

**RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO POR LA
INAPLICACIÓN DE ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN LA
CONFIGURACIÓN DE LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD.**

CESAR AUGUSTO RODRÍGUEZ RIVERA

MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD SANTO TOMAS DE AQUINO SECCIONAL TUNJA

TUNJA

**RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO POR LA
INAPLICACIÓN DE ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN LA
CONFIGURACIÓN DE LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD.**

CESAR AUGUSTO RODRÍGUEZ RIVERA

Trabajo de grado para optar al título de
MAGISTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO

Director

DR. EDMER LEANDRO LÓPEZ PEÑA

MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD SANTO TOMAS DE AQUINO SECCIONAL TUNJA

TUNJA

A mis padres, Hernando y Consuelo, quienes son el impulso de esta travesía; gracias por su amor, trabajo y sacrificio en todos estos años, serán siempre mi mayor orgullo. Son los mejores padres.

A mis hermanas, Paola y Laura, por estar siempre presentes, acompañándome a lo largo de cada etapa de la vida.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I	6
LA DETENCIÓN PREVENTIVA EN EL SISTEMA PENAL COLOMBIANO Y SUS ESTANDARES INTERNACIONALES DISPUESTOS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.....	6
I.I. El principio de libertad: objeto de restricción de la detención preventiva.....	6
I.II. La detención preventiva y su regulación en el ordenamiento jurídico colombiano. .	18
<i>I.II.I. Término máximo de la medida.</i>	23
<i>I.II.II. Requisitos para la imposición de la medida.</i>	25
<i>I.II.III. Procedencia de la medida.</i>	28
I.III. Estándares internacionales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos aplicables a la detención preventiva.	29
CAPÍTULO II.....	43
RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO COLOMBIANO POR LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD.....	43
II.I. Generalidades sobre la estructura de la responsabilidad estatal en Colombia.	43
<i>II.I.I. El daño.</i>	47
<i>II.I.II. La imputación.</i>	51
<i>II.I.III. El fundamento del deber de reparar.</i>	55
II.II. Aproximación al concepto y alcance de la privación injusta de la libertad.	56
II.III. Tratamiento jurisprudencial de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad en el ordenamiento jurídico colombiano.	63
<i>II.III.I. Primera Etapa: Teoría general de la falla – error de la administración de justicia.</i>	64
<i>II.III.II. Segunda Etapa: Objetivación parcial del régimen.</i>	68

II.III.III. Tercera Etapa: Objetivación de la responsabilidad estatal por aplicación del principio indubio pro reo.	71
II.III.IV. Cuarta Etapa: Objetivación total del régimen de responsabilidad por privación injusta de la libertad.	78
II.III.V. Quinta etapa: Vuelta al régimen subjetivo: Sentencia SU-072 de 2018. Unificación Corte Constitucional.....	80
II.III.VI. Quinta Etapa: Vuelta al régimen subjetivo. Reconfiguración del régimen de responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad. Nueva sentencia de unificación del Consejo de Estado.	84
CAPÍTULO III.	94
RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO COLOMBIANO POR VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS DERIVADA DE PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD.	94
III.I. Fundamentos de la responsabilidad internacional del Estado en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. ¿Por qué debe responder el Estado colombiano?	96
III.I.I. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos.	96
III.I.II. Las obligaciones internacionales del Estado Colombiano frente a la protección de los Derechos Humanos.	104
III.I.III. Principales instrumentos internacionales vinculantes para el Estado colombiano en materia de libertad y detención preventiva.	113
III.II. ¿Puede existir responsabilidad internacional del Estado colombiano ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos por casos de privación injusta de la libertad?...	118
III.II.I. La unificación jurisprudencial.	120
III.II.II. Primer argumento de la sentencia: La aplicación del régimen de responsabilidad.	121
III.II.III. Segundo argumento de la sentencia: El soporte de la carga del proceso penal.	123

<i>III.II.IV. Tercer argumento de la sentencia: La acreditación por parte del demandante del carácter antijurídico del daño.</i>	<i>124</i>
<i>III.II.V. Cuarto argumento de la sentencia: La obligación del demandante de demostrar la falla.</i>	<i>126</i>
<i>III.II.VI. Quinto argumento de la sentencia: La no vulneración de la presunción de inocencia con la imposición de la medida de detención preventiva.</i>	<i>127</i>
<i>III.II.VII. Sexto argumento de la sentencia: La validez de la limitación temporal de la libertad.</i>	<i>129</i>
<i>III.II.VIII. Séptimo argumento de la sentencia: La indagación de la conducta de la víctima del daño para eximir de responsabilidad al Estado.</i>	<i>130</i>
CONCLUSIONES.	132
REFERENCIAS.	137

INTRODUCCIÓN.

La libertad es un derecho fundamental que solo puede ser intervenido en circunstancias excepcionales de acuerdo con los lineamientos dispuestos por la Constitución Política de 1991 y por las normas convencionales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos que regulan este derecho humano. Con ello puede afirmarse que, por su especial naturaleza, la libertad solamente puede ser limitada en los casos dispuestos por el legislador, siempre que tal intervención encuentre justificación en la estructura constitucional colombiana, o lo que es lo mismo, siempre que tal intervención se realice con el fin de proteger un bien constitucionalmente protegido, y que esta se desarrolle bajo parámetros de proporcionalidad y razonabilidad.

De esta manera, el principio constitucional y derecho fundamental a la libertad se constituye en un pilar fundamental del Estado Social de Derecho colombiano, estatuido como tal a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, y en normas del Bloque de Constitucionalidad entre las que se destaca, como la más importante, la Convención Americana de Derechos Humanos, instrumentos normativos en los que el principio *pro homine* resulta ser el epicentro todo el aparato estatal y del sistema internacional de protección de derechos humanos.

Conservando la libertad tal envergadura, resulta pertinente realizar un estudio respecto de la figura de la medida preventiva de restricción de la libertad aplicable en los procesos penales, pero no en su justificación jurídica *strictu sensu*, pues de ello ya existe amplia

argumentación en la literatura jurídica y en la jurisprudencia tanto constitucional como ordinaria de nuestro Estado – sin que por ello nos tengamos que abstener de hacer algunos comentarios *obiter* respecto de tal justificación – sino en cuanto a las consecuencias particulares que aquella genera a nivel de responsabilidad estatal, cuando aquella ha sido aplicada bajo el espectro de la figura jurisprudencial denominada “*privación injusta de la libertad*” que constituye un especial fundamento para la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado.

Sin embargo, aunque el trabajo pretende hacer un estudio acerca de la responsabilidad del Estado se debe precisar desde ahora que el análisis no se centrará en su responsabilidad patrimonial, pues ha sido la jurisprudencia contencioso administrativa la que se ha encargado de establecer las principales subreglas para determinar la aplicación de una indemnización patrimonial cuando el Estado ha privado injustamente de la libertad a un sujeto de derechos; sino que por el contrario el análisis se centrará en el estudio de la responsabilidad internacional por la violación a Derechos Humanos, cuando precisamente, derivado de un proceso contencioso administrativo, el Estado, a través de su jurisdicción, decide negar la indemnización de perjuicios a quien ha sido privado injustamente de su libertad.

En tal sentido, el problema de investigación que se pretende desarrollar en el presente trabajo se centra en el siguiente interrogante: ¿Es responsable el Estado colombiano ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos por la violación de Derechos Humanos derivada de la expedición de sentencias de la jurisdicción Contencioso Administrativa que declaran la no responsabilidad patrimonial del Estado en casos de implementación de la

medida de prisión preventiva y por tal razón niegan el derecho del detenido a una indemnización?

Desde esta perspectiva, el interrogante planteado pretende dilucidar si el Estado colombiano es responsable internacionalmente por la violación a los Derechos Humanos de quienes han sido privados injustamente de su libertad – nombre que ha dispuesto el ordenamiento jurídico colombiano para este tipo de responsabilidad estatal – y por decisiones propias del proceso penal han resultado libres por cuanto ha operado la absolución, o incluso la prescripción de la acción penal o la preclusión de la investigación, y derivado de aquella privación de la libertad se accede a la jurisdicción de lo contencioso administrativo en sede de reparación de perjuicios sin que se obtenga por parte de esta indemnización alguna por la aplicación de la figura de la detención preventiva o de la denominada privación injusta de la libertad.

Tal problema de investigación se determina bajo el entendido de que el Estado colombiano no cumplió con la finalidad del proceso penal de desvirtuar la presunción de inocencia del investigado, o de reafirmarla si a ello hubiere lugar, y el investigado por su parte sí tuvo que soportar la privación injusta de su libertad por un lapso determinado, sin que se le reconociera indemnización por parte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

De esta manera, el problema de investigación formulado pretende indagar si la abstención de la jurisdicción frente a la declaratoria de indemnización del investigado que ha sido objeto de una medida de detención preventiva que se configura en una privación

injusta de la libertad, constituye una violación a los Derechos Humanos del investigado y por lo mismo constituye una responsabilidad internacional del Estado colombiano.

Con fundamento en lo anterior, el problema propuesto se desarrollará a través de tres capítulos en los que se pretenden desarrollar los siguientes elementos: en el primero de ellos se abordará un análisis de la institución de la detención preventiva y su forma de aplicación en el ordenamiento jurídico colombiano, a la luz de los estándares internacionales dispuestos por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos dispuestos para la aplicación de tal medida.

En el segundo capítulo se pretenden reconocer los criterios que ha configurado la jurisprudencia colombiana en torno al ámbito de responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad, con el fin de determinar cuáles son los elementos que debe tener en cuenta el juez de lo contencioso administrativo para resolver si concede indemnización de perjuicios a quienes, siendo objeto de la medida de detención preventiva, consideran que han sido privados injustamente de su libertad.

En el último capítulo se desarrollarán algunas ideas en torno a los criterios dispuestos en la jurisprudencia vigente para el tratamiento y reconocimiento de la indemnización de perjuicios en casos de privación injusta de la libertad, contrastando los criterios expuestos en el precedente unificado por el Consejo de Estado frente a los estándares dispuestos por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, no sin antes desarrollar una breve explicación de la estructura del sistema, de las obligaciones del Estado colombiano con respecto del mismo, y de los principales instrumentos normativos del sistema que

incorporan derechos y deberes de protección de la libertad personal como objeto de restricción de la medida de detención preventiva.

De esta manera, la metodología a través de la cual se desarrolló el presente trabajo corresponde a un estudio analítico descriptivo con un contenido jurídico propositivo producto del estudio de fuentes directas como la ley, la doctrina y la jurisprudencia a fin de describir cada una de las posturas dentro de una tensión teórico-jurídica sobre la admisibilidad de la responsabilidad del Estado en casos de privación injusta de la libertad.

Conforme a la descripción del problema se considerará que algunas de las interpretaciones y reglas dispuestas en el precedente jurisprudencial vigente en torno a la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, podrían llegar a constituir una responsabilidad internacional del Estado colombiano ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, por no ajustarse de manera plena a los estándares internacionales dispuestos por este.

CAPÍTULO I

LA DETENCIÓN PREVENTIVA EN EL SISTEMA PENAL COLOMBIANO Y SUS ESTÁNDARES INTERNACIONALES DISPUESTOS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.

I.I. El principio de libertad: objeto de restricción de la detención preventiva.

El reconocimiento de la libertad como principio y derecho no solamente es atribuible a las instituciones propias de nuestro ordenamiento, sino que, por el contrario, se ha configurado como un valor insigne de la humanidad cuya importancia ha sido reafirmada por múltiples autores de la teoría jurídica y política, quienes otorgan a este principio la máxima categoría en la esfera de los valores de la Humanidad. De esta manera, el insigne jurista alemán Robert Alexy ha reconocido que:

“El Estado constitucional democrático se caracteriza por seis principios fundamentales que han hallado en la Ley Fundamental¹ una clara expresión. Se trata de los principios fundamentales de la dignidad humana (...), de la libertad (...) y de la igualdad (...), así como los principios relativos a la estructura y los fines del Estado de Derecho, democrático y social (...).” (Alexy en Carbonell, 2009, p. 31).

¹ Refiere a la Ley Fundamental Alemana o Constitución de la República Federal de Alemania que entró en vigor el 23 de mayo de 1949.

Así mismo, el jurista italiano Gustavo Zagrebelsky (2008), haciendo referencia a la libertad y la justicia como fundamentos del reconocimiento de los demás derechos de la humanidad, ha expresado que:

“Todos los derechos del hombre se sitúan en dos grandes horizontes de la vida colectiva, ambos bastante exigentes y no fácilmente dispuestos a ceder para dejarse sitio. Horizontes, hay que añadir, que han de tenerse en cuenta para comprender las declaraciones constitucionales de derechos, pues, en verdad, si existe un sector del derecho constitucional donde el análisis exclusivamente iuspositivista resulta estéril ese es, precisamente, el de los derechos.” (p. 75).

De esta manera el principio y derecho a la libertad se ha reconocido en la teoría política y del derecho como un eje estructural de los sistemas democráticos, en cuyas instituciones se encuentra representada, en la mayoría de los casos, bajo la categoría de derecho fundamental, sobre la cual Alexy (como se citó en Arango, 2012) dispuso que “[los derechos fundamentales son](...) *posiciones tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria.*” (p. 31).

En tal sentido, la libertad como derecho, como principio o como valor de una sociedad, ha de entenderse según la concepción liberal de Bobbio (como se citó en Bernal, 2009), según la cual: “[e]ste concepto se refiere a ‘la facultad de realizar o no ciertas acciones, sin ser impedido por los demás, por la sociedad como un todo orgánico o, más sencillamente, por el poder estatal’”. (p. 132).

O como lo expresa Alexy, en relación con el concepto de libertad en su acepción jurídica:

“(…) se hablará de libertad jurídica sólo si el objeto de la libertad es una alternativa de acción. Cuando el objeto de la libertad es una alternativa de acción se hablará de una *‘libertad negativa’*. Una persona es libre en sentido negativo en la medida en que no le están vedadas alternativas de acción.” (1993, p. 214).

Por su parte, García Falconi (en Elsner, 2010), entiende que la libertad:

“(…) sería la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona a organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones.” (p. 343).

De allí surge un primer elemento de análisis frente al contenido y alcance de la libertad como derecho, el cual establece que conforme a aquel el individuo puede realizar ciertas acciones o abstenerse de ejecutarlas (alternativas de acción en Robert Alexy), sin que encuentre para ello restricción injustificada por parte de otros individuos, de la sociedad en su conjunto, o del mismo aparato estatal, y siempre y cuando tales acciones o abstenciones no se realicen con fundamento o con la finalidad de cercenar la libertad o demás derechos de otros individuos, pues en tal caso se estaría frente a un ejercicio abusivo del derecho, tal y como lo reconoce Josserand al afirmar que:

“(…) es abusivo cualquier acto que, por sus móviles y por su fin, va contra el destino, contra la función del derecho que se ejerce; (...) Cada derecho tiene su espíritu, su objeto, su finalidad; quienquiera que intente apartarlo de su misión social, comete una falta, delictuosa o cuasidelictuosa, un abuso del derecho susceptible de comprometer, dado el caso, su responsabilidad.” (1982, p. 5).

Con lo anterior no se puede inferir que la libertad personal adquiriera una connotación de derecho absoluto e ilimitado sino por lo contrario, como todos los derechos, esta admite algunas limitaciones que en todo caso deben estar amparadas por el ordenamiento jurídico y, en los Estados constitucionales de derecho, por la misma Constitución.

De esta manera, la Constitución Política de 1991 reconoció la libertad personal como un principio y un derecho fundante del Estado Social de Derecho que debe ser reconocido a todos los asociados al Estado colombiano bajo los límites y preceptos dispuestos en la Carta Política y que sean reconocidos por vía jurisprudencial por la Corte Constitucional², pues como lo ha afirmado la doctrina jurídica nacional:

“(…) uno de los pilares fundamentales del Estado constitucional y democrático de derecho consiste en reconocer a cada individuo un ámbito de libertad que le es inherente por pertenecer al género humano, por ser digno, y que está protegido contra las intervenciones provenientes del Estado y de las demás personas.” (Bernal, 2015, p. 247).

Al ser la libertad un principio fundante de nuestra estructura estatal, se puede evidenciar su reconocimiento más amplio en el preámbulo de la Constitución, el cual señala a la libertad como uno de los bienes que se debe asegurar a todos los integrantes de la Nación, pues el mismo establece:

“El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de

² Máximo intérprete y guardador del texto superior, según la disposición contenida en el artículo 241 de la Constitución Política de 1991.

Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz (...) decreta, sanciona y promulga la siguiente Constitución.” (Const. Colombia, Preámbulo, 1991).

Así mismo en el artículo segundo del texto superior se dispuso como fin esencial del Estado el de garantizar la efectividad de los principios, y de los derechos consagrados en la Constitución, asignando a las autoridades el deber de protegerlos y otorgando a la libertad una especial posición en la escala de derechos, lo que la constituye como un principio fundante de nuestro sistema estatal (Const. Colombia, Art. 2, 1991).

Al hacer entonces una explicación del derecho a la libertad en el ordenamiento jurídico colombiano, Sánchez (2014) reconoce la importancia de este principio y a su vez establece las dos dimensiones necesarias para su reconocimiento, como son, la dimensión formal y la dimensión material, pues afirma que:

“Nuestra Constitución reconoce una libertad formal, entendida como libertad legalmente asegurada, y una libertad material, que es libertad de contenidos sociales. Ello evidencia que la libertad individual no depende únicamente de las condiciones de la conducta personal convertidas en ley, sino igualmente de las posibilidades para un determinado ejercicio de la libertad que ofrecen o no las propias condiciones sociales. También ellas inciden en si el individuo tiene o no la posibilidad real de ejercitar una libertad de contenido social. Por ello, solo se ve garantizada la libertad de forma plena allí donde no consista únicamente en un derecho a la libertad, es decir, en la garantía formal de la ley, sino también en la

realidad de tal libertad, o sea, en ella entendida como posibilidad real dentro de la sociedad.” (p. 144).

Lo anterior significa que en el Estado Social de Derecho colombiano el reconocimiento de la libertad no debe estar estrictamente limitado a la incorporación de su contenido en los textos normativos, sino que por el contrario el Estado debe asegurar que el ejercicio de las acciones libres de los ciudadanos se pueda evidenciar en sus relaciones sociales, por lo que resulta necesario no solamente establecer una categoría normativa que la reconozca como derecho, sino que también se requiere de la imposición de límites al ejercicio de la autoridad estatal y del actuar de los privados, con el fin de que tales acciones no cercenen los contenidos esenciales de la libertad.

Es así como la Constitución Política de 1991 establece en su artículo 28 los siguientes reconocimientos y limitaciones:

“Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.” (Const. Colombia, Art. 28, 1991).

Con lo anterior se evidencia como la Constitución contempla una serie de garantías que buscan asegurar el ejercicio legítimo del derecho y el adecuado control al abuso del poder, entre las cuales se encuentran el derecho a ser detenido por motivos previamente definidos por el legislador y en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente y la regulación de la detención preventiva para la garantía efectiva del derecho fundamental a la libertad.

Es allí en donde se encuentra una primera relación entre el principio y derecho a la libertad y el derecho penal, pues como lo reconoce el profesor Sánchez:

“Un derecho penal sustentado en los principios constitucionales, y orientado a las consecuencias, está acorde con la idea de procurar la libertad. En ese sentido el Código de Procedimiento Penal determina que la excepción es la privación de la libertad, y la regla general la libertad personal. En ese mismo orden, la política criminal debe estar orientada a la realización del derecho penal y los instrumentos del sistema penal de una manera eficaz para asumir la protección de la sociedad, estableciendo no solo las causas de los comportamientos delictivos sino también la validez y efecto de las sanciones penales. Pero además, debe tomar en cuenta los límites necesarios para afectar lo menos posible la libertad y las garantías de los ciudadanos.” (2014, p. 146).

