



Agencia Nacional de
Defensa Jurídica del
Estado

PROSPERIDAD
PARA TODOS

CIRCULAR EXTERNA No. 05

PARA: Ministerio de Justicia y del Derecho, Ministerio de Defensa Nacional, Fiscalía General de la Nación, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, Juzgados Penales, Sala Penal de Tribunales Superiores de Distrito Judicial, Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y Procuraduría General de la Nación

DE: AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO

ASUNTO: Lineamientos sobre prevención del daño antijurídico por privación injusta de la libertad y estrategias generales de defensa jurídica

CIUDAD Y FECHA: Bogotá D.C., 04 JUL. 2014 de _____ de _____

1. PRESCRIPCIONES GENERALES

1.1. Marco de competencias. La Ley 1444 de 2011, desarrollada por el Decreto Ley 4085 de 2011, establece las competencias de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en materia de defensa judicial, prevención de conductas antijurídicas y del daño antijurídico.

En este marco de competencias, a la Agencia le corresponde expedir lineamientos dirigidos a objetivos específicos, identificados como resultado de los estudios analíticos que desarrolla, con la característica de que estos tienen **carácter vinculante** para las entidades públicas del orden nacional y sus abogados, conforme a lo ordenado por el numeral 2 del inciso 2 del artículo 6 del Decreto Ley 4085 de 2011.

1.2. La privación injusta de la libertad es un tema que se ha vuelto recurrente y complejo a causa de la reiterada aplicación de la medida de detención preventiva derivada no sólo de la configuración misma de la política criminal sino de la forma como se interpreta y aplica la ley penal en el caso concreto.

1.3. En ese contexto, un aspecto puntual de la denominada privación injusta de la libertad es la responsabilidad patrimonial del Estado que se origina en el hecho de haber privado a una persona de su libertad por orden de autoridad judicial, sin que finalmente sea condenada penalmente por el delito que se le imputa.



Agencia Nacional de
Defensa Jurídica del
Estado

PROSPERIDAD
PARA TODOS

1.4. Estudios recientes realizados por la Agencia han permitido concluir que las prácticas judiciales defectuosas contribuyen efectivamente a generar detenciones que al no concluir en condenas penales definitivas, se constituyen en el fundamento para declarar la responsabilidad del Estado y el consecuente pago de costosas indemnizaciones.

1.5. Resulta necesario, en consecuencia, advertir de esta problemática a todos los servidores públicos que participan desde los diferentes órganos administrativos o judiciales, directa o indirectamente, en la toma de la decisión de restringir la libertad de una persona, con el propósito de instarlos a conocer las prácticas defectuosas en que incurren con mayor frecuencia, como insumo importante para adoptar acciones de corrección y mejora.

2. PRICIPALES FALENCIAS QUE CONDUCEN A LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD

2.1. En un reciente estudio efectuado por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado se concluyó que el daño antijurídico generado por la aplicación de la medida cautelar de detención preventiva, en gran medida tiene origen en deficiencias de la Administración de Justicia ligadas a procedimientos rutinarios, debilidad de las pruebas que la soportan, indicios erróneamente contruidos e incluso, abiertamente ilegales, sin desconocer el impacto propio de las deficiencias estructurales de la Administración de Justicia. Las principales causas que han contribuido a generar responsabilidad patrimonial por parte del Estado al aplicar la medida cautelar de detención preventiva son las siguientes:

(i) **Ausencia de razones para vincular a las personas al proceso penal.** Esta causal pone de presente la existencia de pruebas testimoniales débiles o erróneas a partir de las cuales los fiscales asumen la posibilidad de una autoría o coautoría.

(ii) **Capturas irregulares.** Estas capturas son realizadas por la Policía Nacional y excepcionalmente por la Fiscalía, avaladas por los fiscales que inciden en la detención preventiva sin que los jueces de control de garantías que las refrendan reparen en la ilegalidad primigenia que tiene entidad para afectar todo el proceso.

