción de este tipo de medidas es de carácter preventivo y no sancionatorio. Por ello, no son el resultado de sentencia condenatoria ni requieren de juicio previo; buscan responder a los intereses de la investigación y de la justicia al procurar la comparecencia del acusado al proceso y la efectividad de la eventual sanción que llegare a imponerse. La detención persigue impedirle al imputado la fuga, la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir, deformar o desvirtuar elementos probatorios importantes para la instrucción...". (El subrayado es de la sentencia.)

Como se ve, esta Corporación, aun dentro del ámbito del propio artículo 250 ha encontrado para la detención preventiva finalidades que desbordan el tenor literal previsto en esa disposición.

Para la completa determinación del concepto de detención preventiva, reitera la Corte, la Constitución ha dejado un espacio a la potestad de configuración del legislador, la cual sin embargo, no está exenta de límites, puesto que debe ejercerse de manera que respete tanto la naturaleza cautelar de la figura como los principios y derechos constitucionales. (C-1154/2005)

Este requisito de necesidad impone la realización de un juicio de proporcionalidad frente a las circunstancias concretas, que se traduce en el hecho de que no en todos los casos en los cuales se pueda imponer una medida de restricción de la libertad con fundamento legal la misma resulta legítima

Este requisito de necesidad impone la realización de un juicio de proporcionalidad frente a las circunstancias concretas (artículo 295 Código de Procedimiento Penal), que se traduce en el hecho de que no en todos los casos en los cuales se pueda imponer una medida de restricción de la libertad con fundamento legal la misma resulta legítima.

El juicio de proporcionalidad supone un análisis de varios elementos, en el siguiente orden: que la limitación persiga un fin constitucional, que resulte adecuado y necesario y, además, estrictamente proporcionado. La Constitución prefiguró los fines constitucionales, los cuales han sido desarrollados legislativamente en los artículos 309 a 312 del Código de Procedimiento Penal. La Corte Suprema de Justicia, en sentencia 31167 de 2009, sostuvo el siguiente criterio sobre las finalidades y la proporcionalidad de la detención preventiva:

Del mismo modo, además de velar porque se encuentren satisfechos los requisitos

sustanciales y formales (artículo 356 CPP, Ley 600 de 2000, sentencia C-774/01) que darían lugar a la imposición de una medida limitante de la libertad personal, el funcionario judicial debe ser cuidadoso en respetar la garantía de la presunción de inocencia, sin perder de vista que la detención tiene carácter preventivo mas no sancionatorio. Por este motivo al momento de explorar la viabilidad de adoptar esta clase de decisión, ha de discurrir de manera serena y ponderada, haciendo suyos también los principios informadores de la proporcionalidad y la racionalidad.

En suma, el marco constitucional y legal para sopesar si frente a un evento en que es procedente la medida de aseguramiento (artículo 357 de la Ley 600 de 2000) es posible aplicarla, está delimitado por los fines que la constitución señala, desarrollados por el legislador en los artículos 3º y 355 ibídem, debiéndose auscultar en cada caso concreto si aparece acreditada la necesidad de garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, la ejecución de la pena, impedir la fuga o la continuación de la actividad delictual, la preservación de la prueba y la protección de la comunidad, sin que medie en el análisis correspondiente agravio a la presunción de inocencia. (Corte Suprema de Justicia 31167/2009)

El principio de necesidad y los fines de la detención preventiva

El artículo 308 del Código de Procedimiento Penal exige al juez de control de garantías que decrete la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y la evidencia física recogidos y asegurados, o de la información, obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o participe de la conducta delictiva que se investiga. Es decir, se le exige al juez de garantías el mismo criterio que a la Fiscalía para proceder a la imputación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 287 del mismo código. La misma disposición añade que para imponer la medida de aseguramiento se debe cumplir alguno de los siguientes requisitos:

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

La Corte Constitucional ha mantenido la misma línea interpretativa en su jurisprudencia res-

pecto de la excepcionalidad de la medida de aseguramiento, el principio de necesidad y los fines constitucionales que ella persigue, al afirmar que:

