



Universidad Internacional de La Rioja
Facultad de Derecho

Máster Universitario en Derechos Humanos:
Sistemas de Protección

ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD: EL CASO COLOMBIANO

Trabajo fin de estudio presentado por:	Omar Alfonso Ochoa Maldonado
Director/a:	Rubén Antonio Pérez Trujillano
Fecha:	23 de febrero de 2021

Resumen

Este trabajo pretende aproximarse a lo que ha sido el desarrollo y tratamiento jurisprudencial por parte de las Altas Corporaciones de Justicia de la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad, el cual no ha sido pacífico y ha generado multiplicidad de posiciones conceptuales, para al final efectuar una propuesta metodológica que brinde seguridad jurídica en procesos de esta naturaleza, que revisten una importancia inusitada, dado el abultado número de condenas proferidas contra el Estado por ese motivo y la divergencia de criterios al abocar por parte de los operadores judiciales, el estudio de esa tipología de procesos.

Igualmente, se pretende destacar la necesidad de generar lineamientos de acción en materia de privación de la libertad que consulten por un lado el interés general que subyace a la necesidad de la restricción del derecho, con el respeto a la libertad y la igualdad frente a las cargas públicas de los sujetos que padecen dicha limitación.

Palabras clave: Responsabilidad del Estado, privación injusta de la libertad, títulos de imputación, daño especial, falla en el servicio, error judicial.

Abstract

This paper tries to approach what has been the development and jurisprudential treatment by the High Corporations of Justice of the responsibility of the State for the unjust deprivation of liberty, which has not been peaceful and has generated a multiplicity of conceptual positions, for at the end, make a methodological proposal that provides legal certainty in processes of this nature, which are of unusual importance, given the large number of convictions handed down against the State for this reason and the divergence of criterion when approached by judicial operators, the study of this typology of processes. Likewise, it is intended to highlight the need to generate action guidelines in the matter of deprivation of liberty that consult, on the one hand, the general interest that underlies the need to restrict the right, with respect for liberty and equality in the face of rights, public charges of the subjects who suffer from said limitation.

Key words: Responsibility of the State, unjust deprivation of liberty, imputation titles, special damage, failure in service, miscarriage of justice.

Índice de contenidos

1. Introducción	6
1.1. Justificación del tema elegido	7
1.2. Problema y finalidad del trabajo	8
1.3. Objetivos	8
2. Marco teórico y desarrollo	9
2.1 Prolegómenos de la responsabilidad del Estado	9
2.2 Responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad avances y desarrollos .	13
3. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, respecto a la privación injusta de la libertad.....	19
3.1 Efectos de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional	19
3.2 Sentencia c-037 de 1996	22
3.3. Sentencia de Unificación 072 de 2018	24
4. Análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de la privación injusta de la libertad	29
4.1 Primera etapa: Reconocimiento de responsabilidad y regímenes	29
4.2 Segunda etapa: Posición del Consejo de Estado, desde el año 2006 hasta el 15 de agosto del 2018	33
4.3 Tercera etapa: Nueva Sentencia de Unificación, declaratoria de nulidad y expectativa ante el pronunciamiento de la Corte Constitucional	36
4.4 Situación actual de la jurisprudencia del Consejo de Estado en la materia	39
5. El derecho a la libertad personal – alcance y restricciones en la constitución política y en el marco normativo	46

5.1 Carácter axiológico del derecho a libertad personal	46
5.2 Limitación del derecho a la libertad personal	48
5.3 Diferencias entre la detención preventiva de la libertad y privación por cumplimiento de condena	50
5.4. Presunción de inocencia	52
6. Estadísticas de condenas y procesos judiciales por privación injusta de la libertad	54
7. Conclusiones y propuestas	58
Referencias bibliográficas	63

Índice de tablas

Tabla 1. Procesos terminados de acuerdo a la instancia (2018-2020)	55
Tabla 2. Proceso de acuerdo al año de terminación (2018-2020)	55
Tabla 3. Procesos activos de acuerdo al año de admisión (2018-2020)	55
Tabla 4. Procesos activos de acuerdo a la instancia (2018-2020)	56

1. Introducción

Las estadísticas relativas al monto de las pretensiones acumuladas de las demandas interpuestas contra el Estado Colombiano, por concepto de privación injusta de la libertad son alarmantes. Para el mes de abril de 2020, según datos de la Agencia de Defensa Jurídica del Estado (El Tiempo, abril, 2020) las pretensiones por ese concepto sumaban 37.9 billones de pesos, una cifra equivalente al presupuesto que se asigna para salud para este año, que es de 31.8 billones en el presupuesto general de la Nación.

Desde el año 1991 que entró a regir la Constitución Política vigente, según la información reportada, se han interpuesto contra el Estado Colombiano 26.397 demandas por ese motivo. De esa cifra, en 11.045 procesos hay sentencia condenatoria, por un valor equivalente a 17.5 billones, quedando pendientes 15.352 que siguen activas, con un monto de pretensiones por 20.4 billones de pesos, valor que tendría que pagar el Estado, con recursos del erario público, en el evento de que los procesos se fallen en su contra.

La anterior descripción, es sintomática de la crítica situación de vulneración permanente y sistemática del derecho a la libertad personal, por decisiones judiciales en virtud de las cuales, se priva de la libertad a las personas y al final los respectivos procesos judiciales, culminan con absoluciones o preclusiones respecto a los hechos investigados.

Ello denota la necesidad de adoptar correctivos, respecto a la figura de la detención preventiva, concebida como medida excepcional y que en la práctica se ha vuelto la regla general en la materia de la judicialización de posibles hechos punibles, exponiendo al Estado a comprometer su responsabilidad patrimonial, por esas decisiones lesivas de los derechos de los ciudadanos.

Igualmente, la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha sido cambiante y dinámica respecto a esta temática, haciéndose necesario asumir unos lineamientos claros en la materia que brinden certeza jurídica, frente al proceder de los funcionarios judiciales y los potenciales riesgos de incurrir en conductas que deriven en condenas contra el accionar judicial del Estado.

1.1. Justificación del tema elegido

El trabajo de investigación tiene como objetivo, efectuar un análisis descriptivo del avance de la jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano, en torno a la responsabilidad extracontractual del Estado, derivada de actuaciones imputables a la Fiscalía General de la Nación y a otras autoridades jurisdiccionales, relativas a la privación de la libertad de personas respecto de las cuales se imparten órdenes judiciales de detención, en virtud de las cuales, son privadas de la libertad y con posterioridad, por decisiones también judiciales, se dispone su libertad, ya sea porque se hacen beneficiarias de sentencias absolutorias o por decisiones en virtud de las cuales, se dejan sin efecto las órdenes primigeniamente expedidas.

Sobre el particular, ha sido dinámico el tratamiento relacionado con la responsabilidad administrativa que le incube al Estado Colombiano, bajo el título de imputación de falla en el servicio de Administración de Justicia por parte de la jurisprudencia del Consejo de Estado, para estructurar los elementos que configuren el reconocimiento de responsabilidad extracontractual y la correspondiente indemnización a los perjudicados por esas situaciones, sin perjuicio de eventuales acciones de repetición, cuando se acredita la configuración de dolo o culpa grave, respecto a los agentes estatales responsables de adoptar las decisiones respectivas que originan ese tipo de condenas patrimoniales.

Dicha situación es infortunadamente significativa, por la tendencia de muchos operadores judiciales de perfil inquisitivo o mediático, de privar arbitrariamente de la libertad a personas que con el desarrollo del proceso penal, se advierte que no tienen relación con los hechos investigados o que no son responsables de su comisión, generando perjuicios al patrimonio económico y moral de los afectados que deben ser resarcidos por el Estado, ante la vulneración de los derechos de los mismos, con ese tipo de anómalos proceder.

Ello ha conducido a una situación de vulneración de los derechos humanos recurrente en el Estado Colombiano, debido al carácter inquisitivo que ha proliferado en el sistema penal colombiano, incluso después de que se implementó el sistema penal acusatorio en el año 2004.

Las decisiones judiciales que privan de la libertad a un número significativo de personas en el curso de procesos judiciales, los cuales a la postre terminan en decisiones de absolución o preclusión, proliferan y hacen que surja un título de imputación de responsabilidad patrimonial del Estado por la privación injusta de ese derecho fundamental a la libertad

personal, lo que implica que el Estado se vea abocado a indemnizar patrimonialmente a los afectados con ese tipo de medidas. Este trabajo pretende efectuar una aproximación a las posiciones jurisprudenciales que se han venido perfilando sobre ese particular y aportar en el debate en torno a la necesidad de generar una dinámica judicial que salvaguarde los valores fundamentales del Estado de Derecho y no los menoscabe, como en la práctica ha ocurrido en multiplicidad de casos objeto de estudio.

1.2. Problema y finalidad del trabajo

Efectuar un análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, en relación con la problemática de la privación injusta de la libertad, con el fin de estudiar los títulos de imputación, y demás elementos estructurantes de la responsabilidad patrimonial del Estado, así como formular una crítica constructiva respecto a la misma.

1.3. Objetivos

Realizar un análisis jurisprudencial del desarrollo conceptual elaborado por la corte Constitucional y el Consejo de Estado, en relación con el tema referente a la privación injusta de la libertad.

Identificar los aspectos más controversiales en la definición de la responsabilidad extracontractual del Estado, por privación injusta de la libertad y los retos en esa materia.

Efectuar una crítica constructiva a la problemática subyacente a la declaratoria de responsabilidad del Estado y sus posibles soluciones, consistentes con el respeto de la libertad como derecho humano fundamental.

2. Marco teórico y desarrollo

2.1. Prolegómenos de la responsabilidad del Estado

La responsabilidad del Estado tal como la conocemos actualmente, ha sido objeto de prolíficos desarrollos de vieja data, los cuales se remontan a la concepción soberana del Estado, durante el siglo XIX, en virtud de la cual, en ese entonces, no era de recibo pregonar la imputación de algún tipo de responsabilidad hacia el Estado, por los daños que este causara al amparo de esa teoría de la soberanía absoluta como inherente al andamiaje estatal.

No obstante, el avance en las concepciones hace que posteriormente se posicionó la teoría del servicio público, en virtud de la cual, el Estado funge como un prestador de servicios y bajo ese entendido, es susceptible de imputación de responsabilidad cuando incurra en hechos u omisiones que afecten la adecuada prestación del servicio público a su cargo.

Para el efecto, era menester acudir a la fuente de las obligaciones propias del derecho civil, en materia de poder determinar si se configuraba un daño efectivo, por el hecho o la omisión del Estado por medio de alguno de sus agentes, y si entre ambos supuestos, existía un nexo de conexidad que sirviera como causa eficiente de la afectación, caso en el cual, surgía la obligación de indemnizar el perjuicio, tanto el material a nivel de daño emergente y el lucro cesante, como el extramatrimonial de carácter moral, con fundamento en la teoría civilista propia del Código Civil Napoleónico, legataria de la doctrina francesa en materia de responsabilidad y cuyos conceptos se remontan a las elaboraciones de tratadistas como los hermanos Mazeaud.

Es con el Fallo Blanco de 1873, proferido por el Tribunal de Conflictos de Francia que se decanta la dicotomía entre si los procesos en los cuales se ventila la responsabilidad del Estado serían de conocimiento de la jurisdicción ordinaria o de la especializada contenciosa en el Estado, dirimiéndose a favor de esta última, con lo cual, el tema de responsabilidad del Estado, se distancia de las concepciones civilistas, aunque si bien las mantiene como sustrato de sus desarrollos conceptuales, se reivindica una autonomía de esta materia frente a la regla general contenida en el Código Civil.

Con posterioridad, se introducen nuevos conceptos como la responsabilidad por la vigilancia de los agentes estatales, cuando estos incurren en conductas de la cuales se deriva responsabilidad, "*culpa in vigilando*" o por la escogencia de los mismos, cuando incurren en

ese tipo de hechos u omisiones generadores de perjuicios “*culpa in eligiendo*”, con lo cual, se le imputa responsabilidad al Estado, sobre la base de esos conceptos de raigambre civilista.

A *posteriori* la doctrina organicista pregona que el Estado es como un organismo, en el cual si uno de sus órganos que lo componen causa algún perjuicio, debe responder como un todo, y de allí se derivan las fuentes de su responsabilidad.

El avance estirpe pretoriano, sobre el concepto de responsabilidad del Estado, conduce a delinear el concepto de “falta del servicio” entendida como la falencia en la que incurre el Estado, al prestar un servicio que le es inherente y que genera afectación al patrimonio material y moral de un asociado, en este caso, lo relevante es demostrar si se acreditan los supuestos que configuran esa falla, para que surja el reconocimiento de la responsabilidad endilgada al Estado.

El avance en esa materia conduce a que se introduzca una modalidad responsabilidad objetiva, respecto a ciertas materias que de suyo comportan un riesgo, caso en el cual, no es menester probar la falla, sino el hecho dañoso y el perjuicio sufrido, para que surja a imputación de responsabilidad cuando se acredite el nexo de conexidad.

Es con el advenimiento de la Constitución de 1991 que la responsabilidad del Estado se constitucionaliza bajo el concepto de daño antijurídico, el cual engloba los perjuicios que se causan a los asociados por el accionar o las omisiones del Estado, independientemente de la legalidad o no de la actuación respectiva, cuando el sujeto afectado no tiene el deber jurídico de soportarlo.

Frente a ese particular, establece el artículo 90 de la Constitución Política, lo siguiente:

“ARTICULO 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”

Este precepto es la piedra angular sobre la cual se cimienta el sistema de responsabilidad estatal vigente en el país, el cual gravita alrededor del concepto de daño antijurídico.

Sobre este precepto, se ha pronunciado la Corte Constitucional en reiteradas oportunidades, en los siguientes términos:

El artículo 90 constitucional consagra (i) la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, (ii) en forma de mandato imperativo, (iii) que es aplicable a todas las autoridades estatales y (iv) a los diversos ámbitos de la responsabilidad (contractual o extracontractual, entre otras). Así mismo, de tal artículo se desprende (v) una garantía para los administrados, que está estrechamente relacionada con el derecho de acceso a la administración de justicia y (vi) una obligación para el Estado de repetir contra sus agentes, cuando la administración pública haya resultado condenada y se demuestre la culpa grave o el dolo de los mismos.

(...)

Para la configuración de la responsabilidad patrimonial del Estado consagrada en el artículo 90 constitucional es necesaria la comprobación de (a) un daño antijurídico, (b) que le sea imputable al Estado (causalidad jurídica), y que sea (c) producido por una acción u omisión de una entidad pública o de alguno de sus agentes (causalidad material). (Corte Constitucional, Sentencia C- 286 de 2017).

Ergo, la responsabilidad patrimonial del Estado, parte del supuesto de la acreditación del daño efectivo, cierto y real, la existencia de una acción u omisión que le sea imputable a la respectiva entidad estatal y el nexo causal entre ambos elementos anteriormente señalados.

Sobre ese tópico, la doctrina ha disertado en los siguientes términos:

El la formula colombiana la noción de daño antijurídico resulta indispensable para precisar el alcance de la responsabilidad. En la doctrina española (Eduardo García de Enterría) se entiende por antijuridicidad del daño cuando no se dan causas de justificación de la actividad administrativa dañosa con relación al titular del patrimonio dañado; es la inexistencia del deber de soportar el daño por parte de la víctima. (Vidal, 2005, p. 411).

En efecto, el régimen adoptado desde la Constitución Política, tiene su basamento en el concepto daño antijurídico, entendido éste como aquel suceso dañoso que no está obligado a soportar un asociado, así la causa eficiente del mismo, tenga un origen legítimo.