De la misma manera Barbosa y Bernal (2015) reconocen que:

“El primero de los derechos fundamentales de los investigados que debe considerarse [en el derecho penal] es el derecho a la libertad personal. Este derecho fundamental es una de las manifestaciones constitucionales más relevantes de la

libertad, que, a su vez, es un valor superior del ordenamiento jurídico, baluarte de nuestro modelo de Estado y principio rector de la interpretación del derecho.” (s.p. e-book).

Desde esta perspectiva, si bien no se podría afirmar que el objeto de estudio del derecho penal radica esencialmente en la libertad personal, pues como lo reconoce Urbano et al. (2011) “[e]l derecho penal es una parte del ordenamiento jurídico que regula dos instituciones: una conducta humana, el delito, y una consecuencia jurídica, la pena.” (s.p. e-book) sí se puede afirmar con certeza la existencia de una relación directa e inquebrantable entre el principio de libertad y el derecho penal, toda vez que el principal instrumento para la imposición de penas atribuibles a las conductas delictivas de los individuos, radica en restricciones o afectaciones a la libertad personal.

Así lo reconoce González Amado (2011), al establecer que las penas principales: “(...) son aquellas que se determinan legislativamente en cada tipo penal como consecuencia punitiva específica de la conducta que se define como punible. De esta naturaleza son las penas de prisión [principal restricción de la libertad de un individuo], multa y privativas de otros derechos.” (González en Urbano, et al., 2011, s.p. e-book).

Sin embargo, debe establecerse que, aunque la restricción de la libertad resulta ser una de las penas principales atribuibles a las conductas delictivas de los sujetos, es la misma Constitución la que armoniza las disposiciones del Código Penal con la aplicación efectiva del principio de la libertad, pues, como se anotó con precedencia, el artículo 28 superior establece condicionamientos aplicables a la restricción de la libertad, entre los que se encuentran el no ser privado de este derecho sin una decisión judicial previa y por los

motivos previamente dispuestos en la legislación, y la regulación de la detención preventiva como mecanismo excepcional.

Con ello se ratifican dos ideas principales hasta aquí esbozadas. Primera: la libertad personal constituye en nuestro ordenamiento jurídico un principio y derecho fundamental de los asociados al Estado que debe ser garantizado en un plano material y no meramente formal, por lo que el Estado o los particulares no pueden afectarla de manera arbitraria.

En relación con el concepto de afectación la doctrina ha considerado que las acciones u omisiones que alteren el contenido y alcance de un derecho fundamental, cualquiera que sea, tendrán importancia para el derecho cuando aquellas sean de carácter negativo, vale decir, cuando intenten disminuir el derecho, pues como lo afirman Bernal y Montealegre (2013):

“(…) deberá considerarse afectación de un derecho fundamental cualquier actuación que suprima o elimine una posición jurídica adscrita al ámbito normativo del derecho o que impida o dificulte el ejercicio de las acciones relativas a las posiciones pertenecientes a éste. Toda actuación jurídica y de hecho, e incluso, como la jurisprudencia de la corte Constitucional lo ha venido estableciendo, toda situación de hecho, puede representar una afectación en los derechos fundamentales.” (T1, p. 370).

Segunda: al ostentar la libertad la categoría de derecho, esta no se considera como un derecho absoluto, y por lo mismo, admite restricciones o afectaciones, siempre que las mismas encuentren fundamento en intereses constitucionalmente protegidos y se realicen bajo criterios de proporcionalidad y razonabilidad, pues:

“[y]a es doctrina recurrente de la Corte Constitucional la tesis según la cual la Constitución prohíbe todas las afectaciones desproporcionadas a los derechos fundamentales. Una afectación es desproporcionada cuando es gratuita, es decir, cuando carece de todo fundamento, o bien cuando no observa las reglas de la ponderación, es decir, cuando genera leves beneficios para el principio que la justifica y correlativamente afecta de manera intensa al derecho fundamental.” (Bernal y Montealegre, 2013, T1, p. 435).

Una de estas afectaciones que encuentra sustento constitucional corresponde entonces a la detención preventiva, institución que debe ser aplicada siempre bajo los parámetros constitucionales de protección y garantía efectiva a la libertad, aplicando los parámetros de la proporcionalidad y la razonabilidad, y solamente en los casos autorizados por la ley.

En este sentido, la Corte Constitucional Colombiana ha advertido también que en algunas ocasiones el interés superior de la sociedad exige la privación o restricción de la libertad personal, la cual en todo caso no puede ser arbitraria, por lo cual, la propia Constitución consagra una serie de garantías que fijan las condiciones en las cuales la limitación del derecho puede llegar a darse, cuya finalidad se centra en la protección de intereses constitucionalmente protegidos:

“El ordenamiento jurídico contempla la posibilidad de proferir medias restrictivas de la libertad, siempre y cuando obedezcan a mandatos legales previamente definidos. La restricción del derecho a la libertad debe estar entonces, plenamente justificada en el cumplimiento de fines necesarios para la protección de derechos o bienes constitucionales y, además, ser notoriamente útil y manifiestamente

indispensable para el logro de tales objetivos.” (Corte Constitucional. Sala Plena, mayo 25, 2016).

Conforme con lo anterior el principio y derecho a la libertad encuentra – por vía de excepción – una restricción constitucionalmente justificada y regulada de manera general en el artículo 28 superior, relativa a la institución de la detención preventiva, pues como lo admite la Corte Constitucional, en ocasiones, el interés superior de la sociedad exige la limitación de derechos de la esfera individual de las personas, entre los cuales se encuentra el derecho a la libertad.

Sin embargo, la figura de la detención preventiva como institución limitativa del derecho personal a la libertad, debe considerarse como un mecanismo excepcional y no como la regla general, pues, como lo reconoce el artículo 295 de nuestro Código de Procedimiento Penal:

“Las disposiciones de este código que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad del imputado tienen carácter excepcional; solo podrán ser interpretadas restrictivamente y su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales.” (Ley 906, art. 295, 2004).

Conforme con lo anterior, Sánchez (2014) afirma que:

“(…) la detención preventiva dentro de un Estado social de derecho no puede convertirse en un mecanismo de privación de la libertad personal indiscriminado, general y automático, es decir, que su aplicación o práctica ocurra siempre que una

persona se encuentra dentro de los estrictos límites que señala la ley, toda vez que la Constitución ordena a las autoridades públicas velar por la efectividad de los derechos y libertades de las personas, garantizar la vigencia de los principios constitucionales (la presunción de inocencia) y promover el respeto de la dignidad humana (...) Bajo esta consideración, para que proceda la detención preventiva no solo es necesario que se cumplan los requisitos formales y sustanciales que el ordenamiento impone, sino que se requiere, además, y con un ineludible alcance de garantía, que quien haya de decretarla sustente su decisión en la consideración de las finalidades constitucionalmente admisibles para la misma.” (p. 146).

De la misma manera ha de tenerse en cuenta que la privación de la libertad, sea cual fuere su fundamento jurídico, encuentra en el Estado colombiano una particularidad finalidad, que por sí misma representa el carácter excepcional de esta afectación, tal y como lo establece el artículo 296 del Código de Procedimiento Penal:

“La libertad personal podrá ser afectada dentro de la actuación cuando sea necesaria para evitar la obstrucción de la justicia, o para asegurar la comparecencia del imputado al proceso, la protección de la comunidad y de las víctimas, o para el cumplimiento de la pena.” (Ley 906, art. 296, 2004).

Como consecuencia de lo anterior, se debe precisar que nuestro ordenamiento faculta a las autoridades para que profieran medidas preventivas de privación de la libertad siempre y cuando estas obedezcan a los mandatos y límites impuestos por la Constitución y la Ley. Cualquier limitación de un derecho fundamental reviste la connotación de excepcional y en virtud de ello debe ser necesaria y debe garantizar que dicha limitación sea para el

cumplimiento de los fines constitucionales o para la protección de derechos o bienes constitucionales (aplicación del principio de proporcionalidad).

De esta forma, la Corte Constitucional ha sostenido que:

“(…) como quiera que las medidas de aseguramiento implican la restricción de derechos o libertades fundamentales, resulta necesario reiterar que en un Estado Social de Derecho, principalmente cuando de la libertad individual se trate, no pueden convertirse en un mecanismo indiscriminado, general y automático, sino estrictamente excepcional, habida cuenta que la Constitución promueve la efectividad de los derechos y libertades de los personas, garantiza la vigencia de los principios constitucionales y asegura el respeto a la dignidad humana.” (Corte Constitucional. Sala Plena, Octubre 9, 2013).

I.II. La detención preventiva y su regulación en el ordenamiento jurídico colombiano.

El Decreto 2700 de 1991 – Código de Procedimiento Penal vigente antes de la expedición y entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004 – establecía que eran medidas de aseguramiento para los imputables, la conminación (Decreto 2700, art. 390, 1991), la caución (Decreto 2700, art. 393, 1991), la prohibición de salir del país (Decreto 2700, art. 395, 1991), la detención domiciliaria (Decreto 2700, art. 396, 1991), y la detención preventiva (Decreto 2700, art. 397, 1991), las cuales se aplicarían cuando contra del

sindicado resultare acreditado por lo menos un indicio grave de responsabilidad, con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso.

Tales preceptos fueron recogidos en la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal vigente) es su artículo 307 en donde, como lo disponen Bernal Cuellar y Montealegre Lyneett (2013) se establecen las medidas de aseguramiento aplicables en el ordenamiento jurídico colombiano, que pueden ser, por un lado, privativas de la libertad (T2, pp. 521 y ss.), y por el otro aquellas que no implican privación del derecho a la libertad personal (T2, pp. 579 y ss.).

En tal sentido corresponde ahora hacer un breve análisis acerca de la institución de las medidas de aseguramiento en el ordenamiento jurídico colombiano, refiriéndonos particularmente a los fundamentos que soportan la existencia de la medida de detención preventiva como medida de aseguramiento privativa del derecho fundamental a la libertad.

Las medidas de aseguramiento se entienden entonces como un conjunto de disposiciones que el ordenamiento jurídico ha previsto con el fin de asegurar los fines perseguidos por el proceso penal, vale decir, no hacerlos inocuos, pues como lo sostiene la Corte Constitucional:

“Las medidas de aseguramiento hacen parte de las denominadas medidas cautelares, es decir, de aquellas disposiciones que por petición de parte o de oficio, dispone la autoridad judicial sobre bienes o personas, cuyo objeto consiste en asegurar el cumplimiento cabal de las decisiones adoptadas en el proceso, garantizar la presencia de los sujetos procesales y afianzar la tranquilidad jurídica y social en la comunidad, bajo la premisa por virtud de la cual, de no proceder a su realización,

su propósito puede resultar afectado por la demora en la decisión judicial.” (Corte Constitucional. Sala Plena, Julio 25, 2001).

Por lo anterior es preciso aclarar que existen diferencias sustanciales entre los conceptos de medida de aseguramiento, medida de seguridad y pena, utilizados todos ellos en el ámbito del procedimiento penal, pues como se acaba de anotar, la medida de aseguramiento corresponde a una medida cautelar³ que, por su propia naturaleza, está destinada a prevenir la alteración o asegurar el desarrollo del proceso penal, en tanto que la medida de seguridad y la pena corresponden a las consecuencias atribuibles a conductas delictivas cuya comisión ha sido probada en juicio, y que son aplicables dependiendo de las condiciones de imputabilidad de que goce el sujeto a quien se le ha arrogado tal comisión.

De esta manera, la medida de seguridad corresponde a la consecuencia jurídica atribuible a la conducta delictual de un sujeto inimputable⁴, pues como lo establece Gonzalez Amado (en Urbano et al., 2001):

“Las medidas de seguridad son la consecuencia jurídica que la ley le asigna a los inimputables que han cometido un delito. Desde esta perspectiva, las medidas de seguridad son el equivalente de las penas y deben regirse, en todo aquello que no se oponga a los principios particulares de las medidas de seguridad, por los principios y reglas que regulan la imposición de sanciones.” (s.p. e-book).

³“adj. Der. Dicho de una medida o de una regla: Destinada a prevenir la consecución de determinado fin o pr ecaverlo que pueda dificultarlo. Acción, procedimiento, sentencia cautelar.” (RAE, 2018).

⁴ De conformidad con el artículo 33 del Código Penal Colombiano, se considera inimputable: “(...) quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez sicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares.” (Ley 599, art. 33, 2000).

Por su parte, según Cuello Calón (Citado en Velásquez, 2004, p. 496), la pena corresponde a la: “(...) *privación o restricción de bienes jurídicos impuesta por el órgano jurisdiccional competente a la persona que ha realizado una conducta punible, acorde con las pautas legales correspondientes.*”

Así, la medida de aseguramiento no puede ser entendida como la consecuencia de una conducta típica, antijurídica y culpable, pues aquella no corresponde a la consecuencia jurídica de una conducta determinada en juicio, sino que, por el contrario, la medida de aseguramiento corresponde a una medida preventiva para asegurar los fines del proceso, por existir serios indicios de que la conducta del imputado no lo permitirá.

De acuerdo con el carácter cautelar que caracteriza a las medidas de aseguramiento, es el Código de Procedimiento Penal el que determina la tipificación de estas medidas entre las cuales se encuentran, como ya se anotó, las privativas de la libertad y las no privativas de este derecho.

Las primeras corresponden a la “[d]etención preventiva en establecimiento de reclusión.” y la “[d]etención preventiva en la residencia señalada por el imputado, siempre que esa ubicación no obstaculice el juzgamiento.”; y las segundas corresponden, entre otras tantas, a la vigilancia del sindicado a través de mecanismos electrónicos, la obligación de presentarse periódicamente ante la autoridad respectiva, la prohibición de salir del país o del lugar de residencia o del territorio fijado por el juez, etc. (Ley 906, art. 307, 2004).

La medida de aseguramiento se ubica entonces en un lugar de tensión jurídica, pues pone en enfrentamiento dos intereses que encuentran legitimación constitucional como son,

por un lado, la garantía del orden público y el planteamiento de una política criminal que propenda por aquel, y por el otro, los derechos fundamentales de que gozan todos los asociados al Estado colombiano que, como se anotó con precedencia, pueden ser afectados, pero solo en circunstancias excepcionales y bajo criterios de proporcionalidad y razonabilidad.

De esta manera lo reconocen Bernal y Montealegre cuando afirman que:

“De tiempo atrás, la Corte Constitucional ha reconocido que la imposición de medidas de aseguramiento implica una fuerte tensión de principios constitucionales, que se estructura conforme a la siguiente ecuación: sin responsabilidad no hay privación o afectación de la libertad vs. necesidad de privación, o limitación del mencionado derecho durante la investigación. Normativamente esta ecuación se apoya en los derechos a la libertad personal (art. 28 C.N.) y a la presunción de inocencia (art. 29 C.N.) y, por otro lado, en las condiciones y reglas para autorizar la afectación de la libertad personal y en la eficacia del sistema de justicia, como también en la protección de los derechos de la comunidad y las víctimas.” (2013, T2, p. 519).

El epicentro de este trabajo radica entonces en la medida de aseguramiento de detención preventiva, vale decir, en las medidas privativas de la libertad, para cuyo desarrollo es necesario examinar la regulación dispuesta en el Código de Procedimiento Penal desde sus aspectos más generales, no sin antes realizar un comentario acerca de su naturaleza preventiva, de la manera como lo ha reconocido la Corte Constitucional, quien entiende que:

“Se trata de instituciones perfectamente compatibles con la Constitución en cuanto tienen un carácter preventivo, no sancionatorio. Por medio de ellas se busca asegurar que la persona sindicada de haber cometido delito, cuando contra ella existan indicios graves de responsabilidad, comparezca efectivamente al proceso penal, es decir, que no se escape a la acción de la justicia.” (Corte Constitucional. Sala Plena, Agosto 2, 1993).

Por otro lado, Bernal y Montealegre aseguran que:

“La detención preventiva constituye la más grave e intensa afectación de la libertad personal, previa a la imposición de una condena penal. Por lo mismo, el legislador ha establecido una amplia regulación que determina en abstracto las condiciones bajo las cuales resulta legítima tal afectación.” (2013, T2, p. 522).

Así las cosas, la medida de aseguramiento de detención preventiva encuentra en el Código de Procedimiento Penal vigente una serie de reglas que regulan su aplicación y que proceden a explicarse de manera general de la siguiente forma:

I.II.I. Término máximo de la medida.

El párrafo primero del artículo 307 de la normatividad procesal (Ley 906, art. 307, 2004) – adicionado por el artículo primero de la Ley 1760 de 2015, modificado por el artículo primero de la Ley 1786 de 2016 –, refiere al término máximo de aplicación de la medida, el cual no puede exceder de un año, prorrogable hasta por un término igual a solicitud del fiscal o del apoderado de la víctima, siempre que se esté frente a las siguientes situaciones:

1. Cuando el proceso se desarrolle ante la justicia penal especializada;
2. Cuando se trate de tres (03) o más acusados contra quienes se encuentre vigente la medida de detención preventiva;
3. Cuando la investigación o juicio se trate de los actos de corrupción dispuestos en el Estatuto Anticorrupción (Ley 1474, 2011); y
4. Cuando se trate de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales previstos en el título IV del libro segundo del Código Penal (Ley 599, 2000).

Frente a lo anterior se debe precisar que la aplicación de la medida de aseguramiento de detención preventiva no está únicamente dispuesta para los casos anteriormente señalados, sino que, es en estos casos en los que la normatividad procesal faculta la prórroga del término máximo de aplicación de la medida.

De otro lado, en relación con la facultad de imposición de estas medidas el párrafo segundo del artículo en comento establece que las mismas solo pueden imponerse cuando el solicitante pruebe la insuficiencia de las medidas no privativas de la libertad para garantizar el cumplimiento de la finalidad cautelar de la medida, encontrándose allí una primera limitante frente a la aplicación de tales instrumentos, que ratifica su carácter excepcional.

Por su parte, el artículo 307-A del Código Procesal Penal (Ley 906, art. 307-A, 2004) – adicionado por el artículo 23 de la Ley 1908 de 2018 – establece unos términos especiales máximos, aplicables de la siguiente manera:

1. En tratándose de delitos cometidos por grupos delictivos organizados la medida tendrá un término máximo de tres años.

2. Cuando se trate de delitos cometidos por grupos armados organizados la medida tendrá un término máximo de cuatro años.
3. Cuando se cumplan los términos allí indicados y no se haya proferido sentencia la medida debe ser sustituida por una no privativa de la libertad.

I.II.II. Requisitos para la imposición de la medida.

El artículo 308 del Código de Procedimiento Penal establece que el juez de control de garantías podrá imponer la medida cuando, de los elementos materiales probatorios y evidencia física obtenidos legalmente, se infiera razonablemente que el imputado fue autor o partícipe de la conducta investigada y siempre que se cumpla cualquiera de los siguientes tres requisitos:

1. Que la medida sea necesaria para que el imputado no obstruya el ejercicio de la justicia.
2. Que el imputado se considere un peligro para la sociedad o para la víctima.
3. Cuando resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o no cumplirá la sentencia que se profiera.

Así entonces la detención preventiva existe básicamente para cumplir tres fines:

El primero, a fin de garantizar los efectos posteriores de la acción de la justicia: Con la detención preventiva se logra asegurar la comparecencia del delincuente y evitar posibles influencias de la persona sindicada en relación con los testigos que deben declarar en el proceso, por ello se afirma – como se aclaró previamente – que la detención preventiva es una medida precautelativa y por consiguiente no tiene carácter de pena.

En relación con este requisito el artículo 309 del C.P.P., entiende que la medida de detención preventiva se justifica – por obstrucción de la justicia – cuando:

“(…) existen motivos graves que permitan inferir que el imputado podrá 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; o cuando impida o dificulte la realización de las diligencias o la labor de los funcionarios y demás intervinientes en la actuación.” (Ley 906, art. 309, 2004).

El segundo, con el objeto de garantizar la seguridad social y de la víctima del delito; la detención preventiva es necesaria porque evita que los presuntos responsables puedan ejercer ciertas influencias que en determinado momento sean factores decisivos para desvirtuar la investigación en perjuicio de los intereses de la justicia. Del mismo modo, en la Constitución Política de 1991, en su artículo 250, ordinal 1, establece que, para garantizar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, el fiscal debe adoptar las medidas de aseguramiento.