... El propósito que orienta la adopción de este tipo de medidas es de carácter preventivo y no sancionatorio. Por ello, no son el resultado de sentencia condenatoria ni requieren de juicio previo; buscan responder a los intereses de la investigación y de la justicia al procurar la comparecencia del acusado al proceso y la efectividad de la eventual sanción que llegare a imponerse. *La detención persigue impedirle al imputado la fuga, la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir, deformar o desvirtuar elementos probatorios importantes para la instrucción...* (C-774/2001)

En la línea jurisprudencial no se olvida que un problema recurrente es el de la valoración de los fines constitucionales de la medida de aseguramiento. Esto es, los riesgos comprobados que justifican que el sometido al proceso penal permanezca privado de la libertad por los fines procesales anotados que eviten el riesgo de fuga, el riesgo de alteración probatoria y el riesgo de reiteración con afectación de la comunidad. A este respecto la Corte afirma, en la sentencia citada anteriormente:

Ahora bien, dentro de los criterios que la ley ha tenido en cuenta para que proceda la detención preventiva, y que, como se vio, la Corte consideró válidos constitucionalmente, son el interés a proteger, la gravedad de la conducta, la situación del procesado y el grado de convicción de que el imputado o el acusado sea el responsable de la conducta investigada. Sin embargo, también ha dicho esta Corporación, que esos criterios no deben operar de manera silogística o mecánica, pues la ley debe permitirle al juez un margen de valoración para analizar circunstancias objetivas —exigencias fácticas y jurídicas— y subjetivas, tales como la personalidad, edad y condiciones socio-económicas del imputado, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 308 a 314 de la Ley 906 de 2004.

No obstante lo anterior, la detención preventiva dentro de un Estado social de derecho no puede convertirse en un mecanismo de privación de la libertad personal indiscriminado, general y automático, es decir, que su aplicación o práctica ocurra siempre que una persona se encuentra dentro de los estrictos límites que señala la ley, toda vez que la Constitución ordena a las autoridades públicas velar por la efectividad de los derechos y libertades de las personas, garantizar la vigencia

de los principios constitucionales (la presunción de inocencia) y promover el respeto de la dignidad humana (preámbulo, artículos 1º y 2º):

Bajo esta consideración, para que proceda la detención preventiva no solo es necesario que se cumplan los requisitos formales y sustanciales que el ordenamiento impone, sino que se requiere, además, y con un ineludible alcance de garantía, que quien haya de decretarla sustente su decisión en la consideración de las finalidades constitucionalmente admisibles para la misma.

Como conclusión de esta línea jurisprudencial se puede anotar que la Corte Constitucional resalta tres aspectos: la detención provisional como medida procesal y no como pena, la detención preventiva como excepción y la detención preventiva sujeta al principio de necesidad con los fines constitucionales que ella permite.

Respecto de la compatibilidad de las dos formulaciones en las altas Cortes, podemos decir que la línea del Consejo de Estado reconoce en grado sumo nociones básicas de la Corte Constitucional si se tiene en cuenta que la medida de detención resulta únicamente justificada por los fines constitucionales que ella pretende. En consecuencia, los análisis de necesidad, proporcionalidad e idoneidad serían inexcusables en cualquier evento en el que

la Fiscalía pretenda privar a alguien de la libertad para soportar el proceso penal. Tanto la fundamentación del Consejo de Estado como la de la Corte Constitucional tienen el mismo criterio.

Si este es el problema, se entendería entonces que la Fiscalía no puede tener posiciones institucionales de privación por delitos. En la medida en que cada caso necesariamente valora la situación de comportamiento procesal del imputado para la aplicación de fines constitucionales, resultaría erróneo definir una política general de solicitud de medidas de aseguramiento por conductas muy negativas para el conglomerado; por ejemplo, para delitos contra la administración pública.