Siguiendo esa línea de pensamiento, la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha delineado los requisitos para pregonar la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado.

Sobre ese aspecto, axial para la comprensión del caso en estudio, ha señalado esa Corporación lo siguiente:

3. Presupuestos de la responsabilidad extracontractual del Estado

3.2.- De lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución, cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado, se desprende que esta tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado y la imputación del mismo a la administración pública, tanto por su acción como por su omisión, ya sea atendiendo a los criterios de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional o cualquier otro.

3.3.- En síntesis, la responsabilidad extracontractual del Estado se configura con la demostración del daño antijurídico y de su imputación a la administración.

3.4.- El daño consiste en el menoscabo del interés jurídico tutelado y la antijuridicidad en que él no debe ser soportado por el administrado, ya sea porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o, porque es “irrazonable,” sin depender “de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración.

3.5.- La imputación no es otra cosa que la atribución fáctica y jurídica que del daño antijurídico se hace al Estado, de acuerdo con los criterios que se elaboren para ello, como por ejemplo el desequilibrio de las cargas públicas, la concreción de un riesgo excepcional, el régimen común de la falla del servicio o cualquiera otro que permita hacer la atribución en el caso concreto. (Consejo de Estado, Sentencia 33948 de 2018).

Así las cosas, queda delimitado el régimen aplicable y los requisitos que el mismo comporta, en materia de responsabilidad estatal, por acciones u omisiones que le sean imputables.

Dicha construcción conceptual legataria del derecho español, es la aplicable al régimen prevalente en materia de la responsabilidad del Estado en la actualidad y a ella debemos referirnos para abocar el estudio de la responsabilidad por privación injusta de la libertad, así como a la consagración positiva de responsabilidad por error judicial y privación de la libertad en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia contenida a su vez en la Ley 270 de 1996, que sirven en su conjunto, como fundamento normativos de la misma.

No obstante lo anterior, la mayor relevancia del desarrollo conceptual de ese tipo de responsabilidad, está contenido en el avance jurisprudencial que se ha generado en la materia en ese sentido, por parte de la jurisprudencia de la jurisdicción contencioso administrativa y de los aportes que la misma jurisprudencia constitucional, ha generado en la materia.

2.2. Responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad avances y desarrollos

El proceso de reconocimiento de la responsabilidad del Estado, ha estado marcado por el avance y reconocimiento a nivel jurisprudencial, dado que dicha temática ha sido de claro avance pretoriano.

Antes de la vigencia de la Constitución de 1991, no se tenía un fundamento normativo claro del cual se derivara la obligación resarcitoria al perjudicado por la restricción de su libertad personal, salvo instrumentos internacionales suscritos por el Estado Colombiano, pero que en ese entonces no tenían rango constitucional, como si lo tienen en vigencia de la actual Carta Política, por virtud de la figura del bloque de constitucionalidad.

En los albores de la década de los años noventa, se inició el proceso de perfilamiento de los elementos que debían concurrir, para predicar el surgimiento de la responsabilidad del Estado, debiéndose en ese entonces probar la denominada “falla en el servicio”, es decir, acreditar por medios probatorios idóneos que la Administración de Justicia, había incurrido en un proceder arbitrario, del cual se derivaba la privación de la libertad de una persona, dentro de un proceso penal que culmina con sentencia absolutoria o con la preclusión de la investigación.

En ese orden de ideas, era menester en esa primera etapa, que el interesado probara que el Estado había incurrido en una falla en la prestación del servicio de Administración de Justicia, cuando se pretendiera el reconocimiento de una indemnización de carácter patrimonial, para compensar el daño causado tanto a nivel de daño emergente, como del lucro cesante, respecto a un individuo privado de la libertad por orden judicial.

Posteriormente, la jurisprudencia avanzó en el sentido de considerar el carácter objetivo de la responsabilidad estatal respecto a ciertos supuestos, enunciados en el Código de Procedimiento Penal vigente en ese entonces (Decreto 2700 de 2000, artículo 414), cuyo tenor literal era el siguiente:

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.

Tomando ese parámetro normativo como referente, la jurisprudencia se modificó en el sentido de señalar que en las hipótesis señaladas en la norma bajo estudio, no era necesario acreditar la llamada “falla en el servicio”, entendida como responsabilidad subjetiva de la administración, sino que en esos casos, se aplicaba el título de imputación del “daño especial”, esto es, que se presumía la responsabilidad estatal y que dado su carácter objetivo, la misma solamente podría enervarse, si se acreditaba alguna causal eximente de responsabilidad, tales como: culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero, fuerza mayor y caso fortuito.

En ese entonces, se indicó por parte del Consejo de Estado lo siguiente:

La responsabilidad de la Administración, por privación injusta de la libertad, toma apoyo en el artículo 90 de la Constitución Nacional y en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, y se ubica en el ámbito de la responsabilidad directa del Estado por error judicial, que se produce como consecuencia de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, y previa una valoración seria y razonable de las distintas circunstancias del caso. El error judicial puede responder a una errónea apreciación de los hechos, o a una desfasada subsunción de la realidad fáctica en la hipótesis, normativa, o a una grosera utilización de la normatividad jurídica, en el caso sometido a consideración del juez. La responsabilidad de la administración, dentro del ámbito que se estudia, no opera sólo en los casos contemplados en el artículo 414 del C. de P. P., pues la Constitución Nacional ordena reparar el daño que se genere por una conducta antijurídica de ella. Con esto se quiere significar que el error judicial se debe reparar, no sólo en los casos de una INJUSTA PRIVACION DE LA LIBERTAD, sino en todos los eventos en que se demuestre, con fuerza de convicción, la existencia de una manifiesta equivocación. (Consejo de Estado, Sentencia 9.391 de 1995).

Respecto a casos que no se subsuman dentro de los supuestos allí enunciados, se mantenía la tesis anterior de la responsabilidad subjetiva de la Administración, es decir que debía probarse el proceder anómalo de la misma, para que se persiguiera la indemnización del daño respectivo.

Sobre el particular, es ilustrativo el siguiente extracto jurisprudencial de la misma providencia:

Como acertadamente lo señaló el a - quo, el artículo 414 del C. de P. P., **consagra una acción indemnizatoria en contra del Estado y en favor de quien ha sido privado injustamente de la libertad, cuando sea 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.** Como en el sub - júdice se determinó la inexistencia de hecho punible, el actor tiene derecho a reclamar del Estado Colombiano, una indemnización por los perjuicios sufridos. Este artículo 414 es fiel desarrollo del artículo 90 de la Carta Política, sólo que circunscrito al daño antijurídico proveniente de las **precisas circunstancias allí previstas.** (Negrilla dentro del texto) (Consejo de Estado, Sentencia 9.391 de 1995).

Posteriormente, se indicó en la jurisprudencia del Consejo de Estado, que la fuente de la responsabilidad estatal era el artículo 90 de la Constitución Política y que la misma no podía limitarse por normas infra constitucionales, debiendo en consecuencia el Estado, indemnizar eventos de privación injusta de la libertad, sin necesidad de acreditar la falla del servicio, sino que bastaba para el efecto, probar el daño antijurídico, esto es el que se causa independientemente de que el proceder estatal se ajuste o no a derecho, pero quien lo sufre, no tiene el deber el deber legal de soportarlo.

Por lo anterior, cuando el Estado no logra desvirtuar la presunción de inocencia y priva de la libertad a una persona, que a la sazón resulta beneficiaria de una sentencia absolutoria o de alguno de los supuestos enunciados, surge por ese solo hecho, el deber de indemnizar el daño antijurídico causado al individuo, sin parar en mientes respecto al carácter arbitrario o no de la decisión judicial causante del perjuicio que se reclama en sede contencioso administrativa.

Por lo anterior, se asumió en el año 2013, una posición en sede de una Sentencia de Unificación por parte del Consejo de Estado, la cual por su carácter resulta vinculante para los demás operadores judiciales, haciendo referencia al carácter eminentemente objetivo de este tipo de responsabilidad del Estado. Bajo esa óptica, basta entonces con que se genere el daño antijurídico, para que surja la obligación de resarcirle, sin acreditar ninguna falla en el servicio.

En dicha Sentencia de Unificación, señaló el Consejo de Estado lo siguiente:

- b. En línea con lo anterior, para la Sala resulta palmario que la procedencia de la declaración de responsabilidad patrimonial del Estado derivada de la privación injusta

de la libertad de las personas con ocasión de la instrucción de un proceso penal, no requiere para su operatividad de la concurrencia necesaria de un error jurisdiccional o de un defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia o de una determinada falla en el cumplimiento de las funciones a cargo del Estado. Y es que la exigencia de yerros, de fallas, de actuaciones dolosas o gravemente culposas como presupuesto sine qua non exigible para que pueda configurarse la responsabilidad extracontractual del Estado por privación injusta de la libertad, refleja cierta tendencia –equivocada, por supuesto, en criterio de la Sala– a confundir o entremezclar, indebidamente, los presupuestos de la responsabilidad patrimonial del Estado –previstos en el inciso primero del artículo 90 constitucional– con los de la responsabilidad personal de sus agentes –consagrados en el inciso segundo ídem–, de suerte que con evidentes inconsistencia conceptual y transgresión constitucional, se exige para la declaratoria de la responsabilidad del primero, aquello que realmente sólo cabe constatar como requisito insoslayable de cara a la deducción de responsabilidad de los segundos. (Consejo de Estado, Sentencia 23.354 de 2013).

Dicha posición generó un incentivo para que proliferaran demandas que exigían el reconocimiento de responsabilidad del Estado, dado el título de imputación esgrimido como daño especial de carácter objetivo, el cual releva de la carga probatoria a la parte que pretende el reconocimiento patrimonial de la misma.

No es sino hasta el año 2018 que esa Corporación Judicial cambia su posición a través de otra Sentencia de Unificación, que se reitera, es vinculante para los operadores judiciales, en la cual recoge su posición anterior y resalta que no en todos los casos procede el reconocimiento indemnizatorio, cuando se generan absoluciones en procesos penales y el procesado ha estado privado de la libertad, dado que hay que analizar en cada caso en particular, si con su preceder el afectado generó elementos de convicción para que se adoptara la medida, es decir si hay hechos anteriores o concomitantes a la medida de aseguramiento, de los cuales se podría inferir razonablemente que la persona cometió el ilícito o estaba involucrada en el mismo, caso en el cual, así exista sentencia absolutoria posteriormente, no procedería el reconocimiento indemnizatorio en sede administrativa contenciosa por responsabilidad del Estado.

Así lo señaló en ese entonces el Consejo de Estado:

(...) es necesario rectificar la tesis conforme a la cual la medida de aseguramiento de detención preventiva, aun cuando constitucional, pugna con la presunción de inocencia, en primer lugar, porque la libertad no es un derecho absoluto (...) y, en segundo lugar, por cuanto aquella forma de restricción de la libertad no tiene relación alguna con esta última presunción, ni mucho menos comporta un desconocimiento de la misma, ya que, en la medida en que durante el proceso penal no se profiera una sentencia condenatoria, la inocencia del implicado se mantiene intacta; por consiguiente, si la terminación del proceso responde a su preclusión y si, por igual razón, la inocencia de la persona se sigue presumiendo, no hay cabida a hablar de un daño (mucho menos antijurídico) ni de una privación injusta de la libertad sobre la cual se pueda edificar un deber indemnizatorio fundamentado exclusivamente en la vulneración de dicha presunción. (Consejo de Estado, Sentencia de Unificación 46947 de 2013).

Esta posición, parecería responder a muchos reclamos de la excesiva carga que para el erario público significaba la proliferación de condenas contra el Estado Colombiano por esta causa y la necesidad de morigerar los criterios de reconocimiento de esa responsabilidad, por el impacto fiscal sensible que implicaban la cantidad de procesos en curso por ese concepto.

Sin embargo, para hacer más interesante este análisis, dicha Sentencia fue declarada nula por virtud de una acción de tutela interpuesta ante el mismo Consejo de Estado, que consideró que con la misma se desconocía el derecho fundamental a la presunción de inocencia y en consecuencia, se ordenó que se expidiera una nueva sentencia sustitutiva.

En efecto, en dicho nuevo pronunciamiento señaló el Consejo de Estado:

La sala ampara el derecho al debido proceso, particularmente en lo referente a la presunción de inocencia, deja sin efectos la sentencia de 15 de agosto de 2018 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado (Rad. 46.947) y dispondrá que en la sentencia de remplazo se valore la culpa de la víctima sin violar su presunción de inocencia; y por las razones explicadas al determinar el problema jurídico, se resalta que este fallo no tiene ninguna incidencia respecto de la forma en que el juez natural del caso decida operar los títulos jurídicos de imputación de responsabilidad del Estado. (Consejo de Estado, Sentencia de Tutela 11001031500020190016901 de 2019).

Lo anterior deja las cosas como antes de la expedición de la última Sentencia de Unificación, esto es, reivindicando la tesis de la responsabilidad objetiva de la administración por privación injusta de la libertad, cuando se genera una medida de aseguramiento en el curso de un proceso penal, al final del cual, el Estado no logra desvirtuar la presunción de inocencia del individuo, caso en cual, surge por virtud del título de imputación del daño especial, la responsabilidad patrimonial del Estado y su deber de indemnizar el daño antijurídico causado a la persona privada de la libertad.

No obstante, la Sentencia de sustitución que se expidió por parte del mismo Consejo de Estado, en acatamiento de la orden de tutela, si bien excluyó el análisis de la culpa de la víctima por su proceder pre procesal, para no vulnerar la presunción de inocencia, hizo un análisis desde la perspectiva de la imputación del daño y concluyó que la medida de aseguramiento se adoptó en su momento, sobre la base de elementos de convicción que hacían que se cumpliera a cabalidad con los requisitos exigidos normativamente, para decretar esa medida de restricción y que en ese orden de ideas, no se configura un daño antijurídico imputable al Estado, ante lo cual no es procedente el reconocimiento de responsabilidad estatal en ese caso.

Así lo señaló esa Corporación:

En ese orden de ideas, se concluye que no se demostró que las entidades demandadas hubieran incurrido en falla alguna en del servicio, pues las decisiones y medidas que restringieron la libertad de la señora Martha Lucía Ríos Cortés, lejos de ser arbitrarias e irracionales, se sustentaron para la época en que se impusieron, en la ley y en las pruebas legal y oportunamente aportadas al proceso penal, en armonía con las circunstancias y elementos con los que se contaba al momento de proferirlas. (Consejo de Estado, Sentencia 46.947 de 2020).

Como se aprecia, en dicha sentencia se recogen elementos de la sentencia de unificación dejada sin efectos, por virtud de la acción de tutela que la anuló, en el sentido de analizar la legalidad de la medida de aseguramiento al momento de su expedición, para determinar si la misma fue desproporcionada e irrazonable, siendo consecuente con lo que la Corte Constitucional ha indicado sobre ese particular.

Como se aprecia, la temática se encuentra en un punto de discusión de la mayor envergadura, dado que se avizora un cambio de posición en el Consejo de Estado frente al tratamiento tradicional que se le ha dado a esta temática y por razón de la revisión que en estos momentos se surte de la acción de tutela¹ de marras, ante la Corte Constitucional como órgano de cierre, la cual está pendiente de desatarse y que seguramente clarificara y fijará derroteros claros en esa materia, por parte de ese órgano de cierre.

3. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, respecto a la privación injusta de la libertad

3.1. Efectos de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional

En primera instancia, es necesario precisar que las decisiones que adopte la Corte Constitucional en materia de la exequibilidad de normas sometidas a su escrutinio de conformidad con el artículo 241 de la Carta, como guardiana de la supremacía e integridad de la Constitución, tienen efecto *erga omnes* y por lo tanto vinculan a todos los operadores jurídicos del país, dado que se trata de la interpretación con autoridad que realiza el órgano de cierre en materia constitucional.

