



ACREDITACIÓN
INSTITUCIONAL EN
ALTA CALIDAD
Resolución 008607 de mayo 16 de 2022

“La responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad: un acercamiento crítico a la tesis jurisprudencial vigente, y su análisis desde el derecho convencional”.

Autor (es)

German Eduardo Diaz Sarmiento

Sandra Paola Herazo Torres

Monografía presentada para optar al título

MAGISTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO

Asesor

José Luis González Jaramillo

Universidad Autónoma Latinoamericana (UNAULA)

Escuela de Posgrados

Maestría en Derecho Administrativo

Medellín, Antioquia, Colombia

2025

José Rodrigo Flórez Ruiz
Rector
Universidad Autónoma Latinoamericana

Mónica Cecilia Montoya Escobar
Decano (e) de Escuela de Posgrados

Nataly Vargas Ossa
Coordinadora de Maestría en Derecho Administrativo

Juliana Nanclares Márquez
Diana Sofía Cortina Campo
Evaluadores

El trabajo de grado fue sustentado el 20 de noviembre de 2025 y obtuvo una aprobación unánime de conformidad con el Acuerdo 195 del Consejo Académico de 2016, lo cual quedó consignado en el acta de evaluación de trabajos de grado # 18 de 2025.

Resumen

Una de las consagraciones constitucionales más importantes del ordenamiento jurídico, sustento mismo del Estado social de derecho, es la libertad, tesoro preciado de todo ser humano. Aun así, el derecho a la libertad puede restringirse o limitarse en situaciones excepcionales, como cuando el Estado cumple con sus funciones de naturaleza punitiva, siendo necesario encontrar un equilibrio entre el derecho personal y el deber estatal. Ese equilibrio se encuentra en la reparación del daño antijurídico, en la necesidad de salvaguardar el derecho cuando ha sido limitado sin objeto, sin razón de ser.

En la presente investigación abordamos la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad, desde una óptica crítica a la forma en que actualmente se analiza, interpreta y aplica a estos eventos de responsabilidad. Para ello empezamos por resaltar las consagraciones constitucionales y legales que sustentan la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad, así como la evolución de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado sobre la materia.

Destacaremos especialmente la importancia del cambio jurisprudencial en la materia, ocurrido a partir de pronunciamiento que data del año 2018. Se exponen las consideraciones del Consejo de Estado y la Corte Constitucional que edificaron el nuevo criterio, así como las críticas a la posición jurisprudencial, y un concepto de lo que debería ser un adecuado análisis del régimen de responsabilidad bajo una ponderación de la libertad y el *ius puniendi* estatal, esto último entendido como el poder estatal para el juzgamiento y eventual castigo, especialmente con la imposición de pena privativa de la libertad.

Las consecuencias de aplicar un régimen subjetivo de imputación para los casos de responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad, con base en los argumentos del nuevo criterio expuesto, no solo ocasionan un desequilibrio en la ponderación de derechos y principios, sino que también vulnera compromisos internacionales del Estado a nivel internacional, pues se vulneran estándares convencionales que exponen al Estado a una

declaratoria de responsabilidad internacional, y mantiene un continuo incumplimiento de normas convencionales.

Por ende, se concluye en la necesidad de aplicar un adecuado control de convencionalidad en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en aquellos asuntos en donde tiene lugar la privación injusta de la libertad por la imposición de una medida de aseguramiento sin que el proceso termine con sentencia condenatoria, dando paso a una reparación que salvaguarde el derecho a la libertad que fue restringido sin cumplirse el objeto de la medida cautelar.

Palabras Clave

Libertad, privación, régimen de responsabilidad, falla del servicio, error jurisdiccional, daño antijurídico, reparación, responsabilidad objetiva, responsabilidad subjetiva, culpabilidad, medida preventiva, presunción de inocencia, sentencia de unificación, control de convencionalidad.

Contenido

Resumen	3
Palabras Clave	5
Introducción	7
CAPÍTULO 1	11
Responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad. Análisis de la evolución jurisprudencial para el caso colombiano	11
1.1 Fundamento legal del régimen de responsabilidad estatal de privación injusta de la libertad.	13
1.2 Evolución jurisprudencial sobre la responsabilidad estatal por la privación injusta de la libertad entre los años 1991 y 2018.	16
1.3 Variación de la tesis jurisprudencial sobre la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad. Sentencia del 15 de agosto de 2018 y sentencia SU 072 del 2018.	25
1.4 Acercamiento crítico al cambio de criterio jurisprudencial en materia de responsabilidad extracontractual del Estado por privación injusta de la libertad ..	33
CAPÍTULO 2	42
La necesidad de un control de convencionalidad en la jurisdicción de lo contencioso administrativo frente a la responsabilidad estatal por la privación injusta de la libertad	42
2.1 Control de convencionalidad y estándares vinculantes interamericanos relacionados con la responsabilidad estatal por la privación injusta de la libertad 43	
2.2 La detención preventiva en el marco del sistema interamericano y el ordenamiento jurídico colombiano	47
2.3 Control de convencionalidad en la responsabilidad estatal por la privación injusta de la libertad	52
Referencias	59

Introducción

La jurisprudencia del Consejo de Estado en los asuntos relacionados con la responsabilidad estatal por la privación injusta de la libertad, en particular en el lapso comprendido entre los años 2013-2018, se caracterizó por exponer un criterio interpretativo uniforme, de naturaleza objetiva, y cuyas consideraciones argumentativas principales giraban en torno a la prevalencia del derecho a la libertad, en armonía con los criterios y postulados que se aplican para tales asuntos en la órbita del derecho convencional.

Pero la línea jurisprudencial que generalmente se venía aplicando fue sustancialmente variada en el año 2018, principalmente cuando la Sección Tercera del Consejo de Estado profirió la sentencia de unificación de fecha 15 de agosto de 2018¹, en la que adoptó un criterio de responsabilidad subjetivo para el análisis de los casos de responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad. Este criterio se armonizó con lo considerado por la Corte Constitucional en sentencia SU 072 del 2018, en el sentido de reiterar lo argumentado en la sentencia C-037 de 1996, en cuanto a la inexistencia de un título de imputación, y a la necesidad de acreditarse los elementos de la responsabilidad estatal.

La jurisprudencia del Consejo de Estado proferida entre los años 2013-2018 se caracterizó por un criterio objetivo, dando prevalencia al derecho a la libertad personal por sobre el ejercicio punitivo del Estado, y en tal sentido armonizada con el derecho internacional sobre la materia. No obstante, la modificación del criterio jurisprudencial abandonó la prevalencia del derecho a la libertad para dar mayor categoría al ejercicio punitivo del ente investigador, en pro de reclamar una defensa y justicia del mismo Estado, la jurisprudencia sobre la materia abandonó los argumentos que daban prevalencia al derecho a la libertad.

¹ Hay que aclarar que, la sentencia del 15 de agosto de 2018, Expediente No. 46947, fue anulada vía tutela, trámite que culminó con la sentencia SU-363 de 2021 en sede de revisión. De allí que la sentencia del 15 de agosto de 2018 fue remplazada por sentencia del 06 de agosto de 2020. Aun así, es nuestro objetivo evidenciar que, a pesar de sus imprecisiones, lo que llevó a su anulación, la sentencia del 15 de agosto de 2018 implicó un acontecimiento jurisprudencial que derivó en un cambio de línea jurisprudencial de una manera más acentuada.

En ese sentido, la investigación desarrollada parte de la siguiente pregunta: ¿La tesis jurisprudencial vigente del Consejo de Estado en materia de responsabilidad estatal por la privación injusta de la libertad, a partir de la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018² y la sentencia SU-072 de 2018, vulnera el derecho a la libertad en la medida que, no armoniza con la ponderación de principios contenidos en normas constitucionales y estándares convencionales?

Este planteamiento problemático se orienta principalmente al análisis de la evolución de la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad, y en particular la tesis jurisprudencial vigente del Consejo de Estado sobre la materia a partir de la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018, desde la óptica del derecho internacional y la prevalencia del principio/derecho a la libertad. Y esta orientación implicó un análisis de la evolución de la jurisprudencia en los asuntos de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, así como la verificación de validez de la tesis jurisprudencial del Consejo de Estado sobre responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, a partir de la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018, decisión que si bien fue posteriormente anulada, a nuestro juicio constituyó el hito que varió la forma generalizada en que dichos asuntos eran resueltos.

En efecto, somos conscientes de que la sentencia del 15 de agosto de 2018 proferida por el Consejo de Estado fue posteriormente anulada vía tutela, lo que motivó que se expidiera una nueva sentencia en su reemplazo; no obstante, antes de ese pronunciamiento era notoriamente visible que la jurisprudencia aplicable a estos asuntos era de naturaleza objetiva, teniendo mayormente como referencia la sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013, proferida dentro del expediente No. 23354; mientras que, posterior a ese fallo hoy en día anulado, tomó impulso y auge el hecho de resolver estos asuntos con una tesis de naturaleza objetiva, ya no con sustento en sentencia del Consejo de Estado, sino principalmente con base en las consideraciones de la Corte Constitucional en sentencias C-037 de 1996 y SU-072 de 2018.

² La sentencia del 15 de agosto de 2018, Expediente No. 46947, fue anulada vía tutela, trámite que culminó con la sentencia SU-363 de 2021 en sede de revisión. Ver pie de página No.1.

Es así como, de manera indirecta, la sentencia del 15 de agosto de 2018 proferida por el Consejo de Estado conllevó a que se realizara un nuevo análisis del título de responsabilidad aplicable a los casos de privación injusta de la libertad, en particular en lo relacionado con los presupuestos necesarios para la responsabilidad estatal en estos asuntos, situación que varió la forma de resolverse estos casos.

Este análisis de la tesis jurisprudencial en materia de la privación injusta de la libertad se realiza desde el punto de vista de los postulados de derecho internacional, y en particular de los criterios expuestos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Lo anterior resulta relevante por la necesidad de desarrollar una crítica a la variación jurisprudencial realizada por el Consejo de Estado en relación con la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad, así como un análisis a la integración de los estándares de derecho convencional sobre la materia, lo cual se espera constituya una base para la discusión académica de este título de imputación.

La investigación resulta importante para el derecho administrativo pues aporta argumentaciones relacionadas con el estado actual de la jurisprudencia sobre el asunto en particular, así como los distintos matices que sobre el mismo se han expuesto no solo en el ámbito judicial, sino también en el contexto académico; se espera que los argumentos expuestos brinden una guía que retomen la prevalencia del derecho a la libertad, por encima del *ius puniendi* estatal, en consonancia con el derecho internacional, lo que se traduce en retomar un título de imputación objetivo.

Empezaremos por hacer una breve descripción del origen de la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad, su expresión antes y después de la Constitución Política de 1991, lo que incluye especialmente la evolución de la jurisprudencia del Consejo de

Estado entre los años 2008 y 2018, resaltando la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018³.

Posteriormente abordaremos la temática desde el derecho internacional, en particular los postulados y criterios que han sido expuestos en la Convención Americana sobre derechos Humanos y el pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sobre la responsabilidad de los Estados por la privación injusta de la libertad, y su incidencia en la aplicación del control de convencionalidad.

En consideración, la investigación cuenta con un enfoque dogmático en derecho pues se plantea el análisis de una tesis jurisprudencial en asuntos de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, frente a la cual se tomará una posición crítica, en tanto modifica una tesis que de antaño venía aplicándose en la materia con apego a la prevalencia del derecho a la libertad, y que estaba en consonancia con los criterios y postulados del derecho internacional sobre la materia; esta investigación es de naturaleza cualitativa, pues se dirige a analizar los argumentos expuestos para el cambio jurisprudencial; se enfoca en realizar una crítica desde el derecho internacional.

³ La sentencia del 15 de agosto de 2018, Expediente No. 46947, fue anulada vía tutela, trámite que culminó con la sentencia SU-363 de 2021 en sede de revisión. Ver pie de página No.1.

CAPÍTULO 1

Responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad. Análisis de la evolución jurisprudencial para el caso colombiano

La teoría de la responsabilidad del Estado ubica su fundamento constitucional en el artículo 90 de la Constitución Política, conocido como cláusula general de responsabilidad, a partir del cual se dispuso que el Estado responde patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables. Pero ha sido la jurisprudencia y la doctrina quienes se han encargado de desarrollar los distintos regímenes de responsabilidad o títulos de imputación, y en tal medida contamos con el régimen de falla del servicio, aplicable en los eventos en donde se advierta la ocurrencia de daño por acción u omisión del Estado y con vulneración de un contenido obligacional, conocido este como el régimen general de responsabilidad; para el análisis de la responsabilidad extracontractual del Estado existen otros regímenes, como el de riesgo excepcional y el daño especial, los que también cuentan con elementos especiales para su aplicabilidad. Lo anterior denota la existencia de regímenes o títulos de naturaleza objetiva y subjetiva.