Una segunda apreciación nos lleva nuevamente al campo de las necesidades de defensa social a través del derecho penal y del derecho procesal penal en su versión más represiva. En efecto, la jurisprudencia constitucional asume este concepto como

Tanto la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado van en la dirección de una investigación penal lo suficientemente perfecta al momento de solicitar la medida de aseguramiento que permita al fiscal y a los jueces definir con suficiente probabilidad la condena del asegurado: es bien conocida entre los penalistas la frase según la cual se investiga para detener y no se detiene para investigar

válido para imponer la medida de aseguramiento de detención preventiva, pero el mismo no tiene un peso relevante a la hora de definir las exigencias de justificación. En otras palabras, resulta más relevante que todas las exigencias de legalidad apunten a un pronóstico verdaderamente relevante para la obtención de una condena, antes que a una visión endeble del futuro del proceso. Esto significa que tanto la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado van en la dirección de una investigación penal lo suficientemente perfecta al momento de solicitar la medida de aseguramiento, que permita verdaderamente al fiscal y a los jueces definir con suficiente probabilidad la condena del asegurado. Es bien conocida entre los penalistas la frase según la cual se investiga para detener y no se detiene para investigar.

En tercer lugar, sí se encuentra una disparidad entre la línea jurisprudencial de la Corte y el Consejo de Estado, a propósito de la relación entre presunción de inocencia y derecho a la libertad. El Consejo de Estado, al marcar su fundamentación en un modelo de responsabilidad objetiva estatal, da a la presunción de inocencia un carácter absoluto, mientras que la Corte Constitucional, en su línea, todavía no ha resuelto dicha antinomia debido a la complejidad del problema, que tampoco ha logrado resolver la teoría procesal. Vale decir, la teoría procesal todavía no logra un argumento de peso que indique cuáles son las diferencias, en la práctica,

entre una privación de la libertad con fundamento en la detención preventiva y una pena de prisión. Al fin y al cabo se trata de un internamiento que sigue idénticas reglas de tratamiento penitenciario (descuentos de pena por trabajo, régimen de visitas, régimen disciplinario etc.), con lo cual, en la práctica, la detención se asume necesariamente como pena anticipada. Desde este punto de vista, la línea jurisprudencial del Consejo de Estado y su preferencia por un régimen de responsabilidad estatal objetivo resultaría plenamente coherente.

Aspectos conceptuales de la detención preventiva en línea jurisprudencial Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre el principio de libertad contenido en el artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos, de la siguiente manera:

47. Esta disposición contiene como garantías específicas, descritas en sus incisos 2 y 3, la prohibición de detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios respectivamente. Según el primero de tales supuestos normativos, nadie puede verse privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero,

además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal). En el segundo supuesto, se está en presencia de una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que —aun calificados de legales— puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad. (Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de enero de 1994)

En el marco de la Convención Americana de Derechos Humanos se parte del hecho de que los ordenamientos internos pueden adaptar normas sobre restricción de libertad en los procesos penales como medidas excepcionales, pero sujetas a los principios de legalidad, proporcionalidad y fines constitucionales y legales de la misma. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se manifestó, desde el caso *López Álvarez* contra Honduras, de la siguiente forma:

67. La prisión preventiva está limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. Constituye la medida más severa que se puede

imponer al imputado, y por ello debe aplicarse excepcionalmente. La regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal.

68. La legitimidad de la prisión preventiva no proviene solamente de que la ley permite aplicarla en ciertas hipótesis generales. La adopción de esa medida cautelar requiere un juicio de proporcionalidad entre aquella, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan. Si no hay proporcionalidad, la medida será arbitraria.

69. Del artículo 7.3 de la Convención se desprende la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquel no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludir la acción de la justicia. Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. La prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva. Se infringe la Convención cuando se priva de libertad, durante un período excesivamente prolongado, y por lo tanto desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Esto equivale a anticipar la pena. (Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de febrero de 2006)

Los mismos argumentos se replican en el caso Tibi contra Ecuador (Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de septiembre de 2004) y Caso Palamara Iribarne contra Chile (Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2005).