En tal sentido, son los artículos 310 y 311 del C.P.P., los que determinan cuando un imputado se considera peligro para la sociedad y para la víctima, estableciendo el primero de ellos que, para valorar tal apreciación, el juzgador deberá tener en cuenta, además de la gravedad de la conducta imputada, las siguientes circunstancias:

1. La vinculación del imputado con organizaciones criminales o la continuación de la actividad delictiva;
2. El número y naturaleza de los delitos imputados:

3. Cuando el sindicado esté disfrutando de un mecanismo sustitutivo de pena privativa de la libertad por delitos dolosos o preterintencionales.
4. La existencia de sentencias condenatorias vigentes en su contra por delitos dolosos o preterintencionales;
5. La utilización, en la conducta, de armas de fuego o armas blancas;
6. Cuando el punible sea un delito de acto sexual con menor de catorce años.
7. Cuando el sindicado pertenezca a un grupo de delincuencia organizada. (Ley 906, art. 310, 2004).

Por su parte se entiende que la víctima se encuentra en peligro por la libertad del sindicado cuando existen motivos fundados para inferir que este puede atentar contra aquella, sus familiares o sus bienes. (Ley 906, art. 311, 2004).

La tercera finalidad para la que se dispuso de la medida de detención preventiva consiste en impedir la sustracción del sindicado a la acción de la justicia: La Corte Constitucional, en sentencia del 11 de junio de 2014 (Corte Constitucional. Sala Plena, Junio 11, 2004), reiteró la compatibilidad constitucional atribuida a la detención preventiva en sentencia C-301 de 1993, en cuanto que aquella, como medida de carácter preventivo y no sancionatorio, busca asegurar la comparecencia del sindicado al proceso penal, siempre que existan indicios graves de que este pueda escapar de la acción de la justicia.

De esta manera, el artículo 312 del C.P.P., dispuso que para determinar la eventual no comparecencia del imputado al proceso, además de la gravedad, modalidad y pena imponible de la conducta imputada, se deberá tener en cuenta la falta de arraigo en la

comunidad del sindicato, la gravedad del daño causado a la víctima y la actitud que el imputado tome frente a este y su comportamiento durante el proceso u otro anterior.

I.II.III. Procedencia de la medida.

En relación con la procedencia de la medida de aseguramiento de prisión preventiva en establecimiento carcelario basta solo con acudir a las reglas dispuestas en el artículo 313 del Código Procesal Penal, el cual establece que la misma solamente se aplicará cuando hayan concurrido los requisitos previamente analizados y siempre que el proceso adelantado se desarrolle en cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando el delito investigado sea de competencia de los jueces penales de circuito especializado.
2. En tratándose de los delitos investigables de oficio, cuando la pena prevista en la Ley sea de por lo menos cuatro años.
3. Cuando tratándose de delitos contra los derechos de autor, el valor de la defraudación sea superior a los ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes.
4. Cuando el sindicado haya sido capturado por delito o contravención dentro de los tres años anteriores a la nueva captura, siempre que el caso anterior no se hubiese decretado la preclusión o la absolución. (Ley 906, art. 313, 2004).

Es importante señalar que la limitación a estos casos, dispuesta en la norma referida, hace referencia a la detención preventiva en establecimiento carcelario, por lo que resulta lógico inferir que, en los casos no previstos en esta norma, podrá aplicarse una medida de

detención preventiva en la residencia señalada por el imputado, de acuerdo con lo previsto en el numeral segundo del artículo 307 del Código de Procedimiento Penal.

De esta manera, habiendo hecho una breve descripción de los aspectos generales que regulan la medida de detención preventiva en el ordenamiento jurídico colombiano vigente, resulta ahora imperioso realizar un análisis sucinto de los estándares internacionales dispuestos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para la aplicación de esta medida en los estados parte del sistema interamericano.

I.III. Estándares internacionales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos aplicables a la detención preventiva.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha dispuesto, a través de distintos instrumentos entre los que se encuentran sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CrIDH) así como recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), una serie de estándares o principios limitativos conforme a los cuales debe ajustarse la aplicación de la medida de detención preventiva en los Estados que hacen parte del sistema.

Estos estándares encuentran su fundamento en las disposiciones contenidas en el artículo séptimo de la Convención Americana de Derechos Humanos relativo al derecho humano a la libertad personal, que por su parte establece en el numeral tercero la prohibición de que un ser humano sea sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios; en el numeral cuarto la obligación de los Estados de informar a los detenidos los motivos de su detención y los cargos que la fundamentan; en el numeral quinto el derecho de toda persona detenida a ser llevada ante un juez para ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad

sin perjuicio de que el juicio continúe; y en el numeral sexto el derecho de toda persona privada de su libertad a ser llevada ante un juez para que decida acerca de la legalidad de la detención y ordene su libertad en caso de ilegalidad (Pacto de San José, art. 7, 1969).

Tales disposiciones determinan la importancia del derecho a la libertad personal en el Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos, y permiten inferir el carácter excepcional que debe caracterizar a las medidas restrictivas que lo afecten, pues, como lo afirma Modolell (en Steiner, 2011, p. 479): “(...) *según la Corte IDH, la detención preventiva es compatible con la presunción de inocencia; no debe atribuírsele un carácter punitivo, y debe ser considerada una medida excepcional y proporcional.*”

De esta importancia categórica surgen entonces en el sistema interamericano los principios limitativos que dotan de excepcionalidad a las medidas restrictivas de la libertad personal y que resultan constituirse en límites que se le imponen a los Estados para la aplicación de una medida privativa de la libertad, en donde tales instrumentos deben sustraer el espectro de la arbitrariedad del Estado y para ello deben impregnarse de unos estándares mínimos internacionalmente reconocidos.

Es así como La Rosa (s.f.) establece una serie de criterios o principios limitativos aplicables a la medida, desarrollados todos por disposiciones del sistema interamericano, sobre los cuales se desplegarán unos breves comentarios frente a los que se consideran los más importantes.

- a) El primero de ellos corresponde al carácter excepcional de la medida, conforme al cual la detención preventiva no puede constituirse en la regla general de las

instituciones procedimentales penales, sino que por el contrario, debe ser utilizada de manera excepcional, por representar esta una grave limitación a la libertad personal.

En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CrIDH) ha expresado que la detención preventiva es la medida más grave que se impone a un acusado dentro del proceso penal razón por la cual ha afirmado consistentemente en su jurisprudencia que: “(...) *su aplicación debe tener carácter excepcional, limitado por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, de acuerdo con lo que es estrictamente necesario en una sociedad democrática*⁵.” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Costa Rica, Noviembre 17, 2009).

De la misma manera, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), ha expresado que:

“El fundamento del uso excepcional de esta medida cautelar estriba precisamente en el hecho de que es la más severa que se puede imponer a un imputado, pues implica precisamente su encarcelamiento, con todas las consecuencias reales que esto conlleva para él y su familia.” (CIDH, 2013, p. 59).

⁵ Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr. 121; Corte IDH. Caso Bayarri Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187, párr. 69; Corte IDH. Caso Yvon Neptune Vs. Haití. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180, párr. 107; Corte IDH. Caso Servellón García y otros Vs. Honduras. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párr. 88; Corte IDH. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 67; Corte IDH. Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137, párr. 106; Corte IDH. Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párr. 74; Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 106.

El carácter excepcional de la detención preventiva también ha sido reconocido y aceptado por la comunidad internacional como por ejemplo en la Regla 6.1 del Acuerdo de Tokio que consagra que en el procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso, teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y de la víctima. (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2015).

- b) El segundo principio limitativo refiere a la finalidad cautelar de la medida. Para la Corte la prisión preventiva sólo debe emplearse con fines procesales para prevenir los efectos del proceso, llevándola a reiterar que:

“(...) la privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar [...] en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia⁶.” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Costa Rica, Noviembre 17, 2009).

De esta manera se ha de considerar la diferencia ya realizada en el segundo acápite de este capítulo en relación con los conceptos de medida de aseguramiento, medida de seguridad y pena, pues, en cuanto al primero, aquella ostenta un carácter estrictamente cautelar o preventivo, en tanto que los segundos, como consecuencias jurídicas atribuibles a la conducta de un sujeto, sí

⁶ Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr. 111; Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñíñez. Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 103

representan las funciones de prevención general y particular a las que hemos referido.

En tal dirección la Comisión Interamericana concluye que el artículo 7.5⁷ de la Convención Americana de Derechos Humanos tiene como único fundamento para la aplicación de la prisión preventiva el riesgo probado de que el imputado intentará evitar el accionar de la justicia o que intentará entorpecer la investigación penal (La Rosa, s.f., p. 4), situación que ratifica el carácter cautelar de la medida.

- c) La presunción de inocencia: En relación con este principio, la CIDH ha admitido que:

“Esta disposición atribuye a favor del acusado la presunción de que debe

⁷ Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.
6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.
7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

ser considerado inocente, y tratado como tal, mientras no se determine su responsabilidad penal mediante una sentencia firme. El contenido de la presunción de inocencia exige que la sentencia de condena y, por ende, la aplicación de la pena, sólo pueden estar fundadas en la certeza del tribunal acerca de la existencia de un hecho punible atribuible al acusado. El juez a quien le corresponde conocer de la acusación penal tiene la obligación de abordar la causa sin prejuicios, y bajo ninguna circunstancia debe suponer *a priori* que el acusado es culpable. Esa presunción de inocencia es la que ha llevado al derecho penal moderno a imponer como regla general, que toda persona sometida a proceso penal debe ser juzgada en libertad y que es sólo por vía de excepción que se puede privar al procesado de la libertad (principio de excepcionalidad). (CIDH, 2013, p. 56).

Lo anterior reitera que la medida de prisión preventiva es de carácter excepcional y sin desconocer que la aplicación de la misma no desvirtúa la presunción de inocencia que le asiste a todo sujeto que se encuentre en curso en una investigación penal.

La limitación del derecho fundamental a la libertad personal ha llevado a que la Comisión Interamericana (CIDH, 2009) recomiende que la privación de la libertad previa a una sentencia, debe ser interpretada restrictivamente en virtud del principio *pro homine*, según el cual, cuando se trata del reconocimiento de derechos debe seguirse la interpretación más beneficiosa para la persona, y cuando se trata de la restricción o supresión de los mismos, la interpretación más restrictiva.

Este principio se encuentra presente en varios Pactos Internacionales de Derechos humanos ratificados por Colombia y que hacen parte de su bloque de constitucionalidad; como marco de referencia encontramos:

- El art. XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (IX Conferencia Internacional Americana, 1948) consagro que se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable;
- El art. 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos ratifico que toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa
- El Art. 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en donde se garantiza que toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”
- El art. 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reitera que toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.

Los anteriores tratados permiten dimensionar la órbita de protección de la que goza la presunción de inocencia en el derecho internacional por cuanto este es un pilar de los derechos políticos y civiles que le asiste a toda persona.

En derecho penal se ha estimado que es tal la esfera de protección de este principio que para poder desvirtuar la inocencia debe ser probada la culpabilidad más allá de cualquier duda razonable.

- d) Interpretación restrictiva: Según este principio que, como ya se analizó corresponde a una extensión de la aplicación del principio *pro homine*, la detención preventiva debe aplicarse exclusivamente según las reglas dispuestas en la legislación, sin que por ello se pueda aplicar a ella una extensión conceptual o analógica que permita mayores limitaciones a la libertad personal (La Rosa, s.f., p. 11), pues como se ha mencionado, las restricciones a la libertad deben ser excepcionales.
- e) Necesidad: Además de corresponder a uno de los subprincipios examinados en la aplicación del principio de proporcionalidad cuya referencia se realizará más adelante, el principio de necesidad supone:

“(...)la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia. Pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva.” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Costa Rica, Noviembre 17, 2009).

Conforme con lo anterior, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha dispuesto que:

“De acuerdo con el criterio de necesidad, la prisión preventiva, al igual que

el resto de las medidas cautelares, se deberá imponer en tanto sea indispensable para los objetivos propuestos. Es decir, que sólo procederá cuando sea el único medio que permita asegurar los fines del proceso, tras demostrarse que otras medidas cautelares menos lesivas resultarían infructuosas a esos fines.” (2013, p. 66).

- f) Proporcionalidad: En el principio de proporcionalidad lo que se analiza es si los sacrificios – a nivel de reconocimiento y garantía de los derechos – que se evidenciaron con la aplicación de la medida, compensan el beneficio obtenido con la misma o, en otras palabras, si la finalidad perseguida con la aplicación de la medida justifica la realización de un sacrificio de tal magnitud en la esfera de los derechos de la persona, que para el caso particular corresponde a la libertad personal.

Desde esta perspectiva, para la aplicación del principio de proporcionalidad se requiere de la valoración de tres subprincipios que lo integran, cuales son:

- i) Idoneidad o adecuación, según el cual: “(...) *toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.*” (Bernal, 2014, p. 875). En este subprincipio se analiza si la medida tomada resulta efectiva o no para la consecución del fin propuesto: si la medida tomada no sirve para lograr el objetivo planteado la medida resulta ser inadecuada, por lo que no sería proporcional.

- ii) Necesidad: en este subprincipio se debe analizar si la medida tomada resulta ser la menos gravosa para la obtención del fin propuesto, pues como lo reconoce Bernal Pulido: “(...) *toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser*

la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto.” (2014, p. 932). De acuerdo con lo anterior, si existe una medida igualmente idónea que sea menos gravosa que la que se pretende aplicar, la medida a aplicar no será necesaria y por lo tanto no cumpliría con el principio de proporcionalidad.

iii) Proporcionalidad en sentido estricto: según este subprincipio: *“(…) las ventajas que se obtienen mediante la intervención (...) en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que esta implica para sus titulares y para la sociedad en general.”* (Bernal, 2014, p. 962). De esta manera, siendo idónea y necesaria la medida, lo que se debe analizar en este subprincipio es si el sacrificio del derecho realmente se justifica para la obtención del beneficio o, en otras palabras, si los beneficios obtenidos con la aplicación de la medida son proporcionales a los sacrificios que se evidencian con la afectación del derecho fundamental.

g) Razonabilidad: Según La Rosa este principio: *“(…) tiende a ponderar la naturaleza y duración de la medida cautelar propuesta, con el objeto de que sea consecuente con su naturaleza jurídica y su fundamento.”* (s.f., p. 17). De esta manera el principio de razonabilidad implica por un lado que la aplicación de la medida se determine en términos razonables, lo que conlleva a una relación directa con el principio de necesidad, y adicionalmente supone un análisis de la duración de la medida, pues como lo expone la CIDH:

“(...) corresponde en primer lugar a las autoridades judiciales nacionales el asegurar que el periodo de detención preventiva en el que se mantiene a un acusado no exceda de un plazo razonable. Este plazo no puede establecerse en forma abstracta porque responde a criterios cuya concurrencia habrá que determinar de acuerdo con las particularidades de cada caso concreto. Corresponde pues al Estado aportar elementos que justifiquen la prolongación de esta medida.” (2013, p. 69).

Así, la Corte Interamericana ha sostenido que mantener privada de libertad a una persona más allá del tiempo razonable para el cumplimiento de los fines que justifican su detención equivaldría, en los hechos, a una pena anticipada. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Febrero 1, 2006).

Adicionalmente la Corte ha sostenido que el Art. 7.5 de la Convención impone límites temporales a la duración de la prisión preventiva y, en consecuencia, a las facultades del Estado para asegurar los fines del proceso mediante esa medida cautelar. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Costa Rica, Noviembre 17, 2009).

El principio de razonabilidad atiende a garantizar que el juicio que se adelanta contra una persona a la que se le ha impuesto una medida de detención preventiva no se prolongue más allá de los términos legales en los que debería ser resuelta la situación jurídica del acusado respecto al delito que se le atribuye.

El hecho de que un juicio se prolongue desmedidamente es atentatorio a la presunción de inocencia en cuanto para la CIDH la prolongación excesiva se torna

cada vez más vacía y finalmente se convierte en una burla, dado que, a pesar de su existencia como derecho, se está privando de la libertad a una persona todavía inocente, castigo severo que legítimamente se impone a los que han sido condenados⁸. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Costa Rica, Noviembre 17, 2009).

De esta manera la CIDH ha afirmado que: “(...) *como parte de las políticas en la etapa previa al juicio dirigidas a la reducción del hacinamiento, los Estados deben adoptar medidas conducentes a reducir el empleo y la duración de la detención preventiva.*” (2017, p. 40).

- h) Última ratio: La privación de la libertad debiera ser la última alternativa que las autoridades contemplen para asegurar el desarrollo del proceso penal, pero en concepto de la Comisión Interamericana ha hecho carrera la idea de que es la primera medida a considerar dado que varios códigos penales se refieran en primer término a la prisión preventiva, y luego contemplen las denominadas “alternativas a la prisión preventiva”; tal idea sugiere y conduce a una interpretación según la cual la prisión preventiva sería la primera medida a considerarse aplicable.

Tal y como lo admite la CIDH:

“(...) de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos la prisión preventiva debería ser la *última ratio*, es decir, la última vía a la cual recurrir cuando las otras medidas menos gravosas no sean suficientes para

⁸ CIDH. Informe No. 86/09, Caso 12.553, Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009, párr. 125; CIDH. Informe No. 12/96, caso 11.245, Fondo, Jorge A. Giménez, Argentina, 1 de marzo de 1996, párr. 80

garantizar los efectos del proceso. En consecuencia, en los hechos, debería ser el fiscal quien explique y sustente por qué en el caso concreto no resulta apropiado, ni suficiente la aplicación de otras medidas cautelares no privativas de la libertad. El juzgador, por su parte, deberá evaluar la posibilidad de que los riesgos procesales puedan ser neutralizados por medio de otras medidas cautelares distintas de la prisión preventiva, y si opta por imponer esta última medida tiene el deber de motivar y razonar suficientemente la necesidad y proporcionalidad de su aplicación. De esta forma, se garantiza, además, el ejercicio adecuado del derecho a defensa pues un análisis escalonado y gradual (de la medida menos lesiva a la más gravosa) permitiría a la defensa alegar y centralizar la discusión en las cuestiones concretas del análisis de necesidad y proporcionalidad de las medidas que se consideren”. (2013, p. 90).

Así las cosas, la privación de la libertad debe ser adoptada como último recurso dentro de las posibilidades de asegurar la realización del proceso.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha desarrollado así una extensa lista de criterios para la utilización de la prisión preventiva, por lo que se ha procedido a explicar los que se consideran principales y más importantes y, de manera enunciativa, se mencionan otros que también han sido reconocidos por aquel, pero que se relacionan de manera directa con alguno o algunos de los anteriormente explicados, como son: el principio “*favor libertatis*”, el principio “*pro homine*”, las alternativas a la privación de la libertad, el principio de igualdad, y la duración razonable, entre otros.

CAPÍTULO II

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO COLOMBIANO POR LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD.

Luego de haber realizado un breve análisis acerca de la institución de la medida de aseguramiento de detención preventiva, como figura limitativa del principio de libertad en nuestro ordenamiento jurídico, procede ahora realizar un breve análisis de la manera como tal institución ha generado condenas patrimoniales al Estado colombiano por la responsabilidad que a este le atribuye el mismo ordenamiento, cuando quiera que la aplicación de tal medida constituye lo que se denomina “*privación injusta de la libertad*”.

En tal sentido en el presente capítulo se abordará la temática propuesta desarrollando, como primera medida, unos comentarios generalizados acerca del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia, para luego realizar una aproximación conceptual de la privación injusta de la libertad. En seguida y como última sección del presente capítulo, se abordará el tratamiento jurisprudencial que se ha desarrollado en torno a la figura de la privación injusta de la libertad tanto en el Consejo de Estado, como en la doctrina jurisprudencial de la Corte Constitucional.

II.I. Generalidades sobre la estructura de la responsabilidad estatal en Colombia.