La existencia de múltiples regímenes tiene su origen en la forma en que se plasmó la teoría de responsabilidad estatal, esto es, en la forma en que fue concebido el artículo 90 constitucional, fundado ello en la ocurrencia de un daño antijurídico imputable al Estado. El Consejo de Estado en su jurisprudencia ha manifestado que el constituyente no privilegió un régimen de responsabilidad en particular, de allí que haya sido especialmente la jurisprudencia la encargada de dotar de contenido a los criterios jurídicos utilizados en el análisis de la responsabilidad estatal (Sentencia Expediente 21515, 2012).

Y entre los distintos regímenes de responsabilidad estatal a que nos referimos, destacamos uno en particular objeto de la presente investigación, la responsabilidad del Estado fruto de la privación injusta de la libertad, esto es, el deber de reparar del Estado cuando por su accionar a través del *ius puniendi*, un sujeto ve limitado su derecho fundamental a la libertad. Tal situación tiene ocurrencia, por ejemplo, cuando a un sujeto se le impone una medida de

detención preventiva de la libertad con sustento en lo previsto en el sistema penal colombiano, y luego recobra su libertad sin proferirse sentencia penal condenatoria. Es esta la circunstancia en la que se enfoca nuestro escrito, es decir, la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, originada en la imposición de la medida preventiva privativa de la libertad dentro de proceso penal que no concluye con sentencia penal condenatoria.

El régimen de falla del servicio por la privación injusta de la libertad es un régimen especial en particular, pues a diferencia de otros cuyo soporte dogmático está situado en derechos patrimoniales, el de privación injusta se sustenta en la libertad. Cuando se analiza la responsabilidad del Estado en tales circunstancias, se hace teniendo como sustento la necesidad de garantizar el respeto de la libertad, no solo desde el ámbito del derecho personalísimo del sujeto contenido en el artículo constitucional, sino también bajo el criterio de respeto que exige la libertad como principio-valor. Al respecto la Corte Constitucional ha considerado que la libertad hace parte de la base axiológica-jurídica sobre la cual se sustenta todo el ordenamiento jurídico, de allí que dicho concepto sirva de límite (Sentencia T-406, 1992). Si bien en el caso concreto de análisis de la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad la situación podría reducirse a la detención material de un sujeto, a la limitación de su derecho de locomoción, lo cierto es que el soporte teórico de la responsabilidad estatal se encuentra en la importancia de garantizar el principio/valor de la libertad, como pilar de nuestro Estado social de derecho.

Con miras a realizar un adecuado análisis de la evolución jurisprudencial sobre la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad, en especial desde la óptica crítica en que se enfoca esta investigación, resulta metodológicamente necesario traer a colación el tratamiento que ha tenido dicho régimen de imputación de responsabilidad, iniciando desde su consagración normativa con la expedición del Decreto 2700 de 1991 y la Ley 270 de 1996, en armonía con el artículo 90 constitucional, así como su posterior desarrollo en manos de la jurisprudencia, en donde se destacarán las varias etapas que caracterizaron este régimen de responsabilidad, dando especial atención a lo acontecido en

el año 2018 con la expedición de la sentencia de fecha 15 de agosto de 2018 por parte del Consejo de Estado y sentencia SU 072 del 05 de julio de 2018 por la Corte Constitucional. Consideramos de importancia resaltar lo ocurrido en el año 2018 por las sentencias aludidas, pues, como ya se dijo, marcaron el cambio de rumbo frente a la línea jurisprudencial que por mucho se mantuvo en materia de responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad.

Todo ello nos permitirá abordar el criterio vigente utilizado para resolver los asuntos en que se discuta la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad, en especial en instancias judiciales distintas al Consejo de Estado, donde resulta obligatoria la aplicación de las sentencias de unificación. Esta claridad alude al hecho que al interior de la Sección Tercera del Consejo de Estado no existe hoy en día un criterio que pudiese considerarse unificado en la materia, tal como se explicará posteriormente. De modo que, será el criterio jurisprudencial estructurado en el año 2018 por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional el que especialmente se analizará, los argumentos allí utilizados, así como las críticas a dicha posición.

1.1 Fundamento legal de la privación de la libertad y el régimen de responsabilidad estatal de privación injusta de la libertad.

La Constitución Política de 1991 fue un avance significativo en materia de responsabilidad del Estado, pues a partir de la consagración de la cláusula general de responsabilidad contenida en el artículo 90 se elevó a norma superior, y de manera clara y directa, la responsabilidad del Estado frente a los particulares cuando medie un daño antijurídico imputable al ente estatal. No obstante, el texto constitucional no desarrolló regímenes de responsabilidad en particular; no se reglamentó la responsabilidad extracontractual del Estado, y eso incluye, para lo que nos interesa, la responsabilidad del Estado en cabeza de la administración de justicia.

Seguidamente tuvo lugar la expedición del Decreto Ley 2700 de 1991, mediante el cual se reformó el procedimiento penal de la época, y en donde se consagró, primeramente, una cláusula general de atribución de responsabilidad, al señalar que quien hubiese sido privado injustamente de la libertad podría demandar al Estado en procura de la indemnización de perjuicios. Incluso la norma contempló de forma expresa lo que en su momento fueron hipótesis de privación injusta de la libertad, esto es, el haber sido exonerado penalmente porque: a) el hecho no existió, b) el sindicado no la cometió, o c) la conducta no constituía hecho punible. Si bien el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 no desarrolló los elementos de la responsabilidad estatal para los casos de privación injusta, su análisis en armonía con el artículo 90 superior sirvió para dar inicio al desarrollo del régimen de responsabilidad de privación injusta de la libertad en la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional (Sentencia Expediente 9734, 1994) (Sentencia C-037, 1996).

La responsabilidad del Estado, y en particular de la administración de justicia se reguló con mayor claridad en el capítulo VI de la Ley 270 de 1996, en cuyo artículo 65 se dispuso que el Estado respondería patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales, guardando armonía con el artículo 90 de la Constitución Política. El mencionado artículo 65 de la Ley 270 previó la responsabilidad del Estado para tres eventos en particular, el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, el error jurisdiccional y la privación injusta de la libertad. El artículo 68 consagró expresamente que quien hubiere sido privado injustamente de la libertad podría demandar al Estado por la reparación de perjuicios, replicando el inciso primero del artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991.

Con el capítulo VI de la Ley 270 se procuró reglamentar la responsabilidad estatal por las acciones y omisiones de los agentes judiciales, oportunidad en la que se incluyó la privación injusta de la libertad, más no se desarrolló esa responsabilidad. Contrario como ocurrió con el error jurisdiccional, respecto del cual se fijaron sus presupuestos en el artículo 67, aun así, nada se dijo sobre los presupuestos de la privación injusta de la libertad. El artículo 68 de la Ley 270 de 1996 implicó modificaciones sustanciales a la forma en que venía siendo

analizada la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad, pues bajo la aplicación del artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991 operaba una especie de título de imputación objetivo, por cuenta de verificarse que el hecho que motivó la privación de la libertad no existió, que el sujeto privado de la libertad no cometió el hecho, o que la conducta desplegada por este no constituye un hecho punible.

Mientras que el artículo 68, en armonía con el artículo 65 de la Ley 270 de 1996 reflejan una responsabilidad subjetiva, acorde con lo considerado por la Corte Constitucional al revisar la constitucionalidad de la norma, cuando señaló que la responsabilidad estaría supeditada a la acreditación de una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales por parte del agente judicial que dispuso la privación de la libertad (Sentencia C-037, 1996).

La Corte Constitucional al revisar la constitucionalidad del artículo 65 de la Ley 270 de 1990 consideró que allí se contempla una responsabilidad extracontractual del Estado en cabeza de la administración de justicia bajo un régimen de falla del servicio, esto es, un título subjetivo, pero al mismo tiempo señaló que una norma legal no podía limitar al artículo 90 constitucional, de modo que, con sustento en este último podría estructurarse una responsabilidad de la administración de justicia con base en régimen de responsabilidad distinto a la falla del servicio. Recordemos que el artículo 90 constitucional no impone ningún régimen de responsabilidad en particular, de modo que con base en el principio *iura novit curia* corresponderá al juzgador en cada caso concreto determinar el título de imputación aplicable. Lo considerado por la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996 respecto del artículo 68 de la Ley 270 de 1990 implica una flexibilidad de regímenes aplicables a los casos de privación injusta de la libertad, es decir, que no existe un régimen único que ate al juzgador (Sentencia C-037, 1996).

De lo anterior se concluye que la responsabilidad extracontractual del Estado por la privación injusta de la libertad ha sido objeto de desarrollo legal, a partir del artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991, y por los artículos 65 y 68 de la Ley 270 de 1996, sin embargo de estos

no puede considerarse que exista una verdadera reglamentación del régimen de responsabilidad, al punto de considerarse que para la solución de los casos en los que se debate la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad existe libertad en la selección del régimen de responsabilidad, no pudiendo limitarse a la configuración de una falla del servicio.

Tal consideración resulta un antecedente de gran importancia para el objeto de nuestra investigación, pues permite evidenciar que desde los primeros desarrollos de la jurisprudencia se previó la posibilidad de resolver los casos con un título de imputación distinto al de la falla del servicio. Eso tiene una gran trascendencia pues la falla en el servicio como título de imputación implica un régimen de responsabilidad subjetivo. A continuación, analizaremos de qué manera se desarrolló esta situación.

1.2 Evolución jurisprudencial sobre la responsabilidad estatal por la privación injusta de la libertad entre los años 1991 y 2018.

Con posterioridad a la Constitución de 1991 y las normas expedidas en materia de responsabilidad estatal, y más precisamente en lo que respecta a la responsabilidad de la administración de justicia por la privación injusta de la libertad, las que ya fueron mencionadas, inició una prolífica producción jurisprudencial, centrada más propiamente en interpretar las normas vigentes que cimentaban la responsabilidad en comento, y de allí determinar el régimen aplicable; la discusión generalmente se centró en la definición de la naturaleza del régimen de imputación, esto es, si se trataba de un régimen subjetivo o uno de naturaleza objetiva, cuya diferenciación se sitúa en las implicaciones probatorias para acceder al derecho a la reparación de los perjuicios.

La responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad ha sido objeto de un amplio abordaje por el Consejo de Estado, particularmente de la Sección Tercera de dicha corporación, lo que ha derivado en una evolución jurisprudencial sobre la materia, que si bien ha tenido distintas posturas, siempre se había caracterizado por un título de imputación

objetivo, en el entendido de la prevalencia del derecho fundamental a la libertad sobre el ejercicio del *ius puniendi*, en particular sobre las medidas provisionales privativas de la libertad. En atención a ello, la misma jurisprudencia del Consejo de Estado ha circunscrito la evolución de sus pronunciamientos sobre la materia en unas etapas.

En la *primera etapa* de interpretación en materia de responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad, el Consejo de Estado realizaba el análisis con base en el “*error judicial*”, de modo que el raciocinio residía en la providencia que ordenó la detención, en el cumplimiento de sus requisitos procesales, siendo preciso demostrarse que la medida de detención fue ordenada en forma equivocada por la autoridad competente, con la configuración de una falla del servicio, lo que se acreditaba si la decisión judicial que dio lugar a la privación de la libertad era abiertamente contraria a la ley. En esta etapa el juez administrativo realizaba una valoración negativa de la actividad desplegada por el órgano investigador, sin atención alguna a la culpa o el dolo (Sentencia Expediente 9734, 1994) (Sentencia Expediente 8666, 1994).

En esta primera etapa de la jurisprudencia sobre la responsabilidad estatal por la privación injusta de la libertad no bastaba solamente con la acreditación de una de las causales contempladas en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, sino que era necesaria la acreditación de una falla del servicio, a partir de evidenciarse una actuación totalmente arbitraria del agente estatal. En este momento de la jurisprudencia imperaba un criterio netamente subjetivo.

Una *segunda etapa* de la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la materia se caracterizó en que la acreditación del error jurisdiccional solo vino a exigirse en eventos de privación injusta de la libertad distintos a las hipótesis contempladas en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, esto es, cuando el hecho no existió, cuando el sindicado no lo cometió, o cuando la conducta no es punible, bajo la concepción de que estas ya fueron catalogadas por la ley como verdaderos eventos de privación injusta de la libertad, surgiendo en forma automática para el estado la obligación de reparar los perjuicios ocasionados. Esta fue la

primera ocasión en que la jurisprudencia del Consejo de Estado se inclinó por establecer un régimen de naturaleza objetiva para la solución de los asuntos en los que se solicita la declaratoria de la responsabilidad estatal por la privación injusta de la libertad (Sentencia Expediente 10056, 1995).

La *tercera etapa* identificada en la evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado frente al régimen de responsabilidad por privación injusta de la libertad, se caracterizó por el argumento a partir del cual la responsabilidad estatal era de naturaleza objetiva no solo en las causales antes descritas, sino también cuando se logra probar la existencia de un daño antijurídico causado por la privación de la libertad, en la medida en que no es la antijuridicidad de la conducta del agente estatal, sino la antijuridicidad del daño padecido por la víctima lo que compromete la responsabilidad del Estado; en esta etapa se acentuó aún más la configuración de una responsabilidad de naturaleza objetiva (Sentencia Expediente 13606, 2002).