Por otra parte, el inciso 5 del artículo 7° de la Convención Americana de Derechos Humanos, establece: “Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. *Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio*”.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, interpreta esta disposición internacional de la siguiente forma:

Tanto el argumento de la seriedad de la infracción como el de la severidad de la pena pueden, en principio, ser tomados en consideración cuando se analiza el riesgo de evasión del detenido. La Comisión considera, sin embargo, que debido a que ambos argumentos se inspiran en criterios de retribución penal, su utilización para justificar una prolongada prisión previa a la condena produce el efecto de desvirtuar la finalidad de la medida cautelar,

convirtiéndola, prácticamente, en un sustituto de la pena privativa de la libertad. La proporcionalidad que debe existir entre el interés general de la sociedad en reprimir el delito y el interés del individuo en que se respete sus derechos fundamentales se rompe en perjuicio de este último, a quien se le impone un mayor sacrificio. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos Informe 12/96)

Y lo que resulta de mayor importancia para hacer más concreto el principio de necesidad se expresa en otra decisión de la siguiente manera:

La posibilidad de que el procesado eluda la acción de la justicia debe ser analizada considerando varios elementos, incluyendo los valores morales demostrados por la persona, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que le mantendrían en el país, además de una posible sentencia prolongada. (Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 6 de febrero de 2001)

Las decisiones recientes de la Comisión y de la CIDH son muy claras en fijar los criterios fundamentales que deben guiar a las legislaciones internas en materia de detención preventiva. Sin pretender ser exhaustivos podemos decir que estos criterios son los siguientes:

1. Mérito sustantivo: las simples sospechas o la construcción indiciaria afectan indebidamente el derecho a la presunción de inocencia cuando fundamentan la medida de tal manera que existe la exigencia de prueba suficiente para imponer la restricción (caso Tibi contra Ecuador y caso Palamara Iribarne contra Chile 2005).
2. Fines procesales: toda medida restrictiva de la libertad dentro del proceso penal puede tener únicamente fines para el cumplimiento del proceso. En tal sentido, criterios como la alarma social, la repercusión social del hecho, la peligrosidad del imputado o el riesgo de reincidencia no pueden considerarse como fines procesales desde el punto de vista del artículo 7 de la Convención. Fijar estos criterios afecta la presunción de inocencia y el tratamiento igualitario de la ley procesal penal, pues se insta un tratamiento diverso dependiendo de la naturaleza reprochable de ciertos delitos. El encarcelamiento no puede ser determinado por el tipo de delito (Comisión Interamericana de Derechos Humanos Informe 86/09).
3. Demostración de los riesgos procesales: la mera alegación de riesgos por parte de la persecución penal no satisface la exigencia impuesta en la Convención.

La solución que adopta nuestra nueva legislación procesal penal sobre la temática de la compa-

recencia combina justamente los factores establecidos en la jurisprudencia internacional que hemos citado anteriormente y que están consagrados en el artículo 312 del Código de Procedimiento Penal como desarrollo del postulado constitucional que analizamos. En efecto, la norma establece:

No comparecencia. Para decidir acerca de la eventual no comparecencia del imputado, se tendrá en cuenta, en especial, la gravedad y modalidad de la conducta y la pena imponible, además de los siguientes factores:

1. La falta de arraigo en la comunidad, determinado por el domicilio, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades que tenga para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto.
2. La gravedad del daño causado y la actitud que el imputado asuma frente a éste.
3. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro anterior, del que se pueda inferir razonablemente su falta de voluntad para sujetarse a la investigación, a la persecución penal y al cumplimiento de la pena.

Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos enfatiza en la necesidad de tomar en cuenta todas las características personales del acusado cuando afirma:

La Comisión observa que si esta [la fuga] es la única razón para la continuación de esta medida restrictiva de la libertad, las autoridades judiciales pueden solicitar las medidas necesarias para asegurar que el acusado comparezca, tales como fianza, o en casos extremos la prohibición de salida del país. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos Informe 2/97)

En cuanto al riesgo de obstrucción probatoria, la jurisprudencia internacional interamericana, elaborada especialmente por la Comisión en su informe 2 de 1997 (San Martín Castro 2004), exige que el peligro sea concreto y no abstracto y que el riesgo se derive de la realización por parte del imputado de conductas determinadas que revelen su intención de suprimir la prueba, en un contexto de dificultad de la investigación.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, más puntual en este aspecto, ha considerado que el riesgo de obstrucción probatoria implica que, en caso de posible alteración de pruebas materiales, el imputado debe tenerlas en su poder o tener acceso indirecto a ellas a través de terceros. Y en el caso de pruebas testimoniales, la jurisprudencia limita el concepto a la capacidad del inculpado de influenciar testigos, peritos o coimputados¹.

En cuanto a la gravedad del hecho y la pena imponible vale lo ya dicho con referencia al riesgo

de fuga, es decir, que la jurisprudencia internacional y la doctrina han establecido con suficiente claridad que estos pueden constar como supuestos viables para determinar el riesgo de evasión, pero que en manera alguna pueden contar como una variable exclusiva para llegar a la decisión de una detención preventiva, pues existen otros condicionantes para tal dictado. En el caso *Garcés Valladares contra Ecuador* (Comisión Interamericana de Derechos Humanos Informe 64/99), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos declaró que “en principio, la privación provisional de la libertad solo se justifica en relación proporcional al riesgo de que el acusado se dé a la fuga, desoyendo otras medidas no privativas de la libertad *que pudieran ser adoptadas para asegurar su comparecencia en juicio o con relación a la peligrosidad del acusado*” (La cursiva es nuestra).

Pero, además, la misma decisión añade:

La severidad de la infracción y la severidad de la pena son elementos que pueden ser tenidos en cuenta a la hora de evaluar el riesgo de que la persona acusada se evada de la justicia. La privación de la libertad sin sentencia, sin embargo, no debiera estar basada exclusivamente en el hecho de que el detenido ha sido acusado *de un delito particularmente objetable desde el punto de vista social*. (La cursiva es nuestra.)

Los numerales 3 y 4 del artículo 310 del Código de Procedimiento Penal podrían encontrar apoyo en la jurisprudencia internacional que efectivamente ha considerado, como se observa en la decisión citada anteriormente, que el riesgo de reiteración también puede ser deducido de la supuesta peligrosidad del acusado. En todo caso, las decisiones de la Comisión Interamericana obligan más bien a pensar en una valoración de conjunto que no en una apreciación exclusiva de una variable tan compleja. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se expresa así sobre este aspecto, al afirmar:

Cuando las autoridades judiciales evalúan el peligro de reincidencia o comisión de nuevos delitos por parte del detenido, deben tener en cuenta la gravedad del crimen. Sin embargo para justificar la prisión preventiva, el peligro de reiteración debe ser real y tener en cuenta la historia personal y la evaluación profesional de la personalidad y el carácter del acusado. Para tal efecto resulta especialmente importante constatar, entre otros elementos, *si el procesado ha sido anteriormente condenado por ofensas similares, tanto en naturaleza como en gravedad.* (La cursiva es nuestra.)

La crítica a la que se enfrenta el riesgo de reiteración predica que es inadmisibles en la medida en que la detención provisional no está destinada

a asegurar las consecuencias jurídicas de la posible sentencia condenatoria ni a supeditar el desarrollo de la vista oral, sino a impedir un proceso futuro e hipotético.

Como conclusión de este aparte podemos decir que los conceptos básicos de la jurisprudencia internacional son compatibles con el modelo constitucional y son armónicos frente a la construcción legal de nuestro proceso penal, abstracción hecha de utilizar categorías como la modalidad del hecho para definir una situación de detención preventiva.

Las líneas trazadas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado son perfectamente compatibles pues, si se observa bien, los criterios adoptados por la jurisprudencia internacional en relación con la excepcionalidad de la medida de detención y las exigencias de necesidad, conjuración de riesgos, razonabilidad y proporcionalidad han sido tratadas de la misma forma por la judicatura colombiana. No obstante, llama la atención que, a pesar de que los criterios internacionales han sido ya decantados desde hace diez años, los operadores judiciales no los incorporen en sus decisiones. El llamado bloque de constitucionalidad dispone justamente la obligatoriedad y la vinculación de los jueces a esta jurisprudencia. En tal sentido no es de extrañar que en el futuro las demandas internacionales por detenciones injustas se proyecten sobre el país, con fundamento en el desconocimiento de las variables anotadas por cuenta de jueces y fiscales.