En efecto, los fallos que expide esa Corporación, en ejercicio del control constitucional, en lo referente a la definición de sub reglas constitucionales e interpretaciones de la Carta, tienen carácter vinculante como precedente y deben ser acatadas por autoridades y particulares.

Así lo ha señalado la misma Corte al establecer:

Respecto de la obligatoriedad de la jurisprudencia constitucional, la Sentencia C-539 de 2011 reitera que esta se fundamenta en (i) el respeto al principio de la seguridad jurídica, el cual implica el respeto por las normas superiores y la unidad y armonía de las demás normas con éstas, de manera que al ser la Corte Constitucional el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, “sus determinaciones resultan ser fuente de derecho para las autoridades y particulares, cuando a través de sus competencias constitucionales establece interpretaciones vinculantes de los preceptos de la Carta”; (ii) la diferencia entre *decisum*, *ratio decidendi* y *obiter dicta*, ratificando la obligatoriedad no solo de la

¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Expediente T-7.785.966.

parte resolutive sino de los contenidos de la parte motiva de las sentencias, en el control abstracto de constitucionalidad como en el concreto, que son determinantes para la decisión o constituyen la ratio decidendi del fallo; y (iii) las características de la ratio decidendi y, por tanto, de la jurisprudencia como fuente de derecho, por cuanto “la ratio decidendi de las sentencias de la Corte Constitucional, en la medida en que se proyecta más allá del caso concreto, tiene fuerza y valor de precedente para todos los jueces en sus decisiones, por lo que puede ser considerada una fuente de derecho que integra la norma constitucional”. (Corte Constitucional, Sentencia C-621 de 2015).

Esta precisión es de una importancia vital, en el tema que nos ocupa, toda vez que esa Alta Corporación de Justicia, se ha pronunciado sobre el alcance de disposiciones legales que establecen la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad.

En efecto, la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, establece en su artículo 68 lo siguiente:

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

La Constitución Política establece en su artículo artículo 152, las materias que imperativamente deben desarrollarse por el legislador a través de ley estatutaria, a saber: los derechos y deberes fundamentales de las personas, así como los procedimientos y recursos para su protección; la administración de justicia; la organización y régimen de los partidos y movimientos políticos; el estatuto de la oposición y funciones electorales; los mecanismos de participación ciudadana; los estados de excepción e igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República.

Estas leyes estatutarias dada la trascendencia de las materias que regulan, tienen un tratamiento diferencial, en tanto deben ser aprobadas o si se quiere modificadas o derogadas, por mayoría absoluta de los miembros del Congreso de la República y de contera su trámite legislativo debe surtirse en una sola legislatura.

Lo anterior se justifica por la relevancia de las materias señaladas en el mencionado artículo 152 de la Carta, pero tal vez el elemento de mayor importancia que caracteriza esta tipología de normas de talante legal, es su examen constitucional previo por parte de la Corte Constitucional, antes de su adopción.

Así las cosas, estas disposiciones no entran a regir en el ordenamiento positivo, hasta tanto el órgano de cierre constitucional, no haya revisado integralmente el contenido de las decisiones que contiene el proyecto de ley correspondiente.

Frente a las características de las leyes estatutarias, la Corte Constitucional ha señalado:

En razón de la importancia de esas materias y de las implicaciones que su desarrollo tiene en el plexo normativo, el constituyente estableció el procedimiento legislativo especial inherente a las leyes estatutarias. A través de él se busca que la regulación de esos temas sea fruto de un amplio debate democrático en el que se garantice y fomente la participación de todos los grupos asentados en las Cámaras Legislativas. En el mismo sentido, a través de ese procedimiento cualificado se promueve la vigencia de textos normativos cuya compatibilidad con la Carta Política se halle garantizada con mucha más fuerza que la presunción de constitucionalidad que ampara a todas las leyes y de allí por qué tales textos se sometan al control previo del Tribunal Constitucional. Finalmente, las mayorías calificadas exigidas para la promulgación de la norma permiten también que ésta tenga vocación de permanencia y generen seguridad pues esas mismas mayorías se exigen también para su modificación o derogatoria. (Corte Constitucional, Sentencia C- 162 de 2003).

Esa situación también apareja efectos de gran valía, como el carácter de cosa juzgada del análisis constitucional que haga la Corte sobre la respectiva futura norma estatutaria y la imposibilidad de cuestionar desde la perspectiva constitucional la norma previamente revisada, salvo por vicios sobrevinientes en su trámite o por un cambio en los parámetros constitucionales en relación con los de su primigenia adopción.

Así lo ha señalado la jurisprudencia de esa Corporación:

Para la Corte Constitucional, el carácter definitivo del control que nos ocupa implica que, una vez expedida una ley estatutaria, ésta no podrá ser demandada en el futuro por ningún ciudadano. (...) Los fallos que en ejercicio del control constitucional profiera la Corte Constitucional son, como se anotó, integrales. Por tanto, al momento de confrontar la norma revisada con la preceptiva constitucional, la Corte analiza todos y cada uno de los artículos del proyecto de ley estatutaria a la luz de todos y cada uno de los artículos del estatuto superior. En este sentido, los artículos que la Corte encuentre exequibles es (sic) porque son conformes con la totalidad del ordenamiento constitucional. Los que encuentre inexequibles son retirados del ordenamiento jurídico.

Por tanto, una vez sancionado el proyecto y convertido en ley de la República, éste goza ya de un juicio de constitucionalidad favorable, constatado por medio de una sentencia. (Corte Constitucional, Sentencia C-011 de 1994).

Así las cosas, la revisión previa de constitucionalidad que efectúa la Corte Constitucional, sobre el proyecto de la futura ley estatutaria, aparato de constituir un precedente de obligatoria observancia por su calidad de interpretación con autoridad de la Carta, tiene profundas connotaciones respecto a futuras interpretaciones a la luz del texto constitucional.

3.2. Sentencia C-037 de 1996

Efectuadas las anteriores precisiones de orden conceptual, y retomando la temática objeto de estudio, relativa a la privación injusta de la libertad, la misma ha sido objeto de revisión por parte del máximo Tribunal Constitucional del país, mediante Sentencia C-037 de 1996, la cual refiriéndose al mencionado artículo 68 de la Ley Estatutaria 270 de 1996 señaló lo siguiente:

Este artículo, en principio, no merece objeción alguna, pues su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 6o, 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, aún 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.

(...)

Bajo estas condiciones, el artículo se declarará exequible. (Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 1996).

Varios elementos de análisis, se derivan de la anterior *ratio*:

El órgano de cierre constitucional, está señalado que para que una privación de la libertad pueda catalogarse de injusta y en consecuencia de lugar al reconocimiento de responsabilidad estatal en esa materia, se debe estar frente a una actuación del funcionario judicial que dicta la restricción del derecho que se catalogue como “abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales”, lo cual conduce a concluir que la privación de la libertad decretada no ha sido apropiada, ni cumple con parámetros de razonabilidad y en consecuencia, es discordante con el marco normativo y deviene en una privación abiertamente arbitraria.

Nótese que la Corte está calificando la privación como injusta, únicamente cuando se cumplen esos supuestos enunciados, destacando criterios de proporcionalidad y sujeción de la misma a los procedimientos legales establecidos para ese efecto. Igualmente, se estima que es abiertamente arbitraria, por ser contraria a parámetros de razonabilidad y carácter apropiado en el caso concreto.

Por lo anterior, no cualquier privación de la libertad, se cataloga como injusta, sino que es menester efectuar un análisis en cada situación de los criterios previamente señalados, para determinar si se puede catalogar como tal.

Llama la atención como la misma Corte señala que si no fuere así, se abriría la posibilidad de que cualquier tipo de privación de la libertad, se estimara en forma subjetiva como injusta, abriendo la posibilidad de la proliferación de acciones indiscriminadas que militarían además en contra del patrimonio público que debe responder en caso de condenas por ese tipo de situaciones, afectando el interés general ínsito en el mismo.

De lo anterior se colige que *prima facie*, para determinar si en injusta la detención, es necesario efectuar un juicio sobre la antijuridicidad del daño², toda vez que no todo daño es

² Sobre la noción de daño antijurídico contenida en el artículo 90 de la Constitución Política, ha dicho la misma Corte: “El perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. La Corte considera que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho, pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración. Así, la responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culpable o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado,

indemnizable en esta materia. Así las cosas, es necesario determinar el carácter antijurídico del daño acaecido a luz de los lineamientos ya expuestos, dado que evidentemente toda restricción de la libertad comporta un daño, el factor determinante será acreditar si dicho daño, ostenta el carácter de ser antijurídico y en consecuencia pasible de ser indemnizado.

Lo anterior implica la necesidad de acreditar probatoriamente, el carácter abiertamente arbitrario de la medida de restricción de la libertad, su desproporcionalidad e irracionalidad por parte del actor que pretende sacar adelante ese tipo de pretensiones, en sede contencioso administrativa.

Recuérdese la referencia al carácter vinculante del precedente jurisprudencial, emanado de esa Corporación en materia de juicio de constitucionalidad y máxime en tratándose de leyes estatutarias, dado su carácter definitivo como ocurre en el caso de marras.

Por lo anterior, *ab initio*, no sería de recibo pretender imputar responsabilidad estatal desde una perspectiva objetiva a la Administración para este tipo de casos, dado que siendo fiel a la *ratio* de la referida sentencia, es menester en cada caso particular, efectuar un sesudo análisis de las condiciones concretas de la detención, para arribar a la conclusión, dada su irracionalidad y bajo criterios de proporcionalidad, de catalogarla como injusta y en consecuencia, que se abra paso la indemnización económica hacia el afectado, si se concluye que el daño fue en efecto antijurídico.

Para lograr ese cometido, es necesario contar con un acervo probatorio suficientemente idóneo, sobre el cual se edifique dicha declaratoria de responsabilidad, cuya acreditación le incumbe como carga al demandante que pretende dicho reconocimiento, por virtud el principio de vieja data en esa materia *onus probandi incumbit actori*.

3.3. Sentencia de Unificación 072 de 2018

Ahora bien, en una reciente oportunidad, la Corte Constitucional emitió una sentencia de unificación³ respecto a la temática de la privación injusta de la libertad, retomando el análisis de la figura, con carácter de precedente jurisprudencial vinculante.

se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización. Igualmente no basta que el daño sea antijurídico sino que éste debe ser además imputable al Estado, es decir, debe existir un título que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública.” (Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996).

³ Al tenor de lo normado en art. 270 del CPACA, “son sentencias de unificación jurisprudencial las sentencias que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por

En esa oportunidad, vía revisión de la acción constitucional de tutela, la Corte se pronunció sobre un amparo solicitado por la misma Fiscalía General de la Nación, en contra del Tribunal Administrativo de Córdoba y el Consejo de Estado, por apartarse en su sentir del precedente establecido por la Corte Constitucional en su Sentencia ya comentada en precedencia (C-037 de 1996), al proferir condena contra esa Entidad, por privación injusta de la libertad, sin tomar en consideración los parámetros fijados para tal el efecto por ese órgano de cierre.

Dicho pronunciamiento, le permitió a la Corte Constitucional volver a pronunciarse sobre el tema de privación injusta de la libertad de cara a la responsabilidad del Estado, al desatar la revisión de las acciones de tutela promovidas por esa causa en su calidad de órgano de cierre en asuntos constitucionales, jurisprudencia en la cual, tras efectuar un análisis del tratamiento que se le dispensado a esta materia tanto la Corte Constitucional con el Consejo de Estado, señalo entre otros aspectos lo siguiente:

121. Determinar, como fórmula rigurosa e inmutable, que cuando sobrevenga la absolución por no haberse desvirtuado la presunción de inocencia –aplicación del principio in dubio pro reo-, o incluso en otros eventos, por ejemplo, cuando no se acreditó el dolo, es decir, operó una atipicidad subjetiva, el Estado debe ser condenado de manera automática, esto es, a partir de un título de imputación objetivo, sin que medie un análisis previo que determine si la decisión a través de la cual se restringió preventivamente la libertad fue inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria, transgrede un precedente constitucional con efecto erga omnes, concretamente la sentencia C-037 de 1996. (Corte Constitucional, Sentencia SU-072 de 2018).

Recalca la Corte en su análisis que en materia del análisis de la responsabilidad del Estado, no es suficiente bajo un criterio objetivo proferir condenas simplemente acreditando la privación preventiva de la libertad y la posterior absolución por atipicidad subjetiva, aplicación del axioma *induo por reo* por no desvirtuar la presunción de inocencia, dado que en todo caso, en

necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; también las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009". En Sentencia C-816 de 2011 la Corte Constitucional aclaró que "*La vinculación a la jurisprudencia constitucional se materializa, primero, a la hora que el Consejo de Estado profiere una sentencia de unificación, la cual deberá observar el alcance que, en dado caso, la Corte haya fijado a los preceptos normativos aplicables a la materia de unificación y, luego, a la hora de poner en acción la extensión que, como cualquier actuación, debe realizarse a la luz de los mandatos constitucionales interpretados por esta Corporación*". Así las cosas, las reglas fijadas en ese tipo de sentencias son vinculantes para los operadores jurídicos como fuente de derecho.

menester abocar el análisis de las circunstancias que redaron la expedición de la orden de detención, de cara a su contrastación con principios de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad de la medida, así como de sujeción de la misma al marco normativo, y no en forma automática, derivar una responsabilidad objetiva por ese solo hecho, dado que esa práctica sería contraria al precedente constitucional ya comentado, el cual se reitera, reviste el carácter de vinculante para los operadores judiciales.

Se indica en dicho pronunciamiento que es necesario en cada caso analizar la conducta de la víctima, esto es, si incurrió en culpa grave, gravísima o dolo, a la luz de las concepciones del derecho civil en esa materia y no por supuesto desde la perspectiva penal, la cual ya fue objeto de juzgamiento el curso del respectivo proceso, para determinar si con su conducta el sujeto éste generó de alguna forma eficiente conductas u omisiones que derivaron en la imposición de la medida de aseguramiento, lo cual presupone un análisis subjetivo de la conducta *prima facie*.

Sobre ese tópico, es relevante el siguiente extracto:

Con independencia del régimen de responsabilidad estatal que utilice el juez administrativo, la conducta de la víctima es un aspecto que debe valorarse y que tiene la potencialidad de generar una decisión favorable al Estado, en otras palabras, que pueda generar una declaratoria de irresponsabilidad administrativa. (Corte Constitucional, Sentencia SU-072 de 2018).

En esta sentencia de unificación, la Corte está reiterando que en casos de privación injusta, es necesario analizar la responsabilidad del Estado, no solamente desde la perspectiva de la absolución dentro del proceso penal respectivo, sino que debe primero estudiarse si se configuró un daño antijurídico al momento de la privación en los albores del proceso, para establecer si al decretarse la medida, el operador judicial actuó con razonabilidad, necesidad y proporcionalidad, así como con sujeción a los parámetros normativos que disciplinan la materia y no exclusivamente desde la óptica del resultado final del proceso penal que puede concluir con exoneración de la responsabilidad penal.

Lo anterior para reiterar que la responsabilidad del Estado en esta materia no es automática, por virtud de la decisión final de absolución o exoneración de responsabilidad en materia penal, sino que es menester, efectuar el análisis del primer momento y sobre todo de la conducta del sujeto afectado, haciendo uso de las categorías de culpa y dolo en materia civil

que podrían denotar una exoneración de la responsabilidad del Estado, así sobrevenga la libertad de la persona afectada en una decisión definitiva.