Una *cuarta etapa* de la evolución jurisprudencial se caracterizó por ampliar el espectro objetivo de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad con ocasión de la detención preventiva de ciudadanos ordenada por autoridad competente, frente a aquellos eventos donde tiene lugar la privación y seguidamente la absolución o liberación en aplicación del *in dubio pro reo*, dando aplicación al régimen objetivo, en tanto no era relevante que la medida de aseguramiento o detención se hubiere realizado con el lleno de las exigencias legales; lo relevante era la conclusión del trámite penal, por lo que una ausencia de fallo condenatorio daba lugar a la responsabilidad del Estado por no haberse logrado desvirtuar la presunción de inocencia a favor del detenido; bajo esta tesis la privación de la libertad se considera una carga excesiva impuesta por el Estado, y por ende nace el correlativo deber de reparar (Sentencia Expediente 13168, 2006).

Debemos destacar que el análisis de la responsabilidad extracontractual del Estado por la administración de justicia, y en particular por el supuesto de la privación injusta de la libertad, inició con un criterio subjetivo, fundado en la necesidad de configurarse una falla del servicio

a partir de una actuación arbitraria del agente judicial. Esa posición con el tiempo varió hacia la implementación de una teoría de naturaleza objetiva, sustentada principalmente en la aplicación del artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991, así como del artículo 90 superior.

De esta última etapa de la evolución jurisprudencial de destaca que la privación de la libertad impuesta a un sujeto con ocasión de una medida preventiva de la libertad se consideró una carga excesiva sobre el sujeto en contraposición al ejercicio del *ius puniendi* estatal, de modo que era una carga para el Estado el demostrar la culpabilidad sobre la persona que cobijaba con la medida preventiva; también resulta un argumento reiterativo en estas providencias de corte objetivo, la continua referencia a la prevalencia del derecho a la libertad, entendida en su triple acepción de principio fundante, valor y derecho fundamental, que como ya señalamos, se circunscribe a la prevalencia de la libertad más allá de la simple detención o limitación de la locomoción, involucra la necesidad de mantener la coherencia en el sistema normativo, garantizando la protección de uno de los pilares del mismo.

El desarrollo de las anteriores etapas evolutivas de la jurisprudencia sobre la responsabilidad estatal por la privación injusta de la libertad evidencia la preferencia por un título de imputación objetivo en la resolución de tales asuntos, fundado ello en la prevalencia del derecho a la libertad por encima del *ius puniendi*. Aun así, tampoco podría considerarse que la jurisprudencia fue uniforme, puesto que al interior del Consejo de Estado hubieron pronunciamientos que consideraban que el régimen aplicable era el de naturaleza subjetiva, con base en una interpretación restrictiva a lo considerado por la Corte Constitucional al analizar los artículos 65 y 68 de la Ley 270 de 1996 a través de la sentencia C-037 de 1996, donde consideró que lo injusto de la privación exige la acreditación de 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 (Sentencia Expediente 28009, 2014).

En vista de la disparidad de criterios existentes sobre la materia al interior del Consejo de Estado, esa corporación profirió sentencia de unificación en el año 2013, en donde luego de

hacer un recuento de las diversas tesis aplicadas en tales asuntos, así como la existencia de múltiples posiciones, manifestó que

“[I]a 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” (Sentencia Expediente 23354, 2013).

En esa misma oportunidad la corporación resaltó que la aplicación de un régimen objetivo de responsabilidad en tales asuntos no torna más gravosa la situación de los servidores públicos involucrados, como tampoco se dificulta las labores asignadas al ente investigador, puesto que no se atenta contra su autonomía e independencia, más propiamente en su labor de recaudar los elementos demostrativos que permitan el esclarecimiento y la imposición de las penas correspondientes (Sentencia Expediente 23354, 2013).

Fue a partir de la sentencia de unificación jurisprudencial antes mencionada que el Consejo de Estado destacó la importancia y prevalencia del derecho constitucional a la libertad y la presunción constitucional de inocencia como garantías de que goza todo sindicado dentro de un proceso penal; de modo que, a juicio de esa Corporación resulta contradictorio la posibilidad de privar preventivamente al procesado *-no condenado-* y luego este ser absuelto por no haberse desvirtuado su inocencia; considerar que la privación preventiva de la libertad es una carga que debe soportar el ciudadano, deja sin soporte alguno la presunción de inocencia que consagra la Constitución Política.

En directa referencia al derecho a la libertad el Consejo de Estado consideró que “la libertad, en su triple condición de valor, principio y derecho fundamental, debe ser protegida y respetada tanto por los poderes públicos como por cualquier individuo” (Sentencia Expediente 23354, 2013), cuestión que se desprende desde el preámbulo de la Constitución

Política de 1991, destacando que, después de la vida, el derecho a la libertad constituye fundamento y presupuesto indispensable para el ejercicio de los demás derechos y garantías de que es titular todo individuo. Ya hemos señalado antes que, el reconocimiento de esa triple condición de la libertad en este escenario busca destacar que, al momento de determinarse el régimen de la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad, se valore en primera medida la prevalencia de la libertad por sobre las cargas impuestas al sujeto. Se trata de razonar que el derecho a la indemnización no solo deviene de la afectación del derecho fundamental contemplado en el artículo 28 constitucional, sino también en la violación directa de la libertad como principio y valor que irradia toda la Constitución Política, todas sus instituciones, y por ende debe reflejarse también en todo el ordenamiento jurídico.

A lo anterior se suma también la protección de otro derecho en juego, como es el derecho a la presunción de inocencia, frente a lo cual señaló el Consejo de Estado que constituye una garantía constitucional de que goza el sindicado dentro de un proceso penal, y que conserva hasta que no se desvirtúe mediante sentencia condenatoria. Con base en dicha garantía señaló acertadamente el Consejo de Estado la contradicción de

(...) “sostener, de una parte, que en materia penal al procesado que estuvo cautelarmente privado de su libertad y que resultó absuelto y, por tanto, no condenado (...) el propio Estado lo debe tener como inocente para todos los efectos (...) sin embargo, de otra parte, en el terreno de la responsabilidad patrimonial, ese mismo Estado, en lo que constituiría una contradicción insalvable, estaría señalando que el procesado sí estaba en el deber jurídico de soportar la detención a la cual fue sometido, cuestión que pone en evidencia entonces que la presunción de inocencia que le consagra la Constitución Política en realidad no jugaría papel alguno —o no merecería credibilidad alguna— frente al juez de la responsabilidad extracontractual del Estado” (Sentencia Expediente 23354, 2013).

Todo ello es lo que debe reflejar un adecuado análisis del régimen de imputación aplicable a estos casos, y se justifica la necesidad de un régimen objetivo que de prevalencia a la libertad

por sobre el ejercicio del *ius puniendi*, que no deniegue el derecho a la reparación ante una violación del derecho a la libertad con sustento en el cumplimiento de los lineamientos legales en el procedimiento penal.

Concluyó el Consejo de Estado luego de todo el andamiaje argumentativo en la sentencia de unificación, que si se respeta y se valora adecuadamente el derecho a la libertad y a la presunción de inocencia, no importa, entonces, como la administración de justicia haya adelantado el proceso penal, no importa que el *ius puniendi* se haya sujetado a las exigencias legales, pues la víctima no se encuentra en el deber jurídico de soportar el daño, de modo que ante una privación de la libertad y la posterior libertad por absolucón o semejante, deberá declararse la responsabilidad estatal por la ocurrencia de un daño especial, esto es, bajo un título de imputación de naturaleza objetivo (Sentencia Expediente 23354, 2013).

Antes de dicha sentencia no existía uniformidad en cuanto al criterio aplicable, pese a destacarse en la evolución jurisprudencial que mayormente se prefería un título objetivo, aun se mantenía el criterio del régimen subjetivo. La expedición de la sentencia de unificación basada en un régimen de naturaleza objetiva garantizó por mucho tiempo que en el análisis de la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad tuviese prevalencia la garantía de la libertad y la presunción de inocencia, antes que el ejercicio del *ius puniendi*.

Estuvo muy impregnado en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo que el Estado respondería patrimonialmente cuando la Fiscalía General de la Nación, en ejercicio de sus deberes constitucionales imponía una detención provisional y posteriormente la investigación o el proceso penal no culminaba con una sentencia condenatoria; en otras palabras, si había detención de un imputado que luego era absuelto, había lugar a la responsabilidad del Estado. La defensa de la Fiscalía General de la Nación ante el juicio de responsabilidad se circunscribía a señalar la imposibilidad de que existiera una responsabilidad automática del Estado. Pero no podía hablarse de responsabilidad automática cuando aún el Estado podía exonerarse si acreditaba la configuración de una causa extraña, lo cual se aplica aun en los regímenes de naturaleza objetiva.

La responsabilidad objetiva del Estado por la privación injusta de la libertad era el criterio mayormente aceptado, lo cual no era óbice para que en algunas circunstancias excepcionales se aplicase el régimen de falla del servicio; es más, aún con posterioridad a la sentencia unificadora del 17 de octubre de 2013, al interior del Consejo de Estado hubo voces disidentes que se apartaron del criterio unificado y utilizaban un régimen subjetivo. Así pues, en una oportunidad se utilizó nuevamente el criterio de la necesidad de acreditar un error jurisdiccional, aludiendo a la legalidad de las medidas preventivas cuando se decretan con el cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales (Sentencia Expediente 23783, 2014).

Ese horizonte de la jurisprudencia de la materia habría que mirarlo, además, en el contexto de nuestra sociedad colombiana. Para nadie es desconocido el extenso conflicto interno que hemos vivido desde hace décadas, teniendo como protagonistas a toda clase de grupos armados al margen de la ley, bandas criminales, delincuencia urbana, actores del narcotráfico, entre otros, lo cual ha implicado una realidad muy compleja para nosotros en particular. No podemos comparar la labor punitiva del Estado Colombiano, con la de cualquier país europeo. Esa situación ha generado, y genera aún hoy en día, un gran reto para el Estado, en particular para el ente investigador ordinario.

Y en esa labor de instrucción del ente investigador juega un papel muy importante las facultades relacionadas con la imposición de la detención preventiva de la libertad, bajo la justificación de las causales contempladas en el ordenamiento procedimental penal, como por ejemplo la garantía de comparecencia del imputado al proceso, la protección de la víctima del presunto injusto penal, o la protección de la comunidad, entre otras. Es en el ejercicio de esas facultades de la Fiscalía General de la Nación en donde tiene lugar el inicio de la responsabilidad estatal que ahora nos atañe.

En punto a estas facultades de la Fiscalía General de la Nación conforme el Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, se destaca que el artículo 306 ídem regula lo relacionado con la solicitud de la medida de aseguramiento, acto jurídico que está en cabeza

de la Fiscalía General de la Nación, lo cual peticiona ante el Juez de Control de Garantías; por su parte, el artículo 308 prevé los requisitos que ha de tener en cuenta el Juez para el decreto de la medida, un primer requisito general, atinente a que “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”; además exige otros requisitos más específicos, siendo necesario encuadrar el decreto de la medida en uno de estos, así: i) Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia, ii) Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima, y iii) Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

Cada una de estas causales se encuentran reguladas en los artículos siguientes de la normativa (artículo 309 a 311), señalando particulares exigencias para cada una, las cuales son detalladamente analizadas por la Fiscalía al hacer su petición, así como por el Juez de Control de Garantías al momento de decidir sobre el decreto de la medida de aseguramiento.

A nuestro parecer, y de la lectura del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, se contemplaba un régimen de responsabilidad objetivo que se justificaba ante el criterio de preponderancia del derecho a la libertad sobre el ejercicio punitivo del Estado, pues no podía establecerse una carga exagerada para el ciudadano en pro de una investigación penal, puesto que el derecho personalísimo en tales casos se imponía.

Pese a la labor del ente investigador a raíz del contexto ya expuesto, no podía considerarse que sus facultades legales para la imposición de medidas preventivas y privativas de la libertad estaban fuera del alcance del escrutinio judicial en pro del *ius puniendi*.

Lo correcto era exigir un ejercicio mucho más técnico, especializado y profesional de parte de la Fiscalía General de la Nación, o aplicar un criterio de ponderación que salvaguardara los principios y derechos constitucionales en pugna, puesto que no se justifica el

cercenamiento del derecho fundamental a la libertad a expensas del ejercicio de deberes constitucionales en materia penal. Es posible concebir un escenario en donde el derecho a la libertad deba ser limitado inevitablemente, en aras de un adecuado ejercicio del poder punitivo, con el objeto de procurar “la persecución y la prevención del delito confiadas a la autoridad y garantiza el juzgamiento y penalización de las conductas tipificadas en la ley” (Sentencia C-301 de 1993), pero dicha limitación debe tener una reparación de perjuicios, pues la limitación del derecho a la libertad sin haberse desvirtuado la presunción de inocencia deviene en un daño antijurídico.