(iii) **Incorrecta construcción de la prueba indiciaria.** El problema radica en que se construyen los indicios a partir de testimonios poco claros, testimonios indirectos no verificados, apreciaciones personales o subjetivas, meras sospechas, o de informes policiales defectuosos que son desvirtuados en etapas posteriores del proceso penal.

(iv) **Existencia de situaciones de justificación o inculpabilidad.** La apreciación de estas situaciones se presenta en una fase tardía del proceso, dando lugar a decisiones absolutorias o de preclusión, pues lo usual es que su configuración se verifique en el momento en el cual



Agencia Nacional de
Defensa Jurídica del
Estado

PROSPERIDAD
PARA TODOS

la Fiscalía recolecta las pruebas, o cuando en el curso del proceso la defensa demuestra que efectivamente existían tales situaciones eximentes de responsabilidad penal.

(v) Deficiencias en la reconstrucción de las situaciones de flagrancia y cuasiflagrancia en la captura. Se trata de casos en los que no se cumplen los presupuestos para determinar que el delito fue cometido en flagrancia, y sin embargo, se procedió a la captura, a aplicar la medida de aseguramiento y posteriormente, durante el proceso, se llega a demostrar que las razones para proceder a la captura no estaban dadas.

3. LINEAMIENTOS EN PREVENCIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado solicita a todos los funcionarios públicos que intervienen, ya sea en la investigación o en el juzgamiento penal, en el marco de sus funciones legales, total rigor en la aplicación de la medida cautelar de detención preventiva, dado su carácter excepcional, por implicar la restricción de un derecho fundamental.

El fiscal tiene la facultad de autocontrol para garantizar, junto con su equipo de Policía Judicial, la calidad, idoneidad y legalidad de los medios y elementos materiales de prueba y evitar inducir al juez penal a dictar una medida preventiva, que afecte la libertad personal del investigado y que a la postre resulte revocada.

El juez penal, a quien se le confiere la autoridad para restringir la libertad como salvaguardia del orden social, se instituye también como garante y guardián de la misma, aspecto que le genera una alta responsabilidad al momento de decidir si ordena o no una medida preventiva restrictiva de la libertad personal. Esto significa que sólo se puede declarar responsable al acusado al término de un proceso rodeado de las plenas garantías en el cual además se haya demostrado su culpabilidad.

Lo anterior implica:

3.1. El respeto del principio de presunción de inocencia, de acuerdo con el cual corresponde siempre a la organización estatal la carga de probar que una persona es responsable de un delito. En este orden, la actividad probatoria del ente investigador debe dirigirse siempre a desvirtuar la presunción de inocencia de que goza el acusado, a partir de una prueba que respete las exigencias legales para su producción, sin que el acusado tenga la carga de demostrar su inocencia.

Incluso, en caso de que sea necesario acudir a la medida cautelar de detención preventiva durante el desarrollo del proceso penal, no debe olvidarse que la condición jurídica del imputado sigue siendo la de una persona inocente. Lo anterior genera un deber para el Estado consistente en procurar la separación de procesados y condenados en los centros de reclusión,



Agencia Nacional de
Defensa Jurídica del
Estado

PROSPERIDAD
PARA TODOS

a efectos de que cada grupo reciba un trato acorde a su situación jurídica, en tanto unos gozan de la presunción de inocencia y los otros ya han sido declarados culpables.

3.2. El cumplimiento cabal de todas las garantías procesales, especialmente de las que implica el derecho de defensa.

3.3. La aplicación de cualquier medida de aseguramiento que implique restricción de la libertad -incluyendo la detención extramural- debe ser siempre excepcional, con apego estricto a la ley, no admite como fundamento de la misma presunciones, debe decretarse por el tiempo estrictamente necesario, y debe obedecer *prima facie* a criterios de necesidad y proporcionalidad demostrables en el sentido de que no existan otros medios menos gravosos para lograr el fin que se pretende garantizar. Los fines legítimos de la detención preventiva tienen carácter procesal, concretamente, asegurar la presencia del imputado en el juicio y/o evitar la alteración de pruebas. Si bien, la ley permite actualmente fundamentar la medida en la gravedad y modalidad de la conducta punible, a efectos de proteger a la comunidad o a las víctimas, el criterio de peligrosismo ha sido excluido por el derecho internacional de los derechos humanos.