Frente a ese particular, es pertinente citar el siguiente extracto de la sentencia bajo análisis, refiriéndose a aspectos de derecho comparado:

47. Conclusión. Del recuento comparado se extrae que las legislaciones y la interpretación judicial de las mismas no son uniformes a la hora de definir qué título de imputación debe aplicarse cuando se presenta una reclamación por parte de un ciudadano que fue privado preventivamente de la libertad y posteriormente es absuelto, lo cual atiende a la fisonomía de cada Estado; **sin embargo, entre ellas sí se advierte un aspecto coincidente, cual es la actuación de la víctima como causa que exonera al Estado.** (Resaltado fuera de texto). (Corte Constitucional, Sentencia SU-072 de 2018).

Ello refuerza el planteamiento que desde el pronunciamiento del año 1996, se había efectuado, en el sentido de estudiar la conducta del sujeto víctima de la detención preventiva, no a luz de los postulados penales de la culpa y el dolo que ya fueron debatidos en el proceso correspondiente, sino a la luz de las categorías propias del derecho civil⁴, para establecer si se incurrió en alguna conducta de la cual se pudiera derivar la ocurrencia de la detención y en esa medida, relevar de responsabilidad al Estado por esa detención.

Es por ello que independientemente del régimen de responsabilidad estatal que se utilice por parte del juzgador administrativo, en todo caso, es preciso el estudio de la conducta de la víctima, dado que de su análisis se podría derivar la ruptura causal que determine la no prosperidad de la responsabilidad administrativa del Estado por la privación.

Es importante también señalar que en este pronunciamiento, así como se trazan líneas divergentes en el tratamiento de esta temática, entre la Corte Constitucional y el Consejo

⁴ Código Civil. **ARTICULO 63. CULPA Y DOLO.** La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

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

de Estado, también se identifican similitudes en la materia, tales como la necesaria existencia de tres elementos para la estructuración del juicio de responsabilidad del Estado por esta temática a saber: el daño, la antijuridicidad del mismo y su producción a partir de una actuación u omisión estatal, es decir el nexo de causalidad.

Igualmente, se comparte entre ambas Corporaciones el aserto según el cual la Constitución en su artículo 90, no definió un título de imputación único, lo cual permite que el estudio de responsabilidad administrativa, se avoque a partir del régimen tradicional subjetivo de falla en el servicio o eventualmente a partir de regímenes objetivos, tales como el daño especial y el riesgo excepcional.

Sobre ese último aspecto, se hace referencia a título ilustrativo, a las situaciones en las cuales el hecho no existió o la conducta era objetivamente atípica y a pesar de ello, se profirió la medida restrictiva de la libertad personal, en esos casos, sería procedente abocar el análisis de imputación desde una perspectiva objetiva, como el daño especial, dado que el carácter de desproporcionada y no razonable de la medida sería evidente, dado que para dictar una restricción de la libertad en el curso de un proceso penal aun en sus prolegómenos, como mínimo se debe tener certeza sobre la ocurrencia del hecho que se pretende enjuiciar y el ejercicio de la adecuación típica para subsumir la conducta, dentro de los supuestos de las normas penales prohibitivas, como cargas elementales que deben concurrir *a priori* antes de emitir una orden de restricción de la libertad de una persona encartada en un proceso penal. Desde esa perspectiva, es inadmisibles detener para investigar, sin siquiera haber corroborado la ocurrencia del hecho y la tipicidad del mismo, a la luz del precepto penal correspondiente. Habida consideración de lo anterior, la Corte Constitucional ha desarrollado para la temática *sub examine* en su jurisprudencia, los siguientes lineamientos:

(i) Para el análisis del daño consistente en la privación de la libertad, es necesario realizar en primera instancia un juicio de antijuridicidad del mismo. No cualquier daño es indemnizable en esta materia, solo aquel que reviste el carácter de antijurídico de acuerdo a los parámetros señalados en la jurisprudencia constitucional, esto es: proporcionalidad de la medida, racionalidad y sometimiento al marco normativo, al momento de la imposición de la medida de aseguramiento.

(ii) El citado análisis es imperativo, aun si se pretende resolver el juicio de imputación bajo un régimen de falla del servicio de carácter subjetivo o de un régimen objetivo como el daño especial o el riesgo excepcional.

(iii) Cuando se opta por un régimen objetivo, como ocurre cuando se presenta una detención preventiva y se determina con el devenir del proceso penal que el hecho no existió o que era atípico, debe también estudiar el primer supuesto, esto es, la antijuridicidad del daño para determinar si es antijurídico.

En este último caso, el Estado tiene la carga de demostrar que la situación ocurrió por alguna causal de exoneración de responsabilidad, tales como: culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero o fuerza mayor y caso fortuito, aportando los soportes probatorios del caso para enervar la declaratoria de responsabilidad patrimonial.

A título de colofón de este acápite, es pertinente reiterar el carácter vinculante que tienen los precedentes jurisprudenciales emanados de las Altas Corporaciones de Justicia, para los operadores jurídicos y máxime tratándose de la Corte Constitucional, cuya jurisprudencia es la interpretación con autoridad de la Constitución, y es por ello que si proliferan decisiones encontradas, aun en contravía de los dictámenes previos del órgano de cierre, se atenta seriamente contra el valor seguridad jurídica que es sustancial en el contexto de un Estado de Derecho y que va de la mano con la eficacia del derecho a la igualdad, en procura de fallar situaciones fácticas similares con parámetros iguales, para no generar distorsiones o arbitrajes que generan tratamientos diferenciales no justificables, frente a unos mismos soportes fácticos.

4. Análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de la privación injusta de la libertad

4.1. Primera etapa: Reconocimiento de responsabilidad y regímenes de imputación

En vigencia de la Constitución Política, el Consejo de Estado al desatar controversias relativas a responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad, señalo que dicha responsabilidad debe estructurarse a partir del título de imputación de la falla del servicio, en razón a que la Administración de Justicia, no debe responder indiscriminadamente por los daños ocasionados a un sujeto por la imposición de la medida, sino que se deben acreditar la ocurrencia de conductas abiertamente contrarias a derecho, arbitrarias que denoten un error judicial calificado y ostensible de parte del operador de justicia.

Frente a lo anteriormente señalado, el Consejo de Estado señaló en ese entonces:

Si bien, el Consejo de Estado se ha mostrado renuente a declarar la responsabilidad del Estado por falla del servicio judicial, considera la Sala que tal posición jurisprudencial no puede ser tan inflexible ni volver la espalda a determinadas realidades de equidad y justicia en cuanto se trata de resarcir los perjuicios ocasionados con acciones u omisiones escandalosamente injurídicas y abiertamente ilegales, ocurridas en la prestación de dicho servicio.

Desde luego, no se trata de reconocer responsabilidad administrativa a cargo del Estado como consecuencia de un fallo, sentencia o providencia definitivas y con efectos de cosa juzgada, por la simple equivocación conceptual en que pueda incurrir el juzgador. *Al contrario, se trata de que los administrados conozcan que cuando sus jueces incurren en eventuales conductas abiertamente contrarias a derecho y generadores de daños y perjuicios materiales y morales, junto con su personal responsable, originan también en el propio Estado la obligación resarcitoria.* (Consejo de Estado, Sentencia 7.058 de 1992).

En ese entonces, apenas se estaba abriendo la línea de reconocimiento de responsabilidad del Estado por actuaciones judiciales que irrogaban perjuicios a los ciudadanos.

En esta primera etapa, es de la mayor relevancia el giro jurisprudencial que se presenta en el seno del Consejo de Estado, respecto a la temática específica de la privación de la libertad a partir del año 1994, cuando se toma como parámetro para su determinación, el artículo 414⁵ del Decreto 2700 de 1991 “*por el cual se expiden las normas de Procedimiento Penal.*”, la cual contenía a la sazón, una casuística de situaciones en las cuales surgía del deber indemnizatorio del Estado por privación de la libertad.

En aplicación de ese precepto legal, en ese año el máximo Tribunal Contencioso Administrativo del país señaló:

Como acertadamente lo señaló el a-quo, el artículo 414 del C. de P. P. consagra una acción indemnizatoria en contra del Estado y en favor de quien ha sido privado injustamente de la libertad, cuando sea exonerado por sentencia absolutorio definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta

⁵ **ARTICULO 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.

no constituía hecho punible. Como en el sub-júdice se determinó la inexistencia de hecho punible, el actor tiene derecho a reclamar del Estado Colombiano una indemnización por los perjuicios sufridos. Este artículo 414 es fiel desarrollo del artículo 90 de la Carta Política, solo que circunscrito al daño antijurídico proveniente de las precisas circunstancias allí previstas. (Consejo de Estado, Sentencia 9.734 de 1994).

A partir de ese entonces, el fundamento de la declaratoria de responsabilidad del Estado, se encontraba ligado a dicho precepto, en el sentido de la prosperidad de las pretensiones de las acciones de reparación directa en ese entonces, cuando se acrediten los supuestos fácticos allí enunciados respecto a la privación de la libertad, estos es: exoneración por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente, porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible.

En ese entonces, se perfilaba el reconocimiento de la responsabilidad del Estado con carácter objetivo, cuando se configuraban los supuestos de hecho ya enunciados, es decir que ante su demostración, surgía de plano el reconocimiento de responsabilidad estatal, pero como las situaciones de privación podían ir más allá, respecto de otros supuestos no contemplados en la norma, el régimen aplicable sería el subjetivo de la falla del servicio que exige probar la irregularidad o arbitrariedad de la detención.

Frente a ese particular, es ilustrativo el siguiente extracto:

h) La responsabilidad que se deduce del artículo 414 del C. de P. Penal, es OBJETIVA, motivo por el cual resulta irrelevante el estudio de la conducta del juez o magistrado, para tratar de definir si por parte de él hubo dolo o culpa. (Consejo de Estado, Sentencia 9.391 de 1995)

Igualmente, desde ese entonces, reconociendo el carácter prevalente del valor libertad y como excepcional la limitación del mismo, además que un ciudadano no puede estar expuesto a una privación de ese derecho fundamental, como una carga pública consustancial a la convivencia social, toda vez que ello sería nugatorio de la dignidad humana, en aras de unos fines abstractos asociados al interés general, por lo cual, surgía el deber de indemnizar en cabeza del Estado al afectado.

En esa línea argumentativa, el Consejo de Estado señalaba en ese entonces:

Aquí, como se ha observado, sobre la base de una duda o de una mal llamada sospecha que encontrarían soporte en un testimonio desacreditado, se mantuvo privado de la libertad por espacio de más de tres años al demandante, para final pero justicieramente

otorgársele la libertad previa absolución. (Consejo de Estado, Sentencia 11.754 de 1997).

En este primer periodo, avanzamos desde un reconocimiento tímido de la responsabilidad por la actividad judicial en sus inicios, pasando por la adscripción de la jurisprudencia a las hipótesis contenidas en el artículo 414 del CPP vigente en ese entonces, dándoles a las mismas el carácter de objetivas, para pregonar responsabilidad patrimonial del Estado y al final de la misma, hay una expansión del carácter garantista del valor libertad frente a situaciones como absoluciones por el principio *induido por reo*, en las cuales la inactividad probatoria a cargo del Estado, para desvirtuar la presunción de inocencia, no podía ser trasladada al particular en su perjuicio.

Desde la perspectiva de la imputabilidad, es importante resaltar como se reconoció desde el inicio el régimen de falla del servicio como la regla general, lo cual presupone probar la actividad judicial irregular y arbitraria.

Posteriormente, se dio paso a un régimen objetivo por daño especial, en presencia de las hipótesis contenidas en el artículo 414 del CPP vigente, y respecto a otro tipo de situaciones no previstas en esa norma se debía adelantar el estudio a la luz de la tradicional falla probada del servicio.

Al final de esa etapa, asistimos a una expansión garantista que incluso llega a afirmar que con la absolución final, surge la obligación de indemnizar a cargo del Estado, frente a la persona afectada por la restricción de su derecho fundamental.

Respecto a este último aspecto, se indicó en la jurisprudencia en ese entonces lo siguiente:

No puede considerarse, en principio, que el Estado deba responder siempre que cause inconvenientes a los particulares, en desarrollo de su función de administrar justicia; en efecto, la ley le permite a los fiscales y jueces adoptar determinadas decisiones, en el curso de los respectivos procesos, en aras de avanzar en el esclarecimiento de la verdad, y los ciudadanos deben soportar algunas de las incomodidades que tales decisiones les causen.

Sin embargo, tampoco pueden hacerse afirmaciones categóricas, para suponer que, en determinados casos, será siempre inexistente el daño antijurídico, mucho menos cuando ha habido lugar a la privación de la libertad de una persona, así sea por corto tiempo, dado que se trata de la vulneración de un derecho fundamental, cuya injusticia, al margen de la licitud o ilicitud de la decisión que le sirvió de fundamento, puede

hacerse evidente como consecuencia de una decisión definitiva de carácter absolutorio.

He aquí la demostración de que la injusticia del perjuicio no se deriva de la ilicitud de la conducta del agente del Estado. (Consejo de Estado, Sentencia 12.076 de 2002).

Para ese entonces ya se encontraba vigente la *ratio* de la sentencia 037 de 1996, proferida a la sazón por la Corte Constitucional, a pesar de lo cual, en el Consejo de Estado en su calidad de juez natural de la administración, se manejaban tesis más amplias de reconocimiento de responsabilidad estatal en el plano objetivo, lo cual iría en contravía de lo señalado por el máximo organismo constitucional en la materia, a raíz de la ya citada revisión previa del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia.

4.2. Segunda etapa: Posición del Consejo de Estado, desde el año 2006 hasta el 15 de agosto del 2018

En esta etapa de evolución jurisprudencial, se pueden identificar cuatro pronunciamientos relevantes, que marcan la pauta de la interpretación de esa temática, en el seno del Consejo de Estado.

- (i) La sentencia⁶ que reconoció explícitamente las absoluciones generadas en el principio del *in dubio pro reo*, como causal objetiva de responsabilidad del Estado, bajo el entendido que no puede el particular soportar la inactividad o las falencias en que incurre el Estado a través de su órgano de acusación e investigación criminal, en desvirtuar la presunción de inocencia.
- (ii) La sentencia⁷ que estableció la continuidad de las causales establecidas en el artículo 414 del Decreto 2700 de 2011 y la referida del *in dubio pro reo* en vigencia de la Ley 270 de 1996, como objetivas de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad.
- (iii) La sentencia⁸ en la que se establece que el fundamento esencial de la privación injusta de la libertad, está referida al daño antijurídico y por último,
- (iv) La sentencia de unificación⁹ vigente en la materia, proferida en el año 2013.

Revisado el contenido de los citados pronunciamientos, se advierte el hilo conductor se extiende a lo largo de la configuración de la figura del daño antijurídico, como elemento que

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2006, expediente 13.168.

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de mayo de 2007, expediente 15.463.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de abril de 2011, expediente 21.653.

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 17 de octubre de 2013, expediente 23.354.

permite apartarse diametralmente de la ratio contenida en la sentencia de la Corte Constitucional, por cuanto con el desarrollo de esas providencias, se concibe que un ciudadano afectado por la restricción de su derecho a la libertad, vía orden judicial y respecto de quien en el curso del proceso penal, se arriba a una sentencia absolutoria, o se le revoque la medida privativa, por esa sola circunstancia se le debe considerar como víctima y acaecido el daño con connotación de ser éste antijurídico, sin que sea necesario en ese escenario, adentrarse en el estudio de la legalidad, razonabilidad y proporcionalidad de la medida de aseguramiento en el momento de su adopción.