Este criterio objetivo de la jurisprudencia para resolver los asuntos de responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad se mantuvo hasta el año 2018, y a partir de esa anualidad en la jurisprudencia sobre la materia aparecía un nuevo criterio, aspecto que constituye el centro de esta investigación y que se aborda ahora.

1.3 Variación de la tesis jurisprudencial sobre la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad. Sentencia del 15 de agosto de 2018⁴ y sentencia SU 072 del 2018.

El orden metodológico que hemos utilizado en la investigación impone ahora abordar el análisis de la sentencia del proferida por el Consejo de Estado de fecha 15 de agosto de 2018, frente a la que en múltiples ocasiones se ha dicho que fue anulada en sede de tutela y reemplazada por sentencia del 06 de agosto de 2020; aun así, a nuestro parecer representa un punto de quiebre en cuanto al régimen de imputación aplicable en estos asuntos, así como también con la sentencia SU-072 de 2018 proferida por la Corte Constitucional, en la que dicha corporación se pronunció frente al régimen de responsabilidad aplicable en los eventos de responsabilidad de la administración de justicia por la privación injusta de la libertad, las cuales constituyen el eje central de esta investigación.

⁴ La sentencia del 15 de agosto de 2018, Expediente No. 46947, fue anulada vía tutela, trámite que culminó con la sentencia SU-363 de 2021 en sede de revisión. Ver pie de página No.1.

Considera Santofimio (2020) que la sentencia SU-072 de 2018 ha tenido una gran influencia en la jurisprudencia de los jueces administrativos, así como en las divergencias, discrepancias y diferencias en las sub secciones del Consejo de Estado. En dicha sentencia, la Corte asumió la competencia en sede de revisión frente a fallos de tutela proferidos por la Sección Quinta del Consejo de Estado, previas impugnaciones de fallos de la Sección Cuarta de la misma Corporación; en esos trámites de tutela se argumentaba la existencia de un defecto fáctico por violación del precedente jurisprudencial en materia de responsabilidad extracontractual del Estado por privación injusta de la libertad. Fue en virtud de ello que la Corte Constitucional realizó un nuevo análisis frente a la sentencia C-037 de 1996 y la sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013, radicado 23354, teniendo como horizonte lo consagrado en la cláusula de responsabilidad constitucional.

La Corte Constitucional reiteró que ni el artículo 90 superior ni el artículo 68 de la Ley 270 de 1996 establecen un régimen de imputación para los casos de privación injusta de la libertad, pudiendo entonces ser subjetivo u objetivo conforme las circunstancias de cada caso, lo cual a su juicio se desconocía en la sentencia de unificación del Consejo de Estado; siendo ello así, consideró la Corte que en virtud del principio *iura novit curia*, debe el juzgador administrativo realizar un análisis de la actuación penal, de modo que solo las actuaciones arbitrarias y desproporcionadas son fuente de responsabilidad, pudiendo elegir el título de imputación más idóneo para el objeto de análisis (Sentencia SU-072, 2018).

Respecto a la decisión de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, previo análisis de la evolución jurisprudencial sobre la materia consideró necesario unificar criterio, indicando expresamente que, cuando se observe que el juez penal o el órgano investigador levantó la medida restrictiva de la libertad, sea cual fuere la causa de ello, incluso en los eventos que contemplaba el antiguo artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991, o por la aplicación del principio del *in dubio pro reo*, será necesario hacer un análisis en torno al artículo 90 superior, con miras a la identificación de la antijuridicidad del daño, así como la conducta de quien fue privado de la libertad, en procura de advertir si actuó con culpa grave o dolo desde la óptica

del derecho civil, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y la consecuente privación de la libertad (Sentencia Expediente 46947, 2018⁵).

Consideró el Consejo de Estado la necesidad de variar el criterio jurisprudencial que se aplicaba hasta entonces de forma pacífica, arguyendo argumentos relacionados con que las medidas a través de las cuales se restringe la libertad son de carácter constitucional, citando lo dispuesto por el artículo 28 de la Carta Política según el cual las personas pueden ser detenidas o arrestadas en virtud de mandato escrito del juez; también alude a que tales medidas de privación de la libertad tienen naturaleza preventiva y excepcional, se impone con estricto cumplimiento de los requisitos que ella exige, mientras se define la responsabilidad del investigado.

Resulta interesante lo dicho por el Consejo de Estado, en cuanto a que si el juez verifica que se cumplieron los deberes y exigencias constitucionales y legales que corresponden al Estado para privar provisionalmente de la libertad a una persona, mal puede imponerse una condena en contra de este último (Sentencia Expediente 46947, 2018). Expuso además que

(...) resultaría incoherente que el Estado tuviera que indemnizar automática o indefectiblemente por una privación de la libertad impuesta, incluso, por la aplicación del mencionado sustento constitucional, pues para nada es lógico y sí más bien es absurdo pensar y aceptar que la propia Constitución Política exige a la Fiscalía adoptar -o solicitar al Juez- medidas de aseguramiento, como la detención domiciliaria o la detención preventiva (...) y que dicho organismo, sin embargo, por satisfacer ese deber y por obedecer el mandato que le imponía el artículo 6 del derogado Decreto 2700 de 1991 -el cual establecía que los funcionarios judiciales debían someterse al imperio de la Constitución y de la Ley-, se vea obligado a pagar indemnizaciones cuando deba levantar la medida. (Sentencia Expediente 46947, 2018).

⁵ La sentencia del 15 de agosto de 2018, Expediente No. 46947, fue anulada vía tutela, trámite que culminó con la sentencia SU-363 de 2021 en sede de revisión. Ver pie de página No.1.

Pero lo que más se resalta dentro de los argumentos expuestos en dicho cambio jurisprudencial, es la vía libre que concedió el Consejo de Estado para que el juzgador administrativo ausculte la conducta del imputado en el proceso penal y presunta víctima en el proceso contencioso administrativo. Según el nuevo criterio jurisprudencial, la participación o incidencia de la conducta del demandante en la generación del daño alegado resulta preponderante, siendo necesario que el juez verifique, incluso de oficio, si quien fue privado de la libertad actuó con culpa grave o dolo civil, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva, ello en el marco de la causa extraña de la culpa exclusiva de la víctima.

Sobre esto último conviene precisar que la referencia a la culpa grave y el dolo dista de ser conforme lo plasmado en el artículo 70 de la Ley 270 de 1996. Cuando el Consejo de Estado plantea la verificación de la culpa exclusiva de la víctima por culpa grave y dolo civil, lo hace en referencia al artículo 63 del Código Civil, a fin de evidenciar si “fue esa persona quien dio lugar a la apertura del respectivo proceso penal y a la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva cuyos perjuicios subsecuentes pretende le sean resarcidos” (Sentencia Expediente 46947, 2018). El artículo 70 de la Ley 270 de 1996 sitúa la culpa exclusiva en la conducta procesal, así se desprende de lo considerado por la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996 al decir que el

(...) artículo contiene una sanción por el desconocimiento del deber constitucional de todo ciudadano de colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia (Art. 95-7 C.P.), pues no sólo se trata de guardar el debido respeto hacia los funcionarios judiciales, sino que también se reclama de los particulares un mínimo de interés y de compromiso en la atención oportuna y diligente de los asuntos que someten a consideración de la rama judicial. Gran parte de la responsabilidad de las fallas y el retardo en el funcionamiento de la administración de justicia, recae en los ciudadanos que colman los despachos judiciales con demandas, memoriales y peticiones que, o bien carecen de valor o importancia jurídica alguno, o bien permanecen inactivos ante la pasividad de los propios interesados. (Sentencia C-037, 1996).

Contrario a lo anterior, el nuevo criterio del Consejo de Estado en la sentencia del año 2018, posteriormente anulada, al considerar la causal de exculpación de culpa exclusiva de la víctima, la sitúa en la conducta pre procesal, esto es, en lo que motivó el proceso penal, y no estrictamente a la conducta del procesado luego de iniciado el trámite penal; la imprecisión de dicho criterio, en cuanto a la forma de analizar la culpa exclusiva de la víctima en estos asuntos fue objeto de análisis posterior de la Corte Constitucional en la sentencia SU 363 del 22 de octubre de 2021, de la cual haremos mención más adelante.

Es necesario plantear desde ya que el criterio plasmado por el Consejo de Estado en la sentencia del 15 de agosto de 2018 constituyó un hito en la materia, y si bien esa decisión de unificación posteriormente fue dejada sin efectos, lo cierto es que marcó un antes y un después en el régimen de imputación aplicable a los asuntos de responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad.

Como se ha dicho en varias oportunidades, en contra de la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado se interpuso tutela que en sentencia de segunda instancia dispuso dejarla sin efectos, siendo ello confirmado por la Corte Constitucional en sede de revisión mediante la sentencia SU-363 del 2021. La sentencia del 15 de agosto de 2018 fue reemplazada por la sentencia del 06 de agosto de 2020 que mantuvo el criterio relacionado con el cambio jurisprudencial, más, sin embargo, no se puede perder de vista que, en la actualidad en la jurisdicción, el criterio generalizado es acoger las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional en sentencia SU-072 de 2018.

En la sentencia del 06 de agosto de 2020 el Consejo de Estado abordó el fondo del asunto partiendo por el análisis de configuración de los elementos de la responsabilidad, primero el daño y luego la imputación; al analizar la imputación recordó lo previsto por la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996, en punto a la necesidad de acreditarse lo injusto de la privación de la libertad bajo los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida privativa de la libertad; en la misma oportunidad armonizó ello con

lo considerado por la Corte Constitucional en la sentencia SU-072 de 2018, en cuanto a que no se privilegia ningún título de imputación, debiendo el juez analizar cada caso concreto (Sentencia Expediente 46947 del 15 de agosto de 2020).

A partir de esa sentencia de reemplazo el Consejo de Estado aplicó al caso concreto el título de imputación de falla del servicio, con argumentos referidos exclusivamente a lo considerado por la Corte Constitucional en las sentencias antes citadas. Resulta preciso destacar que en esa sentencia del 06 de agosto de 2020 todos los integrantes de la sala plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, con excepción del ponente del fallo, aclararon el voto. Y las aclaraciones se dirigieron a exponer puntos variados, como que el análisis de la imputación procede solo si el daño es antijurídico; al hecho que se redujo el análisis a la falla del servicio, máxime que en el asunto se debía aplicar un régimen objetivo; otro consejero consideró necesario hacer un análisis desde el título de daño especial.

Esta situación particular es lo que ha dado soporte a que en el Consejo de Estado se haya generado una ausencia de criterio unificado en los asuntos de responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad. Luego de las sentencias del año 2018 identificamos un período jurisprudencial en donde no existe tesis mayoritaria frente al régimen en estudio, y si bien la sentencia del 06 de agosto de 2020 fue firmada por la sala plena de esa corporación, lo cierto es que las aclaraciones generalizadas evidenciaron el inconformismo con los argumentos plasmados en la decisión. A partir de allí no se reconoce una tesis mayoritaria en el Consejo de Estado, de modo que algunos optan por aplicar las consideraciones de la Corte Constitucional con sustento en las sentencias C-037 de 1996 y SU 072 de 2018 (Sentencia Expediente 58457, 2021), ello conforme la acreditación de los elementos propios de la responsabilidad, y en particular de la revisión del cumplimiento de los requisitos previstos en la ley para el decreto de la medida de seguramiento, mientras que otros han aplicado a los supuestos de privación injusta de la libertad la teoría del daño especial (Sentencia Expediente 51151, 2021).

No está de más precisar que, el fundamento fáctico de esta investigación es la sentencia del 15 de agosto de 2018, que si bien fue anulada vía tutela y luego proferida sentencia de reemplazo, lo cierto es que constituyó un hito para efectos del entendimiento de la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad; los argumentos expuestos en esa sentencia anulada provocó un aluvión de posturas sobre el abordamiento de la temática, rompiendo con la particular armonía que venía imperando desde la sentencia de unificación de 2003. Es por ello que, aun dada la anulación de la sentencia de unificación, constituye fundamento y sustento de la presente investigación, sin dejar de lado las posteriores decisiones sobre la temática que le siguieron.

Otro criterio que entró en el escenario fue el expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia SU-363 de 2021, mediante la cual se confirmó la providencia que dejó sin efectos la sentencia del 15 de agosto de 2018. En esta decisión, relacionada con el análisis de la culpa exclusiva de la víctima en tales supuestos, consideró la Corte necesario resaltar que la culpa grave o dolo como presupuestos para la culpa exclusiva de la víctima deben referirse a las actuaciones procesales de la persecución penal, no a la conducta que originó la acción penal (pre-procesal).