En tratándose de la responsabilidad patrimonial del Estado colombiano, han sido varios los autores que han recogido los principales elementos de este régimen, y algunos otros se han adentrado en las diversas temáticas que se derivan de los múltiples y muy deferentes daños que pueden ser ocasionados por agentes estatales, relacionados con la diversidad de funciones atribuidas al aparato estatal. Sin embargo, aunque la literatura y la profundidad del tema supondrían un abordaje amplio de la configuración de la responsabilidad estatal en cada uno de los casos en que esta se presenta, aquí solo señalaremos los elementos o características generales de este tipo de responsabilidad, que servirán para comprender de mejor manera la responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad.

Así, para comenzar será necesario comprender lo que se entiende por “*responsabilidad*” en su acepción jurídica general, para de esta manera determinar el régimen constitucional aplicable a la responsabilidad del Estado y los principales elementos que la caracterizan. De esta manera, el reconocido tratadista del derecho de la responsabilidad Javier Tamayo Jaramillo (2007) expresa que: “(...) *la responsabilidad civil es la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado en forma ilícita debe indemnizar los daños, producidos a terceros.*” (T1, p. 8).

En tal sentido, la acepción jurídica del término responsabilidad implica la generación de un daño y la obligación de indemnizarlo que recae en cabeza de quien lo causó. De esta manera la responsabilidad civil se constituye en principio como una responsabilidad patrimonial. Es por esta razón que, en tratándose de los daños causados por los agentes estatales y que son atribuibles a las entidades públicas, se habla de responsabilidad patrimonial del Estado, que por su parte encuentra su fundamento en la preceptiva dispuesta en el artículo 90 constitucional que dispone lo siguiente:

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

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.” (Const. Colombia, art. 90, 1991).

Conforme con lo anterior, la Corte Constitucional colombiana precisó la constitucionalización de un régimen especial de responsabilidad patrimonial, aplicable a los daños cometidos por agentes estatales y atribuidos a las entidades públicas, que se deriva de la preceptiva contenida en el artículo 90 superior, afirmando que:

“Hasta antes de la entrada en vigencia de la Carta Política de 1991, no existía en el ordenamiento jurídico colombiano una cláusula que consagrara de manera específica la responsabilidad patrimonial del Estado (...) Fue a instancias del constituyente de 1991 que acogiendo los criterios jurisprudenciales fijados por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, se encargó de llenar ese vacío normativo respecto del instituto resarcitorio por actuaciones de los entes públicos y consagró en el artículo 90 de la Carta Política la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables, por la acción o la omisión de las autoridades públicas, responsabilidad que se proyecta indistintamente en los ámbitos precontractual, contractual y extracontractual.” (Corte Constitucional. Sala Plena, agosto 31, 2011).

Así las cosas, de la preceptiva dispuesta en el artículo en comento se deriva un régimen de responsabilidad patrimonial del Estado que, en tratándose de la responsabilidad por

privación injusta de la libertad, se enmarca en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, vale decir, aquella responsabilidad que emana de la concreción de un daño que no ha sido causado con ocasión del incumplimiento de una obligación contractual.

Este régimen se consolida en una nueva estructura de los elementos de la responsabilidad⁹, configurada según Gil Botero (2013) de la siguiente manera:

“El proceso configurativo de la responsabilidad (...) está estructurado por dos elementos (daño e imputación) lo que origina el deber de reparar, y en ese orden coprogramático o metodológico ‘primero se debe estudiar el daño, luego la imputación y finalmente, la justificación del porqué se debe reparar, esto es, el fundamento’ o bien, ‘el daño es la causa de la reparación y la reparación es la finalidad última de la responsabilidad civil.” (p. 33).

Por su parte, en relación con la estructura de la responsabilidad patrimonial del Estado Henao (1998) también describe la configuración de sus elementos afirmando que:

“(...) se observa que en el proceso de responsabilidad se mueven tres elementos distintos: el daño, la imputación del mismo y el deber de reparar. Para que la responsabilidad pueda ser civilmente declarada tienen que estar presentes los tres extremos, pero para que exista el daño basta con que este se dé.” (p. 30).

De esta manera, puede afirmarse que, en la actualidad, la responsabilidad patrimonial del Estado se analiza a través del estudio de tres elementos – que en su tenor general no

⁹ Estructura defendida por la nueva teoría del derecho de daños, cuyos principales expositores en la literatura jurídica colombiana son los tratadistas Enrique Gil Botero (2013, p. 24) y Juan Carlos Henao (1998).

distan demasiado de los clásicos hecho dañoso, daño y nexo de causalidad – cuya breve explicación procede a realizarse.

II.I.I. El daño.

Tal y como lo ha dispuesto la doctrina jurídica, el concepto de daño refiere al: “(...) *menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial.*” (Tamayo, 2007, T2, p. 326), o como lo expone Henao citando a Béniot: “(...) *el daño es un hecho: es toda afrenta a la integridad de una cosa, de una persona, de una actividad, o de una situación (...)*” (1998, p. 76).

Conforme a los planteamientos aquí señalados, por daño puede entenderse cualquier alteración a las condiciones normales que vive un sujeto, de lo que se puede inferir directamente que no todo daño constituye *per se* una obligación de indemnizar, pues en el desarrollo corriente de las actividades del ser humano se pueden producir alteraciones de las condiciones normales y en la mayoría de los casos tales alteraciones no representan mayor importancia para el sujeto que las sufre.

De esta manera, para Tamayo Jaramillo (2007) un daño sería indemnizable cuando la alteración a las condiciones de normalidad del individuo sea tal que lo prive de disfrutar de bienes de carácter patrimonial o extrapatrimonial, pues como el mismo autor lo establece:

“El daño, para que sea indemnizable, debe tener ciertas características. No basta que se produzca un perjuicio patrimonial o moral en cabeza de alguien para que este pueda demandar su reparación. La acción está subordinada al lleno de algunos requisitos. Esas limitaciones están determinadas no solo en consideración al

perjuicio mismo, sino a la calidad jurídica de las personas que los sufren.” (T2, p. 335).

Así, para comprender de una manera más clara el concepto de daño resarcible o indemnizable, será necesario proceder a realizar una breve explicación de sus características configurativas:

El daño debe ser cierto:

De acuerdo con la doctrina jurídica, “(...) *el daño para que pueda ser reparado debe ser cierto, esto es, no un daño genérico o hipotético, sino uno específico, cierto: el que sufre una persona determinada en su patrimonio.*” (Henao, 1998, p. 129).

Por esta razón la certeza del daño está directamente ligada a un análisis sobre su existencia, para determinar si el daño ocurrió o se tiene la certeza de que el daño ocurrirá. En el primero de los casos se habla de un daño consolidado pasado y el segundo de un daño futuro.

En cuanto al perjuicio consolidado, en el juicio de responsabilidad: “(...) *el juez simplemente comprueba la realidad de lo que afirma quien demandó, teniendo en cuenta que se trata de un dato del pasado, de un perjuicio que ya se exteriorizó y consolidó.*” (Henao, 1998, p. 132). Por su parte, para determinar la certeza del daño futuro el juez debe hacer un análisis de la probabilidad de su ocurrencia, toda vez que, por regla general, toda situación futura es incierta. Así lo expresa Tamayo Jaramillo:

“En principio, no cabe duda de que el daño futuro pero cierto, y no meramente eventual, da lugar a indemnización. Por lo tanto, no se exige que el daño sea actual;

puede ser actual o futuro, a condición de que haya certidumbre de su existencia. Sin embargo, esa seguridad, como ya lo hemos dicho, está fundamentada en leyes de la probabilidad puesto que nada de lo futuro tiene certidumbre absoluta de producirse. (...) Así las cosas, ningún perjuicio futuro tiene las características de certeza absoluta. (...) el juez declarará la existencia del daño, con base en las reglas de la experiencia y el sentido común de su propia vida.” (2007, T2, p. 341).

El daño debe ser directo:

El carácter directo del daño hace referencia a la indesligable relación causal que debe existir entre, el hecho generador del daño, su autor y la causación misma de este. De lo anterior se infiere que el carácter directo del daño hace referencia a aquella relación directa que debe existir entre quien causó el daño, el hecho a través del cual lo generó y la causación misma de este, pues como lo explica Gil Botero (2013):

“Esta condición no alude propiamente a una característica, sino más bien a una relación determinante de su relevancia jurídica, toda vez que si el daño no ha sido producido, o no es referible al autor, no existe conexión entre éste y el resultado, lo cual conlleva a que en el plano físico o en el normativo, aquél no materializó la realidad dañosa, en otros términos, no le es imputable.” (p. 39).

El daño debe ser personal:

La personalidad del daño hace referencia a la legitimación jurídica para exigir su reparación. De esta manera lo expone Tamayo (2007) al expresar que: “(...) *la doctrina y la jurisprudencia hablan de que el perjuicio debe ser personal para que haya lugar a su*

indemnización. Esto quiere decir que solo la víctima del daño, o sus herederos, tienen derecho a demandar su reparación.” (T2, p. 421).

Conforme con lo anterior, un estudio referente a la personalidad de determinado daño debe indagar, más allá de su existencia – circunstancia que se analiza en la característica de certeza del daño como se expuso previamente – la legitimación que sus demandantes tienen para pedir la indemnización, vale decir, debe indagar si quienes lo demandan tienen derecho a la indemnización, por ser quienes lo sufrieron de manera directa, o porque gozan de la calidad de herederos de quien lo sufrió.

El daño debe ser antijurídico:

La antijuridicidad del daño no es solamente una característica atribuida por vía doctrinaria o jurisprudencial a este importante elemento de la responsabilidad; por el contrario, a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991, la antijuridicidad se convierte en un elemento esencial, de estirpe constitucional, en los casos de responsabilidad patrimonial de las entidades estatales. No en vano Gil Botero (2013, p. 33) reconoce – como se afirmó con precedencia – que los elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado radican en la antijuridicidad del daño y en la imputación del mismo.

Así las cosas, la antijuridicidad o ilicitud del daño refiere a que el daño debe ser contrario a derecho, lo que por su parte implica que para reconocer el carácter antijurídico o ilícito del este se debe partir del entendimiento de la existencia de daños jurídicos o daños conformes al derecho. Así lo expresa Velásquez, quien afirma lo siguiente:

“En ciertos casos el derecho justifica los daños que se pueden causar a terceros y las víctimas deben soportar ese daño. Cuando en cumplimiento de una orden judicial, y con estricta observancia de los procedimientos, las autoridades de policía deben allanar un lugar, y para ello fuerza es causar rotura de una chapa o ventana, el daño causado si bien es cierto y personal, resulta totalmente lícito; el agente lo ha causado no por imprudencia, sino con intención y hay nexo causal entre la conducta y el daño, pero por ser daño conforme a derecho (lícito), la víctima no puede solicitar su reparación.” (2013, p. 277).

Conforme a lo anterior el daño lícito o jurídico es aquel que quien lo sufre está en la obligación de soportarlo, merced a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. Por su parte y por sustracción de materia, será antijurídico aquel daño que quien lo sufre no está en la obligación de soportar, porque aquel no encuentra justificación alguna en la normatividad vigente.

II.I.II. La imputación.

Como se ha mencionado con precedencia, la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 dispuso la reformulación de la estructura de la responsabilidad patrimonial del Estado, al punto que, como lo reconocen ahora la doctrina y la jurisprudencia, en la responsabilidad pública se ha dejado de lado la concepción clásica de los elementos de la responsabilidad, para desarrollar una teoría propia de los elementos de esta institución jurídica en el derecho público que se concreta en por lo menos dos nuevos elementos: el daño y la imputación. Así lo entendió Gil Botero quien, en salvamento de voto a la sentencia de 18 de enero de 2008 del Consejo de Estado, Expediente No. 15128, afirmó lo siguiente:

“La Sala Parte, en este caso implícitamente, del reconocimiento de que son varios los elementos estructurales de la responsabilidad extracontractual del Estado, los cuales serían, a saber: i) daño antijurídico, ii) hecho dañoso, iii) nexo causal y, en algunos casos, iv) imputación.

La anterior estructura conceptual, en mi criterio, desconoce los postulados sobre los cuales se fundamenta la responsabilidad del Estado a partir de la Carta Política de 1991, en tanto el artículo 90 del estatuto superior estableció solo dos elementos de la responsabilidad, los cuales son: i) el daño antijurídico, y ii) la imputación del mismo a una autoridad en sentido lato o genérico”. (Citado en Velásquez 2013, p. 152).

De esta manera, la imputación como elemento de la responsabilidad del Estado debe entenderse como la atribución jurídica de un daño antijurídico causado por un agente estatal, a la entidad pública con la cual este ostente alguna vinculación legal o reglamentaria, o incluso contractual.

Sin embargo, como lo ha reconocido el Consejo de Estado, la imputación como atribución jurídica del daño debe analizarse en dos planos: el fáctico y el jurídico, pues:

“Como se viene afirmando, la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera con fundamento en los distintos criterios de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional)”. (Consejo de Estado. Sección Tercera, junio 12, 2014).

La imputación fáctica, reconocida como simple imputación por Henao (1998, p. 37), supone la atribución del daño a una entidad pública en el plano de lo material, vale decir, supone acreditar que el daño antijurídico causado puede endilgársele a la entidad por encontrar, en el plano de los hechos, elementos que determinen que uno de sus agentes ocasionó el daño, pues como lo explica Gil Botero:

“La imputación fáctica tiene como propósito determinar si en el plano material, mas no necesariamente causal, el daño es atribuible o no a un sujeto de derecho. Así las cosas, antes de abordar el análisis de la imputación jurídica o el fundamento de la responsabilidad, es imprescindible que la lesión o afectación antijurídica esté radicada en cabeza de la entidad o del sujeto pasivo de la relación. Verificado lo anterior, es posible abordar el análisis sobre la imputación jurídica, esto es, si existe un fundamento normativo que concrete, en el caso específico, la obligación de resarcir el daño antijurídico.

En otros términos, la imputación fáctica – y con ella la imputación objetiva del daño – consiste en un estudio retrospectivo que recae sobre la acción u omisión del sujeto, mientras que la imputación jurídica supone la realización de un análisis prospectivo y netamente normativo dirigido a determinar si, una vez establecida la atribución material del daño, existe o no el deber jurídico – subjetivo u objetivo – de resarcir el perjuicio.” (2013, p. 55).

En tal sentido la imputación fáctica representa un ejercicio en el cual al juez de la responsabilidad le está dado determinar si, en el plano material, la causación de un daño

puede ser atribuida a una entidad por haber sido ocasionado por la conducta activa u omisiva de uno de sus agentes.

La precisión realizada por el tratadista colombiano en la que indica que la imputación fáctica obedece a una atribución material, más no causal, representa una vital importancia para entender los elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado, pues una cosa es que en el plano de lo material (causalidad física¹⁰) se pueda atribuir una conducta a un sujeto por su acción u omisión, y otra muy distinta que la conducta atribuida al sujeto sea la causa de la generación del daño antijurídico (causalidad jurídica¹¹). Sobre este particular pueden estudiarse las principales teorías de la causalidad aplicables en la jurisprudencia y la doctrina colombianas y que han sido explicadas por Tamayo Jaramillo (2007, T1), que corresponden a la teoría de la equivalencia de condiciones¹² y la teoría de la causalidad adecuada¹³.

¹⁰ “Puede suceder que aunque haya causalidad física no haya, sin embargo, causalidad jurídica. En efecto, el derecho de la responsabilidad civil tiene establecido que cuando el agente causa el daño físicamente, pero su conducta está determinada por una causa extraña, estaremos frente a la ruptura del nexo causal y, por tanto, se considera que jurídicamente el daño no ha sido causado por el agente. Así, por ejemplo, si una persona lesiona a otra porque un tercero en forma imprevisible e irresistible lo ha lanzado contra la víctima, es claro que la causa física última de la lesión es el cuerpo de quien fue empujado. Sin embargo, para efectos jurídicos se acepta que el único causante del daño fue quien lanzó a esta persona contra la víctima.” (Tamayo, T1, p. 249).

¹¹ “(...) causalidad jurídica significa que el hecho le es imputable jurídicamente al demandado. Ahora bien, no en pocas oportunidades la causalidad física constituye al mismo tiempo causalidad jurídica. Es lo que ocurre, por ejemplo, cuando una persona causa una lesión a otra en forma dolosa. En tales circunstancias, existe tanto causalidad jurídica como causalidad física.” Tamayo, T1, p. 249).

¹² Sobre esta explica el autor que: “(...) todos los fenómenos que participaron en la cadena causal que desembocó en la producción del daño, y sin los cuales este no se habría producido, deben considerarse como causas equivalentes del mismo, y si una o más faltas del demandado se encuentran incluidas en esa causal, entonces habrá que considerar que dichas faltas son causa del perjuicio.” (p. 376).

¹³ Por su parte, esta otra teoría supone que: “(...) no todas las causas que intervienen en la producción de un efecto son equivalentes. En consecuencia, solo las que se consideran adecuadas tienen incidencia causal desde el punto de vista jurídico. Si entre esas causas adecuadas se encuentran uno o más comportamientos ilícitos del demandado o los demandados, todos ellos se considerarán como causa adecuada del daño. No significa, pues, que una causa que se considere más adecuada que las otras, ipso facto excluya a las demás.

Por lo anterior, el estudio de causalidad del daño atribuible a la conducta de un sujeto, será un análisis que se realice en la imputación jurídica o fundamento del deber de reparar, y no en la atribución material del daño o imputación fáctica.

II.I.III. El fundamento del deber de reparar.

Por su parte la imputación jurídica, o fundamento del deber de reparar en la teoría de Henao (1998), consiste en el análisis de la existencia de la obligación de reparar el daño causado, pues como lo explica Gil Botero al hacer una distinción entre la *imputatio facti* y la *imputatio iure*:

“(…) la imputación fáctica supone un estudio conexo o conjunto entre la causalidad material y las herramientas normativas propias de la imputación objetiva que han sido delineadas precisamente para establecer cuándo un resultado, en el plano material, es atribuible a un sujeto. De otro lado, la concreción de la imputación fáctica no supone el surgimiento de la obligación de reparar, ya que se requiere un estudio de segundo nivel, denominado imputación jurídica, escenario en el que el juez determina si además de la atribución en el plano fáctico existe una obligación jurídica de reparar el daño antijurídico; se trata, por ende, de un estudio estrictamente jurídico en el que se establece si el demandado debe resarcir o no los perjuicios, bien a partir de la verificación de la culpa (falla), o por la concreción de un riesgo excepcional al que es sometido el administrado, o de un daño especial que frente a los demás asociados es anormal y que parte del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas”. (Gil, 2013, p. 84).

De otro lado, puede suceder que un comportamiento no se considere causa adecuada del daño. Todo depende de las circunstancias.” (p. 378).

Conforme con lo anterior, en el fundamento del deber de reparar o imputación jurídica, el juez debe realizar un análisis estrictamente jurídico en el que determine si a aquella entidad a la que se le atribuyó materialmente la causación de un daño, le surge la obligación de indemnizarlo, a partir de un estudio de los títulos jurídicos subjetivos u objetivos de imputación, y a través de la verificación de la ocurrencia de una causa extraña.

En otras palabras, en el fundamento del deber de reparar el juez examina si se han configurado cada uno de los elementos jurídicos necesarios para atribuirle la responsabilidad de la conducta de su agente a la entidad estatal demandada, a través del análisis de los títulos de imputación (falla del servicio, daño especial y riesgo excepcional) o si se ha probado la ocurrencia de una causal de exoneración de responsabilidad (causa extraña¹⁴) que por su parte implique la imposibilidad de atribuir jurídicamente la causación del daño a la entidad, y por lo mismo, la imposibilidad de declarar su responsabilidad y condenar al pago de la respectiva indemnización.

II.II. Aproximación al concepto y alcance de la privación injusta de la libertad.