3.4. El deber de cautela extrema en la adopción de la medida de detención preventiva, excluye la práctica generalizada de adoptar rutinariamente medidas de aseguramiento, sin contar con suficiente evidencia o esperando obtener mayor información a partir de la detención del imputado.

3.5. El deber de proteger el derecho a la libertad comporta para las autoridades judiciales la carga de extremar la prudencia en la toma de decisiones que involucren la privación de la libertad en los casos denominados “altamente mediáticos”. El juez abocado a tomar una decisión en un caso de esta naturaleza debe ser plenamente consciente de que la privación de la libertad es una medida excepcional y no una forma de justicia expedita.

4. LINEAMIENTOS PARA LA CONCILIACIÓN TEMPRANA

4.1. La privación de la libertad de una persona está autorizada por el ordenamiento jurídico colombiano, en forma excepcional en los eventos en que se cumplan los requisitos previstos expresamente por la ley, siendo la regla general la libertad.

4.2. Una vez demostrado, en términos relevantes para efectos del régimen de responsabilidad patrimonial, que existió privación de la libertad de una persona cuyo proceso penal concluyó con una decisión que no le atribuye responsabilidad penal, debidamente ejecutoriada, se debe abordar el análisis concreto del caso para determinar si se reúnen todos los requisitos para conciliar en forma temprana (antes o durante el proceso judicial).



4.3. En este orden, la conciliación es más que una simple opción, pues resulta imperativo analizar el caso en concreto para definir de manera razonada si la entidad debe acoger o proponer una fórmula de solución conciliatoria, buscando atender de manera temprana la reclamación que en tal sentido le formule el interesado, conforme al enunciado del artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, que torna en obligatoria la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad para acudir ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Así mismo, la Entidad Pública debe acometer los análisis y proyecciones necesarias para determinar, en concreto, el costo en términos económicos que representa conciliar o no conciliar de manera temprana un caso.

4.4. Cuando el Comité de Conciliación, una vez realizado el análisis juicioso de cada caso, concluya que existe una alta probabilidad de perder el proceso judicial, porque: (i) no existe una causal de exoneración de responsabilidad del Estado, (ii) no se ha configurado el fenómeno de la caducidad, (iii) no se menoscaban derechos ciertos e indiscutibles o (iv) no se lesiona el patrimonio público, se recomienda priorizar la opción de conciliar, en forma pronta y precisa. Esa opción de conciliar debe estar precedida de un análisis cuidadoso que además de las anteriores razones, incluya la variable de incidir en la reducción de la litigiosidad en contra del Estado y la materialización de los derechos amparados por la Constitución y la ley.

4.5. En los asuntos en los cuales exista una alta probabilidad de condena, con fundamento en el acervo probatorio allegado al expediente o en la jurisprudencia reiterada y decantada de las altas Cortes, especialmente en eventos de responsabilidad objetiva, como ocurre con los casos de privación injusta de la libertad, los miembros de los comités de conciliación deberán analizar las pautas jurisprudenciales consolidadas y proceder a conciliar en aquellos casos en los cuales exista identidad de supuestos con la jurisprudencia reiterada.

4.6. La Agencia ha identificado los supuestos concretos y recurrentes en razón de los cuales ha resultado comprometida la responsabilidad patrimonial del Estado, y que resultarían jurídicamente conciliables:

(i) Casos en los cuales la privación de la libertad puede ser señalada como inconstitucional, ilegal o injusta. Ello se evidencia cuando:

- a. Se desconocen los requisitos previos consagrados en la Constitución, la ley o los tratados internacionales para la imposición de la medida de aseguramiento.
- b. La detención no se legaliza en los términos perentorios previstos legalmente.
- c. En razón del tipo de delito o sus circunstancias la medida es improcedente.
- d. La medida de aseguramiento recae sobre un inimputable o sobre un menor infractor.
- e. La medida cautelar no cuenta con el debido soporte probatorio.
- f. No es necesario garantizar alguna de las finalidades por las cuales se encuentra instituida.