Analizó la Corte en esa oportunidad lo atinente a la diferenciación de la conducta procesal y pre-procesal del imputado; la primera, donde importa su comportamiento con posterioridad a los hechos y la vinculación formal al proceso penal; y la segunda, atinente al análisis de si el sindicado se comportó como sospechoso del delito que le fuera imputado para detenerlo, incluidas allí, sus conductas pre procesales. Sobre dicha argumentación ya se hizo referencia antes, en cuanto a que el criterio del Consejo de Estado alude a la verificación de la culpa exclusiva de la víctima conforme el artículo 63 del Código Civil, y comporta en estudio de la conducta que llevó al inicio del proceso penal, esto es, la conducta punible. Mientras que la posición de la Corte es que el análisis de la culpa exclusiva de la víctima solo debe comportar la verificación de conductas de imputado en el proceso penal, en armonía con el artículo 70 de la Ley 270 de 1997 y lo dicho por la misma Corte en la sentencia C-037 de

1996. Aun con lo dicho por la Corte Constitucional, consideramos que el asunto aun presenta imprecisiones que expondremos más adelante.

Al respecto Gaviria (2023), puntualizó sobre el tema bajo el concepto de aporte causal de la víctima en materia de privación de la libertad, esto es, la modalidad en la que participa el privado de la libertad en su propio daño. Señaló el autor que la privación de la libertad deviene ilegal a partir del error judicial, pero cuando el error es

(...) inducido, provocado o motivado por quien es privado de la libertad, sea porque quiere beneficiarse de cualquier forma por la decisión equivocada o porque voluntariamente, conociendo que existía una razón objetiva externa a su comportamiento investigado o un medio de prueba a su alcance, distinto a su propio testimonio, que cambiaría el fundamento de los hechos, decide no alegarlo o aportarlo, allí ha contribuido a que se perfeccione un error judicial por decisión ilegal o desacertada, y no puede legitimarse en reclamar indemnización.

Como bien lo precisa el autor, el aporte causal de la víctima a la privación de la libertad se sitúa en circunstancias que acontecen al interior del proceso judicial penal, acciones u omisiones que se sitúan en su esfera y que incidieron, o pudieron haber incidido en la decisión penal; esto es, por ejemplo,

(...) cuando conociendo una razón objetiva externa a su comportamiento investigado, o un medio de prueba a su alcance, distinto a su propio testimonio, que cambiaría el fundamento de los hechos y la privación de la libertad, decide no alegarlo o aportarlo.
Gaviria (2023)

Lo anterior denota una particular contradicción de la jurisprudencia sobre la materia, en lo relacionado al título de responsabilidad al que se debe acudir. Véase que, por una parte, el Consejo de Estado siguió considerando la posibilidad de estudiar estos juicios de responsabilidad bajo títulos como el de daño especial “en eventos en los cuales el sindicato

sufre injustificada e inmerecidamente los rigores de la medida adoptada” (Sentencia Expediente 63956, 2024); aun así, la misma Corporación también ha optado en otros pronunciamientos por alinearse con el criterio mayormente expuesto por la Corte Constitucional, en punto a la necesidad de aplicarse un régimen subjetivo de falla del servicio, fundado mayormente en el análisis del daño antijurídico que predica la sentencia SU-072 de 2018 (Sentencia Expediente 68589, 2024).

Por otro lado, la Corte Constitucional en su jurisprudencia ha sido mayormente uniforme en destacar la necesidad de que el juez deba realizar un análisis de los parámetros de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad (T-328 de 2023), y si bien se indica que el juez no se encuentra atado a un régimen de responsabilidad, lo cierto es que la falla del servicio se predica como título de imputación preferente (T-171 de 2023), criterio expuesto desde la sentencia C-037 de 1996.

A continuación, recogemos las consideraciones propias frente a la situación originada por el cambio de criterio en el año 2018, así como las precisiones y cambios de las providencias que siguieron. El acercamiento crítico frente a ciertos argumentos que consideramos relevantes dentro del desenlace que ha tenido el criterio jurisprudencial a aplicar, a nivel judicial, cuando quiera que se analice en un caso concreto la responsabilidad extracontractual del Estado por la privación injusta de la libertad.

1.4 Acercamiento crítico al cambio de criterio jurisprudencial en materia de responsabilidad extracontractual del Estado por privación injusta de la libertad

El devenir que ha tenido la tesis jurisprudencial en los asuntos que ahora se analiza pasa por la manera en que se formalizó la responsabilidad extracontractual en Colombia, esto es, a partir de la fórmula consignada en el artículo 90 superior, norma que no privilegió ningún régimen de responsabilidad en particular, dejando la puerta abierta para que en todo el universo de daños sea el juzgador el encargado de aplicar a cada caso concreto el régimen que considere. Y en esa labor de adecuación teórica es que la jurisprudencia del Consejo de

Estado ha intervenido, delineando el camino a seguir a la hora de determinar la responsabilidad del Estado por cuenta del ejercicio de la administración de justicia, en particular por la privación injusta de la libertad.

A nuestro juicio, el debate jurisprudencial que se ha suscitado se ha apersonado del mismo ingrediente ideológico que caracterizó a los discursos decimonónicos referentes al fundamento del Estado; esto es, la teoría de la constitucionalización del derecho, la influencia de normas superiores y prevalentes sobre todo el ordenamiento jurídico, la supremacía constitucional e importancia de derechos fundamentales, en el contexto del Estado Social de Derecho.

Desde un principio, cuando se expidió el artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991, y aun en vigencia de los artículos 65 y 68 de la Ley 270 de 1996, el análisis de la responsabilidad del Estado se caracterizó por ser de naturaleza subjetiva. El eje central de la responsabilidad se situaba en el error jurisdiccional, era el yerro del funcionario lo que determinaba la responsabilidad. Solo fue hasta que se armonizaron tales normas con postulados de orden constitucional, como la libertad en su triple acepción de principio fundante, valor y derecho, así como el principio/derecho de presunción de inocencia, que se asumió un sentido más apropiado del deber de reparar. Desde la unificación de la jurisprudencia sobre la materia en el año 2013 se vinculó al discurso de análisis de la responsabilidad estatal por la privación injusta de la libertad, un contenido dogmático y axiológico centrado en la libertad, no limitada al derecho personalísimo de locomoción sino en directa referencia a un concepto jurídico que permea todo el texto constitucional, que se identifica como pilar fundante.

Pero el tema nunca fue pacífico, ni siquiera aun cuando existía jurisprudencia unificadora vigente de la Sala Plena del Consejo de Estado, puesto que los fallos de unificación no ordenan mayor obediencia para dicha Corporación, algunas veces por la subsistencia de argumentos de disenso con cierto apoyo en Subsecciones de esa Corporación. Cosa distinta ocurre al resolverse los asuntos en los niveles inferiores, esto es, en Tribunales y Juzgados Administrativos, pues nuestra experiencia en la judicatura es evidencia que las decisiones

buscan siempre apoyarse en decisiones recientes del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, tratando de advertir una tesis mayoritaria, la cual actualmente no existe.

Véase como, para cuando se aplicaba mayormente el criterio objetivo con sustento en la sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013, radicado 23354, también se emitían sentencias con base en otro título de imputación. En sentencia del 21 de septiembre de 2005, expediente 15141, el Consejo de Estado, Sección Tercera resolvió un asunto de privación de la libertad en base a la falla del servicio por cuenta de una inactividad probatoria de la Fiscalía General de la Nación. Ese mismo título de imputación se utilizó en la sentencia del 13 de agosto de 2008 dentro del del expediente 16776.

Mas adelante, para los años 2013 y 2014, se pueden advertir nuevos pronunciamientos del Consejo de Estado, Sección Tercera, utilizando el régimen general de falla del servicio para la solución de casos de privación injusta de la libertad; en ese sentido vemos la sentencia del 22 de enero de 2014, proferida dentro del expediente 28324; así como la sentencia del 11 de julio de 2013, expediente 26736.

En otra oportunidad la misma sección de dicha Corporación consideró aplicable a un caso de privación injusta de la libertad el título de imputación del daño especial; así ocurrió en sentencia de 11 de octubre de 2005 dentro del expediente 32643; se expuso en esa ocasión que no era relevante advertir si la decisión de restringir la libertad cumplió los requisitos para proferirla o si existían indicios suficientes para hacerlo, pues la labor del juez consiste en verificar cuál fue la causal de absolución en el proceso penal, para determinar si la privación de la libertad fue injusta, y este requisito es suficiente para fundamentar la responsabilidad patrimonial en un régimen objetivo de daño especial.

Ese mismo criterio fue expuesto por el Consejo de Estado en sentencia del 19 de octubre de 2011, sentencia del 20 de mayo de 2013, expediente 28789, así como en sentencia del 11 de julio de 2013, dentro del expediente 26541.

La determinación del título de imputación en los asuntos donde se analiza la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad ha estado marcada por la utilización del régimen general de falla del servicio, así como por otros como el de daño especial; en el primero con una exigencia probatoria mayor, dada la necesidad de acreditar la falla del Estado, circunscrita generalmente a una omisión probatoria dentro del proceso penal, una ilegalidad en el procedimiento de captura, entre otras razones; mientras que, el análisis de la responsabilidad estatal a partir del daño especial solo se limita a acreditar la privación de la libertad, por un lado, y la finalización del proceso penal con absolucón, por otro.

Si bien la escogencia por parte del juzgador entre uno u otro título de imputación depende, en principio, de las circunstancias particulares del caso, lo cierto es que, por ejemplo, la jurisprudencia sobre la materia si moldea los parámetros que debe tener en cuenta el juzgador para inclinarse por uno u otro título, dando un lineamiento practico para “justificar y encuadrar la solución de los casos puestos a su consideración, desde una perspectiva constitucional y legal, sin que ello signifique que pueda entenderse que exista un mandato constitucional que imponga al juez la obligación de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas un determinado y exclusivo título de imputación” (Consejo de Estado, expediente 21515, 2012).

Y esta situación, que podría entenderse como parte de la libertad del juzgador en la decisión del caso, contiene un componente que va más allá de la elección del título de imputación, implica en última un choque entre la libertad, la presunción de inocencia, por un lado, y el ejercicio adecuado de la labor punitiva del Estado, por el otro.

Optar por la falla del servicio, en tales momentos, con todas sus exigencias probatorias, se sustentaba en la necesidad de acreditarse un mal funcionamiento de la justicia en la labor investigativa que conllevó a la privación injusta de la libertad. El régimen objetivo en cambio, dada su menos rigurosa exigencia probatoria entendía de la prevalencia del derecho a la libertad, el cual se veía vulnerado con la detención de una persona respecto de la cual no se

logró desvirtuar la presunción de inocencia, esto es, se privó de la libertad dentro de un proceso penal que no culminó con sentencia condenatoria.

A nuestro juicio la solución más plausible es la que ofrece el régimen objetivo de responsabilidad, en la forma en que era aplicado por unificación jurisprudencial entre los años 2013 y 2018. Bajo esta tesis el Estado es consciente de poder ejercer su labor punitiva con la imposición de las medidas de detención preventiva, pero teniendo para ello mayor rigorismo formal y sustancial, en especial en la valoración probatoria, pues en caso de privarse de forma preventiva y no alcanzar a desvirtuar la presunción de inocencia, tendrá lugar el derecho a la reparación del sujeto.

Lo anterior guarda como fundamento primario el mismo que sustenta el régimen de daño especial en general, esto es, el rompimiento del equilibrio sobre las cargas públicas, de modo que, al igual que ocurre en otros eventos, la labor punitiva del Estado implica la limitación del derecho a la libertad, derecho a la locomoción, del derecho a la presunción de inocencia, los cuales ceden ante la privación de la libertad por cuenta de las medidas preventivas de detención.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado que el título de daño especial se caracteriza por mediar una conducta lícita, en este caso el ejercicio de la actividad penal, el inicio y desarrollo del proceso penal; que de dicha conducta lícita se ocasiona un sacrificio excepcional de un sujeto, que sería el caso del procesado privado de la libertad preventivamente, y que luego es absuelto; ello ocasiona un rompimiento del equilibrio de cargas públicas, en tanto esta persona se somete a un trato más riguroso so pretexto del cumplimiento del *ius puniendi* estatal; todo ello deviene en la necesaria reparación o quiérase compensación a cargo del Estado, con sustento en el principio de solidaridad (Santofimio, J., 2020).

El régimen objetivo del daño especial permite encontrar armonía entre los argumentos fundados en la necesidad de blindar la labor punitiva del Estado, en particular de las

facultades de proferir las medidas preventivas de la libertad, como quiera que constituye una de las principales herramientas en la lucha contra la criminalidad. Ello se logra dando legitimación y legalidad a las medidas preventivas adecuadamente impuestas, pero sin olvidar que esa actuación, aunque legal y lícita, restringe un derecho personal, afecta la libertad del sujeto vista en todas las acepciones ya consideradas. El derecho a la reparación frente a la limitación del derecho a la libertad cuando no se desvirtúa la presunción de inocencia es la clave para armonizar la situación, y así se venía haciendo en vigencia de la sentencia de unificación del año 2013.

Tal ha sido el argumento de quienes avalan por la necesidad de un juicio de legalidad en relación con la imposición de las medidas preventiva y privativas de la libertad, de modo que, a su juicio, la antijuridicidad del daño se sitúa en el cumplimiento o no de las circunstancias de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad de la medida, en el cumplimiento de la normativa procesal penal en el caso concreto.