¹⁴ En relación con la causa extraña Tamayo Jaramillo explica que: “[t]radicionalmente se ha dicho que la causa extraña exonera de responsabilidad a quien aparece como presuntamente responsable, teniendo en cuenta que en determinado momento el daño producido debe considerarse como causado por un fenómeno exterior a la actividad del agente; por tanto, la actividad del demandado no aparece sino como un simple instrumento de causas anteriores a la causa extraña, pues, es independiente de la culpabilidad, y solo está referida a la causalidad que debe existir entre el hecho del agente y el daño producido.” (2007, T2, p. 6). De esta manera la causa extraña como acontecimiento externo a la conducta del agente puede configurarse cuando se presentan: i) el caso fortuito o la fuerza mayor (Velásquez, 2013, p. 513), ii) el hecho exclusivo de la víctima (Velásquez, 2013, p. 516), y iii) el hecho exclusivo de un tercero (Velásquez, 2013, p. 517).

Como se acaba de mencionar, el estudio de la responsabilidad patrimonial del Estado debe desarrollarse, en su última fase (fundamento del deber de reparar), a través de un análisis de imputación jurídica, que en el caso particular de la responsabilidad pública se realiza a través de los títulos subjetivos (falla del servicio) u objetivos (daño especial y riesgo excepcional) de imputación.

Sin embargo, debemos destacar que, en tratándose del régimen de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, aquel ha sido reconocido como un título de imputación autónomo que por supuesto – como se explicará más adelante – se ha incorporado tanto en los títulos subjetivos de responsabilidad estatal, como en aquellos títulos de responsabilidad objetiva reconocidos en la jurisprudencia contencioso administrativa.

Este particular título de imputación integra el denominado régimen de responsabilidad estatal por la actuación de la administración de justicia que encuentra su fundamento en el artículo 65 de la Ley 270 de 1996 (estatutaria de la administración de justicia - LEAJ), en el cual se reproducen los elementos constitucionales de la responsabilidad pública reconocidos en el artículo 90 superior y analizados en el acápite anterior, pero haciendo referencia específica a los daños antijurídicos causados por la acción u omisión de los agentes judiciales.

Así, para la Ley 270 de 1996 el régimen de responsabilidad estatal por la actuación de la administración de justicia está integrado por tres posibles títulos de imputación entre los que se encuentran: i) la responsabilidad del Estado por error jurisdiccional (Ley 270, art. 66, 1996), ii) la responsabilidad estatal por defectuoso cumplimiento de la administración

de justicia (Ley 270, art. 69, 1996), y iii) la responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad, cuál es el que nos interesa para el presente trabajo.

De esta manera, afirmando que la responsabilidad por privación injusta de la libertad constituye un título autónomo de atribución jurídica de la responsabilidad del Estado, el profesor Gil Botero reconoció que: “[l]a libertad, como bien jurídico, se instrumentaliza en el derecho de daños mediante el título de imputación denominado ‘privación injusta de la libertad’”. (2013, p. 474).

Tal autonomía se desprende de la preceptiva legal dispuesta en el artículo 68 de la LEAJ que dispuso lo siguiente: “[q]uien haya sido privado injustamente de su libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios.” (Ley 270, art. 68, 1996).

Desde esta perspectiva debe entenderse que el régimen de responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad se enmarca en los presupuestos de aplicación de la medida de detención preventiva que fue analizada en el capítulo anterior, toda vez que aquella se ejecuta – en la mayoría de los casos – mucho antes de la declaratoria de responsabilidad penal o de absolución del investigado.

Teniendo en cuenta lo anterior, se debe precisar que el régimen de responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad solamente es aplicable cuando, habiéndose decretado una medida de aseguramiento de detención preventiva, el investigado se ve favorecido con una sentencia absolutoria, o el proceso penal ha precluido, o incluso se ha producido la prescripción de la acción penal, pues, cualquiera de los tres casos aquí mencionados daría cuenta de que el Estado aplicó una restricción de la libertad a un sujeto

sin haber podido desvirtuar su presunción de inocencia, por lo que se constituye en una restricción en principio injustificada.

Así las cosas, si la decisión de la sentencia penal corresponde a una declaratoria de responsabilidad por la comisión de un delito, no se estaría ante una privación injusta de la libertad, sino ante una privación legítima que se deriva del ejercicio del *ius puniendi* del Estado.

De lo anterior surge entonces la necesidad responder a un interrogante que cuestiona lo siguiente: ¿Cuándo se consolida una privación injusta de la libertad que cumpla con los elementos de la responsabilidad previamente analizados y que conlleve una declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado?

Para dar respuesta al interrogante resulta útil reproducir el argumento esbozado por Gil Botero, quien expresa que:

“(…) el hecho de que el Estado imponga a un ciudadano un instrumento procesal penal que garantice su comparecencia al proceso, o que lo someta a las consecuencias negativas que en todo sentido se padecen por la sola existencia del proceso para luego absolverlo por cualquier circunstancia, constituye una decisión que en sí misma configura un daño antijurídico.” (2013, p. 478).

De esta proposición podría entenderse entonces que siempre que el Estado aplique una medida de aseguramiento de detención preventiva, sin que logre desvirtuar la presunción de inocencia del detenido por habersele absuelto, por haber precluido la investigación, o incluso porque se generó la figura de la prescripción de la acción penal, se consolida un

daño antijurídico que, según las explicaciones previamente expuestas, la víctima no está en la obligación de soportar.

Sin embargo, el mismo tratadista aclara que tal situación no consolida *per se* la obligación de reparar a cargo del Estado cuando – aplicando la teoría general de la responsabilidad patrimonial – se consolida una causa extraña que por su parte puede configurarse a partir del hecho exclusivo de la víctima o el hecho de un tercero, pues afirma:

“Lo anterior, no significa que todo daño antijurídico que se genere en un proceso judicial, por esa circunstancia, sea atribuible inexorablemente a la administración de justicia, comoquiera que la lesión puede resultar no imputable a la organización pública con motivo de una causal eximente de responsabilidad, por ejemplo, el hecho determinante y exclusivo de la víctima o de un tercero.” (Gil, 2013, p. 478).

Debido a lo anterior, no toda privación de la libertad ejecutada a través de la medida de detención preventiva constituye un daño indemnizable a cargo del Estado pues, cuando la víctima concurre de manera determinante a la aplicación de tal medida, como cuando se cuenta con acervo probatorio suficiente que permite inferir sumariamente su vinculación al punible y se consolidan los requisitos legales para la aplicación de la misma, se configura una causal de eximente de la responsabilidad representada en el hecho exclusivo de la víctima, que ha sido explicada por Santofimio, junto con otras causales, de la siguiente forma:

“La responsabilidad del Estado-administración de justicia por privación injusta de la libertad exige examinar como eximente la culpa de la víctima (que la Ley 270 de

1996 comprende), la cual se produce cuando el privado de la libertad contribuye de manera determinante y excluyente a la producción del daño antijurídico, como puede ocurrir cuando (1) se evade al cumplimiento inmediato de la medida de aseguramiento; (2) impuesta como medida de este tipo la detención domiciliaria, se corrobora que no se materializó en ninguna ocasión; (3) se establece que los procesados participaron en la comisión del hecho punible; y (4) nunca se concretó la privación de la libertad pese a haber sido adoptada decisión judicial que la imponía.” (2017, p. 810).

De esta manera, el carácter injusto de la privación de la libertad fue explicado por la Corte Constitucional cuando ejecutó su función de control previo de constitucionalidad de la LEAJ, quien, a propósito de la disposición contenida en el artículo 68 referido expresó que:

“(…) conviene aclarar que el término 'injustamente' se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria. Si ello no fuese así, entonces se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados. Por el contrario, la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de la responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia, debe contemplarse dentro de los parámetros fijados y

teniendo siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención.” (Corte Constitucional. Sala Plena, febrero 5, 1996).

De la anterior hermenéutica se pueden derivar dos ideas principales. Primera: la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad – como ya se analizó a partir de la argumentación esbozada por Gil Botero – no se presenta en todos los casos de privación de la libertad que conlleven a la absolución o a la libertad sin condena del investigado, pues, como lo establece la Honorable Corte Constitucional, ello implicaría reconocer que el ordenamiento autoriza una cláusula automática de reparación de perjuicios a quien ha sido privado de su libertad.

Segunda: solamente se constituye privación injusta de la libertad cuando la detención ha sido desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, situación en la que vienen a jugar un papel importante los principios limitativos o estándares internacionales aplicables a la medida de detención preventiva y que fueron analizados en el primer capítulo de esta obra, para indagar en qué casos esta detención preventiva se puede considerar desproporcionada, innecesaria e irrazonable.

Adicional a lo anterior, la detención preventiva no se configurará en una causal de declaratoria de la responsabilidad patrimonial del Estado cuando la víctima haya concurrido, con su conducta, a la aplicación de la medida.

II.III. Tratamiento jurisprudencial de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad en el ordenamiento jurídico colombiano.

Una vez realizada una breve descripción acerca del régimen de responsabilidad estatal aplicable en el ordenamiento jurídico colombiano y de la forma como este se configura para el régimen de privación injusta de la libertad, se procede ahora a realizar una explicación del tratamiento que ha tenido el título autónomo de responsabilidad por privación injusta de la libertad en la jurisprudencia colombiana, para lo cual se explicará cada una de las etapas que ha sufrido la figura en la jurisprudencia contencioso administrativa a partir de algunas sentencias que denotan la asunción de las diferentes posiciones asumidas por el máximo tribunal de lo Contencioso Administrativo, así como de pronunciamientos doctrinarios relevantes sobre el tema.

Es preciso señalar como comentario previo que el desarrollo de cada una de las etapas identificadas no se ejecuta a través de drásticos cambios en la jurisprudencia del Consejo de Estado, razón por la cual podrá observarse, por ejemplo, que en el análisis de las distintas etapas se acuda a una sentencia cronológicamente anterior a alguna de las analizadas en la etapa antepuesta. Tal circunstancia se debe fundamentalmente a dos razones: la primera de ellas corresponde a la organización interna del Consejo de Estado, frente a la cual las distintas secciones se dividen en subsecciones, lo que puede significar la toma de posturas distintas al interior de la misma corporación, situación que – dicho sea de paso – motivó la incorporación del recurso extraordinario de unificación jurisprudencial con la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo;

y la segunda, que corresponde al cambio paulatino de la posición del Consejo de Estado que por su parte implica la generación de amplias discusiones desarrolladas al interior de la corporación para consolidar cambios jurisprudenciales¹⁵.

En tal orden de ideas, se procede a describir los principales aspectos de cada una de las etapas jurisprudenciales.

II.III.I. Primera Etapa: Teoría general de la falla – error de la administración de justicia.

La primera etapa del régimen jurisprudencial de la responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad corresponde a un lapso cuyo fundamento se encuentra exclusivamente enmarcado en los elementos de la responsabilidad dispuestos en el artículo 90 superior, toda vez que para la época en la que se emiten los primeros pronunciamientos del Consejo de Estado con respecto de este tema- y en vigencia de la Constitución de 1991 – aún no se había expedido la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, que constituye el

¹⁵ Frente a tal realidad, expresa Arias:

“(…) la premisa común de las (...) medidas descritas es la aplicabilidad imperiosa a la administración de una sentencia de unificación del Consejo de Estado e interpretativa de la Corte Constitucional, tema que como lo menciona ARBOLEDA PERDOMO (2011, p. 391), fue objeto de intenso debate al interior de la comisión de reforma al Código, ya que si bien es obligación del juez administrativo seguir el precedente vertical, no en pocas oportunidades se advierte al interior del Consejo de Estado, contradicción en los criterios usados en un mismo tema concreto o no existe una línea jurisprudencial consolidada en razón a constantes cambios de postura. Por ello el C.P.A.C.A. abandona los criterios de ‘jurisprudencia’ o de ‘línea jurisprudencial’ para reconducir el camino hacia e de las sentencias de unificación del Consejo de Estado.” (2018, p. 597).

fundamento para reconocer a la privación injusta de la libertad como un título de imputación autónomo de responsabilidad pública.

En tal sentido, la primera etapa evidencia un régimen de responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad impregnado de las características propias del régimen subjetivo de responsabilidad pública, vale decir, de la falla en el servicio, pues como lo afirma Santofimio:

“En la primera [etapa] se consideró que la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad debía aplicarse la teoría subjetiva o restrictiva, según la cual, la responsabilidad del Estado estaba condicionada a que la decisión judicial de privación injusta de la libertad fuera abiertamente ilegal o arbitraria, es decir, que debía demostrarse el error judicial.” (2017, p. 808).

Tal apreciación resulta ser corolario de uno de los primeros pronunciamientos que concreta los argumentos de la teoría de la falla del servicio a partir del error judicial esbozados en la sentencia de 30 de junio de 1994, emitida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, dentro del Radicado No. 9734.

En esta providencia el máximo tribunal de lo contencioso administrativo realizó el control de legalidad, a través del grado jurisdiccional de consulta, a la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar el 19 de abril de 1994, que declaró administrativamente responsable a la Nación colombiana y la condenó al pago de perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales, por los daños sufridos por Neiro José Martínez Ditta, quien el 23 de noviembre de 1992 fue sorprendido por agentes policiales en su casa de habitación, y fue aprehendido sin la existencia de una orden judicial previa y sin haberse

verificado la existencia de flagrancia, bajo la acusación de pertenecer a grupos subversivos de las FARC.

Dentro del proceso penal el demandante resultó detenido a través de la imposición de una medida de aseguramiento, desde el 23 de noviembre de 1992 y hasta el 1 de junio de 1993, fecha en la cual se revocó la medida de cautelar, tras haberse comprobado la inexistencia del ilícito.

Frente a tales irregularidades el Consejo de Estado logró determinar que:

“Las actuaciones que se dejan relacionadas, demuestran en forma clara que el estado es responsable de los perjuicios sufridos por el actor, al ser capturado ilegalmente por agentes de la Policía Nacional. Esa responsabilidad se deriva del hecho de que a través de esa institución se hizo una detención ilegal, porque los detenidos no estaban en situación de flagrancia cuando fueron capturados, ni existía una orden de autoridad competente. Ese procedimiento ilegal de la Policía hizo incurrir en error a la Fiscalía Regional de Valledupar y a la Fiscalía Delegada de Barranquilla, entidades éstas que procedieron a adelantar la investigación correspondiente, con base en los informes rendidos por los agentes de policía que llevaron a cabo la captura y originaron la investigación que culminó con la orden de libertad de los detenidos, ante la comprobación de la inexistencia de hecho punible.” (Consejo de Estado. Sección Tercera, junio 30, 1994).

Derivado de lo anterior, el fallador determinó que el fundamento de la responsabilidad endilgada a la Nación partía de las preceptivas dispuestas en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal vigente para la época (Decreto 2700, art. 414, 1991), que establecían

acción indemnizatoria en favor de quienes hubiesen sido privados injustamente de su libertad cuando se hubiere proferido sentencia absolutoria definitiva o providencia equivalente porque el hecho no existió, el sindicato no lo cometió o la conducta ejecutada no fue constitutiva de hecho punible – situación que se verificó en el proceso penal adelantado contra el señor Martínez Ditta –, preceptivas que por su parte encontraban armonía con las disposiciones contenidas en el artículo 90 de la Carta Política.

Así lo dispuso el Consejo de Estado:

“El Estado es responsable de los perjuicios sufridos por el actor al ser capturado ilegalmente por agentes de la Policía Nacional. Esa responsabilidad se deriva del hecho de que a través de esa institución se hizo una detención ilegal, porque los detenidos no estaban en situación de flagrancia cuando fueron capturados, ni existía una orden de autoridad competente. Ese procedimiento ilegal de la Policía hizo incurrir en error a la Fiscalía Regional de Valledupar y a la Fiscalía Delegada de Barranquilla, entidades éstas que procedieron a adelantar la investigación correspondiente, con base en los informes rendidos por los agentes de policía que llevaron a cabo la captura y originaron la investigación que culminó con la orden de libertad de los detenidos, ante la comprobación de la inexistencia de hecho punible. El artículo 414 del C. de P. P. consagra una acción indemnizatoria en contra del Estado y en favor de quien ha sido privado injustamente de la libertad, cuando sea exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicato no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible. Como en el *sub-júdice* se determinó la inexistencia de hecho punible, el actor tiene derecho a reclamar del Estado Colombiano, una indemnización por los perjuicios

sufridos. Este artículo 414 es fiel desarrollo de artículo 90 de la Carta Política, solo que circunscrito al daño antijurídico proveniente de las precisas circunstancias allí previstas.” (Consejo de Estado. Sección Tercera, junio 30, 1994).

De esta manera, sin argumentación adicional que complemente las proposiciones aquí referidas, el Consejo de Estado determinó, en el caso particular, que el fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado colombiano por privación injusta de la libertad radicó en la detención ilegal y arbitraria que las autoridades de policía perpetraron en la persona del demandante, detención que por su parte llevó a que la Fiscalía General de la Nación incurriera en error y emitiera la medida de aseguramiento del Señor Martínez Ditta.

Con lo anterior se ratifica que la consolidación del régimen de responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad se dio, en su primera etapa, a través de la aplicación del régimen subjetivo en el que la prueba de la falla del servicio – que para los casos de privación injusta de la responsabilidad corresponde a la prueba del error judicial – constituye el elemento central para la procedencia de la declaratoria de responsabilidad y la condena a la indemnización de los perjuicios ocasionados.

II.III.II. Segunda Etapa: Objetivación parcial del régimen.

Partiendo del desarrollo jurisprudencial dispuesto en algunas sentencias del Consejo de Estado, los tratadistas Gil Botero y Santofimio Gamboa describen esta etapa como aquella

en la que el máximo tribunal de lo contencioso administrativo acogió un régimen mixto frente al cual algunas de las causales de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad fueron decantadas a través del régimen subjetivo, en tanto que otras se desarrollaron a partir del régimen objetivo de responsabilidad, todo ello partiendo de la mencionada prescripción contenida en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, que disponía la indemnización por detención preventiva cuando quiera que se hubiese expedido sentencia absolutoria ya sea porque el hecho imputado no existió, porque el sindicado no lo cometió, o porque la conducta imputada no constituía hecho punible.

Así lo reconoce Gil Botero al afirmar que:

“En la jurisprudencia tradicional el Consejo de Estado entendió que solo en esos tres casos el daño le era imputable al Estado según el régimen objetivo, mientras que en los demás supuestos se debería acreditar una falla del servicio para que operara la responsabilidad, puesto que la parte inicial de la disposición determinaba ‘quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar la indemnización de perjuicios’. Así las cosas, se entendió que el artículo analizado contenía dos segmentos normativos: el primero consagraba el régimen general de la falla, al establecer que la persona privada injustamente de la libertad podría demandar la reparación del daño irrogado acreditando una falla, mientras que el segundo apartado fijaba un régimen objetivo de responsabilidad en el que al demandante le bastaba demostrar la existencia del daño antijurídico y que la absolución se había producido por cualquiera de las tres circunstancias referidas. (2013, p. 484).

De esta manera se dispuso lo que podría denominarse una objetivación parcial del régimen de responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad, en el que las causales previstas en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal vigente para la época (inexistencia del hecho, no comisión del hecho por parte del sindicado y atipicidad de la conducta imputada) se consideraron como causales de responsabilidad objetiva frente a las cuales al demandante solo le bastaba probar el daño y la respectiva causal, y en las demás que no fueron previstas por la norma se debía probar la falla del servicio de la administración de justicia.

En tal sentido lo expresó Santofimio Gamboa, quien menciona que:

“En la segunda etapa la Sala determinó que la carga probatoria del actor relativa a demostrar el carácter injusto de la detención para obtener la indemnización de perjuicios o, en otros términos, el ‘error de la autoridad jurisdiccional’ al ordenar la medida privativa de la libertad, debía reducirse tan solo a los casos de detención diferentes a los contemplados en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1991). En efecto, en ese entonces la Sala consideró que ‘en relación con los tres eventos allí señalados [...] la ley había calificado que estaba en presencia de una detención injusta de la libertad y que, por lo tanto, surgía para el Estado la obligación de reparar los perjuicios con ella causados.’ (2017, p. 808).

Tales argumentos fueron acogidos por el Consejo de Estado en, entre otras, la providencia de la Sección Tercera el 4 de diciembre de 2007, dentro del expediente No. 15498.