Agencia Nacional de
Defensa Jurídica del
Estado

PROSPERIDAD
PARA TODOS

- g. Configurada una causal de libertad, el sujeto afectado no es puesto en libertad de manera inmediata.
- h. La medida es impuesta como consecuencia de una decisión proferida por un funcionario judicial que incurre en error jurisdiccional.

(ii) Casos en los cuales se configura alguno de los supuestos jurisprudencialmente señalados como constitutivos de detención injusta que han dado lugar a la declaratoria de responsabilidad estatal. La legalidad de la medida privativa de la libertad no excluye su carácter injusto cuando el proceso penal termina con:

- a. Sentencia absolutoria, preclusión de la investigación o cesación de la acción penal, motivada en que el hecho no existió.
- b. Sentencia absolutoria, preclusión de la investigación o cesación de la acción penal, motivada en que el sindicado no cometió el hecho.
- c. Sentencia absolutoria, preclusión de la investigación o cesación de la acción penal, motivada en que la conducta no constituía hecho punible.
- d. Sentencia absolutoria, preclusión de la investigación o cesación de la acción penal, motivada en la aplicación del principio in dubio pro reo.

(iii) Casos en los cuales se configura alguno de los supuestos que en casos similares hayan dado lugar a conciliaciones judiciales o extrajudiciales.

4.7. No obstante, se debe tener en cuenta que no habrá lugar a aceptar ni promover la conciliación en aquellos casos en los cuales sea posible establecer probatoriamente que los hechos que dieron lugar a la producción del daño fueron propiciados por la propia víctima; es decir, cuando la imposición de la medida privativa de la libertad o su prolongación en el tiempo tuvo como única causa, la conducta activa u omisiva del sindicado, tanto dentro de la investigación o del proceso penal, como respecto del comportamiento previo a su iniciación.

4.8. Se advierte que si bien el acuerdo conciliatorio es una expresión de la autonomía de la voluntad de las partes, no se deben proponer o aceptar fórmulas de arreglo evidentemente lesivas, desequilibradas, desproporcionadas o abusivas en contra tanto del Estado como del particular afectado por la actuación u omisión del Estado, en tanto las mismas serán improbadas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, al tenor de sus lineamientos en la materia. En la providencia de unificación del 28 de abril del 2014, Rad. 200012331000200900199 01 (41.834), la Sección Tercera del Consejo de Estado precisó los siguientes parámetros en relación con el monto del perjuicio a conciliar:

(i) “Cuando exista sentencia condenatoria de primera instancia y el acuerdo tenga como objeto un porcentaje de esa indemnización, la conciliación podrá convenirse entre el 70% y el 100% de esa condena.”



Agencia Nacional de
Defensa Jurídica del
Estado

PROSPERIDAD
PARA TODOS

(ii) “Cuando la sentencia de primera instancia no hubiere sido estimatoria de las pretensiones o ésta aún no se hubiere proferido, el monto del acuerdo conciliatorio podría acordarse entre el 70% y el 100% de las sumas que esta Corporación, también de forma indicativa, ha señalado como plausibles para el reconocimiento de las indemnizaciones a que puede haber lugar según el perjuicio de que se trate en razón de la situación fáctica y la intensidad y prolongación del daño –entre otros factores-, según corresponda.”