Dicho criterio regula un derecho en cabeza del Estado, pues considera que el criterio aplicado hasta entonces no resultaba admisible ni justo para la entidad pública, reclamando justicia para el órgano investigativo y judicial, por la consecuencia de indemnizar a quien ha sido objeto de la medida de detención preventiva cuando para su imposición se han satisfecho los requisitos de ley, y cuando a pesar de haber intentado desvirtuar la duda mediante la práctica de pruebas, no fue posible lograr ese objetivo, es decir, cuando sobre el investigado persisten dudas acerca de su participación en el ilícito y, por lo tanto, también persisten respecto de lo justo o lo injusto de la privación de la libertad.

Se reitera que, el título de imputación en los asuntos de privación injusta de la libertad es semejante al análisis jurídico que se aplica en los casos en donde tiene lugar el régimen de daño especial; de modo que, ante el actuar lícito del Estado el punto debe centrarse en la reparación del daño antijurídico. Este podría considerarse el núcleo esencial de nuestro argumento; que el régimen objetivo que con anterioridad se aplicaba a los asuntos de privación injusta de la libertad, más que denotar una responsabilidad “automática” del

Estado, lo que realmente significaba era la prevalencia de conceptos superiores, como la libertad, la presunción de inocencia y la solidaridad; no debe de verse en ese contexto al Estado como una víctima, sino como un actor que procura el equilibrio de las cargas que en un principio se rompieron con ocasión del *ius puniendi*. La carga excesiva impuesta al ciudadano radica en la limitación de la libertad, ello en el entendido de que esa limitación haya sido legal, proporcional y necesaria, mientras que la corrección de esa carga solo se puede manifestar con la indemnización.

De qué otra manera podría valorarse el haberse limitado la libertad a una persona; de qué otra manera podría acaso el Estado equilibrar las cargas impuestas a una persona so pretexto de cumplir con la ley penal. Solo queda al Estado reparar el daño antijurídico causado al no poder desvirtuar la presunción de inocencia, y haber tornado en injusta la privación infligida al ciudadano.

Queremos puntualizar especialmente sobre el argumento expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia SU 363 de 2021, en lo que respecta a la improcedencia del análisis de las conductas pre-procesales, es decir, la conducta que dio origen al proceso penal, ello en aras de revisarse la configuración de la culpa exclusiva; no obstante, ello pugna con el análisis de legalidad de la medida de preventiva de la libertad, puesto que en la práctica, el análisis de legalidad de la medida implica que el juzgador administrativo deba hacer un análisis del cumplimiento de los requisitos de procedencia conforme lo comporta el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, que son: i) que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia; ii) que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima; y iii) que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

De modo que la obstrucción de la justicia, el peligro para la sociedad, el peligro para la víctima y la comparecencia al proceso, son los aspectos que tiene en cuenta el Juez Penal para decretar la medida de aseguramiento, el análisis de tales requisitos es lo que determina

su procedencia, y el juzgador administrativo no hace otra cosa que analizar que la procedencia que se consideró en el proceso penal se configuró realmente; y ¿cómo se hace eso?, pues en la práctica se analiza realmente la conducta pre-procesal del imputado. Para concluir, por ejemplo, que el imputado es un peligro para la sociedad o la víctima, el artículo 310 del Código de Procedimiento Penal dispone que se debe tener en cuenta la gravedad y modalidad de delito, entre otros criterios, así como la forma en que lo cometió, los antecedentes del imputado, los medios utilizados por el imputado, aspectos que solo se verifican con el estudio, análisis, revisión de los aspectos pre-procesales, incluyendo la conducta del imputado.

Ahora, debe aclararse que tales circunstancias no entran en el análisis de configuración de la responsabilidad estatal, que en el título de daño especial debería ser solamente la acreditación de la privación de la libertad y la absolución; puesto que realmente estas circunstancias solo se advierten para desvirtuar una cusa extraña, en particular la culpa exclusiva de la víctima.

De todo ello se desprende que las posturas jurisprudenciales vigentes, expuestas tanto por el Consejo de Estado como por la Corte Constitucional, de naturaleza subjetiva, llevan a que el juzgador administrativo realice un análisis de conductas pre-procesales, lo que conlleva una reapertura de un debate de circunstancias fácticas y aspectos probatorios que ya fueron de conocimiento del juez natural que es el ordinario penal; esta situación ha generado que al momento de resolverse los asuntos en los que se discute la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, el juzgador administrativo se inmiscuya en aspectos que no debería analizar, restableciendo el carácter de sospechoso sobre quien ya fue procesado penalmente, criterio peligrosista que atenta directamente contra el principio de presunción de inocencia.

Es entendible para nosotros que, por lo menos el derecho a la libertad, como los demás derechos fundamentales *-excepto el de dignidad humana, conforme lo considerado por la Corte Constitucional en la sentencia C-143 de 2015-*, no tiene la naturaleza de ser absoluto, y en esa medida puede ser limitado; limitación que debe cumplir con unos criterios de

razonabilidad, proporcionalidad, ello con el objeto de buscar cierta coexistencia de las instituciones públicas; la misma Corte Constitucional en la sentencia C-106 de 1994 consideró la constitucionalidad de las medidas preventivas de privación de la libertad, como limitación al derecho que no vulnera la presunción de inocencia.

Al respecto se destaca que la

(...) “posibilidad de limitar este derecho fundamental genera daños antijurídicos que son atribuibles a la administración de justicia; por consiguiente, al margen de la ponderación que deba hacerse entre el eficientismo y el garantismo penal, lo cierto es que el problema de cuándo procede el resarcimiento de los daños causados con la limitación de la libertad es asunto que desborda los límites del derecho penal para ubicarse en la órbita del derecho de daños”. (Gil, 2020, p. 611)

Consideramos que, es posible armonizar tales supuestos, ello a partir de abordar el asunto a partir de la teoría interpretativa constitucional, en particular desde la óptica de la ponderación de principios constitucionales, pero de una forma más simple; pues la limitación del derecho a la libertad, más allá de lo que se considere, si comporta un daño al particular que ve restringido su derecho; creemos que hasta allí no deviene antijurídico; la antijuridicidad sobreviene cuando el Estado no logra desvirtuar la presunción de inocencia y el sujeto recobra su libertad, es allí cuando se evidencia que el procesado penalmente no estaba en la obligación de soportarlo.

La limitación del derecho a la libertad, hecho que origina el daño antijurídico debe ser asumida por el Estado, que no se ve impelido para realizar su labor punitiva, sin embargo, debe acudir a resarcir el daño ocasionado mediante un sistema de reparación que hoy por hoy solo es accesible a través del medio de control de reparación directa ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, bajo el argumento de la responsabilidad extracontractual del Estado por la privación injusta de la libertad.

CAPÍTULO 2

La necesidad de un control de convencionalidad en la jurisdicción de lo contencioso administrativo frente a la responsabilidad estatal por la privación injusta de la libertad.

En el capítulo I de esta investigación se realizó un análisis sobre el criterio jurisprudencial vigente en los asuntos de responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad, no sin antes hacer una pequeña sinopsis de los orígenes normativos y la evolución jurisprudencial. Lo allí dicho, en particular la crítica frente a la modificación de la tesis que por mucho tiempo imperó sobre la materia en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se complementa con el componente que ahora se aborda, esto es, un análisis del criterio jurisprudencial vigente a partir de los estándares convencionales sobre la materia.

La constitucionalización del derecho nos embarcó en un desarrollo social que impulsó la materialización de derechos, erigió la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas, y sirvió para dar contenido al derecho internacional de los derechos humanos, como un ámbito jurídico que irradia todo el ordenamiento, a partir de lo que conocemos como bloque de constitucionalidad, que se hace latente conforme las previsiones de los artículos 9º, 53, 93, 94, 214 fundamentalmente. En tal sentido, el derecho aplicable no se limita al ordenamiento jurídico interno, pues son muchas las obligaciones internacionales que ha asumido el Estado colombiano al adherirse a tratados, convenciones y otros instrumentos vinculantes, los que, siendo referidos a los derechos humanos, adquieren una importancia equiparable a la Constitución Política, por lo dispuesto en la misma Carta.

El bloque de constitucionalidad integrado por los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso y que reconocen derechos humanos no susceptibles de ser limitados en estados de excepción, así como por las reglas del Derecho Internacional Humanitario, entre otros, refleja que el Estado colombiano ha optado por una teoría monista del derecho internacional, al vincular las normas de derecho internacional dentro del

ordenamiento jurídico interno. Entre estas se destaca la Convención Americana de Derechos Humanos, que al decir de la Corte Constitucional es un “instrumento del Sistema Regional de derechos humanos que hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto” (Sentencia SU-146, 2020).

La Convención Americana de Derechos Humanos, la cual rige nuestro país desde el 18 de julio de 1978 por razón de la ratificación a través de la Ley 16 de 1972, contiene una serie de estándares, instrumentos y facultades de carácter vinculante para el Estado, y en particular se destaca que el Estado colombiano aceptó la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo que el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la Convención y sus protocolos expone al país a múltiples declaratorias de responsabilidad internacional.

Tal situación ocurre con los asuntos relacionados con la privación injusta de la libertad, en los supuestos en que a una persona le es impuesta una medida de aseguramiento sin que posteriormente se desvirtúe la presunción de inocencia, esto es, sin que se halle culpable bajo sentencia condenatoria, puesto que la aplicación del criterio jurisprudencial actualmente aplicable, contenido en las sentencias C-037 de 1996, SU-072 del 2018, SU-363 del 2021 de la Corte Constitucional, y sentencia del 06 de agosto de 2020 del Consejo de Estado contradice estándares convencionales vinculantes relacionados con el derecho a la libertad, su limitación, y el derecho de presunción de inocencia, entre estos la obligación de ajustar el derecho interno según el artículo 2 de la Convención, la adecuada restricción de la libertad conforme el artículo 7.2 de la Convención y el derecho a la reparación conforme el artículo 63.1 de la Convención.

2.1 Control de convencionalidad y estándares vinculantes interamericanos relacionados con la responsabilidad estatal por la privación injusta de la libertad

En el marco del derecho internacional se cuenta con varios instrumentos que conforman el llamado sistema interamericano. En este sistema de carácter regional, se destaca la

Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, en adelante CADH, el cual fuese aprobado en nuestro país mediante la Ley 16 de 1972, de allí que nuestro país se vea sometido al cumplimiento de diversos estándares desarrollados en el derecho interamericano frente a aspectos de diversa índole, y relacionados todos ellos con la protección, garantía, salvaguarda o reparación de los derechos humanos.

Recordemos que con base en la actual tesis jurisprudencial del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, el abordaje de los eventos de responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad implica realizar un análisis sobre la razonabilidad, proporcionalidad y la legalidad de la privación de la libertad, ya sea con la verificación del cumplimiento de los requisitos legales propios para la imposición de la medida preventiva -cuando se privó en base a dicha herramienta-, o a partir del análisis de los mismos supuestos, pero ya en relación con una sentencia condenatoria de naturaleza penal, impositiva de una pena de prisión, todo ello bajo el imaginario de que el privado de la libertad es posteriormente absuelto o beneficiario de una decisión similar.

Pero antes de analizar a fondo sobre tales estándares internacionales convencionales, no está demás destacar que su obligatoriedad en el marco del derecho interno colombiano deviene de su naturaleza vinculante, a partir también de instrumentos dentro del sistema interamericano, como son, por un lado, las recomendaciones y medidas cautelares que puede proferir la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, conforme lo prevén los artículos 29 y 41 de la CADH, y por otro lado, las opiniones consultivas y las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante CIDH, con sustento en los artículos 64 y 66 de la CADH. Conviene precisar que, sobre la naturaleza vinculante obligatoria de estos instrumentos, la jurisprudencia colombiana en su mayoría ha sido en uniforme.

El Consejo de Estado ha considerado que

(...) “-el bloque de constitucionalidad al tener jerarquía constitucional, lo hace una verdadera fuente de derecho. Esto se traduce en que las providencias y sujetos de

derecho en sus comportamientos oficiales o privados deben atenerse a sus prescripciones, es decir que son de obligatorio y forzoso cumplimiento-”. (Sentencia Expediente 2019-04842-01, 2020)

Esa Corporación, además, ha sido prolija en la aplicación de criterios convencionales, en particular los relacionados con la reparación integral. Se destaca la postura uniforme tomada por el Consejo de Estado “en relación con la reparación a los bienes constitucional o convencionalmente protegidos, aspecto en donde ha “procurado alejarse del tema económico y acercarse a mecanismos simbólicos o de satisfacción” (Ulrich, 2020, p. 50).

Por su parte la Corte Constitucional ha transitado entre un criterio de fuerza vinculante y otro criterio más mesurado. Esa corporación ha considerado el carácter vinculante de la CADH como parte del bloque de constitucionalidad, resaltando con claridad las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos (Sentencia T-352, 2016).

Y en otras oportunidades

(...) ha descartado la inclusión de la jurisprudencia interamericana en el bloque de constitucionalidad y ha sostenido que, en principio, tales decisiones no puede[n] ser trasplantada[s] automáticamente al caso colombiano en ejercicio de un control de convencionalidad que no tenga en cuenta las particularidades del ordenamiento jurídico interno”. (Sentencia C-327, 2016).