II.III.III. Tercera Etapa: Objetivación de la responsabilidad estatal por aplicación del principio indubio pro reo.

Esta etapa jurisprudencial se desarrolló a través de varios pronunciamientos de la Sección Tercera del Consejo de Estado entre los cuales se referencia la providencia de 2 de mayo de 2007 con número de radicación 73001-23-31-000-1997-15879-01(15989), en la que el juzgador resolvió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la providencia emitida por el Tribunal Administrativo del Tolima, en la cual el *a quo* declaró la improsperidad de las pretensiones de la demanda de reparación directa interpuesta por la Señora Fanny Ortegón en nombre propio y en representación de su menor hijo Juan Gabriel García Ortegón, y por Dolores Ortegón, José Camelo Navarro y María Oneida Navarro Ortegón.

Los hechos que fundamentaron la demanda refieren a la investigación penal en la que la Señora Fanny Ortegón fue sindicada como coautora del delito de peculado por apropiación, situación por la cual fue detenida de manera preventiva con medida de aseguramiento, y dentro de la cual se logró determinar la ligereza en que incurrió la autoridad judicial frente a la imposición de la medida.

En tal caso el Tribunal Administrativo del Tolima, aunque reconoció la existencia de errores en la investigación debido a indebidas valoraciones probatorias, también determinó la inexistencia de responsabilidad patrimonial del Estado por considerar que en tales circunstancias la autoridad decretó la medida a través de una exposición razonada que se justificó en la existencia de indicios graves en contra del afectado.

De esta manera el Consejo de Estado, tras haber desarrollado una breve síntesis del tratamiento jurisprudencial de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, recalcó lo siguiente:

“(…) la Sala amplió la posibilidad de que se pueda declarar la responsabilidad del Estado por el hecho de la detención preventiva de ciudadanos ordenada por autoridad competente, a aquellos eventos en los cuales se causa al individuo un daño antijurídico, aunque el mismo se derive de la aplicación, dentro del proceso penal respectivo, del principio in dubio pro reo de manera tal que no obstante haberse producido la privación de la libertad como resultado de la investigación e incluso habiendo sido proferida la medida de aseguramiento con el lleno de las exigencias legales, el imputado no llega a ser condenado, circunstancia que hace procedente el reconocimiento de la obligación, a cargo del Estado, de indemnizar los perjuicios irrogados al particular, siempre que éste no se encuentre en el deber jurídico de soportarlos.” (Consejo de Estado. Sección Tercera, mayo 2, 2007).

Posteriormente el máximo tribunal de lo contencioso administrativo, al estimar la existencia del daño alegado por la demandante, entendió que el juez de lo contencioso administrativo debe realizar un juicio que trascienda la legalidad meramente formal aplicada en el proceso penal y que determine si la medida de aseguramiento tomada se aplicó bajo los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, pues al no evidenciarse la proporcionalidad de la medida se hace evidente la causación de un daño antijurídico.

Con fundamento en lo anterior, el *ad quem* consideró que la presunción de inocencia de la Señora Ortigón no fue desvirtuada por la autoridad judicial, por lo que consideró la

inexistencia de justificación objetiva y razonable que determinara la juridicidad del daño soportado por aquella, lo que por su parte llevó a la revocatoria de la sentencia apelada y la declaratoria de responsabilidad en contra de la Rama Judicial con la consecuente condena al pago de los perjuicios de daño emergente, lucro cesante y perjuicios morales.

Otro de los pronunciamientos que decantaron la etapa jurisprudencial analizada lo constituye la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado expedida el 26 de marzo de 2008 dentro del radicado 52001-23-31-000-1997-00036-01(16902), en la que el Tribunal reconoce expresamente la consideración de un régimen objetivo de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, cuando se aplique el principio *in dubio pro reo*.

En esta sentencia el Consejo de Estado resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, en la que el *a quo* negó las pretensiones de la demanda por considerar que la medida objeto de debate se sujetó a las disposiciones legales y por tanto no constituyó privación injusta de la libertad.

Los hechos que fundamentaron la demanda se refieren a la privación de la libertad de que fue objeto el Señor José Gabriel Morales entre el primero de octubre de 1996 y el 31 de octubre de 1997, por la presunta participación en un asalto acaecido el 29 de septiembre de 1996 en la vía que de Túquerres conduce a Tumaco, que posteriormente fue decantada mediante providencia del Juez Penal del Circuito de Túquerres, que lo absolvió de los cargos acusados por no existir prueba de su responsabilidad.

En relación al título de privación injusta de la libertad, el fallador de segunda instancia precisó que:

“(…) la privación injusta de la libertad, en estos casos, puede y debe darse con pleno acatamiento de las exigencias legales, pero, a la postre, si se dicta una decisión absolutoria, por cualquiera de los supuestos ya citados o por duda, se trataría de una decisión legal que pone en evidencia que la medida inicial fue equivocada. El fundamento de la indemnización, entonces, no sería la ilegalidad de la conducta, por lo que debe preguntarse si el hecho de la privación de la libertad, en esas circunstancias, da lugar o no a un perjuicio indemnizable, es decir, si se ha configurado un daño antijurídico. Esto, bajo el entendido que ‘los ciudadanos están obligados a soportar algunas cargas derivadas del ejercicio de las funciones administrativas, y sólo en la medida en que, como consecuencia de dicho ejercicio, se produzca un perjuicio anormal, puede concluirse que han sido gravados de manera excepcional’. De acuerdo con los principios tutelares del Estado Social y Democrático de Derecho, entre los cuales la libertad y la justicia ocupan un lugar privilegiado, frente a la materialización de cualquiera de las hipótesis enunciadas, cuando una persona privada de la libertad sea absuelta, porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, la conducta no constituía hecho punible o por in dubio pro reo, se habrá de calificar sin ambages como detención injusta. Es por ello, que se trata de una responsabilidad objetiva, dado que, en eventos de esta naturaleza, ambos valores se encuentran en juego y un argumento de tipo utilitarista, en el sentido de afirmar que se trata de una carga que se debe soportar en bien de la mayoría, no tiene justificación alguna: ‘la justicia es la primera virtud de las

instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento. por esta razón, la justicia rechaza el que la pérdida de libertad de algunos sea justificada en el mayor bienestar compartido por otros. no puede permitirse que el sacrificio impuesto sobre unos pocos sea sobrepasado por la mayor cantidad de ventajas disfrutadas por muchos... los derechos garantizados por la justicia no están sujetos a regateos políticos ni al cálculo de intereses sociales. siendo las primeras virtudes de las actividades humanas, la verdad y la justicia son innegociables”. (Consejo de Estado. Sección Tercera, marzo 26, 2008).

De esta manera el fallador consideró que el daño antijurídico se consolida cuando la persona sindicada no cometió la conducta punible que se le atribuía, por lo que se consolida una privación injusta de la libertad cimentada en la aplicación del principio *in dubio pro reo*, por lo que procede la respectiva indemnización.

En tal sentido el Consejo de Estado decidió revocar la sentencia de primera instancia y condenar a la Nación – Consejo Superior de la Judicatura – Fiscalía General de la Nación al pago de los perjuicios causados.

Por último, en sentencia de Unificación del 17 de octubre de 2013, emitida dentro del expediente 52001-23-31-000-1996-07459-01(23354), el Consejo de Estado precisó el título de imputación de responsabilidad objetiva bajo el cual se debían decantar los casos de responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad cuando se tuvo en cuenta el principio *in dubio pro reo*.

En tal decisión la Sección Tercera resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de

Nariño dentro de una demanda de reparación directa en la que el Señor Luis Carlos Osorio demandó la indemnización de perjuicios causados por la privación injusta de la libertad de que fue objeto, al ser sindicado del delito de hurto calificado como funcionario de la Fiscalía General de la Nación en Puerto Asís – Putumayo, sin que existieran pruebas que demostraran el punible, razón por la cual la misma Fiscalía General de la Nación revocó la medida de aseguramiento.

En esta sentencia el Consejo de Estado decide unificar su jurisprudencia en relación con el título de privación injusta de la libertad frente a casos en los que se dio aplicación al principio *indubio pro reo*, frente a lo cual, tras considerar que estos casos deben tramitarse bajo el régimen de responsabilidad objetiva, precisó el título de imputación aplicable en los siguientes términos, que se transcriben *in extenso*:

“La Sala Plena de la Sección Tercera ha resuelto avocar el conocimiento del presente caso con el propósito de unificar su jurisprudencia en relación con el régimen de responsabilidad o el título jurídico de imputación aplicable a los casos en los cuales, como en el sub judice, los accionantes reclaman que les sean reparados los daños que les fueron ocasionados a raíz de la privación de la libertad de una persona contra la cual se profirió la correspondiente medida de aseguramiento en el curso de un proceso penal pero, a la postre, se le exonera de responsabilidad en aplicación del principio *in dubio pro reo* (...)

Si se atribuyen y se respetan en casos como el sub judice los alcances que en el sistema jurídico nacional corresponden tanto a la presunción constitucional de inocencia como al principio-valor-derecho fundamental a la libertad —cuya

privación cautelar está gobernada por el postulado de la excepcionalidad, según se ha expuesto—, resulta indiferente que el obrar de la Administración de Justicia al proferir la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva y luego absolver de responsabilidad penal al sindicado en aplicación del principio in dubio pro reo, haya sido un proceder ajustado o contrario a Derecho, en el cual resulte identificable, o no, una falla en el servicio, un error judicial o el obrar doloso o gravemente culposo del agente judicial, pues si la víctima no se encuentra en el deber jurídico de soportar el daño que le fue irrogado, devendrá en intrascendente — en todo sentido— que el proceso penal hubiere funcionado correctamente, pues lo cierto será, ante situaciones como la que se deja planteada, que la responsabilidad del Estado deberá declararse porque, aunque con el noble propósito de garantizar la efectividad de varios de los fines que informan el funcionamiento de la Administración de Justicia, se habrá irrogado un daño especial a un individuo. Y se habrá causado un daño especial a la persona preventivamente privada de su libertad y posteriormente absuelta, en la medida en que mientras la causación de ese daño redundará en beneficio de la colectividad —interesada en el pronto, cumplido y eficaz funcionamiento de la Administración de Justicia, en la comparecencia de los sindicados a los correspondientes procesos penales, en la eficacia de las sentencias penales condenatorias—, sólo habrá afectado de manera perjudicial a quien se vio privado de su libertad, a aquélla persona en quien, infortunadamente, se concretó el carácter excepcional de la detención preventiva y, por tanto, dada semejante ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, esa víctima tendrá derecho al restablecimiento que ampara, prevé y dispone el ordenamiento vigente, en los

términos establecidos en el tantas veces aludido artículo 90 constitucional.”

(Consejo de Estado. Sección Tercera, octubre 17, 2013).

Con fundamento en los anteriores argumentos, el Consejo de Estado encontró probados los daños alegados por el demandante, por lo que resolvió revocar la sentencia de primera instancia y acceder a los pedimentos de la demanda.

II.III.IV. Cuarta Etapa: Objetivación total del régimen de responsabilidad por privación injusta de la libertad.

Esta etapa se desarrolló concretamente a partir del pronunciamiento emitido por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 10 de junio de 2009, dentro del proceso con radicación No. 73001-23-31-000-1998-06680-01(16692).

Los hechos que fundamentan el caso refieren a circunstancias acaecidas en diciembre de 1990, fecha en la cual el Señor Laureano Rodríguez Silva fue contratado por algunos individuos que se hicieron pasar como miembros de la fuerza pública y que tenían secuestrado a un ciudadano, para que Rodríguez Silva les preparara los alimentos. Al negarse a tal pedimento fue amenazado junto con su familia y obligado a no informar la situación a ninguna persona.

Por los anteriores hechos, miembros de la Policía Nacional aprehendieron al Señor Rodríguez Silva y este fue vinculado a proceso penal por los delitos de secuestro extorsivo, porte ilegal de armas y utilización ilegal de uniformes de uso privativo de la fuerza pública, decretándose su medida de aseguramiento el 8 de enero de 1991. Hasta el 6 de marzo de

1996 se profirió sentencia absolutoria en favor del sindicato. El demandante estuvo privado de su libertad por un amplio lapso comprendido entre el 17 de diciembre de 1990 y hasta el 9 de octubre de 1996.

Con fundamento en los hechos brevemente narrados el Tribunal Administrativo del Tolima, al conocer de la acción de reparación directa interpuesta por el Señor Rodríguez Silva, negó las pretensiones de la demanda considerando que no existió privación injusta de la libertad.

Por lo anterior, la Sección Tercera del Consejo de Estado, al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, manifestó, en relación con el título de imputación de responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad, que todos los casos en los que una persona haya sido absuelta en juicio penal, constituyen un daño antijurídico que debe ser reparado mediante el régimen de responsabilidad objetivo, argumentando que:

“En síntesis, en los eventos en que se demuestra que la privación de la libertad fue injusta, - que lo será siempre que el proceso no termine con una sentencia condenatoria —, se está ante un daño imputable al Estado, que debe ser indemnizado con fundamento en lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política, así las razones de absolución o de preclusión de la investigación no obedezcan a ninguna de las causales previstas en el artículo 414 del antiguo C. de P. P. como causales de responsabilidad objetiva, o al indubio pro reo. Lo anterior cobra mayor sustento si se tiene en cuenta que los sindicatos y los acusados, a quienes se les priva de su libertad, no tienen la condición de condenados, y en muchos eventos la detención

encuentra sustento en meras sospechas, circunstancia que trastorna no solamente a los detenidos, sino a su núcleo familiar. Por lo tanto, es dable concluir que la reparación del daño - privación injusta de la libertad - es un derecho que tienen las personas que son detenidas y que finalmente son absueltas, por cualquier causa, siendo los casos en que opera el principio del indubio pro reo, aquellos en que se evidencia la inoperancia de los entes a cargo de llevar a cabo la respectiva investigación. No obstante todo lo anterior, cabe precisar que las pretensiones pueden no prosperar cuando se encuentre que la causa exclusiva del daño lo fue el hecho de la víctima. Se demostró el daño, consistente en la privación de la libertad que soportó el señor Laureano Rodríguez Silva durante 5 años, 9 meses y 22 días, quien fue acusado por los delitos de secuestro extorsivo agravado, en concurso con el porte de armas de defensa personal y utilización de uniformes e insignias de uso privativo de las fuerzas armadas.” (Consejo de Estado. Sección Tercera, junio 10, 2009).

Con fundamento en lo anterior, el Consejo de Estado decidió revocar la sentencia apelada y declarar la responsabilidad de la Nación, condenándola al pago de los perjuicios causados a la parte demandante.

II.III.V. Quinta etapa: Vuelta al régimen subjetivo: Sentencia SU-072 de 2018. Unificación Corte Constitucional.

Decide la Corte Constitucional en la sentencia indicada, en sede de revisión, las tutelas interpuestas en contra de decisiones proferidas por los Tribunales Administrativos de Córdoba y Cundinamarca, así como por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en casos en los cuales las autoridades jurisdiccionales resolvieron las acciones de reparación directa interpuestas por ciudadanos que fueron privados de su libertad y que consideraron tal privación como arbitraria, por lo que requirieron de la autoridad judicial la declaratoria de responsabilidad estatal y la condena al pago de perjuicios con fundamento en el precedente constitucional estatuido a partir de la Sentencia C-037 de 1996, conforme al cual el juzgador debe analizar si la privación de la libertad fue abiertamente desproporcionada y contraria a los procedimientos previstos en la ley, y al precedente contenido en la Sentencia de Unificación expedida por la Sección Tercera del Consejo de Estado en el año 2013 y que fue analizada con precedencia; acciones de tutela que fueron negadas por los jueces de instancia.

Conforme a los hechos de los expedientes acumulados, la Corte Constitucional decidió unificar su jurisprudencia con respecto al régimen de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, configurando el problema jurídico a través del cual se cuestionó si los falladores de instancia dentro de los procesos de reparación directa incurrieron en defecto sustantivo al aplicar un régimen objetivo de responsabilidad a casos de privación injusta de la libertad en la que los investigados fueron absueltos en virtud de la aplicación del principio *in dubio pro reo*.

Luego de realizar una exposición acerca del criterio excepcional de la acción de tutela interpuesta contra providencias judiciales, así como del fundamento y regímenes de la responsabilidad del Estado en el ordenamiento jurídico tanto colombiano como en el

derecho comparado, la Corte Constitucional se centra en la exposición de los argumentos que resuelven el problema jurídico propuesto, exponiendo, como primera medida, que, de conformidad con lo dispuesto en la Sentencia C-037 de 1996 – que resolvió la constitucionalidad de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia –, frente a la exequibilidad del artículo 68 de la LEAJ, se determinó que la privación injusta de la libertad debe entenderse en términos de la aplicación de la medida en una abierta desproporción y violación a los procedimientos legales de manera tal que la privación de la libertad se torne inapropiada, no razonada ni conforme a derecho, sino que se caracterice por su abierta arbitrariedad.

Conforme con lo anterior y reconociendo el tratamiento jurisprudencial, tanto del Consejo de Estado como de la misma Corte Constitucional en torno al régimen de responsabilidad estatal, la Corte consideró que el artículo 90 de la Constitución permite dar aplicación tanto al régimen subjetivo como al objetivo de responsabilidad pues consideró que: “(...) *el daño antijurídico no excluye la posibilidad de exigir la demostración de una actuación irregular del Estado.*” (Corte Constitucional. Sala Plena, Julio 5 de 2018).

Conforme con lo anterior, la Corte Constitucional consideró que no es preciso objetivizar de manera absoluta el régimen de responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad, cuando la disposición contenida en la preceptiva superior admite tanto la aplicación del régimen de falla como la aplicación de los títulos objetivos de imputación de responsabilidad estatal, dando prevalencia al primero de aquellos, pues estimó que:

“De acuerdo con ese panorama y sin definir aún si efectivamente la sentencia C-037 de 1996 estableció un régimen de imputación concreto cuando el daño se ocasiona

por la privación injusta de la libertad, se acota que el Consejo de Estado pasa por alto que la falla en el servicio es el título de imputación preferente y que los otros dos títulos –el riesgo excepcional y el daño especial–, son residuales, esto es, a ellos se acude cuando el régimen subjetivo no es suficiente para resolver una determinada situación.” (Corte Constitucional. Sala Plena, Julio 5 de 2018).

De esta manera concluye el Tribunal Constitucional que conforme a la extensión hermenéutica del artículo 65 de la Ley 270 de 1996, desarrollada en la Sentencia C-037 de 1996, la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad no se debe adscribir a un título de imputación específico, argumentando que:

“(…) dependiendo de las particularidades del caso, es decir, en el examen individual de cada caso, como lo han sostenido el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, el juez administrativo podrá elegir qué título de imputación resulta más idóneo para establecer que el daño sufrido por el ciudadano devino de una actuación inidónea, irrazonable y desproporcionada y por ese motivo, no tenía por qué soportarse.” (Corte Constitucional. Sala Plena, Julio 5 de 2018).

En similar sentido, la Corte reiteró más adelante que:

“(…) la única interpretación posible –en perspectiva judicial– del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 es que el mismo no establece un único título de atribución y que, en todo caso, le exige al juez contencioso administrativo definir si la decisión que privó de la libertad a un ciudadano se apartó de los criterios que gobiernan la imposición de medidas preventivas, sin que ello implique la exigencia ineludible y para todos los casos de valoraciones del dolo o la culpa del funcionario que expidió

la providencia, pues, será en aplicación del principio *iura novit curia*, aceptado por la propia jurisprudencia del Consejo de Estado, que se establezca cuál será el régimen que ilumine el proceso y, por ende, el deber demostrativo que le asiste al demandante.” (Corte Constitucional. Sala Plena, Julio 5 de 2018).

II.III.VI. Quinta Etapa: Vuelta al régimen subjetivo. Reconfiguración del régimen de responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad. Nueva sentencia de unificación del Consejo de Estado.