(iii) “Por último, debe precisarse que las consideraciones y los parámetros antes señalados no están llamados a aplicarse en aquellos eventos en los cuales, aunque se encuentre acreditado el daño, no suceda lo mismo en relación con el quantum del perjuicio, situaciones en las cuales el propio juez debería acudir a la equidad como principio y fundamento para determinar el monto de la indemnización a decretar; en consecuencia, cuando en estas circunstancias se pretenda alcanzar un acuerdo conciliatorio, el margen de negociación entre las partes será mayor y serán ellas las que en su criterio y libre disposición –eso sí respetando los postulados de razonabilidad y proporcionalidad y evitando siempre el abuso de la posición dominante de una de las partes- definan los términos de su respectiva conciliación y, por su puesto, corresponderá al juez competente evaluar y definir, de conformidad con las particularidades de cada caso concreto, la legalidad del respectivo negocio jurídico.”

5. LINEAMIENTOS PARA LA DEFENSA JUDICIAL

5.1. El estudio de la jurisprudencia contenciosa administrativa por parte de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, ha permitido identificar la posición actual de dicha Jurisdicción en materia de privación injusta de la libertad, con el propósito de que sea posible anticipar la decisión que el juez contencioso administrativo adoptará en los casos concretos y, de esta manera, facilitar la construcción de estrategias de defensa judicial efectivas, que redunden en una reducción de las condenas o del monto de las mismas. En consecuencia, se exhorta a las entidades públicas a atender los siguientes lineamientos jurisprudenciales:

(i) El régimen de responsabilidad estatal objetivo se ha aplicado a los casos de privación injusta de la libertad, en un primer momento con fundamento en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, el cual preveía que quien hubiere sido privado de la libertad y luego exonerado porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no era constitutiva de hecho punible, tenía derecho a la indemnización de los perjuicios que dicha medida le hubiera ocasionado. Una vez perdió vigencia dicho precepto jurídico, su contenido se ha extendido en el tiempo por vía jurisprudencial, mediante la aplicación directa del artículo 90 de la Constitución.

(ii) En no pocas ocasiones el Consejo de Estado ha optado por constituir la responsabilidad estatal –o exonerar el Estado- con fundamento en un régimen de responsabilidad subjetiva o de falla del servicio, cuyas bondades estriban en la pedagogía que pronunciamientos en ese



Agencia Nacional de
Defensa Jurídica del
Estado

PROSPERIDAD
PARA TODOS

sentido ejercen en la Administración, comoquiera que al evidenciar los yerros en los que ésta incurre es posible adelantar políticas públicas que impidan que hechos similares se repitan; así mismo es posible adelantar un consecuente juicio en acción de repetición en contra del funcionario que, de manera dolosa o gravemente culposa, hubiere dado lugar a la condena judicial.

(iii) La privación de la libertad no se agota en los supuestos en los que alguien es recluido en un centro carcelario o “intramuros” sino también cuando se limitan otros derechos fundamentales como el de locomoción y de residencia.

(iv) Si en el momento de evaluar el material allegado al proceso, el juez advierte una escasa o nula actividad probatoria que no hizo posible desvirtuar la presunción de inocencia que opera a favor del procesado, la privación de la libertad deviene injusta y el Estado debe reparar los perjuicios causados, en tanto la carga probatoria en materia penal le compete al Estado.

(v) Cuando la absolución de una persona se produce como consecuencia de la aplicación pura del principio de *in dubio pro reo*, la responsabilidad se hace exigible en aplicación de un régimen objetivo de responsabilidad, dado que el Consejo de Estado ha ampliado el espectro de responsabilidad objetiva de los tres supuestos contemplados en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 a los eventos de *in dubio pro reo*.

(vi) El *habeas corpus* es un mecanismo de control de la legalidad de las detenciones que busca proteger los derechos de las personas que de forma ilegal o arbitraria son privadas de su libertad. Por lo tanto, cuando alguien ha sido privado de la libertad y la recupera con base en que se le ha concedido el recurso de *habeas corpus*, ello evidencia que la detención se ha producido con infracción de las disposiciones legales y constitucionales.

(vii) Cuando la privación de la libertad tiene origen en una captura o retención arbitraria, el título de responsabilidad aplicable es el de falla del servicio, a efectos de juzgar la responsabilidad de la autoridad que llevó a cabo la detención.