A título ilustrativo, se indicaba en aquella época:

La Sala reitera lo manifestado en la sentencia proferida el día 27 de septiembre de 2001 porque considera que en estos eventos la responsabilidad del Estado existe cuando se ha causado un daño antijurídico por la privación de la libertad de un sujeto que fue absuelto 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, Sentencia 13.606 de 2002).

Dichas argumentaciones tienen su génesis además, en considerar que los parámetros contenidos en la sentencia C-037 de 1996, proferida por la Corte Constitucional y cuya piedra angular es la noción de daño antijurídico, permite que dicho concepto al no admitir limitaciones por parte del legislador, pueda ser interpretado en forma más extensiva que dentro de los contornos señalados en la citada providencia.

Bajo ese supuesto del daño antijurídico y la imposibilidad de restringir su alcance vía legal por su stirpe de talante constitucional, es el que sirve de asidero a pregonar la existencia de responsabilidad por privación injusta de la libertad, cuando quiera que concurra una absolución, o el levantamiento de una medida de aseguramiento, lo cual configura *per se* la calificación como injusticia de esa privación de la libertad, sin que para el efecto, sea necesario detenerse en el análisis de la conducta desplegada por el operador de justicia, dado que la ocurrencia de ese supuesto, hace que surja de bulto la imposibilidad del Estado de desvirtuar la presunción de inocencia, lo cual configura un daño que el asociado no estaba en el deber jurídico de soportar.

Vale la pena resaltar en este acápite que aunque el fundamento normativo contenido en el Decreto 2700 de 1991 en su artículo 414 desapareció del ordenamiento positivo, en razón a su derogatoria y la expedición de un nuevo Código de Procedimiento Penal que no replicaba

el contenido de ese precepto, el mismo continuó siendo considerado como un parámetro válido para estudiar casos de privación injusta de la libertad, al considerar que los casos enunciados en ese precepto, no necesitan ser establecidos por el legislador, dado que la limitación de la libertad que en curso del proceso penal correspondiente, no amerite algún reproche penal, configura *per se* un daño antijurídico, bajo el entendido que la única justificación válida de una privación de la libertad, sería que *a posteriori*, se produzca una sentencia condenatoria en la que se declare la responsabilidad penal del procesado.

Se destaca además en ese entonces, que aunque la medida de restricción de la libertad se sujete a la Constitución y la ley al momento de su expedición, ello no es determinante para no rotular como antijurídico el daño que se le causa a esa persona.

En esa línea señalaba el Consejo de Estado:

Pero, la derogatoria del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 y la carencia en los subsiguientes códigos de procedimiento penal de una norma con el mismo contenido de ese artículo, no impiden deducir la responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad en los mismos eventos previstos en aquél, esto es, cuando mediante sentencia que ponga fin al proceso o providencia con efectos similares, se absuelva al sindicado con fundamento en que la conducta no existió, el sindicado no la cometió o el hecho no era punible.

Esto porque la responsabilidad patrimonial del Estado tiene su fuente en el artículo 90 de la Constitución, norma que consagra el derecho a la reparación de los perjuicios causados por las actuaciones de las autoridades públicas, cuando tales daños sean antijurídicos²⁰, es decir, cuando los afectados no estén en el deber jurídico de soportar esos daños y quien sufre una medida de aseguramiento de detención preventiva por una conducta que no era merecedora de ningún reproche penal sufre un daño antijurídico. (Consejo de Estado, Sentencia 21.653 de 2011).

En su conjunto este cúmulo de pronunciamientos del contencioso, se apartan de los parámetros señalados por la Corte Constitucional y desarrollan una dinámica propia al amparo de la noción de daño antijurídico, desde una perspectiva garantista según la cual, la medida de aseguramiento puede ser en si misma legítima, y responder a fines de interés general, tales como la comparecencia del procesado al proceso, conjurar el riesgo de fuga o su peligrosidad social sustentada en antecedentes, pero así la medida primigenia este revestida de las formalidades legales y se haya adoptado bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad, lo

decisivo para estructurar el daño antijurídico, es que con el decurso del proceso penal no se logre acreditar la responsabilidad, dando lugar sentencias absolutorias frente a lo cual, ese interés general debe ceder para dar lugar a la configuración de un daño que esa persona no estaba en el deber de soportar, en procura de esos fines abstractos que lo trascienden.

Cerramos este acápite con la referencia obligada a la *ratio* de la sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013, en la cual se indica lo siguiente:

(...) si la víctima no se encuentra en el deber jurídico de soportar el daño que le fue irrogado, devendrá en intrascendente –en todo sentido– que el proceso penal hubiere funcionado correctamente, pues lo cierto será, ante situaciones como la que se deja planteada, que la responsabilidad del Estado deberá declararse porque, aunque con el noble propósito de garantizar la efectividad de varios de los fines que informan el funcionamiento de la Administración de Justicia, se habrá irrogado un daño especial a un individuo. (Consejo de Estado, Sentencia 23.354 de 2013).

Ergo, durante esa etapa se asume una posición altamente garantista por parte del Consejo de estado en esta materia, separándose de la posición de la Corte Constitucional, lo cual si bien podría ser plausible desde una perspectiva de reivindicación de los derechos fundamentales, desde otra óptica, genera inseguridad jurídica y un fuerte impacto en el presupuesto público dada la proliferación de acciones, en procura del reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado por esta materia, sin detenerse en analizar si la medida de aseguramiento fue adecuada, razonable, proporcional y legal, sino limitando el análisis al resultado final del proceso penal, en un momento posterior cuando ya se ha evacuado el debate probatorio, con el que no se cuenta al momento de dictar en un primer momento la medida restrictiva de la libertad.

4.3. Tercera etapa: Nueva Sentencia de Unificación, declaratoria de nulidad y expectativa ante el pronunciamiento de la Corte Constitucional

En esta tercera etapa el 15 de agosto del 2018, la Sección Tercera del Consejo de Estado, al resolver una apelación dentro del caso 46.947, profirió una nueva sentencia de unificación sobre la materia bajo estudio, recogiendo la posición anterior y planteando la necesidad de en cada caso, efectuar un estudio de la configuración del daño, no en forma automática por la expedición de una sentencia absolutoria, sino de acuerdo a las circunstancias que rodearon la adopción del medida , para determinar si el daño puede o no catalogarse como antijurídico.

Se supera de esa forma el carácter objetivo de esta responsabilidad y se retoman argumentos ya planteados por la Corte Constitucional desde el año 1996, en el sentido de evaluar el momento de la adopción de la medida, de cara a concluir si efectivamente la privación género o no un daño antijurídico.

En la sentencia se efectúa una crítica, frente a la posición anterior que se rectifica, por cuanto no toma en consideración que el derecho a la libertad individual no es absoluto, y admite restricciones prohijadas tanto en el ordenamiento interno, como en el convencional, situación que no se toma en cuenta en un régimen objetivo, en el cual, ante una absolución se declarara la responsabilidad estatal, sin analizar previamente la concurrencia de los elementos integradores del daño, en su calidad de antijurídico, o si por el contrario, el sujeto si debía soportar el mismo.

Igualmente, pone de presente la contradicción ante la cual se ven abocados los operadores judiciales de dictar la medida y después verse envueltos en posibles acciones de repetición por la condena contra patrimonial contra el Estado o abstenerse de hacerlo y también responder por omisión en caso de que el procesado no comparezca o evada la acción del justicia, situación ante la cual debe primar el análisis ponderado de cada situación para determinar la arbitrariedad o no de la adopción de la medida al momento de su adopción y no en un momento posterior como lo es en la sentencia definitiva.

Las reglas fijadas en dicha sentencia de unificación fueron las siguientes:

- 1) Es necesario determinar si el daño (privación de la libertad) fue antijurídico o no, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política;
- 2) E preciso establecer si quien fue privado de la libertad actuó con culpa grave o dolo, desde el punto de vista meramente civil -análisis que hará, incluso de oficio-, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva (artículos 70 de la ley 270 de 1996 y 63 del Código Civil) y,
- 3) Es necesario determinar cuál es la autoridad llamada a reparar el daño.”(Consejo de Estado Sentencia, 46.947 de 2018).

Es también importante destacar que en dicho proveído, se indicó que con independencia de la causa que motiva la libertad de la persona afectada con la restricción, se hace necesario efectuar el respectivo análisis de la antijuridicidad del daño, retomando los criterios planteados en la Sentencia C-037 de 1996 proferida por la Corte Constitucional.

En síntesis, con dicha sentencia de unificación, se logró armonizar el desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado con los postulados esgrimidos por la Corte Constitucional, sobre esa temática, lo cual denotaría una sincronía entre posiciones sana para el tratamiento de una temática de tanta envergadura como la que nos ocupa, en procura de la igualdad de trato, la seguridad jurídica y el acatamiento del precedente vinculante en la materia.

Ahora bien, esta Sentencia fue objeto de una acción de tutela, la cual fue fallada por el mismo Consejo de Estado mediante sentencia del 15 de noviembre de 2019, en la cual se decidió dejar sin efectos la sentencia de unificación reseñada y ordenar proferir un fallo sustitutivo, en el cual no se vulnerara la presunción de inocencia de la actora, al considerar que al analizar su conducta pre procesal, se estaba reviviendo un juico sobre la misma que ya había sido objeto de definición por virtud de la preclusión de la investigación penal, por parte de la Fiscalía General de la Nación.

Al acatar el referido fallo, la Sección Tercera del Consejo de Estado, profirió sentencia sustitutiva (Radicado 46.947 de 2020), desestimando las pretensiones de la demanda, argumentando que la medida de aseguramiento en este caso, se había adoptado con el cumplimiento de los requisitos legales que rigen ese proceder y en esa medida, no se configuraba un daño antijurídico, presupuesto esencial para poder pregonar la existencia de responsabilidad del Estado.

Dicha acción de tutela, se encuentra actualmente en sede de revisión ante la Corte Constitucional, dado que fue seleccionada para el efecto y se ha surtido el trámite a la espera de la decisión de ese órgano de cierre que para estos efectos resulta de gran relevancia, con el fin de lograr brindar lineamientos para el tratamiento de estos casos, ante la ausencia de los parámetros de unificación dejados sin efectos por virtud del fallo de tutela, respecto a la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 2018.

Estamos próximos a que la Corte Constitucional estudie y profiera decisión de fondo en esa materia, lo cual indudablemente se constituye en una oportunidad de oro, para brindar seguridad jurídica al tratamiento de esta temática, en torno a la cual han existido posiciones tan ambivalentes en la jurisprudencia de las Altas Corporaciones de Justicia.

4.4. Situación actual de la jurisprudencia del Consejo de Estado en la materia

Una vez efectuado este análisis sobre el trasegar de la jurisprudencia del Consejo de Estado en torno a la temática objeto de estudio, se vislumbra que no ha sido pacífica la aplicación del análisis de los elementos configurativos de la responsabilidad administrativa del Estado, muy a pesar de la existencia de sendas sentencias proferidas por la Corte Constitucional, una en sede de revisión del proyecto de ley estatutaria de la administración de justicia (C-037 de 12996) y otra en un pronunciamiento de unificación que por su carácter, es vinculante para los operadores judiciales (SU-072 de 2018).

Por su parte, el Consejo de Estado ha abordado el estudio de esta materia desde diferentes ópticas, generando una jurisprudencia cambiante, en la cual en ocasiones se ha apartado del lineamiento señalado por la Corte Constitucional, al considerar que el análisis de la antijuridicidad del daño debe efectuarse al momento en que se verifica que el proceso penal culmina por sentencia absolutoria, o cuando se acredita que el hecho no ocurrió o que existe atipicidad de la conducta, por no desvirtuar la presunción de inocencia y estimar que un ciudadano no puede ser sometido a una privación, en aras de un interés supremo sacrificando su derecho subjetivo y que en esos casos, independiente del análisis del carácter antijurídico a luz del contexto de la expedición inicial de la medida, el mismo se hace respecto a la prolongación del daño causado con la medida original a lo largo del respectivo proceso penal. En sentencias recientes proferidas por el máximo Tribunal Contencioso en el país, se han mantenido esa multiplicidad de criterios, algunos consistentes con lineamientos señalados por la Corte Constitucional, otros en franca contravención a los mismos, tal como para analizar a continuación.

En ocasiones, el Consejo de Estado ha acogido los parámetros definidos por la Corte Constitucional, y ha establecido que independientemente del acontecer en el curso del proceso penal, el cual podría culminar en absolución o preclusión de la investigación, según la norma procesal aplicable, lo relevante es efectuar el análisis de la expedición de la medida como causante del daño, para determinar si la misma fue racional, proporcional y si la misma cumplió con los requerimientos legales que la regulan. Solamente una vez se efectúa ese análisis, se puede concluir que el daño es antijurídico y darle curso al análisis de procedencia de reparación patrimonial a cargo del Estado.

Consecuente con esa línea, ha señalado el Consejo de Estado lo siguiente:

Las decisiones y medidas proferidas en contra de Arnuario Enrique Guarumo Guarumo no fueron injustas y, por el contrario, fueron el resultado de la convergencia de los requisitos que el estatuto procesal penal vigente para esa época exigía; ahora, es cierto que, ulteriormente, la misma Fiscalía revocó la medida de aseguramiento y ordenó su libertad, pero lo es también que ese solo hecho no tiene la virtualidad suficiente para comprometer la responsabilidad patrimonial del Estado y generarle el deber de indemnizar el daño que pudo causarse a Arnuario Enrique Guarumo Guarumo con la privación de su libertad, pues respecto de tal daño no puede predicarse antijuridicidad alguna, teniendo en cuenta que, como viene de explicarse, aquél provino del cumplimiento de deberes constitucionales y legales y de la materialización de las disposiciones procedimentales contempladas para los casos en los que se cuenta con suficientes indicios graves de responsabilidad.” (Consejo de Estado, Sentencia 46.811 de 2018).

En esa misma línea ha señalado esa Corporación, la necesidad de estudiar la legalidad de la medida primigenia como condición para predicar la antijuridicidad del daño, independientemente del régimen de imputación que se pretenda estudiar para determinar la responsabilidad estatal (falla en el servicio, daño especial o riesgo excepcional). Igualmente, se hace necesario estudiar la conducta del afectado, para determinar si con la misma, se contribuyó eficazmente a materializar la detención, en este caso desde una perspectiva civil y no penal.

Frente a ese particular, es relevante el siguiente pronunciamiento:

Acorde con lo anterior, es dable concluir que, tanto la Corte Constitucional como la Sección Tercera del Consejo de Estado coinciden en que, en el caso de privación injusta de la libertad, no se privilegia un régimen único de responsabilidad; sin embargo, cualquiera que se adopte, objetivo o subjetivo, debe efectuar un análisis respecto de, si la medida fue legal, proporcionada y razonable. Aunado a ello, se debe verificar la antijuridicidad del daño, si el investigado dio lugar a la medida privativa de la libertad con su actuar doloso o gravemente culposos. La Sección Tercera del Consejo de Estado impuso adicionalmente, para el juez, la obligación de identificar la autoridad llamada a reparar el daño. (Consejo de Estado, Sentencia 39626 de 2019).

Igualmente, se ha señalado en algunos pronunciamientos, la necesidad de diferenciar entre las autoridades a quienes se les imputa el accionar, dado que si bien al Fiscalía General de la

Nación, es la que solicita la imposición de la medida y exhibe los medios probatorios para tal fin, en últimas quien determina si se dicta la restricción es el juez de control de garantías, por lo cual la imputación debería ser a la Nación - Rama Judicial - Dirección de Administración Judicial y no a la Nación - Fiscalía General de la Nación.