La sentencia que se procede a analizar resulta de vital relevancia en el esclarecimiento del desarrollo jurisprudencial del título de imputación de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, por cuanto establece los principales criterios aplicables en la actualidad a casos que se enmarquen en el título analizado, y adicionalmente porque, como lo refiere la misma sentencia, el Consejo de Estado modificó su jurisprudencia en relación con el régimen aquí estudiado.

En tal sentido, se trata de la sentencia de unificación proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el pasado 15 de agosto de 2018, dentro del radicado No. 66001-23-31-000-2010-00235 01 (46.947), mediante la cual la sala resolvió el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía General de la Nación en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, en la que se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

Los hechos a que refiere la sentencia de unificación corresponden a la vinculación de la Señora Martha Lucía Ríos Cortés a un proceso penal en el que se le investigó por los delitos de trata de personas y concierto para delinquir y dentro del cual se le profirió detención preventiva como medida de aseguramiento, concluyendo la investigación a partir de la consolidación de la preclusión de la misma por atipicidad de la conducta endilgada a esta.

De esta manera, el Consejo de Estado procedió a hacer una síntesis del desarrollo jurisprudencial de la figura, citando apartes de algunas de las sentencias en las que se determinaron los principales aspectos del régimen de responsabilidad objetiva por privación injusta de la libertad aplicable i) cuando el punible por el que se investiga al sindicado no existió, ii) la conducta investigada no constituía delito alguno, iii) el investigado no cometió delito alguno o iv) se dio aplicación al principio *in dubio pro reo*. De la misma manera precisó la Sección que, conforme a su jurisprudencia, el daño antijurídico también podría irrogarse en eventos distintos a las hipótesis previamente planteadas, como cuando la exoneración del punible se produce por la configuración de una causal de justificación de la conducta como el estado de necesidad, entre otras, argumentando lo siguiente:

“(...) en aquellos eventos en los que una persona es privada de la libertad como consecuencia de una decisión proferida por la autoridad judicial competente y luego es puesta en libertad en consideración a que se dieron los supuestos legales que determinan su desvinculación de la investigación penal, porque la absolución o la preclusión de la investigación obedeció a que el hecho no existió, a que el sindicado no lo cometió, o a que no era delito, o a la aplicación de la figura del *in dubio pro reo*, o a la configuración de alguna de las causas de justificación penal, esta

Corporación entiende que se está frente a un daño imputable al Estado, por privación injusta de la libertad, el cual debe ser indemnizado con fundamento en lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política; no obstante, también sostiene que, si se presenta un evento diferente a éstos, debe analizarse si la medida que afectó la libertad fue impartida “injustamente” (C-037/96), caso en el cual el ciudadano debe ser indemnizado por no estar en el deber jurídico de soportarla.” (Consejo de Estado. Sección Tercera, agosto 15, 2018).

De la misma manera el Tribunal precisó que no es de recibo el argumento según el cual el ciudadano ha de soportar las cargas del proceso penal y con ello asumir como soportable la imposición de una detención preventiva que no se ajuste a los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Como síntesis de la posición asumida por la jurisprudencia anterior, el Consejo de Estado manifestó que:

“(…)bajo la óptica de la actual posición jurisprudencial, basta que haya una privación de la libertad y que el proceso penal no culmine en condena, cualquiera que sea la razón, para que quien la sufre se haga merecedor de recibir una indemnización, así la medida de aseguramiento de la que fue objeto se haya ajustado a derecho y a pesar, incluso, de las previsiones de los artículos 90 de la Constitución Política, 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 68 de la Ley 270 de 1996, esto es, sin importar que el daño producto de ella (la privación de la libertad) sea antijurídico o no (se parte de la base de que ella es per

se antijurídica) y casi que sin reparar en si fue la conducta del investigado la que llevó a su imposición.” (Consejo de Estado. Sección Tercera, agosto, 15, 2018).

Sin embargo, en relación con las características vislumbradas en la jurisprudencia anterior y consolidadas en la sentencia de unificación de 17 de octubre de 2013, el Consejo de Estado procedió a establecer una serie de argumentos, cuyos principales intentarán sintetizarse en seguida, con los cuales modifica la línea jurisprudencial consolidada y procede a unificar jurisprudencia para los casos de privación injusta de la libertad:

El primero de ellos refiere al carácter objetivo atribuido al régimen por la jurisprudencia anterior. Frente a tal posición la Sección consideró que, de acuerdo con las prescripciones contenidas en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991, y el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, al demandante no le basta con acreditar la simple existencia de la privación injusta de la libertad, sino que adicional a lo anterior, y conforme a lo dispuesto por la Corte Constitucional en Sentencia C-037 de 1996, este debe acreditar el carácter antijurídico del daño, lo anterior teniendo en cuenta que cualquier actuación que reconozca lo contrario configuraría una forma automática de reparación de perjuicios.

Desde esta perspectiva tampoco se debe petrificar el título de imputación a través del cual se determine la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, pues, como lo afirma la Sección:

“En todo caso, al hacer el análisis respectivo debe tenerse presente que, como ni la Constitución ni la ley han establecido un título jurídico de imputación, la jurisdicción administrativa ha dado cabida a la utilización de diversos títulos para la solución de los casos propuestos a su consideración, de modo que bien puede el juez

utilizar, en aplicación del principio *iura novit curia* y en consideración a la situación fáctica a decidir, el título de imputación que mejor convenga o se adecúe al caso concreto (...)” (Consejo de Estado. Sección Tercera, agosto 15, 2018).

Aunado a lo anterior, frente a la posición asumida por el Consejo de Estado en relación con la no obligatoriedad de demostración del error judicial o de un defectuoso funcionamiento de la actividad judicial para la declaratoria de responsabilidad por privación injusta de la libertad por cuanto la aplicación del régimen de falla implicaría realizar un análisis de la conducta culposa del agente estatal, la Corporación consideró que el juicio subjetivo de responsabilidad no supone *per se* un reproche subjetivo de la conducta del agente por cuanto la falta debe ser predicable del Estado y tales faltas no siempre devienen de la conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario público, razón por la cual no puede condicionarse la aplicación del régimen a una forma exclusivamente objetiva.

En segundo lugar, el Consejo de Estado se aparta de la configuración jurisprudencial desarrollada con precedencia, al asumir una reinterpretación del principio de la presunción de inocencia en su relación con la figura de la detención preventiva, asumiendo argumentos esbozados por la jurisprudencia constitucional. De esta manera, argumentó el fallador lo siguiente:

“(...) como las medidas preventivas y las privativas de la libertad son de carácter cautelar, mas no punitivo -pues, según el numeral 3 del artículo 37 del Código Penal, ‘la detención preventiva no se reputa como pena’- puede asegurarse que no riñen, de manera alguna, con la presunción de inocencia, tal como lo ha sostenido la

Corte Constitucional, dado que esa presunción se mantiene intacta mientras a la persona investigada ‘no se le haya declarado judicialmente culpable’ (art. 29 C.P.), esto es, ‘mientras no se establezca legalmente su culpabilidad’ (Convención Americana sobre Derechos Humanos) o, lo que es lo mismo, ‘mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley’, a pesar de lo cual es válidamente posible limitarle su libertad en forma temporal, tal como lo prevén la Constitución (art. 2835) y la ley (v.gr. artículo 308 del actual Código de Procedimiento Penal) (...)” (Consejo de Estado. Sección Tercera, agosto 15, 2018).

De esta manera concluye el juzgador que la libertad no es un derecho absoluto y que la detención preventiva no tiene relación alguna con la presunción de inocencia en la medida en que su naturaleza es de carácter cautelar y no punitivo, razón por la cual ante la aplicación de una medida de detención preventiva la presunción de inocencia se mantiene intacta.

En tercer lugar, reconociendo el carácter no absoluto del derecho fundamental a la libertad, el Consejo de Estado reconoció que no solamente el ciudadano puede reclamar justicia del Estado, sino que este último también puede reclamar justicia para sí, razón por la cual el carácter injusto de la detención no debe fundamentarse en apreciaciones vagas, sino por el contrario, en el incumplimiento de los condicionamientos dispuestos en la legislación para su aplicación, pues como lo dispone el fallador:

“(...) como la indemnización se abre paso cuando se demuestra que la privación de la libertad del procesado fue injusta, podría no ser admisible ni justo con el Estado - el cual también reclama justicia para sí- que se le obligara a indemnizar a quien ha

sido objeto de la medida de detención preventiva cuando para la imposición de esta, se han satisfecho los requisitos de ley ni cuando a pesar de haber intentado desvirtuar la duda mediante la práctica de pruebas, no se ha podido obtener o 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, caso en el cual, si el juez verifica que se cumplieron los deberes y exigencias convencionales, constitucionales y legales que corresponden al Estado para privar provisionalmente de la libertad a una persona, como aquellos de que tratan los ya citados artículos 28 y 250 constitucionales (inclusive este último después de la modificación que le introdujo el Acto Legislativo 03 de 2002), las normas de procedimiento penal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mal puede imponer una condena en contra de este último.” (Consejo de Estado. Sección Tercera, agosto 15, 2018).

Del mismo modo, para la configuración del carácter injusto de la medida de privación de la libertad con fines de indemnización, el máximo tribunal determinó que le corresponde al juez de la responsabilidad administrativa examinar si quien fue privado de la libertad actuó, desde el punto de vista civil, con culpa grave o dolo, y si con base en ello se dio apertura a la investigación penal y a la imposición de la medida privativa de la libertad, pues conforme a lo dispuesto en el artículo 70 de la Ley 270 de 1996, se entiende que hay culpa exclusiva de la víctima cuando esta ha actuado con dolo o culpa grave, lo que implica que el juez debe determinar si la persona que soportó la medida fue quien dio lugar al desarrollo del proceso penal y a la imposición de la misma.

Conforme con todo lo anterior, el Consejo de Estado decidió unificar la jurisprudencia en los siguientes términos:

“(…)en lo sucesivo, 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 cuando se encontró que el hecho no existió, que el sindicato no cometió el ilícito o que la conducta investigada no constituyó un hecho punible, o que la desvinculación del encartado respecto del proceso penal se produjo por la aplicación del principio in dubio pro reo, será necesario hacer el respectivo análisis a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, esto es, identificar la antijuridicidad del daño.

Adicionalmente, deberá el juez verificar, imprescindiblemente, incluso de oficio, si quien fue privado de la libertad actuó, visto exclusivamente bajo la óptica del derecho civil, con culpa grave o dolo, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva.

(…) El funcionario judicial, en preponderancia de un juicio libre y autónomo y en virtud del principio iura novit curia, puede encausar el análisis del asunto bajo las premisas del título de imputación que considere pertinente, de acuerdo con el caso concreto y deberá manifestar de forma razonada los fundamentos que le sirven de base para ello.”.” (Consejo de Estado. Sección Tercera, agosto 15, 2018).

En tal sentido, en el caso concreto, realizado un análisis del acervo probatorio, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo determinó que si bien la demandante fue objeto de una medida de detención preventiva, fue la conducta de la misma la que dio lugar

a la investigación adelantada y a la imposición de la medida, por lo que resolvió revocar la sentencia de primera instancia y negar las pretensiones de la demanda.

Por todo lo anterior, es dable concluir que, conforme a lo dispuesto en el precedente jurisprudencial vigente, el régimen de responsabilidad por privación injusta de la libertad corresponde en la actualidad a un régimen subjetivo en el que, por un lado la parte demandante no solo debe demostrar la existencia de la medida sino que también debe comprobar la antijuridicidad del daño y la falla del servicio de la autoridad judicial, sin que ello implique un análisis de culpabilidad de la conducta del agente dañoso; y por la otra, el juez debe aplicar el título de imputación más conveniente en aplicación del principio *iura novit curia*, e indagar exhaustivamente si el sujeto sobre quien se impuso tal medida contribuyó con su culpa o dolo a la apertura de la investigación penal y a la imposición de la medida de aseguramiento.

Frente a la última proposición aquí descrita se acude al argumento esbozado por Santofimio Botero, quien afirma que:

“La responsabilidad del Estado – administración de justicia por privación injusta de la libertad exige examinar como eximente [de responsabilidad] la culpa de la víctima (que la Ley 270 de 1996 comprende), la cual se produce cuando el privado de la libertad contribuye de manera determinante y excluyente a la producción del daño antijurídico, como puede ocurrir cuando (1) se evade al cumplimiento inmediato de la medida de aseguramiento; (2) impuesta como medida de este tipo la detención domiciliaria, se corrobora que no se materializó en ninguna ocasión; (3) se establece que los procesados participaron en la comisión del hecho punible, u (4)

nunca se concretó la privación de la libertad pese a haber sido adoptada decisión judicial que la imponía.” (2017, p. 810).

CAPÍTULO III.

RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO COLOMBIANO POR VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS DERIVADA DE PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD.

Decantada la descripción de la regulación de la medida de detención preventiva en el ordenamiento jurídico colombiano, así como el desarrollo jurisprudencial evidenciado al interior del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo en torno a la causación de daños antijurídicos que generen responsabilidad estatal derivados de la aplicación de tal figura, resulta ahora pertinente, conforme a los objetivos pretendidos en el desarrollo de esta investigación, determinar si existe o puede existir responsabilidad internacional del Estado colombiano por la violación a derechos humanos que se derive precisamente de decisiones que no reconocen indemnización de perjuicios en el ordenamiento interno cuando se ha configurado un caso de privación injusta de la libertad.

Frente a tal interrogante es preciso aclarar que, conforme lo ha indicado el Consejo de Estado en el precedente judicial vigente, la privación injusta de la libertad se configura cuando la aplicación de la medida de aseguramiento no se realiza en estricto cumplimiento de los parámetros normativos dispuestos en la legislación para su aplicación, o cuando habiéndose cumplido con todos los procedimientos dispuestos en el ordenamiento jurídico, el afectado logra demostrar la existencia de un daño que no debió soportar, llegando a probar la existencia de una falla en la administración de justicia, tal y como se evidenció en el último aparte del capítulo anterior.

Con fundamento en lo anterior podría entenderse que en aquellos casos en los que no se verifiquen los supuestos aquí indicados no se configuraría una privación injusta de la libertad, razón por la cual no se podría acudir a un análisis de responsabilidad internacional del Estado por esta causa.

Sin embargo, como el interrogante aquí planteado da por superada la discusión acerca de los parámetros que constituyen la privación injusta de la libertad en el orden interno estatal y, por el contrario, se concentra en el análisis de la responsabilidad internacional del Estado por la violación a derechos humanos que se deriven de la aplicación injusta de esta medida, para todos los efectos de este capítulo se entenderá por privación injusta de la libertad, ya no la aplicación de la medida según los parámetros decantados por el Consejo de Estado, sino aquella medida que, aunque para la legislación interna no se considere injusta y por lo mismo no resulte en la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado, se caracterice por sustraerse de los estándares internacionales exigidos por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos para la aplicación de las restricciones cautelares a la libertad del individuo.

En tal sentido, el desarrollo de este capítulo se concentrará en la delineación de dos temas relevantes para la resolución del interrogante planteado: como primera medida se abordará una breve descripción de los fundamentos y características del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y de la responsabilidad internacional del Estado en este sistema, en la cual se pretende dilucidar por qué deben responder internacionalmente los Estados y cuándo lo deben hacer, y en el segundo se abordará un análisis comparativo de los argumentos dispuestos por el Consejo de Estado en el precedente jurisprudencial vigente frente a los estándares internacionales del Sistema Interamericano de Derechos

Humanos narrados en el primer capítulo de este trabajo, para determinar si aquellos se ajustan o no a estos y consecuentemente concluir si puede o no existir responsabilidad internacional del Estado colombiano por la violación a derechos humanos en casos de privación injusta de la libertad en los que no se reconoció indemnización.

III.I. Fundamentos de la responsabilidad internacional del Estado en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. ¿Por qué debe responder el Estado colombiano?

Para poder responder el interrogante aquí planteado se procederá a describir brevemente la configuración del Sistema Interamericano de Derechos Humanos desde el punto de vista organizativo, para posteriormente analizar las obligaciones por las que debe responder el Estado al interior del sistema y finalizar con una breve indicación de los principales instrumentos jurídicos internacionales del Sistema que protegen la libertad individual y regulan, ya sea de manera general o específica, la institución de la detención preventiva.

III.I.I. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

El surgimiento del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, como se encuentra hoy concebido, data de los años 1978 y 1979, cuando entró en vigencia

la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) el 18 de julio de 1978, al haberse depositado la undécima ratificación – nueve años después de redactada la Convención –, y al configurarse la elección de la primera Corte Interamericana de Derechos Humanos el 22 de mayo de 1979.

De esta manera, fue la misma Convención, en su artículo 33, el instrumento jurídico internacional que dispuso de la organización del sistema a través de la constitución de dos órganos de la Organización de Estados Americanos (OEA): la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CrIDH), quienes, por su parte, se encargan de promover y garantizar la protección de los Derechos Humanos en todo el territorio de las américas y, específicamente, en los territorios de los Estados que acogieron su competencia.

Sin embargo, es preciso aclarar que la creación y entrada en funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aconteció en un período histórico anterior, pues, como lo reconocen Steiner y Uribe, “[esta] *había sido creada en 1959 e inició sus funciones en 1960, cuando el Consejo de la OEA aprobó su Estatuto y eligió a sus primeros miembros.*” (2014, p. 7).

Así, desde la expedición de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, se dispuso de su creación, cuando el artículo 106 de determinó lo siguiente:

“Habrá una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tendrá, como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia.

Una convención interamericana sobre derechos humanos determinará la estructura, competencia y procedimiento de dicha Comisión, así como los de los otros órganos encargados de esa materia.” (Carta OEA, art. 106, 1948).

Con lo anterior, se entiende que:

“La CIDH es un órgano principal y autónomo de la Organización de los Estados Americanos (OEA) encargado de la promoción y protección de los derechos humanos en el continente americano. Está integrada por siete miembros independientes que se desempeñan en forma personal y tiene su sede en Washington, D.C. Fue creada por la OEA en 1959 y, en forma conjunta con la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), instalada en 1979, es una institución del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos (SIDH).” (CIDH)

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuya regulación se encuentra dispuesta en la Parte Segunda, Capítulo VII de la Convención, de acuerdo a lo mandado en el citado artículo 106 de la Carta OEA, tiene como principales funciones las de promoción de los derechos humanos, la formulación de recomendaciones a los Estados para que adopten medidas progresivas de reconocimiento de tales derechos, la preparación y solicitud de informes a los Estados en materia de derechos humanos, así como la emisión de consultas formuladas por los Estados en cuestiones relacionadas con derechos humanos, entre otras. (CADH, art. 41, 1969).

De esta manera, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 de la Convención:

“Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte.” (CADH, 1969, art. 44).

Frente a la presentación de las peticiones de presuntas vulneraciones o amenazas a los derechos humanos de que trata el citado artículo es requisito dispuesto por la Convención que concurran lo requisitos señalados en el artículo 46 del instrumento internacional, que corresponden a los siguientes: i) el agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna del Estado; ii) la interposición de la petición dentro de los seis meses siguientes a la notificación de la decisión definitiva tomada en la jurisdicción interna; los requisitos señalados en los dos primeros numerales no son aplicables cuando quiera que no exista dentro de la legislación interna un proceso debido para la protección de los derechos amenazados o vulnerados, cuando por diversas circunstancias no se permita al lesionado o afectado la interposición de los recursos o se le haya impedido hacerlo, o cuando haya un retardo injustificado en los mecanismos de protección internos frente a la decisión de tales recursos; iii) que no exista frente a la materia de la petición otro procedimiento de arreglo internacional que se encuentre pendiente; y iv) que exista una plena identificación de las personas a que refiere el artículo 44 citado. (CADH, art. 46, 1969).

Una vez interpuesta la queja o petición corresponde a la Comisión evaluar su admisión, frente a lo cual deberá rechazar toda petición que i) carezca del cumplimiento de los requisitos previamente indicados, ii) la exposición de los hechos permita determinar que aquellos no constituyen una violación a derechos humanos, iii) la petición sea

manifiestamente infundada o improcedente, y iv) la petición corresponda a una que ya haya sido examinada por la comisión u otro organismo internacional (CADH, art. 47, 1969).