Además de lo anterior, debe tenerse en cuenta lo considerado por la misma CIDH, ya propiamente frente al control de convencionalidad, quien señaló que sus sentencias tienen fuerza vinculante y efecto de cosa juzgada, tanto respecto del Estado parte en el asunto en particular, la llamada *res judicata*, así como para los demás Estados parte de la Convención, según la *res interpretata* (Caso Gelman Vs Uruguay, 2011).

Conviene destacar en particular que, con base en las competencias de la CIDH para la aplicación de los postulados y estándares de la Convención, se ha desarrollado la doctrina jurisprudencial del control de convencionalidad (Caso Almonacid Arellano Vs Chile, 2006), que no es más que la verificación de compatibilidad entre las normas de derecho interno del Estado, así como las actuaciones de autoridades nacionales con la Convención, sus protocolos adicionales y la jurisprudencia de la CIDH; dicho control de convencionalidad se entiende como difuso, en la medida en que sea ejercido por la CIDH o por las autoridades nacionales del Estado parte.

Este control de convencionalidad difuso surge a partir de la consideración jurisprudencial de la CIDH de que las autoridades del Estado parte, con especial referencia a las autoridades judiciales, al aplicar una norma interna a un caso particular deben tener en cuenta también su compatibilidad con la Convención, así como con la jurisprudencia de la CIDH (Caso Cabrera García y Montiel Flórez Vs México, 2010).

Y en ejercicio de ese control de convencionalidad, las autoridades judiciales en particular deben tener en cuenta ciertos estándares vinculantes contenidos en la convención. A continuación, abordaremos estos estándares, en particular aquellos que guardan relación con el tema de la privación injusta de la libertad.

En relación con los estándares vinculantes en el sistema interamericano y que guardan relación con los asuntos en donde se analiza la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad, resaltamos el artículo 7 de la Convención, el cual está compuesto por obligaciones de respeto y garantía; por ejemplo, su numeral 1 prevé que toda persona tiene derecho a la libertad personal; por su parte el numeral 5° prevé la posibilidad de limitación de la libertad, condicionada a garantías que aseguren la comparecencia al juicio.

De dicha consagración normativa consideró la CIDH que el derecho a la libertad es la regla general, mientras que su restricción debe ser la excepción (Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, 2007), de allí que el artículo 7.5 de la Convención se aplique

específicamente al caso de personas detenidas preventivamente en espera de juicio (Corte IDH, 2010).

Por su parte, el artículo 63.1 de la CIDH prevé que la violación de un derecho o libertad contemplado en dicho instrumento requiere de una reparación a través de una justa indemnización, lo cual comprende la acreditación de daños materiales e inmateriales. En desarrollo de dicho estándar internacional se consideró que “toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo de manera adecuada”. Sobre lo mismo también señaló “que esa disposición recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado e incluso una concepción general de derecho” (Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, 1989).

Dentro del marco de reglas o estándares del sistema interamericano, relacionadas con la privación injusta de la libertad también podemos destacar lo considerado por la CIDH al interpretar el artículo 8 de la Convención, en relación con las garantías judiciales; de modo que, en ejercicio del control de convencionalidad difuso los jueces del Estado parte deben observar todos los requisitos que sirvan para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho (CIDH, Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987).

2.2 La detención preventiva en el marco del sistema interamericano y el ordenamiento jurídico colombiano

El derecho a la libertad en los instrumentos convencionales, así como en el derecho interno, no es absoluto, en la medida en que es objeto de limitaciones y restricciones constitucionalmente consagradas. Se destaca especialmente la detención preventiva como la principal limitación del derecho a la libertad, en ejercicio del *ius puniendi*, y siempre bajo el cumplimiento de ciertos requisitos previamente fijados en la ley.

Tal como ha considerado la CIDH, dada la amplitud del derecho a la libertad la regulación normativa y jurisprudencial se ha enfocado en las limitaciones o restricciones a la libertad (Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez v. Ecuador, 2007); -en tal medida el derecho a la libertad puede ser limitado “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”, como prevé el artículo 7.2 de la Convención.

Constituye jurisprudencia de la CIDH que, aunque de forma excepcional, la detención preventiva es aceptable y no contradice el principio de presunción de inocencia, dada su naturaleza preventiva no punitiva, garantizando que la misma solo se aplique bajo condiciones de necesidad y proporcionalidad (Caso Romero Feris vs Argentina, 2019).

En armonía con ello, del artículo 7.5 de la Convención se desprende que la medida de detención preventiva está destinada a garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, esto es, con miras a evitar situaciones que pongan en peligro la consecución de los fines del proceso, para que el procesado no eluda a la justicia (Caso Servellón García y otros Vs. Honduras, 2006 y Caso Herrera Espinoza y otros Vs. Ecuador, 2016) ; son esos los supuestos que hacen procedente la imposición excepcional de la detención preventiva.

Ha considerado además la CIDH que la detención preventiva debe estar soportada en una finalidad procesal, no dirigida a propósitos de prevención general y/o especial relacionados con la pena (Caso Pollo Rivera y otros v. Perú, 2016). En tal medida la CIDH ha criticado lo regulado en algunos ordenamientos internos donde las medidas de detención preventiva se sustentan en la gravedad del delito, o en las condiciones personales del procesado (Caso Bayarri v. Argentina, 2008).

En particular en el caso colombiano, la medida de detención preventiva en establecimiento de reclusión se encuentra contemplada en el artículo 307, literal A, numeral 1° del Código de Procedimiento Penal, mientras que el artículo 308 regula lo atinente a sus requisitos, aludiendo, primero, a la existencia de 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, y segundo, con la acreditación de alguno de los siguientes requisitos: i) que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia, ii) que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima, y iii) que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso -o que no cumplirá la sentencia.

Un análisis superficial de los requisitos contemplados por el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal permite concluir que solo los requisitos i) y iii) contemplan un fin de naturaleza procesal, mientras que el supuesto ii) hace referencia a un fin de naturaleza preventivo general y especial, el cual no guarda armonía con los estándares de la CIDH sobre la procedencia de la detención preventiva. Pese a dicha evidente circunstancia, la normativa regulatoria de la detención preventiva ha superado juicios de constitucionalidad en el derecho interno, pues la Corte Constitucional ha avalado su constitucionalidad considerando que estas se encuentran en armonía con postulados como la prevalencia del interés general, así como el asegurar la convivencia pacífica (Corte Constitucional, C-774 de 2001, C-1154 de 2005 y C-318 de 2008).

La violencia generalizada en nuestro país ha desbordado la capacidad operativa del aparato estatal, y en esa lucha desequilibrada en contra del delito el Estado cuenta con potestades para la limitación de la libertad personal, en particular a partir de la detención preventiva de la libertad. La naturaleza propia de la detención preventiva es la de ser una medida cautelar, de allí que su propósito sea el de garantizar el adecuado ejercicio del *ius puniendi* en un caso particular, que no sea ilusorio el objeto del proceso penal, que se pueda lograr la determinación de la culpabilidad e imposición de la pena; en armonía con el estándar convencional, la medida cautelar se erige como una excepción del derecho a la libertad personal, la permisión de dicha restricción obedece a la necesidad de salvaguardar el ejercicio de fines estatales, como es la lucha contra la criminalidad, así como el derecho a un recurso judicial, ello desde la orilla de la víctima del hecho punible. En armonía con ello la CIDH ha

considerado que la medida preventiva no vulnera la presunción de inocencia, al no tener naturaleza punitiva; no obstante, tales consideraciones se desvirtúan para el caso colombiano con ocasión de la legislación interna.

Los supuestos previstos en el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal sobre los requisitos para la procedencia de la medida de aseguramiento, a saber, la obstrucción de la justicia, el peligro para la seguridad de la sociedad y la víctima, y la garantía de la comparecencia al proceso y el cumplimiento de la pena, llevan implícito un concepto de culpabilidad que se concreta o se desvirtúa en la sentencia penal o decisión equivalente. Lo anterior teniendo en cuenta que la forma en que fueron estructuradas las causales de procedencia o justificación de las medidas privativas solo se piensan o imputan frente a quien se considera culpable; de modo que el sujeto no culpable, en condiciones normales, no obstruye la justicia, no constituye un peligro y sí acude al proceso.

En efecto, el asunto debe abordarse con el horizonte de las medidas cautelares, esto es, la realización de un análisis previo, un análisis anticipado, aun cuando se repita que no implique prejuzgamiento, con miras a un objetivo preventivo “pero no sancionatorio cuando se reúnan de manera estricta los requisitos fácticos o jurídicos señalados por la ley para el efecto, y cuando resulten indispensables para alcanzar la finalidad constitucional que con ellas se persigue” (Corte Constitucional, sentencia C-390, 2014).

La forma en que está redactada la norma, artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, advierte que se deja al juez de control de garantías un gran espacio de decisión en torno a la inferencia razonable que debe realizar con sustento en los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información, esto es, de las pruebas con que se cuente al momento de decidir si se impone o no la medida de aseguramiento de detención.

Los objetivos loables en que se sustentan las medidas de aseguramiento responden a un interés común, por encima del interés del procesado, quien debe ceder en su derecho

personalísimo ante eventos que la norma ha dado prevalencia, con miras al ejercicio del *ius puniendi* estatal.

Ello se logra advertir con mayor claridad al considerar los artículos 309 a 312 *idem*, que desarrollan más al detalle los requisitos de la medida de detención preventiva; así por ejemplo, para la configuración de la obstrucción de la justicia se tiene como supuesto la posibilidad que el imputado pueda destruir, modificar, dirigir, impedir, ocultar o falsificar elementos de prueba, o se considere que inducirá a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, entre otras conductas.

En relación con el peligro para la comunidad la norma prevé la valoración de supuestos relacionados con la continuidad de la actividad delictiva, o la naturaleza del delito, entre otros supuestos; mientras que el peligro para la víctima alude a la existencia de motivos fundados que permitan inferir que el imputado podría atacar contra la víctima, su familia o sus bienes. Por otra parte, para la configuración del supuesto de no comparecencia se prevé el análisis de la gravedad y modalidad de la conducta, así como la pena imponible, la falta de arraigo en la comunidad, la gravedad del daño, o la resistencia a la captura.

Ahora, si bien estos requisitos de detención preventiva no son de naturaleza punitiva, generalmente si conllevan el mismo efecto de una condena por culpabilidad, esto es, la privación de la libertad. Definitivamente el rigorismo probatorio no es igual a la hora de imponer la medida cautelar que al momento de condenar, más en términos prácticos implica para el procesado la limitación de su derecho fundamental.

Lo anterior muestra que la forma en que está regulada la detención preventiva en Colombia no guarda relación con una naturaleza cautelatoria, pues se parte de un indicio de culpabilidad, a título de “pena anticipada” (Gómez y Del Villar, 2014) en una instancia procesal en donde no puede tratarse al imputado como culpable. Puesto que la imposición o

no de la medida privativa dependerá del caudal probatorio en dicho momento del proceso, así como del análisis que de las pruebas haga el juzgador penal.

Esta situación constituye una vulneración al artículo 2 de la Convención, pues la normativa del derecho interno colombiano, en lo que respecta a los requisitos de la medida de detención preventiva en centro de reclusión, no está acorde con el estándar convencional sobre la materia, en armonía con el derecho de presunción de inocencia (artículo 8.2 de la Convención) y a la libertad personal en relación con la proporcionalidad a la hora de su restricción (artículo 7.5 de la Convención).

Ello por cuanto, se reitera, la forma en que está redactada la normativa que regula los requisitos de imposición de las medidas de aseguramiento, sitúa en la inferencia razonable del juez de control de garantías la posibilidad de limitar el derecho a la libertad de manera cautelar, sin condena, aspecto que implica para el juzgador el realizar un prejujuicio de la conducta, de las circunstancias de los hechos, de las condiciones de la víctima, entre otros aspectos.

El hecho que la legislación interna no esté acorde con la Convención constituye una violación internacional, no obstante, no apareja una responsabilidad del Estado, pues si en últimas el imputado es hallado culpable la medida de detención habría cumplido su objeto; cuestión distinta acontece cuando luego de impuesta la medida no sucede la culpabilidad del sujeto, o no se desvirtúa la presunción de inocencia; tal eventualidad la analizaremos a continuación.

2.3 Control de convencionalidad en la responsabilidad estatal por la privación injusta de la libertad.

Teniendo en cuenta el contenido de los estándares convencionales relacionados con la privación injusta, lo que involucra el derecho a la libertad, su limitación a través de detenciones preventivas, el derecho a la presunción de inocencia, así como el derecho a la reparación, a continuación, señalamos los argumentos que consideramos ajustados con el

control de convencionalidad para resolver los asuntos de responsabilidad del estado por la privación injusta de la libertad.