(viii) En el campo de responsabilidad patrimonial en materia de privación injusta de la libertad sólo ha operado hasta el día de hoy la causal de exclusión de responsabilidad por el hecho exclusivo de la víctima, la cual se configura cuando se establece que la privación de la libertad o su prolongación en el tiempo tuvo como única causa, la conducta activa u omisiva del sindicado.

(ix) El falso testimonio no puede ser considerado como hecho de un tercero, comoquiera que la prueba testimonial es un instrumento del Estado en ejercicio del *ius puniendi*, sobre el cual tiene el control permanente. En consecuencia, los vicios de que esa prueba pueda adolecer



Agencia Nacional de
Defensa Jurídica del
Estado

PROSPERIDAD
PARA TODOS

no son imprevisibles ni irresistibles para el Estado y, para corregir los yerros o evitar que puedan constituir fuente de daño en el proceso, el Estado cuenta con todos los mecanismos de control del testimonio, que puede ejercer antes, durante y después de la práctica de la prueba.

5.2. Evidencia empírica analizada por la Agencia ha permitido establecer que en este tipo de procesos el éxito de la Nación se debe principalmente a aspectos procesales, tales como la caducidad de la acción, la nulidad por falta de competencia del juez o a aspectos formales como la falta de autenticación de la sentencia absolutoria, no advertidos oportunamente por las entidades públicas demandadas. Por lo anterior, al momento de estructurar su defensa y contestar la demanda, las entidades deben prestar especial atención a los presupuestos de procedibilidad de la acción, y en los alegatos de conclusión cuestionar las pruebas que reposan en el expediente.

5.3. Se advierte que en la sentencia de unificación del 28 de agosto del 2013, Rad. 05001233100019960065901(25.022), la Sección Tercera del Consejo de Estado determinó que, sin perjuicio de las particularidades de cada caso concreto y en aras de la salvaguarda del principio de igualdad, se debían atender los siguientes parámetros para la determinación del *quantum* indemnizatorio por concepto de perjuicios morales, que es necesario sean considerados por las entidades públicas tanto al momento de proponer fórmulas conciliatorias como al elaborar la correspondiente estrategia de defensa judicial:

(i) “En los casos en que la privación sea superior a 18 meses, se reconozca la suma de 100 SMMLV.”

(ii) “Cuando supere los 12 meses y sea inferior a 18 meses, el monto de 90 SMMLV.”

(iii) “Si excedió los 9 meses y fue inferior a 12 meses, se sugiere el reconocimiento de 80 SMMLV.”

(iv) “Si fue mayor a 6 meses, pero no rebasó 9 meses hay lugar a fijar como indemnización la suma equivalente a 70 SMMLV.”

(v) “De igual forma, en tanto la privación sea superior a 3 meses pero no sea mayor a 6 meses, el valor por concepto de este perjuicio correspondería a 50 SMMLV.”

(vi) “Si la medida supera 1 mes pero es inferior a 3 meses, se insinúa el reconocimiento de 35 SMMLV.”

(vii) “Finalmente, si la detención no supera un mes, la reparación se podrá tasar en el equivalente a 15 SMMLV, todo ello para la víctima directa –se insiste– y para cada uno de sus más cercanos o íntimos allegados.”



Agencia Nacional de
Defensa Jurídica del
Estado

PROSPERIDAD
PARA TODOS

En todo caso, el fundamento y soporte de esta circular se encuentra en los documentos especializados de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado “Privación injusta de la libertad: entre el derecho penal y el derecho administrativo”, “Lineamientos para la implementación de la conciliación en los casos de responsabilidad patrimonial del Estado originados en la privación injusta de la libertad”, “Esquema de decisión adecuada para imponer la medida cautelar de privación de la libertad” y “Lineamientos jurisprudenciales sobre responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad”. Documentos que pueden ser consultados en <http://www.defensajuridica.gov.co/>

ADRIANA MARÍA GUILLÉN ARANGO
Directora General

Proyectó: Luis Rodríguez-Carolina Estrella
Revisó: Diana Fajardo Rivera