Conclusiones y recomendaciones

La jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la privación injusta de la libertad muestra que el modelo sostenido mayoritariamente es el de responsabilidad objetiva ampliada, más allá de las consideraciones impuestas por la antigua normatividad procesal penal que preveía la atipicidad de la conducta, la inexistencia del hecho o la ausencia de participación del absuelto en los hechos investigados. Esta extensión de la noción de lo injusto se basa en las interpretaciones igualmente extensivas del Consejo de Estado sobre la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, a pesar de que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ampara una interpretación restrictiva.

La ampliación del marco de responsabilidad a situaciones tales como la prescripción, el *in dubio pro reo*, o la demostración de causales de exclusión de la responsabilidad penal o la errónea valoración de las pruebas en el momento de imponer una detención preventiva, muestran que los extremos de la formulación que utiliza el alto tribunal para definir la noción de privación injusta se deciden a partir del resultado del proceso, sin consideración de lo ocurrido en el momento de imponer la medida cautelar contra la persona investigada.

No puede afirmarse que la construcción del Consejo de Estado se aparte de las exigencias constitucionales o internacionales en lo que se re-

fiere al fundamento para definir la responsabilidad objetiva, pues la tendencia de los tribunales constitucionales y los tribunales internacionales está orientada, al tenor de lo expuesto anteriormente, a mantener la detención preventiva en una línea que le de prevalencia al principio de presunción de inocencia y al debido proceso sobre la defensa social.

Con estas premisas, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado formula los siguientes lineamientos:

1. El problema de un modelo de responsabilidad objetiva predominante en la jurisprudencia del Consejo de Estado para los casos de privación injusta de la libertad obliga a definir las pautas de política criminal que el Estado utiliza en la persecución penal. En efecto, la detención preventiva es una herramienta útil como medida cautelar para que el proceso penal fluya normalmente con la presencia del acusado. Pero lo que demuestra este estudio, con el análisis de las sentencias, es que el funcionamiento laxo de la investigación penal ha utilizado la detención preventiva como pena anticipada.
2. La forma ampliada de reconocer la responsabilidad objetiva a causales no previstas en la ley también pone de presente que el trabajo de investigación penal debe ser sumamente riguroso para evitar detrimentos posteriores al patrimonio público. Los casos de declara-

ción de responsabilidad por *in dubio pro reo*, eximentes de responsabilidad penal o prescripción de la conducta, como generadores de responsabilidad objetiva en el campo administrativo, deberían contar como presupuesto de orientación de la labor de la investigación de la Fiscalía.

El problema se agudiza con la nueva filosofía acusatoria debido a que la concepción del proceso penal como proceso de partes involucra justamente las nociones de duda (decisión más allá de toda duda razonable), en calidad de variables que son incontrolables por parte del fiscal si la actividad de la defensa es lo suficientemente profesional como para quitarle piso a una acusación. De tal manera que, en nuestro concepto, el modelo de responsabilidad objetiva para estos efectos debería variar.

Los conceptos penales nuevos, creados por la Ley 906 de 2004, requieren una adaptación en la teoría de la responsabilidad administrativa debido a que el proceso penal está más librado a las partes que al propio Estado en la demostración de responsabilidad penal.