Efectivamente, en este aspecto, es muy relevante el estudio de la legitimación en la causa, para imputar la ocurrencia del daño antijurídico, dado que el proceso penal adelantado, siguiendo los cauces de la Ley 906 de 2004 que contiene el sistema acusatorio, en el cual la Fiscalía General de la Nación, no adopta *motu proprio* medidas restrictivas de la libertad, sino que solicita su imposición ante el Juez de Control de Garantías respectivo.

En ese orden de ideas, la imputación del daño debería efectuarse al causante del daño, que en ese contexto no sería la Fiscalía General de la Nación, sino la Rama Judicial – Dirección de Administración.

Sobre esa materia, se venía sostenido de tiempo atrás, por parte del Consejo de Estado lo siguiente:

Finalmente, respecto a la representación de la Nación por las entidades demandadas, esta Sala debe expresar que a la Fiscalía General de la Nación no le resulta atribuible el daño alegado por la parte actora, pues, analizado el trámite procesal, en la participación de dicha entidad no logró evidenciarse una vulneración de los derechos de la parte demandante, puesto que no existen pruebas que demuestren que sus decisiones hayan sido la causa de la privación injusta de la señora Fernelly Arias Aristizábal, comoquiera que si bien el ente acusador puso a disposición del Juez de Control de Garantías el material probatorio y su teoría del caso; fue este último quien conforme a las facultades que le otorga la normatividad y en ejercicio de la sana crítica, quien consideró prudente imponer la medida de aseguramiento contra la mencionada señora Arias Aristizábal; por ende la condena será impuesta únicamente en contra de la Rama Judicial. (Consejo de Estado. Sentencia. 41.608 de 2016).

En nuestro sentir, es criticable esta postura, dado que en sistema penal acusatorio, la Fiscalía solicita la medida de aseguramiento al juez de control de garantías, aportándole los elementos de juicio para tal petitorio, luego en caso de privación injusta de la libertad, la responsabilidad debe ser solidaria entre la citada Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial – Dirección de Administración Judicial.

Respecto al carácter objetivo de la imputación de responsabilidad, cuando la sentencia que se profiere es absolutoria por considerar que no se aportaron elementos probatorios que desvirtuaran la presunción de inocencia, en aplicación del principio *indio pro reo*, contrario a lo que se ha estimado en ocasiones, también se ha aseverado que la sola expedición de una sentencia en esas condiciones, no habilita automáticamente la reparación de perjuicios por cuanto es necesario, determinar si se configuró un daño antijurídico, al adoptar la medida de aseguramiento en los prolegómenos del proceso penal, independientemente del resultado final del mismo.

Así lo señaló, el Consejo de Estado en los siguientes términos:

En consecuencia con la consideración inmediatamente precedente, la absolución o cualquier otra decisión equivalente que adopte la autoridad judicial correspondiente como consecuencia de la aplicación del principio *in dubio pro reo*, sólo conlleva daño antijurídico si se traen al proceso contencioso medios de convicción que denoten la injusticia de la detención en el caso particular, sin que pueda inferirse esta injusticia, de forma automática, como una consecuencia de la intangibilidad de la presunción de inocencia, pues apta, como es esta presunción, en materia sancionatoria, para mover a la absolución del reo por la fuerza del artículo 28 constitucional, resulta insuficiente per se cómo causa de la obligación resarcitoria. (Consejo de Estado, Sentencia 48.208 de 2019).

En esa oportunidad, siendo consecuentes con el parámetro esgrimido por la Corte Constitucional, se abocó el estudio de privación evaluando el cumplimiento de los requisitos de la medida de aseguramiento, al momento de su expedición, ante todo desde la perspectiva de proporcionalidad y racionalidad de la misma, habida consideración a que se había emitido sobre la base de una denuncia de la cual no se inferían elementos objetivos que se tradujeran en motivos fundados, creíbles y serios, por lo cual la medida de detención fue desproporcionada y no se enmarcaba dentro de mínimos parámetros de racionalidad.

Así lo señaló el Consejo de Estado:

(...) la Sala encuentra que la privación de la libertad durante tres años, cinco meses y diecisiete días, fundada en la declaración de un testigo al que la justicia no le otorga credibilidad en la sentencia absolutoria, es un daño especial y antijurídico que el demandante no estaba obligado a soportar.” (Consejo de Estado, Sentencia 48208 de 2019).

Lo anterior es coincidente con la necesidad de estudiar el contexto el cual se emitió la medida de aseguramiento, para poder calificar la existencia de un daño en calidad de antijurídico. En esa misma línea argumentativa, se ha señalado lo siguiente en la jurisprudencia de esa Corporación:

Es importante recordar que el bien jurídico de la libertad no tiene el carácter de absoluto y que, por tanto, la imposición de medidas que lo limitan resulta legítima, siempre y cuando se den todos los presupuestos legales que así lo permitan o lo exijan. (Consejo de Estado, 49196 de 2019).

Sin embargo, también hay tendencias que mantienen posiciones en torno al carácter automático de la condena al Estado, cuando se expide sentencia absolutoria en el proceso penal, sin parar en mientes respecto a analizar la legalidad en la expedición de la medida en un primer momento, simplemente aduciendo que cuando la sentencia es absolutoria, por no desvirtuar la presunción de inocencia, se genera un daño antijurídico que es menester indemnizar, dado que el ciudadano no tendría por qué soportar esa situación por un principio de igualdad frente a las cargas públicas.

Un ejemplo de ese tipo de tendencia, la hayamos en el siguiente pronunciamiento:

La antijuridicidad, referente a los daños alegados por la privación injusta de la libertad, consiste en que, la libertad como valor supremo, reconocido en normas constitucionales 22 y supranacionales 23 , sólo puede restringirse por orden de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley ; no obstante, en aquellos casos en que, luego de la investigación y surtidas las etapas procesales, no se logra desvirtuar la presunción de inocencia, dable es concluir que la persona no se encontraba en el deber jurídico de soportar ese daño. (Consejo de Estado, Sentencia 39.626 de 2019).

Habida consideración a las anteriores referencias jurisprudenciales, se puede colegir sin mayor hesitación, que al interior de la misma Corporación – Consejo de Estado - Sección Tercera- aún persisten posiciones divergentes en cuanto a los parámetros que se deben observar para abocar el estudio y resolución de controversias relativas a la privación injusta de la libertad.

Por otro lado, existe coincidencia entre el máximo Juez Constitucional -Corte Constitucional- y el máximo Tribunal Contencioso Administrativo -Consejo de Estado-, en torno a que no existe ni en la Carta Política, ni en los desarrollos legislativos, el señalamiento de un régimen

de responsabilidad que se deba aplicar por antonomasia para evaluar este tipo de responsabilidad estatal, lo cual abre la posibilidad de que el fallador contencioso pueda optar por el que resulte más acorde con el sustrato factico y jurídico de cada caso objeto de examen. No obstante esa situación, en la práctica se han generado tratamientos diferenciales frente a casos similares, con la afectación de la igualdad de trato que ameritan de cara a la certidumbre de lo que se espera sea el derecho probablemente aplicable a cada controversia.

En efecto, no existe univocidad respecto a la metodología de análisis de este tipo de casos, o como abocar el estudio de situaciones en las cuales se presenta terminación del proceso penal porque el hecho no existió o porque no se acreditó la tipicidad del conducta, o sentencias absolutorias por duda probatoria, casos en los cuales, en algunas ocasiones se analiza la medida de aseguramiento, en sus orígenes y en otros simplemente con el resultado final, sin que exista claridad conceptual al respecto.

Es menester también, aclarar la aplicación de las causales exonerativas de responsabilidad, dado que en unos casos son de recibo para exonerar de responsabilidad al Estado, tanto la culpa exclusiva de la víctima, como el hecho de un tercero y en otras ocasiones solamente la culpa de la víctima y frente este último aspecto, es menester un lineamiento claro respecto a la necesidad de estudiar la conducta de la víctima, para establecer si la misma contribuyó eficazmente a la detención decretada a luz de preceptos de dolo y culpa civiles, sin que ello se entienda como una violación a la presunción de inocencia o a revivir debates que han sido finiquitados en el ámbito penal, en el escenario administrativo.

Ergo, de la diferentes posturas existentes se destaca una tendencia mayoritaria a detenerse en primer lugar en el análisis de la existencia de una falla en el servicio, lo cual exige analizar si la expedición de la medida de restricción de la libertad cumplió con todas las exigencias legales y si la misma se sujetó a criterios de razonabilidad, de proporcionalidad y de admisibilidad en el caso concreto.

Ahora bien, en el evento de no acreditarse dicha falla del servicio, en forma subsidiaria se valora la conducta de la víctima en materia procesal, no pre-procesal ya que esta última ya fue objeto de análisis en el proceso penal correspondiente, con el fin de establecer una posible culpa exclusiva de la víctima o al menos una concurrencia de culpas que morigere la declaración de responsabilidad patrimonial hacia el Estado.

En una tercera etapa de análisis, si no se acredita esa situación, se acude al título de imputación objetivo del daño especial, escenario en el cual, se condena al Estado, partiendo

del análisis de que cuando el ciudadano es absuelto, la privación de su libertad se erige en un daño que no debía soportar, en ocasiones sin consultar la causa eficiente de la absolución penal.

En síntesis, se hace necesario establecer derroteros que sirvan de faro orientador a las decisiones que se adopten en materia de privación injusta de la libertad, dada la proliferación de tendencias en esa materia, que militan en contra de la seguridad jurídica como valor de cualquier sistema jurídico y menoscaban el derecho a la igualdad por la perspectiva disímil desde la cual se aboca el estudio de este tipo de controversias, en claro desmedro del interés del común de los ciudadanos que aspiran a un mínimo de certidumbre en lo que concierne a las decisiones judiciales, máxime cuando de por medio hay valores tan caros para un Estado Social de Derecho, como lo es el derecho a la libertad personal y la responsabilidad que al Estado le incumbe, como protector de la misma y especialmente cuando con su accionar limita tal derecho en forma arbitraria.

Ese deber de coherencia, es especialmente exigible respecto a los órganos de cierre que son últimas los llamados generar pautas de interpretación y aplicación del marco normativo con uniformidad, generando precedentes que vinculan el ejercicio de la actividad judicial.

Frente al papel fundamental de las decisiones judicial y en especial del respeto al precedente, ha señalado la misma jurisprudencia constitucional lo siguiente:

5.4. Por ende, la coherencia interna que se derivaría de la existencia de decisiones uniformes y reiteradas por parte de los órganos de cierre implica que los jueces de inferior jerarquía deban respetar los precedentes que existan en una dimensión vertical, lo que disminuye el margen de error y permite concentrar los esfuerzos de tribunales de cierre en casos puntuales que den impulso a la labor de consolidación de la jurisprudencia. Por este motivo, la función de unificación jurisprudencial es una vía para garantizar la unidad en el ordenamiento jurídico y preservar el derecho a la igualdad. (Corte Constitucional, Sentencia SU - 353 de 2020).

Habida consideración a lo anterior, urge la definición de lineamientos diáfanos en el tratamiento de esta materia, en consideración también el volumen de procesos judiciales que se surten ante la jurisdicción por esta materia y el volumen de condenas en contra el Estado con claro impacto en el presupuesto público, razones adicionales para clamar certeza y seguridad jurídica en el tratamiento de esta materia.

5. El derecho a la libertad personal – alcance y restricciones en la Constitución Política y en el marco normativo

5.1 Carácter axiológico del derecho a libertad personal

Dado que el primer elemento para determinar si existe o no responsabilidad del Estado en materia de privación de la libertad, hace referencia la configuración del daño y que a este se le catalogue como antijurídico, para que sea susceptible de una eventual indemnización pecuniaria, se hace necesario de cara al bien jurídico tutelado como lo es la libertad personal, efectuar un análisis frente a la fisonomía del mismo en nuestro marco constitucional y legal, aludiendo a su ontología y las posibilidades de restricción, con lo cual podremos establecer cuando se reputa legítima su restricción y bajo que supuestos.

Lo primero que hay que resaltar en torno a ese particular, es el sustento constitucional de ese derecho contenido en el artículo 28¹⁰ de la Carta Política.

Igualmente, en la Convención Americana de Derechos Humanos, se hace referencia al mismo en su artículo 7¹¹. Dicha Convención hace parte del bloque de constitucionalidad y en

¹⁰ **Artículo 28.** Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley. La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley. En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.”

¹¹ **Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal**

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

5. 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.

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

consecuencia es parámetro de forzosa observancia a nivel del control de constitucionalidad y tiene eficacia directa, al igual que los demás tratados sobre derechos humanos que no se pueden restringir ni aun estados de excepción (art. 93, C.P.).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha pronunciado en los siguientes términos sobre el alcance de dicho derecho:

En sentido amplio la libertad sería la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. (CIDH, Sentencia Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Sentencia de 21 de noviembre de 2007).

Por su parte, la Corte Constitucional ha señalado sobre este derecho lo siguiente:

La libertad personal comprende la posibilidad y el ejercicio positivo de todas las acciones dirigidas a desarrollar las aptitudes y elecciones individuales que no pugnen con los derechos de los demás ni entrañen abuso de los propios, como la proscripción de todo acto de coerción física o moral que interfiera o suprima la autonomía de la persona sojuzgándola, sustituyéndola, oprimiéndola o reduciéndola indebidamente'. (Corte Constitucional, Sentencia C-237 de 2005).

La libertad de vieja data, se ha concebido como la posibilidad legítima de estructurar un proyecto de vida sin interferencias heterónomas que le permita al individuo el ejercicio libre y espontáneo de su voluntad, igual en lo referente a su movilidad, ejercicio social, laboral, espiritual y en general, en todas las esferas que comportan las dimensiones de la dignidad humana.

En ese contexto, el Estado surge como garante de ese derecho, teniendo frente al mismo, obligaciones para desarrollar herramientas que permitan su ejercicio y penalizando intromisiones ajenas que busquen desvirtuarlo.

Este derecho es un pilar sobre el cual se cimenta al dignidad humana, por ello están proscritas todas las formas de esclavitud, y existe el recurso constitucional de habeas corpus (art. 30, C.P.), para invocar su protección inmediata, frente a detenciones ilegales, e igualmente tiene un núcleo expansivo en materia del derecho de asociación, libre desarrollo de la personalidad,

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios".

de libre iniciativa privada, libertad de información, de cultos, profesión, domicilio, entre otros reconocidos a lo largo del texto constitucional.

Igualmente, al igual que todo derecho, el mismo no reviste el carácter de absoluto, sino que puede ser en ocasiones limitado, en procura del respeto a otros derechos de los coasociados.

5.2. Limitación del derecho a la libertad personal

Como se advirtió, el derecho a la libertad como cualquiera otro, puede ser objeto de restricción, por motivos de interés general, en el evento en que se incurra en conductas que lesionen el orden normativo y ello conlleve necesariamente una afectación de la sana convivencia social:

Así lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional, en los siguientes términos:

La Corte ha advertido también que en algunas ocasiones el interés superior de la sociedad exige la privación o restricción de la libertad personal. (Corte Constitucional, Sentencia C-479 de 2007).

Así las cosas, el derecho a la libertad puede ser válidamente restringido por el Estado, por cuanto quien abusa de su libertad, para afectar bienes jurídicos ajenos, debe ser sujeto de la acción represora del Estado, garante de los derechos por antonomasia, como parámetro de mínima convivencia dentro de un pacto social, esto implica que a dicha restricción del mencionado derecho, le subyacen motivos de interés general.