El análisis se retoma en el escenario de saberse que la normativa relativa a la imposición de la medida preventiva de detención no está acorde con los estándares convencionales sobre la materia; lo anterior con el agregado que el Estado no logra desvirtuar la presunción de inocencia y el imputado recobra la libertad luego de haber estado un tiempo privado de ella; es este el supuesto fáctico que da origen a los juicios de responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad.

Ahora, en el ámbito de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, al llegar al conocimiento del juzgador el supuesto de privación injusta de la libertad en la forma como se ha dicho, si se aplicase el criterio jurisprudencial vigente en la jurisprudencia interna, delineada por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, tendría el juez que realizar un análisis con base en la aplicación del artículo 90 de la Constitución Política, y en esa medida develar el acontecer fáctico relacionado con la imposición de la medida de aseguramiento, analizando los argumentos expuestos por el juez penal para el decreto de la medida, la configuración de los supuestos exigidos por la causal correspondiente, y además de todo ello, analizar el juzgador la razonabilidad y proporcionalidad de la medida de detención; siendo ello así, existe la posibilidad de que el juez penal haya proferido la medida con cumplimiento estricto de la ley, de forma razonable y proporcional, y aun así, no se haya desvirtuado la presunción de inocencia; en ese caso, previa verificación de no proceder un título objetivo, el juez deberá absolver de responsabilidad al Estado, por no acreditarse la configuración de una actuación arbitraria, irrazonable o desproporcionada, pues conforme con el criterio actual en privación injusta de la libertad, solo una actuación arbitraria, irrazonable o desproporcionada configura daño antijurídico.

Resolver el asunto, así como se planteó está conforme con el criterio jurisprudencial vigente, y también se ajusta al marco legal vigente, pues se sustenta en la imposición de la medida de detención en cumplimiento de los requisitos legales contemplados en la legislación penal; no

obstante, no resulta acorde con la obligación de realizar un control de convencionalidad, pues como ya se dijo, no resulta acorde con las normas de la Convención, al permitir la detención preventiva con base en causales con una finalidad de naturaleza preventiva general y especial.

La CIDH ha considerado que si bien las autoridades internas de los Estados partes están sometidos al imperio de la ley, así como al precedente de las altas cortes, lo cierto es que también debe tenerse en cuenta que al ser parte del tratado se adquirieron obligaciones para el Estado en su integralidad, tanto en el poder judicial como para las demás autoridades, así “todos los poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo, Judicial, u otras ramas del poder público) y otras autoridades públicas o estatales, de cualquier nivel, incluyendo a los más altos tribunales de justicia de los mismos, tienen el deber de cumplir de buena fe con el derecho internacional” (Caso Gelman Vs Uruguay, 2011). No puede entonces oponerse a la Convención la existencia de normas internas que resulten contrarias, como tampoco criterios jurisprudenciales no ajustados a los estándares convencionales.

A nuestro juicio, existe la obligación, así como los argumentos idóneos para realizar un adecuado control de convencionalidad en los asuntos donde se discute la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad, bajo el supuesto de haberse impuesto medida de aseguramiento y luego no desvirtuarse la presunción de inocencia, recobrando la libertad el imputado. De modo que, al no desvirtuarse la presunción de inocencia, esto es, la culpabilidad impregnada en los supuestos que justifican la medida de aseguramiento, se pierde el sustento que permitió la limitación al derecho a la libertad, tornando injusta esa restricción y activando la necesidad de reparación del derecho conculcado conforme los parámetros convencionales.

La CIDH ha expuesto en varias oportunidades el estándar del tiempo razonable, indicando que cuando una medida cautelar sobrepasa un espacio de tiempo en particular, esta se vuelve punitiva, es decir, que la CIDH considera procedente aplicar consecuencias a las medidas cautelares que desbordan los parámetros que justificaron su imposición (Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador, 1997). Lo anterior se trae a colación para considerar que la situación originada

cuando no se desvirtúa la presunción de inocencia también origina un desbordamiento del objeto de la medida preventiva, pues queda sin sustento, sin razón de ser, pues nunca hubo la necesidad de garantizar la comparecencia del imputado al proceso, y la consecuencia lógica de ello es que devenga injusta y constitutiva de un daño antijurídico. Para soportar aún más dicha consideración nos remitimos a lo considerado de vieja data por el Consejo de Estado, al señalar que la connotación de injusta de la privación surge por la imposibilidad del Estado de desvirtuar la presunción de inocencia del imputado (Consejo de Estado, sentencia No. 41205, 2015).

Así las cosas, un adecuado raciocinio permite concluir que en los asuntos de privación injusta de la libertad, en donde fue impuesta una medida de aseguramiento sin luego haberse desvirtuado la presunción de inocencia, debe realizarse un control de convencionalidad con miras a inaplicar el criterio jurisprudencial vigente sobre la materia, contenido en las sentencias C-037 de 1996, SU 072 de 2018, SU 363 de 2021 la Corte Constitucional, y sentencia del 06 de agosto de 2020 del Consejo de Estado, Expediente No. 46947, y en su lugar aplicar los estándares convencionales relacionados con el derecho a la libertad, su limitación, el derecho de presunción de inocencia, el derecho a la reparación, y la obligatoriedad del Estado de ajustar la normatividad interna a la Convención.

No es cuestión de satanizar la configuración de un régimen objetivo de responsabilidad, de manifestar que no deban retomarse las reparaciones automáticas al Estado, de exponer argumentos presupuestales en contra, sino ponderar adecuadamente entre la limitación del derecho a la libertad con el ejercicio del *ius puniendi*, con la necesidad de reparar de naturaleza convencional, cuando un derecho contemplado en la Convención es conculcado sin haberse desvirtuado la presunción de inocencia.

No son de recibo, especialmente, los argumentos que pretenden aplicar un criterio no reparatorio frente a la violación del derecho a la libertad, con base en afectaciones de tipo presupuestal de las entidades involucradas, puesto que, debe recordarse que la misma Corte Constitucional en la sentencia SU-072 de 2018, frente a tales argumentos expuestos por la

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, manifestó que más allá de analizar la ocurrencia de un impacto fiscal, es preciso que la Fiscalía General de la Nación y demás entidades involucradas en la lucha contra la criminalidad, eviten tantos desaciertos probatorios a la hora de recaudar los elementos materiales probatorios, de manera que la decisión respecto de la libertad del procesado se adopte con elementos de juicio incuestionables.

En efecto, desde las conclusiones del Capítulo I venimos abogando por la necesidad de que el asunto se analice desde un punto de visto más reparatorio. Que el análisis no se centre en la acreditación de una falla del servicio, en la verificación de cumplimiento de la legalidad, proporcionalidad y necesidad de la restricción de la libertad, sino que, se centre en la reparación del daño causado a quien vio limitada su libertad con ocasión del ejercicio del *ius puniendi*.

No asumir el criterio de aplicar un control de convencionalidad en la materia, mantiene expuesto al Estado colombiano a una declaratoria de responsabilidad internacional frente a todos los sujetos a los que se le hayan impuesto medida preventiva y posteriormente no se haya podido desvirtuar la presunción de inocencia, previa negativa de su reparación en derecho interno. Existen pues las bases jurídicas y argumentativas suficientes para estructurar una responsabilidad del Estado a nivel internacional, previo cumplimiento de los requisitos de procedibilidad. La situación en comento refleja una conducta estatal poco comprometida al cumplimiento de los compromisos internacionales, lo que aumenta el riesgo de verse sujeto a responsabilidades declaradas a nivel internacional, con el consecuente pago de perjuicios.

CONCLUSIÓN

La responsabilidad del Estado está estructurada para, de una u otra manera, permitir que el Estado responda por los daños antijurídicos que ha causado con ocasión de los hechos u omisiones que le son atribuibles. Y si bien esa reparación generalmente es económica, sin obviar la reparación simbólica, lo cierto es que ese concepto económico comporta un fundamento jurídico que generalmente involucra derechos o principios fundamentales.

Tal acontece con el régimen de responsabilidad de la privación injusta de la libertad, donde es precisamente el derecho/valor/principio a la libertad lo que le da contenido.

Siendo entonces la libertad el sustento jurídico y axiológico de la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad, es lo que justificaba un régimen de naturaleza objetivo, esto es, sin miramientos hacia una acreditación de la falla del servicio, cuestión que vino a distorsionarse desde la sentencia de unificación de agosto del año 2018.

Lo anterior por cuanto el asunto ha de mirarse desde un contexto reparatorio, esto es, cuando el Estado ha actuado con legalidad en el ejercicio del *ius puniendi*, más aún así origina un daño antijurídico por dicha actuación, es necesario y preciso reparar, porque tiene prevalencia el derecho a la libertad, porque constituye un principio fundacional del estado Social de Derecho, y porque ello irradia el adecuado ejercicio de los demás derechos fundamentales.

Finalmente, se planteó una alternativa jurídica para esa articulación entre el *ius puniendi* y el derecho a la reparación, y es el correcto ejercicio por parte de todos los jueces, de un control de convencionalidad, en procura de encontrar un soporte jurídico adecuado a la necesidad de reparar el daño antijurídico causado por el Estado, aun en el ejercicio lícito del deber. Y es que dada la dispersión actual de la jurisprudencia sobre la materia, no siendo suficiente el derecho interno para resolver de forma adecuada lo atinente a la responsabilidad estatal en

los asuntos de privación injusta de la libertad, es la Convención una herramienta viable y adecuada para el efecto.

Referencias

- Gil, E. (2020). *Tratado de Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Octava Edición. Tirant Lo Blanch.
- Gaviria, A. (2023). *Estudios de Responsabilidad Civil. Tomo III*. Editorial EAFIT.
- Ulrich, W. (2020). El control de convencionalidad en la responsabilidad del Estado colombiano.
- Gómez, C. Del Villar, D (2014). *Estándares Internacionales Vinculantes que Rigen la Detención Preventiva*. Revista Defensoría del Pueblo. Publicación editada en Bogotá, D. C. Colombia, septiembre de 2014. Edición número 1. <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/05/doctrina43316.pdf>
- Santofimio, J. (2020). La responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad. Reglas y subreglas en una visión convencional, constitucional y contenciosa administrativa. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado CE-SEC3-EXP1980-N2367.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado 3507.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente No. 8666, sentencia del 25 de julio de 1994.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente No. 9734, sentencia del 30 de junio de 1994.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente No. 10056, sentencia del 17 de noviembre de 1995.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente No. 13606, sentencia del 4 de abril de 2002.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente No. 15141, sentencia del 21 de septiembre de 2005.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente No. 32643, sentencia del 11 de octubre de 2005.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente No. 13168, sentencia del 4 de diciembre de 2006.

- Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente No. 16776, sentencia del 13 de agosto de 2008.
- Corte Constitucional. C-037/96.
- Corte Constitucional. SU 072 de 2018.
- Corte Constitucional. SU 363 de 2021.
- Corte Constitucional. T-328 de 2023.
- Corte Constitucional. T-171 de 2023.
- Corte Constitucional. C- 390 de 2014.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente No. 21515, sentencia del 19 de abril de 2012.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente No. 28789, sentencia del 20 de mayo de 2013
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente No. 23354, sentencia del 17 de octubre de 2013.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente No. 26736, sentencia del 11 de julio de 2013.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente No. 26541, sentencia del 11 de julio de 2013.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente No. 28324, sentencia del 22 de enero de 2014.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente No. 28009, sentencia del 29 de mayo de 2014.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente No. 46947, sentencia del 15 de agosto de 2018.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente No. 51121, sentencia del 19 de noviembre de 2021.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente No. 63956, sentencia del 23 de septiembre de 2024.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente No. 68589, sentencia del 11 de octubre de 2024.

- 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. San José, C.R.: Corte IDH, 2010.
- Corte Constitucional. T-406 de 1992
- Convención Americana de Derecho Humanos.
- Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006.
- Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, sentencia de 26 de noviembre de 2010.
- Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñíguez vs. Ecuador, Sentencia de 21 de noviembre de 2007.
- Caso Barberà, Messegué y Jabardo contra España, Sentencia 10588/83.
- CIDH, Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987.
- Caso Romero Feris Vs. Argentina, sentencia de 15 de octubre 2019.
- Caso Servellón García y otros Vs. Honduras, 2006.
- Caso Herrera Espinoza y otros Vs. Ecuador, 2016.
- Caso Bayarri v. Argentina, 2008.
- Corte Constitucional, C-774 de 2001.
- Corte Constitucional, C-1154 de 2005.
- Corte Constitucional, C-318 de 2008.
- Corte Constitucional. SU 146 de 2020.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente No. 21515 del 19 de abril de 2012.
- Consejo de Estado, Sección Segunda. Expediente 11001-03-15-000-2019-04842-01 (AC) del 30 de julio de 2020.
- Fiscalía General de la Nación (2010), Anuario Estadístico 2010.
<https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2012/01/Anuario2010.pdf>
- Fiscalía General de la Nación (2011), Anuario Estadístico 2011.
<https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2011/12/Anuario20111.pdf>

- Fiscalía General de la Nación (2013), Anuario Estadístico 2012-2013.
<https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Anuario-Estadistico-2012-2013.pdf>