3. Es importante promover una interacción clara entre la Fiscalía General de la Nación, el Consejo Superior de la Judicatura y los expertos en responsabilidad extracontractual estatal, pues lo que se observa en las líneas jurisprudenciales de la Corte Constitucional y la Corte Inte-

ramericana de Derechos Humanos es que el manejo de los conceptos por privación injusta no son tan disimiles con la línea del Consejo de Estado. En otras palabras, los operadores judiciales encargados de aplicar las medidas de detención preventiva no saben que la jurisprudencia del Consejo de Estado se fundamenta en una consideración ampliamente garantista que choca con malas prácticas judiciales, las cuales deberían corregirse al momento de imponer la medida de aseguramiento. Como ejemplo de dichas prácticas observadas en las sentencias analizadas aparecen la carencia de racionalidad probatoria en la construcción de indicios o inferencias de autoría; los patrones de decisión acrítica sobre ciertos delitos considerados graves, como por ejemplo los relacionados con estupefacientes; o la ausencia del ejercicio de proporcionalidad por parte de jueces y fiscales en la aplicación de la medida. Los beneficios que traería esta tarea para el futuro consistirían en una visión de conjunto de todos los operadores judiciales que evite detrimentos al erario público por cuenta de decisiones injustas, erróneas o en el peor de los casos arbitrarias. En este sentido sería provechoso hincar una construcción transversal (constitucional, procesal penal, internacional) sobre los siguientes conceptos:

- a. Suficiencia de prueba para soportar la me-

didada de aseguramiento: las sentencias analizadas muestran que la evaluación probatoria de “indicios” suficientes se divorcian en lo que piensa el Consejo de Estado y la práctica de operadores judiciales. La nueva categoría de “inferencia” razonable tendría el mismo problema hacia futuro.

- b. Atipicidad, participación y flagrancia: en el panorama penal estos conceptos no son nuevos, pero lo que si resulta novedoso para un operador judicial del área penal es que el Consejo de Estado define estos conceptos con criterios que no son los tradicionales del derecho penal sino que vinculan dos extremos, es decir, el resultado de un juicio penal y la “labor diligente o eficiente de los fiscales en la investigación a efecto de que no se genere un resultado absoluto”. Si este es el problema recalamos que el fiscal debe tener claridad sobre lo que significa investigar objetivamente dejando atrás prácticas que pueden ser lesivas del patrimonio y los derechos de los ciudadanos. Así, por ejemplo, debería hacerse énfasis en que el método de investigación penal requiere de evidencias sólidas para imputar con un pronóstico muy claro de condena. No se puede detener para investigar y, por el contrario, una investigación sólida fundamenta claramente una deten-

ción. En igual medida esto implica que las apreciaciones subjetivas con las cuales se impone la medida y se fundamentan los requerimientos de necesidad, alteración y reiteración no pueden partir de la posición subjetiva del fiscal, sino que deben valorar el comportamiento procesal del imputado.

- c. *In dubio pro reo* y duda razonable: como estándar de decisión novedoso resulta de la mayor importancia aclarar para efectos administrativos las nociones de duda razonable, teniendo en cuenta que este aspecto involucra la labor del fiscal en la demostración de sus hipótesis delictivas que trascienden lo que hasta ahora se ha comprendido en la jurisprudencia como *in dubio pro reo*.
- d. Jurisprudencia internacional sobre detención preventiva. Como punto de alerta sobre lo que puede venir en el campo internacional sería fundamental que fiscales y jueces incorporen en su haber intelectual la jurisprudencia internacional sobre detención preventiva, a efecto de prevenir futuras demandas internacionales. La Escuela Judicial Lara Bonilla y la Escuela de la Fiscalía General de la Nación deberían estar atentas a este problema. Es claro a este respecto que el Consejo de Estado está marcando sus criterios de orientación a la

jurisprudencia internacional de derechos humanos, en la cual existen conceptos incompatibles con la legislación interna. Por lo tanto, el artículo 3 del CPP, que le da prevalencia a los tratados de derechos humanos por el bloque de constitucionalidad y que resultan incumplidos en la práctica judicial cotidiana, es un caldo de cultivo para futuras demandas internacionales.

Es necesario concertar con las oficinas jurídicas que responden las demandas por privación injusta de la libertad la argumentación que se debe tener y las estrategias de defensa del Estado. En la mayoría de los procesos analizados se observa que el operador jurídico de la Fiscalía o de la judicatura defienden al Estado con el argumento básico de la justificación de la medida en el momento de su imposición y el argumento de la dinámica del proceso hacia la absolución del detenido como desarrollo normal de toda actuación pena.