Dado que se trata de una restricción de un derecho fundamental, la misma debe ser excepcional y sometida a estrictos condicionamientos, para evitar el abuso de la posición punitiva que puede ejercer el Estado en nombre del interés general que representa.

Es por ello que para limitar, restringir o privar de la libertad a un asociado, a través de las modalidades establecidas en el ordenamiento esto es: arresto, detención preventiva o pena de prisión, el proceder punitivo debe efectuarse bajo criterios previamente definidos que limiten el abuso de la figura de suyo excepcional y la vulneración indiscriminada del derecho a la libertad, valor supremo en un estado de derecho.

Ergo, el artículo 28 de la Constitución Política, establece que las medidas de restricción de la libertad deben supeditarse a las siguientes exigencias: i) existencia de mandamiento escrito de autoridad judicial competente; ii) dicho mandamiento debe reunir las formalidades legales y iii) la restricción debe fundarse en motivo previamente definido en la ley, como una manifestación del axioma de legalidad.

Por lo anterior, resultara arbitraria y contrario al marco constitucional, una medida restrictiva de la libertad personal, en la cual se incurra en una omisión de algún requerimiento sustancial de los reseñados que tienen además talante constitucional.

De la segunda exigencia, se infiere que las formalidades para efectuar una detención deben ser definidas por el legislador, para que sea la ley en sentido formal la que defina con claridad los presupuestos necesarios e indispensables para que una autoridad judicial pueda expedir válidamente una medida que implique restricción de la libertad personal, de tal suerte que sin su cumplimiento y observancia estricta, la detención deviene en inconstitucional.

Lo anterior nos remite al contenido de la Ley 600 de 2000 –artículos 341 y siguientes- y de la Ley 906 de 2004¹² –artículos 295 y siguientes- normas contentivas del Código de Procedimiento Penal, y en las cuales, se establecen los parámetros, presupuestos, formalidades y taxativas causales necesarias para la imposición, mantenimiento y revocatoria de las medidas que restringen la libertad.

En ese orden de ideas, el cumplimiento de esas prescripciones normativas, será el marco de referencia, para efectos de determinar en cada caso en particular, si la privación de la libertad fue consistente con las exigencias constitucionales y legales, o si por el contrario, la misma deviene en ilegal y en consecuencia se catalogue como injusta, abriendo paso al juicio de

¹² **ARTÍCULO 308. REQUISITOS.** El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:

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

ARTÍCULO 313. PROCEDENCIA DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA. Satisfechos los requisitos señalados en el artículo 308, procederá la detención preventiva en establecimiento carcelario, en los siguientes casos:

1. En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados.
2. En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años.
3. En los delitos a que se refiere el Título VIII del Libro II del Código Penal, cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
4. Cuando la persona haya sido capturada por conducta constitutiva de delito o contravención, dentro del lapso de los tres años anteriores, contados a partir de la nueva captura o imputación, siempre que no se haya producido la preclusión o absolución en el caso precedente.

responsabilidad estatal frente a una eventual indemnización pecuniaria por falla del servicio a favor del afectado con la restricción.

5.3. Diferencias entre la detención preventiva de la libertad y privación por cumplimiento de condena

Para entender con mayor claridad la dinámica de la jurisprudencia administrativa, respecto a la imputación de responsabilidad estatal por privación de la libertad, es menester calificar así parezca de perogrullo las diferencias entre las diferentes modalidades de privación de libertad, como lo es la detención preventiva frente a la restricción por condena judicial. El cabal entendimiento de esa conceptualización, permite entender la lógica de algunas sentencias del Consejo de Estado que imputan responsabilidad al Estado por la exoneración de responsabilidad al final del proceso penal, sin detenerse en el estudio de la legalidad de la medida de privación preventiva que se emite en los albores del proceso judicial.

Según lo dispuesto en los artículos 28 y 29 de la Constitución Política, tenemos las siguientes tipologías de privación de la libertad: i) el arresto; ii) la detención preventiva y iii) la pena de prisión.

El arresto tiene una connotación de carácter policivo y correccional, por lo cual el análisis debe focalizarse a las dos últimas figuras enunciadas.

Respecto a la detención preventiva, se trata de una medida de naturaleza cautelar cuyo propósito es garantizar la efectividad de una eventual sanción penal a través de la comparecencia del procesado (imputado) al proceso penal, impedir su fuga o la continuación del ilícito, así como salvaguardar a las víctimas y evitar la obstrucción a la investigación dentro del proceso penal.

Por lo anterior, dicha medida puede solicitarse e imponerse al inicio o durante el trámite del proceso judicial. La citada medida puede a su vez modificarse o revocarse en cualquier etapa procesal, una vez que se demuestre que han desaparecido los motivos que justificaron su primigenia imposición. Por las anteriores razones, esta medida se adopta en los inicios del proceso, ya sea en fase de su instrucción o en investigación, cuando aún se están recopilando medios de pruebas, obviamente aún no se cuenta en esas etapas con el acervo definitivo para establecer la responsabilidad penal del procesado.

En relación con esta figura, ha señalado la Corte Constitucional lo siguiente:

Es una medida de aseguramiento que, dada su naturaleza cautelar, se endereza a asegurar a las personas acusadas de un delito para evitar su fuga y garantizar así los fines de la instrucción y el cumplimiento de la pena que, mediante sentencia, llegare a imponerse, una vez desvirtuada la presunción de inocencia y establecida la responsabilidad penal del sindicado”. (Corte Constitucional, Sentencia C- 425 de 1997).

Ahora bien, la pena de prisión consiste en la detención que se impone por virtud de una sentencia judicial debidamente ejecutoriada, que declara la responsabilidad penal del procesado, la cual tiene fines de retribución y resocialización del sujeto sobre quien recae.

Para dictar la respectiva sentencia, se debieron agotar las etapas previas y el debate probatorio respectivo, con lo cual, es una decisión sobre elementos de juicio contrastados a lo largo de la actuación penal.

De lo anterior se colige que la privación de la libertad para el cumplimiento de una condena, se ordena únicamente mediante sentencia judicial en firme, es decir, una vez agotas las etapas procesales que implica un proceso penal, con la debida ilustración de parte del operador judicial.

En mérito de lo anterior, tenemos que entre la detención preventiva y la privación de la libertad que se deriva de una condena judicial, surgen varias diferencias entre las cuales tenemos: (i) la detención preventiva tiene como propósito lograr que el proceso judicial se lleve a cabo sin traumatismos, tales como la no comparecencia del imputado, en procura de garantizar la protección de los derechos de las víctimas, mientras que la restricción por pena, tiene su génesis en una sentencia definitiva y busca la efectividad de la misma con fines retributivos hacia la sociedad y de resocialización hacia el condenado. (ii) la medida de detención preventiva se puede solicitar y emitir en cualquier etapa del proceso, antes de proferirse sentencia; mientras que la privación de la libertad con fines del cumplimiento de una condena, solamente es procedente una vez se ha desvirtuado la presunción de inocencia. (iii) respecto a la detención preventiva, el operador judicial debe considerar factores tales como la posibilidad de obstrucción a la investigación, la amenaza de los derechos de las víctimas, el comportamiento procesal del imputado, mientras que la derivada de la sentencia en definitiva busca materializar los fines enunciados en precedencia. (iv) la medida de detención preventiva no implica un juicio anticipado de responsabilidad penal, la imposición de la misma no desvirtúa la presunción de inocencia del procesado, contrario a lo que ocurre tratándose con el cumplimiento de una condena.

Habida consideración a todo lo anterior, no es lo mismo el examen del juez administrativo que conoce del proceso de reparación directa en procura del reconocimiento de responsabilidad del Estado, frente a la medida de aseguramiento preliminar que analizar la privación de la libertad a partir de una sentencia definitiva de carácter absolutorio, cuando ya se han culminado las diferentes etapas de debate probatorio y se tienen elementos para estructurar una providencia sustentada en pruebas legalmente aportadas al proceso.

5.4. Presunción de inocencia

En línea con lo anteriormente señalado, la presunción de inocencia es un derecho de talante fundamental, consignado en el artículo 29¹³ de la Constitución Política, recogiendo una tradición propia del constitucionalismo occidental de estirpe liberal.

En adición a lo anterior, la presunción de inocencia reviste el carácter de derecho convencional consignado en el artículo 8¹⁴ de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Sobre el alcance del aludido derecho, ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo siguiente:

En cuanto a la alegada afectación por parte de la Corte del principio de presunción de inocencia, este Tribunal ha señalado que este principio constituye un fundamento de las garantías judiciales que implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el onus probandi corresponde a quien acusa, y que exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Asimismo, la Corte ha establecido que este principio es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme. En este sentido, la presunción de inocencia

¹³ **ARTICULO 29.** El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. (Resaltado fuera de texto).

¹⁴ **Artículo 8.** Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.

se vulnera si antes de que el acusado sea encontrado culpable una decisión judicial relacionada con él refleja la opinión de que es culpable”. (CIDH, Rosendo Cantú y otra vs. México”, Sentencia del 15 de mayo de 2011).

Se trata en consecuencia de una garantía constitucional respecto a las personas procesadas, respecto a las cuales, la carga de demostrar su culpabilidad le incumbe al Estado y durante el devenir del proceso, debe dispensarsele un tratamiento acorde con dicha presunción, sin importar la gravedad del delito que se le impute o el cúmulo probatorio que *ab initio* obre en su contra, hasta que se surtan las diferentes etapas del procedimiento y se logre desvirtuar dicha presunción, sobre la base de pruebas debidamente controvertidas.

En ese orden de ideas, le corresponde al Estado, a través de la Fiscalía General de la Nación, desplegar todas las actuaciones tendientes a desvirtuar esa presunción de inocencia y probar en grado de certeza, la responsabilidad penal del investigado.

La mencionada presunción, no se afecta por virtud de la imposición de una medida de aseguramiento de detención preventiva, por cuanto como se mencionó en el acápite pertinente, la misma tiene como propósito que el imputado comparezca al proceso, así como evitar la obstrucción al mismo y salvaguardar a las víctimas del ilícito, e igualmente su imposición no implica un prejuzgamiento.

La misma Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha señalado en su jurisprudencia que la restricción del derecho a la libertad individual se podría dar dentro de unos contornos que actúan como garantías de obligatoria observancia y que solamente se afectaría la mencionada presunción de inocencia, cuando la detención preventiva se prolonga de forma desproporcionada.

Sobre el particular, es ilustrativo la siguiente referencia jurisprudencial de ese órgano:

77. Esta Corte estima que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto está expresado en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que la

prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (art. 9.3). En caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos. (CIDH; Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Sentencia de 12 de noviembre de 1997).

En consideración a lo anterior, es dable señalar que la presunción de inocencia no se afecta con la medida de detención preventiva, puesto que esta medida es de naturaleza cautelar y no representa de suyo un juicio de responsabilidad o prejuzgamiento alguno; por lo cual, una persona detenida preventivamente puede ser posteriormente liberada por alguno de los motivos señalados en la ley, sin que *a priori* de tal situación se afecte en modo alguno la aludida presunción.

Como corolario de lo señalado, tenemos que la detención preventiva no vulnera en sí misma la presunción de inocencia, toda vez que no implica un juicio de responsabilidad penal, ni un prejuzgamiento, sino que su ontología es garantizar la comparecencia del procesado, impedir su fuga, buscar la protección de las víctimas y de la comunidad en general y evitar la obstrucción del proceso cuando existan fundadas razones para ello.

Por otro lado, con la imposición de la respectiva pena, se logra desvirtuar la presunción de inocencia a través de una sentencia penal condenatoria definitiva.

6. Estadísticas de condenas y procesos judiciales por privación injusta de la libertad

Una de las motivaciones centrales del presente trabajo, es el volumen de procesos judiciales en contra del Estado promovidos por privación injusta de la libertad y el monto de las pretensiones, así como el nivel de condenas proferidas contra el mismo, con grave afectación al erario público por ese concepto.

Las siguientes estadísticas, tomadas de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, son dicientes sobre ese particular:

Entre los años 2018 a 2020, por la causa de privación injusta de la libertad, se ha condenado al Estado Colombiano en 1.819 procesos, los cuales ascienden a la suma de \$ 795.790.876.728.

Procesos terminados de acuerdo a la instancia		
Instancia	Núm. Procesos	Condena (pesos)
PRIMERA INSTANCIA O UNICA INSTANCIA	175	\$ 31.776.646.099
SEGUNDA INSTANCIA	1.644	\$ 764.014.230.629
TOTAL	1.819	\$ 795.790.876.728

Tabla 1. ANDJE, 2021

II. Procesos de acuerdo al año de terminación.		
Año de terminación	Núm. Procesos	Condena (pesos)
2018	864	\$ 535.563.444.346
2019	552	\$ 103.318.929.212
2020	403	\$ 156.908.503.170
TOTAL	1.819	\$ 795.790.876.728

Tabla 2- ANDJE, 2021

Es sintomático que las condenas en tres años por ese concepto, equivalgan a cerca de 0.3% del Presupuesto General de la Nación, lo cual obliga a replantear y adoptar medidas frente las causas que están originando ese nivel tan alto de litigiosidad y condenas contra el Estado.

En la actualidad, según datos de la misma Entidad, se tienen 3.295 procesos activos que fueron admitidos durante los años 2018, 2019 y 2020, por la causa de privación injusta de la libertad, los cuales tienen un valor de pretensiones que ascienden a la suma de \$ 3.529.938.993.763, una suma casi 5 veces mayor a las condenas proferidas en los últimos tres años contra el Estado por ese concepto.

Procesos activos de acuerdo al año de admisión		
Año de admisión	Núm. Procesos	Pretensiones indexadas (pesos)
2018	1.663	\$ 1.747.856.769.466
2019	1.230	\$ 1.298.818.383.871
2020	402	\$ 483.263.840.426
TOTAL	3.295	\$ 3.529.938.993.763

Tabla 3. ANDJE, 2021

Procesos activos de acuerdo a la instancia (admitidos 2018, 2019, 2020)		
Instancia	Núm. Procesos	Pretensiones indexadas (pesos)
EN PRIMERA INSTANCIA O UNICA INSTANCIA	3.177	\$ 3.413.659.792.446
EN SEGUNDA INSTANCIA	118	\$ 116.279.201.317
TOTAL	3.295	\$ 3.529.938.993.763

Tabla 4. ANDJE, 2021

Las cifras anteriores no incorporan datos de años anteriores al 2018 que actualmente se encuentran activos.

Este análisis cuantitativo, denota la trascendencia de este tema de cara al impacto fiscal de las condenas por privación injusta de la libertad y a la necesidad de generar lineamientos jurisprudenciales claros y vinculantes en la materia, así como a la adopción de decisiones de política pública, tratándose de privación de la libertad.

Un aspecto que también puede coadyuvar a disminuir el abultado número de procesos judiciales de reparación directa contra el Estado por esta causa, es la utilización por parte de las entidades condenadas de la acción de repetición de raigambre constitucional, como instrumento para recobrar de los servidores judiciales que con su accionar generaron la condena respectiva, el monto de pagado por las mismas, cuando con su proceder, incurrían en dolo o culpa grave.

Sin embargo, dado el volumen de sentencias en contra de las entidades condenadas por este concepto, los pagos que se efectúan a favor de los beneficiarios, se difieren el tiempo en razón al derecho de turno de quienes solicitan dichos reconocimientos pecuniarios y el reducido espacio fiscal disponible en cada presupuesto anual para atender este tipo de obligaciones, razón por la cual, cuando el pago se materializa, ya ha operado el fenómeno de la caducidad del medio de control de repetición, quedando impune la conducta individual del funcionario causante de la condena, al menos desde la perspectiva patrimonial.

Por lo anterior, es urgente que se adopten medidas para atender estos pagos prioritariamente dentro de los plazos que la misma ley establece para el efecto, y de esa forma, permitir que los Comités de Conciliación y Defensa Judicial de cada entidad pública condenada, puedan estudiar el caso y determinar si procede o no, incoar la acción de repetición contra el operador judicial por cuya conducta se generó la condena en contra el Estado, dentro de los términos que se establecen normativamente para tal efecto.

Esa práctica, generaría un claro efecto disuasorio, para que el operador al dictar una medida de aseguramiento, lo haga con todo el soporte probatorio y el rigor que la temática amerita, siendo consistente con axiomas de proporcionalidad y razonabilidad que ampliamente hemos reseñado y no con un ánimo inquisitivo, protagónico o por efectos de aparecer como eficiente en su estadística, generando con la adopción de medidas ligeras, desproporcionadas y sin sometimiento a los requerimientos de las mismas, el caldo de cultivo para demandas posteriores contra el Estado por su proceder anómalo.

Igualmente, se hace necesario generar una cultura entre los funcionarios tanto de la Fiscalía General de la Nación, como de la judicatura, que sea auténticamente tuitiva del sentido excepcional de la medida restrictiva de la libertad, con una visión garantista de derechos.

Po último, como lo indicamos, esta problemática trasciende hacia la necesidad de replantear la política criminal del Estado, respecto a los delitos que se priorizan para su persecución, así como el uso de instrumentos sucedáneos con gran potencialidad, como lo son los propios de la justicia comunitaria para pequeñas causas.

7. Conclusiones y propuestas

En el desarrollo del presente trabajo, hemos planteado una temática controversial en contexto de un Estado Social de Derecho, como lo es la limitación al derecho fundamental a la libertad personal y la responsabilidad patrimonial que le incumbe al Estado, cuando con su accionar cercena ese derecho, en forma injusta en el curso de un proceso judicial.

Lo primero que es preciso resaltar, es que la libertad más que un derecho debe concebirse como un valor fundante del Estado, el cual se justifica en la medida que sirve como garante para su pleno ejercicio y en consecuencia, le está vedado generar intromisiones no justificadas en el núcleo esencial de ese valor que desde la perspectiva iusnaturalista, subyace y es anterior al surgimiento del andamiaje estatal.

No obstante, precisamente para mantener la cohesión social, procurar la sana convivencia social y de esa forma proyectar el ejercicio legítimo de los derechos de los asociados, es menester en ocasiones restringir o limitar esos derechos fundamentales y en este caso específico la libertad personal, cuando quiera que se pongan en riesgo por el ejercicio arbitrario de la misma, los derechos de los demás coasociados, caso en el cual, el Estado precisamente como garante por antonomasia, debe en ejercicio de sus poder punitivo, limitar ese derecho en aras de la preservación del cuerpo social y el respeto precisamente a los derechos de los demás.

El Tribunal Constitucional Español ha señalado al igual que la mayoría de concepciones constitucionales de estirpe constitucional y liberal, que la limitación de los derechos es un supuesto necesario para la convivencia social. En efecto:

No existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites que (...) en relación a los derechos fundamentales, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no solo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos (Tribunal Constitucional, Sentencia 2 de 1982).

Así las cosas, la libertad individual, al igual que los demás derechos fundamentales, es susceptible de restricción, en procura de la preservación del interés general.

Sobre ese particular, hemos delineado el proceso histórico que se ha venido decantado en la jurisprudencia contencioso – administrativa en Colombia, respecto al tratamiento que se le

debe a dar los casos en los cuales, la privación de la libertad deviene en injusta y en consecuencia, es menester reconocer la responsabilidad administrativa del Estado e indemnizar patrimonialmente al afectado.

Como se ha señalado, no ha sido pacífico ni unívoco ese proceso, por cuanto se han presentado posiciones divergentes para abocar el estudio de esta materia en la jurisprudencia de las Altas Corporaciones de Justicia. En efecto, la Corte Constitucional en su calidad de garante de la supremacía e integridad de la Constitución, ha planteado en su jurisprudencia que para determinar si es injusta una privación de la libertad, debe analizarse la razonabilidad, proporcionalidad, necesidad y consistencia con las exigencias normativas de la medida que priva de la libertad a un ciudadano (C-037-96). Lo señalado implica que no toda privación que *a posteriori* termine en una sentencia absolutoria o una preclusión de la investigación, ameritaría *ab initio* una responsabilidad del Estado con obligación resarcitoria.

Posteriormente, en Sentencia de Unificación 072 del 2018, la misma Corte Constitucional ha señalado que efectuar un análisis objetivo para derivar responsabilidad del Estado automáticamente, cuando sobrevenga una absolución en el curso de un proceso penal, en el cual se ha dictado medida de aseguramiento contra una persona, aplicando un criterio objetivo, trasgrede y contradice el precedente jurisprudencial vinculante proferido por la misma Corporación sobre el tratamiento de esa temática.

Igualmente, resalta esa Corporación que es menester independientemente del régimen de imputación bajo el cual se aboque el estudio del caso concreto (falla del servicio o daño especial), analizar la conducta de víctima a luz de los postulados del dolo y la culpa, en materia civil, para establecer si la misma contribuyó eficazmente a decretar esa privación que se pretende como injusta.

Hasta allí la Corte marca distancia del tratamiento que el Consejo de Estado le ha dado a esa materia, aduciendo que por virtud del daño antijurídico contenido en el artículo 90 superior, puede estudiar la responsabilidad del Estado en esta materia, más allá de esos límites que le fueran señalados por la Corte en su precedente, por cuanto el legislador no puede restringir el estudio del daño a unos supuestos taxativos sino que el mismo es amplió.

No obstante, la Corte también advierte convergencias en las posiciones entre ambas Corporaciones, tales como la necesidad de acreditar los elementos de la responsabilidad administrativa del Estado en todo caso, (daño antijurídico, nexo causal hecho u omisión e imputación), y también coincide en que la Constitución, no establece un título único de

imputación para el estudio de estos casos, por lo que bien puede abocarse el análisis desde la perspectiva de la falla del servicio, que exige un esfuerzo probatorio mayor del actor o desde la óptica del daño especial, que relleva de esa carga al demandante y exige acreditar supuestos de exoneración de responsabilidad de parte de la Administración tales como el hecho de un tercero, la culpa exclusiva de la víctima, la fuerza mayor o el caso fortuito.

Por último, traza un puente de conexión con sobre el desarrollo conceptual del Consejo de Estado, para los casos en los cuales el hecho punible que se endilga no existió o no se acredita la tipicidad de la conducta, casos en los cuales, comparte la tesis de estudiar esos supuestos bajo un título de imputación objetivo, tal como en ocasiones lo había hecho el Consejo de Estado.

Por su parte, el Consejo de Estado ha tenido un desarrollo que dividimos para efectos metodológicos en tres etapas, en las cuales ha sido dinámica y en ocasiones no coincidente ni coherente su desarrollo jurisprudencial. En efecto, en un primer momento se predicó la responsabilidad sobre la base de los supuestos que traía a norma procesal penal en ese entonces que reconocía el derecho a reparar en ciertos eventos (porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible), aplicando un régimen objetivo y en los demás supuestos que no se subsuman dentro de esas hipótesis, un régimen subjetivo de falla del servicio. Posteriormente, adicionó dentro de los parámetro objetivos la sentencia absolutoria por virtud del principio *indubio pro reo*. Solamente en una tercera etapa, ha venido en algunas ocasiones exigiendo que la declaratoria de responsabilidad debe partir del supuesto de establecer si la privación fue injusta al momento de su expedición, verificando el cumplimiento de los requerimientos legales y aplicando criterios de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad de la medida en ese momento, así como, analizando la conducta de la víctima desde la perspectiva de la culpa y el dolo civil, e igualmente, aplicado eximentes de responsabilidad respecto a la Administración.

No obstante, dada la coyuntura de la expedición de la sentencia de unificación del Consejo de Estado del año 2018 (Rad. 46947) que pretendió establecer lineamientos consistentes con los precedente constitucionales, pero que fue dejada sin efectos, ha generado una situación de incertidumbre en la materia, así como la ausencia de derroteros de forzosa observancia en sede contenciosa para tratar estos casos, lo cual ha favorecido la proliferación de posiciones en el seno del Consejo de Estado muchas de las cuales son antagónicas, lo cual hace necesario y urgente contar con un nuevo pronunciamiento de parte de la Corte Constitucional, como

en efecto es inminente que ocurra, con la revisión de la acción de tutela que dejó sin efecto la sentencia de unificación referida del Consejo de Estado, oportunidad en la cual ese máximo Tribunal Constitucional, podrá establecer líneas de acción perfiladas que brinden seguridad jurídica a una materia que preocupa dado el nivel de condenas que se profieren contra el Estado, el monto de las indemnizaciones y las acciones en curso en diferentes despachos judiciales del país, sin que existan posiciones que brinden certeza, tanto respecto a los demandantes, con a las entidades accionadas, para que sea previsible la forma de resolución del conflicto.

Es por ello que aparte de la necesidad de lineamientos en esa materia, destacamos también que para abordar esta temática, debe concebirse la misma desde el respeto al núcleo esencial del derecho a libertad personal, resaltando el carácter de derecho fundamental, valor fundante y el plus especial de este derecho, cuya restricción si bien es válida, en procura de mantener la sana convivencia social, debe ser excepcional y exigir de los operadores judiciales un rigor mayúsculo en el análisis de la procedencia de la medida y contrarrestar de esa forma prácticas lesivas del mismo, como generalizar la medida de aseguramiento muchas veces con fines de evidenciar estadísticas de eficiencia o con objetivos mediáticos de aparente eficacia en la lucha contra el crimen, y que por lo general no responden realmente a un análisis sesudo de cada caso concreto, bajo criterios de la necesidad de un estudio crítico de las pruebas que soportan el pedimento de restricción, bajo parámetros de ponderación y proporcionalidad.

Estimamos que se debe en todo caso, analizar el decreto de la medida de aseguramiento, al momento de su expedición, para determinar el carácter de injusta de la misma, y en todo caso, tomar en cuenta la conducta pre procesal y a lo largo del proceso de la víctima, así como también, en casos como los señalados de inexistencia del hecho punible y ausencia de tipicidad, aplicar un título de imputación objetivo. En los demás eventos, sería necesario hacer uso del régimen de la falla del servicio, con toda la carga probatoria que en ese escenario le asiste al actor.

Otro elemento de vital importancia es interponer acciones de repetición de parte de las entidades condenadas contra los servidores públicos que por su causa generan condenas contra el Estado por este concepto y cuyo accionar se pueda catalogar como doloso o gravemente culposos, ello genera unos efectos pedagógicos de gran valía para que los operadores de justicia, enmarquen su accionar dentro los cánones del respeto a los derechos y se busque siempre la razonabilidad de las medidas que se adoptan.

Otro tema fundamental es el cambio de la perspectiva de la política criminal del Estado, enfocado a veces en ciertos delitos, por virtud de los cuales lo que se hace es generar mayor hacinamiento carcelario, aparte del ya existente, cuando podría la problemática tratarse desde otra perspectiva, como ocurre con el tráfico de estupefacientes, como un tema de salud público y no un asunto penal. Igualmente, acabar con la tendencia secular de considerar que aumentado las penas, se genera un efecto disuasorio, en lugar de centrarse en los delitos de mayor impacto como los que atentan contra la vida y la integridad.

Solamente transitando por esos cauces, lograremos que la máxima de Víctor Hugo se materialice en la práctica judicial cotidiana:

“La libertad es, en la filosofía, la razón; en el arte, la inspiración; en la política, el derecho.”

Víctor Hugo.

Referencias bibliográficas

Bibliografía básica

ARIAS G F. *Derecho procesal administrativo*. Segunda Ed. Bogotá: Editorial Ibañez, 2015.

CONSEJO DE ESTADO. *Graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario*. Primera Ed. Bogotá: Consejo de Estado, 2019.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. *Decisiones relevantes de responsabilidad del Estado*. Primera Ed. Bogotá: Consejo de Estado, 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de integridad personal y privación de libertad*. Primera Ed. San José: CIHD, 2010.

GOMEZ F. *Constitución Política de Colombia*, Vigésima Octava Ed. Bogotá: Editorial Leyer, 2015.

GOMEZ, C. *Intervención ante la Corte Constitucional de la ANDJE*. Proceso T-7785966, 12 de enero de 2021.

PRIETO S L. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Segunda Ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

OSPINA G A. *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa en Colombia*. Primera Ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

ROZO A E. *Las garantías constitucionales en el derecho público de América Latina*. Primera Ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.

TAWIL G. *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia*. Primera Ed. Buenos Aires: Depalma, 1989.

VIDAL J. *Derecho Administrativo*. Doceava Ed. Bogotá: Editorial Legis, 2004.

ZAMORA, H. *Demandas por privación injusta de la libertad suman \$ 37 billones*. En: El Tiempo, 14 abril 2020. Disponible en: <https://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/demandas-por-privacion-injusta-superan-los-37-billones-de-pesos-482512>, Consultado el 12/02/2021.

Jurisprudencia referenciada

Jurisprudencia de la Corte Constitucional De Colombia

Sentencia de 21 de enero de 1994, C-011/94.
Sentencia de 5 de febrero de 1996, C-037/96.
Sentencia de 4 de septiembre de 1997, C-425/97.
Sentencia de 25 de febrero de 2003, C-162/03.
Sentencia de 15 de marzo de 2005, C-237/05
Sentencia de 13 de junio de 2007, C-479/07.
Sentencia de 30 de septiembre de 2015, C-621/15.
Sentencia de 3 de mayo de 2017, C-286/17.
Sentencia de Unificación de 5 de julio de 2018, C-072/18.
Sentencia de Unificación de 23 de agosto de 2020, SU353 de 2020.

Jurisprudencia del Consejo de Estado de Colombia

Sentencia de 1 de octubre de 1992, Rad. 7058/92
Sentencia de 30 de junio de 1994, Rad. 9734/94.
Sentencia de 15 de septiembre de 1995, Rad. 9391/95.
Sentencia de 18 de septiembre de 1997, Rad. 11754/97.
Sentencia de marzo 14 de 2002, Rad. 12.706/02.
Sentencia de 4 de abril de 2002. Rad. 13.606/02.
Sentencia de 4 de diciembre de 2006, Rad. 13.168/06.
Sentencia de 12 de mayo de 2007, Rad. 15463/07.
Sentencia de 6 de abril de 2011, Rad. 21.653/11
Sentencia de 17 de octubre de 2013, Rad. 23.354/13.
Sentencia de 21 de julio de 2016. Rad. 41.608/16.

Sentencia de 14 de marzo de 2018, Rad. 46.811/18.

Sentencia de 7 de mayo de 2018, Rad. 33948/18.

Sentencia de 25 de agosto de 2018, Rad. 46947/18.

Sentencia de 4 de junio de 2019. Rad. 39.626/19.

Sentencia de 4 de junio de 2019. Rad. 39.626/19.

Sentencia de Tutela de 15 de noviembre de 2019. Rad 11001031500020190016901/19.

Sentencia de 29 de noviembre de 2019. Rad. 48.208/19.

Sentencia de 12 de diciembre de 2019. Rad. 49.196/19.

Sentencia de 6 de agosto de 2020. Rad. 46.947/20.

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Sentencia de 12 de noviembre de 1997, Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador.

Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador.

Sentencia del 15 de mayo de 2011. Caso Rosendo Cantú y otra vs. México.

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español

Sentencia de 29 de enero de 1982. ECLI:ES:TC:1982:2. 2/1982.