La figura 2 refleja los argumentos basados en puntos de derecho sustancial² que sirven de sustento a la defensa judicial de las entidades públicas demandadas por litigios de responsabilidad extracontractual por privación injusta de la libertad.

La jurisprudencia contencioso administrativa ya ha definido que estos dos argumentos no caben frente a una línea que marca el argumento

Figura 2. Argumentos de defensa de las entidades demandadas durante 2000-2012, porcentaje de contribución



contrario, que el ciudadano no tiene obligación de soportar como carga el proceso penal en detención intramural o domiciliaria. En esta materia sería tarea de la Agencia definir una política para los casos venideros, preferiblemente en el campo de la conciliación, o la coordinación de una estrategia que intente variar la línea jurisprudencial a un modelo de falla del servicio con responsabilidad subjetiva. Para estos efectos podría coordinarse un encuentro entre los jefes de oficinas jurídicas respectivas que profundicen los conceptos de la Corte Constitucional en torno al artículo 90 de la Carta y los artículos pertinentes de la ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

Creemos que esta última idea puede ser plausible por las siguientes razones:

1. El nuevo modelo acusatorio distribuye las cargas para la imposición de la medida de aseguramiento, es decir, la medida se solicita por la Fiscalía, pero la impone el juez de garantías. Desde este punto de vista las cargas distribuidas no dan un margen para argumentar que el defectuoso funcionamiento de la labor del fiscal genere responsabilidad estatal pues en la audiencia de medida de aseguramiento, el debate entre fiscal, defensa y víctima cifra toda la valoración en el juez. En consecuencia el modelo que podría asumirse sería el de error judicial conforme a la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.
2. La labor del juez sería menos equívoca pues cuenta con los argumentos y pruebas de la Fiscalía y los de la defensa, además de los de la víctima. En tal sentido, si no existe una práctica judicial desafortunada, el modelo procesal penal realmente opera para mantener los principios básicos de la medida como excepcional. No obstante, la realidad muestra hoy lo contrario y por lo mismo es una tarea de los entes encargados de la política ubicar los puntos de desfogue judicial (Fiscalía-jueces) y definir las estrategias para minimizar su impacto negativo. En tal sentido, la articulación de las líneas de política criminal con las políticas de defensa del Estado serán benéficas atendiendo al rol que desempeña cada uno dentro de la estructura estatal.

Notas

- 1 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Wemhoff 1968, más recientemente caso Tomasi sentencia 1992; Kemmache 1991. El supuesto de dificultad del procedimiento aparece también en Clooth contra Bélgica de 1991.
- 2 Los argumentos de derecho sustancial responden a aspectos que tratan los temas objeto del litigio y al planteamiento general de las pretensiones del demandante.

Referencias

Carnelutti, Francesco Carnelutti. 1959. *Las miserias del proceso penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas

Europa América.
Dueñas, Ramiro Ignacio. 2005. "Responsabilidad del

- Estado por privación injusta de la libertad”. En *Temas de Derecho administrativo contemporáneo*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Llobet R., Javier. 1997. *La prisión preventiva: límites constitucionales*. San José de Costa Rica: Universidad para la Cooperación Internacional.
- Orejuela Pérez, Ervin Marino. 2009. “Responsabilidad civil extracontractual del Estado por la privación legal e injusta de la libertad”. *Justicia Juris* 6 (12): 79-91.
- Hoyos Duque, Ricardo. 2006. “Responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad”. *Prolegómenos: Derechos y Valores* IX (17): 11-21.
- Rodríguez Villamizar, Germán. 2003. “Responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad”. En *Memorias del Décimo Encuentro de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*. Sin ciudad, sin editorial.
- San Martín Castro, Cesar. 2004. “La privación de la libertad personal en el proceso penal y el derecho internacional de los derechos humanos”. En *Anuario de Derecho Constitucional*, t. II. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung.