Una vez declarada la admisión de la petición la Comisión deberá requerir al gobierno del respectivo Estado, dentro de un plazo razonable, informes acerca de los hechos denunciados; verificar si los motivos de la denuncia subsisten o no, caso en el cual, de no existir, ordenará el archivo del expediente; examinar el asunto con el fin de comprobar la existencia de los hechos, para lo cual, de ser necesario, desarrollará una investigación en la cual los Estados deben brindar todas las facilidades necesarias; solicitar a los Estados información pertinente para la resolución del caso y recibir exposiciones verbales o escritas de los interesados; y formular la solución amistosa del asunto siempre que se salvaguarden los derechos reconocidos en la Convención. (CADH, art. 48, 1969). De no llegarse a una solución amistosa la Comisión expedirá un informe en el que emita sus proposiciones y recomendaciones, el cual será transmitido a los correspondientes Estados, sin que estos puedan publicarlo (CADH, art. 50, 1969); después de la emisión de tal informe el Estado cuenta con tres meses para aplicar las medidas que den solución al caso o para que este o la Comisión sometan a la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el respectivo asunto. La Comisión emite las recomendaciones pertinentes y fija un plazo para que el Estado tome las medidas para remediar la situación, plazo después del cual, si el Estado no ha ejecutado las medidas pertinentes, procederá la publicación del respectivo informe.

Una vez sometido el asunto a la competencia de la CrIDH la Comisión podrá emitir un informe con su opinión y conclusiones. (CADH, art. 51, 1969).

Posterior al desarrollo del procedimiento ante la CIDH y sometido el caso a la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se inicia el trámite ante el organismo jurisdiccional.

De esta manera, la competencia de la Corte solamente acaece cuando, según lo dispuesto en el artículo 61 de la CADH, se haya agotado el procedimiento indicado por la Convención ante la CIDH.

En tal sentido debe entenderse que “[l]a Corte Interamericana de Derechos Humanos es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [y] ejerce sus funciones de conformidad con las disposiciones de la citada convención y [de su estatuto]”. (Steiner y Uribe, 2014, p. 799).

Por lo anterior, las funciones de la CrIDH pueden sintetizarse en dos principales: la primera de ellas corresponde a avocar conocimiento de los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos, conforme a lo dispuesto en el numeral tercero del artículo 62 de aquella, y la segunda corresponde a la resolución de consultas formuladas por los Estados acerca de la interpretación de la Convención u otros tratados que hagan parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, así como de la compatibilidad de normas internas de los Estados con respecto de los tratados internacionales del Sistema, conforme a lo dispuesto en el artículo 64 de la CADH.

Para el desarrollo de aquellas funciones, particularmente las relacionadas con la competencia jurisdiccional de la CrIDH, este organismo cuenta con tres facultades desarrolladas por Steiner y Uribe, de la siguiente manera:

“El artículo 63 de la CADH establece tres facultades que la Corte IDH puede ejercer cuando conozca de algún asunto: la de disponer el *goce de los derechos conculcados* a favor de quienes la Corte declare han sido afectados en ellos; la de ordenar la *reparación* de los mismos; y la de adoptar *medidas provisionales* para evitar daños irreparables a las personas. Se trata de una norma de orden adjetivo, referida a la competencia y funciones de la Corte, y no de la parte sustantiva de la Convención, donde se declaran los deberes de los Estados parte. No obstante, ellas son expresión de principios establecidos en el derecho internacional y que son consecuencia lógica del incumplimiento de los referidos deberes, como son la obligación de reparar y la de adoptar medidas provisorias de protección, indispensables para no hacer ineficaz la resolución de fondo. En virtud de esta norma se establecen consecuencias concretas y obligatorias para los Estados parte, que otorgan efectividad al sistema interamericano de derechos humanos y lo diferencian de otros sistemas internacionales de protección de derechos.” (2014, p. 821).

Frente a las medidas de reparación y provisionales que puede ordenar la Corte para la protección de los derechos consagrados en la Convención y en otros instrumentos internacionales, los mismos autores han reconocido una clasificación que integra i) medidas de restitución, ii) medidas de rehabilitación, iii) medidas de satisfacción, iv) garantías de no

repetición, y v) la imposición de la obligación de investigar, juzgar y sancionar las conductas que dieron lugar a la violación de tales derechos.

Las primeras medidas corresponden al restablecimiento de la situación anterior a la violación de los derechos humanos, en la medida en que tal situación sea posible. Conforme a aquellas la Corte ha reconocido como tales:

“(…) a) el restablecimiento de la libertad de personas detenidas ilegalmente; b) la devolución de bienes confiscados ilegalmente; c) el regreso al lugar de residencia del cual la víctima fue desplazada; d) el reintegro al empleo; e) la anulación de antecedentes judiciales, administrativos, penales o policiales y cancelación de los registros correspondientes, y f) la devolución, demarcación y titulación del territorio tradicional de las comunidades indígenas para proteger su propiedad comunal.” (Steiner y Uribe, 2014, p. 828).

Las medidas de rehabilitación por su parte implican la atención en salud tanto física como psíquica de las víctimas, que por su parte debe ser brindada por el Estado de manera gratuita e inmediata, en tanto que las medidas de satisfacción corresponden a la reparación del daño inmaterial causado por la violación a los derechos humanos y corresponden a, entre otras, “(…) *actos u obras de alcance o repercusión pública, actos de reconocimiento de responsabilidad, [y] disculpas públicas (…)*”. (Steiner y Uribe, 2014, p. 829).

Por su parte las garantías de no repetición hacen referencia a la asunción de medidas tendientes a que las violaciones de derechos humanos no vuelvan a ocurrir. Entre ellas se destacan: “(…) a) *medidas de adecuación de la legislación interna a los parámetros convencionales; b) capacitación de funcionarios públicos en derechos humanos; y c) la*

adopción de otras medidas para garantizar la no repetición de violaciones.” (Steiner y Uribe, 2014, p. 829).

Finalmente, la imposición de la obligación de investigar, juzgar y sancionar a los perpetradores de la violación implica la identificación de los autores tanto materiales como intelectuales de los hechos, así como la aplicación de las correspondientes sanciones tanto administrativas como penales y la determinación del paradero de las víctimas, entre otras medidas (Steiner y Uribe, 2014, p. 829).

Desde esta perspectiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplica el procedimiento jurisdiccional que ha sido determinado en su reglamento, sobre el cual no haremos referencia en este trabajo por cuanto no corresponde al objeto del mismo, pero que en todo caso debe conducir a la emisión de un fallo motivado (CADH, art. 66, 1969), definitivo e inapelable (CADH, art. 67, 1969), de obligatorio cumplimiento para los Estados parte (CADH, art. 68, 1969) y que debe ser notificado a las partes del caso y transmitido a todos los Estados parte de la Convención (CADH, art. 69, 1969).

III.I.II. Las obligaciones internacionales del Estado Colombiano frente a la protección de los Derechos Humanos.

De la Convención Interamericana de Derechos Humanos surgen unas obligaciones especiales para los Estados parte, que se constituyen en el epicentro del Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos, y que conforman el fundamento del

régimen de responsabilidad internacional del Estado por la violación a estos derechos, pues, como lo dispone Santofimio:

“La responsabilidad internacional de los Estados se incorpora a los sistemas de protección de los derechos humanos, y en concreto en el interamericano. Su sustento normativo inicial se encuentra en el artículo I.I de la Convención Americana de Derechos Humanos, de manera que es atribuible a todo Estado el menoscabo de los derechos reconocidos en la misma Convención siguiendo las reglas del derecho internacional, y fundada como supuesto de imputación la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o su configuración a partir de la ‘presunción judicial de atribución de responsabilidad’.” (2017, p. 368).

De esta manera el autor citado fundamenta la responsabilidad internacional del Estado en el incumplimiento de las obligaciones contenidas en el artículo I.I. de la CADH, ya sea por la acción u omisión de las autoridades públicas que conlleven a la violación de los derechos reconocidos en la Convención y en otros instrumentos normativos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En tal sentido es menester indicar las obligaciones generales por las que deben responder los Estados Parte de la Convención, para de esta manera responder al interrogante principal planteado en el presente acápite que corresponde al porqué los Estados deben responder internacionalmente dentro del Sistema Interamericano previamente descrito.

Con ello es preciso indicar el fundamento normativo de la responsabilidad estatal en el Sistema Interamericano, cuya fuente, como se anotó, se encuentra dispuesta en el artículo I.I de la Convención que expresa lo siguiente:

“Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.” (CADH, art. 1, 1969).

Sin embargo, no solamente es el artículo I.I de la Convención la disposición normativa que señala las obligaciones generales a las que se comprometen los Estados signatarios en relación con la protección y garantía de los Derechos Humanos, sino que también estos se comprometen a dar cumplimiento a la obligación contenida en el artículo 2 de la Convención que establece que:

“Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.” (CADH, art. 2, 1969).

Conforme con las normas aquí referidas se establece que las obligaciones generales por las que deben responder los Estados signatarios de la Convención corresponden a las

obligaciones de respeto y garantía de los Derechos Humanos de las cuales también se desprende la denominada cláusula de no discriminación, y la obligación de adoptar disposiciones en los ordenamientos internos necesarias para el aseguramiento del respeto y garantía de los mismos.

Del incumplimiento de tales preceptivas se acude al concepto de lo que el derecho internacional ha denominado el hecho ilícito internacional, que se encuentra definido en la Resolución No. A/56/589 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que en su artículo segundo establece que establece que: “[h]ay *hecho internacionalmente ilícito cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión: a) es atribuible al Estado según el derecho internacional; y b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado.*” (Res. A/56/589, art. 2, 2002).

En tal sentido, allí obra el fundamento de la responsabilidad internacional del Estado en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, por cuanto, cualquier contravención o incumplimiento a las obligaciones generales del sistema por parte de los Estados, constituye un hecho internacionalmente ilícito.

Frente a tal concepto, Steiner y Uribe han aclarado lo siguiente:

“Para determinar si un hecho es internacionalmente ilícito se debe recurrir exclusivamente al derecho internacional, no importa si el hecho es conforme al derecho interno del Estado, o si de acuerdo al propio derecho interno, el Estado estaba obligado a actuar de ese modo, lo que importa es que el hecho sea contrario a la obligación internacional asumida por el Estado. Este es un principio fundamental del derecho internacional reiterado en diversas ocasiones por los tribunales

internacionales. Por otro lado el hecho internacionalmente ilícito puede ser un acto o una omisión, esto es particularmente relevante para el derecho internacional de los derechos humanos.” (2014, p. 14).

Esta proposición resulta relevante para los efectos de este trabajo, por cuanto refiere a que la caracterización del hecho internacionalmente ilícito se centra en el incumplimiento de obligaciones internacionales del Estado, aun cuando las actuaciones de la autoridad se hayan ajustado a lo dispuesto en las normas de derecho interno, lo que por su parte implica que, aun cuando el Estado alegue el cumplimiento de su ordenamiento interno desde la perspectiva formal e incluso material, si su actuación contraviene alguna de las obligaciones internacionales de este, se consolidaría un hecho internacionalmente ilícito.

De esta manera, se procederá a realizar una breve explicación de cada uno de los elementos que integran las obligaciones internacionales del Estado colombiano en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, para determinar cuando el Estado comete un hecho internacionalmente ilícito en relación con sus obligaciones de protección de los Derechos Humanos.

Obligación de respeto y garantía de los derechos humanos.

Del artículo I.I de la Convención surge la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos, que a su vez se integra por tres elementos de que deben ser tenidos en cuenta: i) el respeto de los Derechos Humanos a cargo del Estado; ii) la garantía de tales derechos; y iii) la cláusula de no discriminación.

i) Respeto.

En relación con la obligación de respeto Steiner y Uribe establecen que:

“(…) consiste en cumplir directamente con la norma establecida, ya sea absteniéndose de actuar o dando una prestación. Lo anterior debido a que el ejercicio de la función pública tiene límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado.” (2014, p. 47).

Por su parte, los mismos autores, citando a Gros Espiell, entienden que la cláusula de respeto consiste en: *“la obligación del Estado y de todos sus agentes, cualquiera que sea su carácter o condición, de no violar, directa ni indirectamente, por acciones u omisiones, los derechos y libertades reconocidos en la Convención.”* (Gros Espiell en Steiner y Uribe, 2014, p. 47).

Conforme con lo anterior, la obligación de respeto supone la no intervención con fines de limitación del derecho por parte del Estado, o la ejecución de medidas específicas – prestaciones – para su efectivo cumplimiento. De esta manera el deber de respeto pone cara a cara al Estado frente al derecho mismo, no indaga la intervención de otros sujetos distintos a los titulares del derecho y al titular principal de la obligación, vale decir, se establece en la relación directa que debe existir entre Estado y persona titular, de manera tal que al Estado no le está permitido cercenar tal titularidad y por el contrario debe ejecutar todas las medidas necesarias que conduzcan a su efectiva realización.

De esta manera Ferrer y Pelayo, afirman que:

“Entre las medidas que debe adoptar el Estado para respetar dicho mandato normativo se encuentran las acciones de cumplimiento, que pueden ser positivas o negativas y estarán determinadas por cada derecho o libertad. Esta obligación comprende todos los derechos, tanto civiles y políticos, como económicos, sociales y culturales, los cuales por su naturaleza llevan implícita una fuerte carga prestacional.” (2017, p. 25).

ii) *Garantía.*

Frente a la obligación de garantía aquella implica:

“(…) el deber de los Estados de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.” (Ferrer y Pelayo, 2017, p. 28).

De la misma manera, Steiner y Uribe, citando a Gros Spiell, entienden que tal obligación consiste en: “(…) *el deber de impedir o hacer todo lo racionalmente posible para impedir que se violen los derechos humanos de las personas sometidas a la jurisdicción del Estado por parte de cualquier persona, pública o privada, individual o colectiva, física o jurídica.*” (Gros Spiell en Steiner y Uribe, 2014, p. 49).

Para entender de mejor manera la obligación de garantía es preciso compararla con la obligación de respeto. En tal sentido se afirmó que la primera supone una relación entre el Estado y el ciudadano y que consiste en el impedimento que el Estado tiene de violar, directa o indirectamente, los derechos humanos de los titulares de aquellos y de ejecutar todas las medidas necesarias para asegurar su efectividad. Pues bien, si la obligación de

respeto se centra en una relación bipartita entre Estado y titular del derecho, la obligación de garantía supone una relación tripartita entre Estado, titular del derecho y un tercero que quiere vulnerar los derechos de otra persona.

Conforme a lo anterior la obligación de garantía representa el deber del Estado de impedir que otros violen los derechos humanos de las personas, razón por la cual se entiende la relación tripartita en la que el Estado funge como garante, pero no es a él a quien se le atribuye la violación, sino que esta se le adjudica a un tercero de quien el Estado debe impedir que ejecute los actos violatorios del derecho.

iii) *Cláusula de no discriminación.*

Tal y como lo disponen Ferrer y Pelayo:

“El artículo 1.1 de la Convención Americana no solo establece las obligaciones generales de respeto y garantía, sino también una cláusula que prevé que las personas deben gozar y ejercer ‘sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social’ los derechos consagrados en dicho pacto.” (2017, p. 46).

En tal sentido y conforme a las obligaciones previamente descritas, también corresponde al Estado brindar un tratamiento sin discriminación a todas las personas asociadas a este, así como impedir que terceros ejecuten tratamientos diferenciados por las razones y motivos expuestos en el artículo 1.1 de la Convención.

Todas estas obligaciones permiten concluir entonces que cuando el Estado interviene de manera ilegítima, vale decir, sin criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad los derechos contenidos en la Convención y en los demás tratados internacionales que hacen parte del Sistema Interamericano y que reconocen derechos humanos, ya sea directa o indirectamente; o permite que terceros los vulneren; o genera tratamientos diferenciados a determinadas personas frente al reconocimiento de los derechos humanos; o permite que terceros lo hagan, incurre en un hecho internacionalmente ilícito y permite que se activen los instrumentos de protección instituidos en la Convención para el aseguramiento de su garantía, protección y reparación en los términos previamente analizados.

Obligación de adoptar disposiciones de derecho interno.

Del artículo segundo de la Convención también surge la obligación de los Estados parte de adoptar disposiciones en el derecho interno que sean acordes y guarden coherencia con las disposiciones convencionales, frente a la cual Steiner y Uribe afirman que:

“Uno de los deberes convencionales de mayor importancia para la armonización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con la normatividad interna, lo constituye la obligación de los Estados nacionales de adoptar *disposiciones de derecho interno*, sean legislativas o de otro carácter, para otorgar efectividad a los derechos y libertades previstos en los tratados internacionales.” (2014, p 72).

De lo anterior se pueden sustraer dos elementos de vital importancia: el primero de ellos refiere a que el objetivo de la adopción de disposiciones internas debe tener como finalidad el reconocimiento efectivo de los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales que hacen parte del Sistema, y el segundo permite inferir que la adopción

de disposiciones internas no solamente implica modificaciones en la legislación de los Estados sino que puede representar la asunción de medidas de carácter administrativo o incluso la adopción de medidas de orden constitucional en cada uno de los Estados obligados, así como la inclusión del control de convencionalidad en las decisiones judiciales.

Adicionalmente Ferrer y Pelayo agregan un tercer elemento que integra la obligación aquí estudiada y que consiste en la obligación de los Estados de evitar expedir normas jurídicas que impliquen el desconocimiento de tales derechos:

“(…) en relación con el artículo 2 de la Convención, la Corte IDH ha señalado que dicha norma obliga a los Estados partes a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades protegidos por dicho pacto internacional. Los estados no solo tienen la obligación positiva de adoptar las medidas legislativas necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos en ella consagrados, sino que también deben evitar promulgar aquellas leyes que impidan el libre ejercicio de estos derechos, y a la vez evitar que se supriman o modifiquen las leyes que los protegen.” (2017, p. 81).

III.I.III. Principales instrumentos internacionales vinculantes para el Estado colombiano en materia de libertad y detención preventiva.

Con todo lo anterior, se hace necesario ahora precisar las principales normas jurídicas de carácter internacional, así como otros instrumentos normativos que si bien no ostentan eficacia jurídica directa, contribuyen a la delimitación de los deberes del Estado colombiano en relación con la garantía y protección del derecho a la libertad personal, analizado desde la óptica de las limitaciones instituidas por el orden internacional para la implementación de la medida de detención preventiva.

De esta manera el primer instrumento de carácter internacional que se debe indicar en relación con tal derecho corresponde a la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, aprobada en la novena conferencia internacional americana realizada en Bogotá en 1948.

En tal instrumento se otorga una importancia superlativa a la libertad personal, al punto de que el mismo preámbulo de la declaración expresa lo siguiente:

“Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros.

El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad.” (DADH, preámbulo, 1948).

En tal sentido se puede afirmar que la Declaración se inspira y promulga con la finalidad de garantizar la libertad personal y de constituirla como el epicentro de la acción estatal

americana. Sin embargo, la referencia a la libertad no se concentra únicamente en el preámbulo de la declaración, sino que también lo hacen los artículos primero, que refiere al derecho humano a la libertad; el artículo tercero que reconoce el derecho a la libertad religiosa y de culto; el artículo cuarto que integra el reconocimiento como derecho a las libertades de investigación, opinión, expresión y difusión del pensamiento; pero sin lugar a dudas, el artículo más importante para los efectos de esta investigación corresponde al vigésimo quinto, que establece una limitación al accionar del Estado frente al reconocimiento y garantía de la libertad individual, al disponer que:

“Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes.

Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil.

Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad.” (DADH, art. 25, 1948).

De otro lado, la Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, cuya referencia ha sido reiterada en el presente trabajo por la naturaleza propia del problema abordado, dispuso en su artículo 7 la regulación general internacional del derecho a la libertad individual, reconociendo que:

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

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

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

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

5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

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

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.” (CADH, art. 7, 1969).

De la norma transcrita se derivan varios elementos importantes para el objeto de este trabajo como son, entre otros: i) se establece el principio de legalidad como elemento fundamental para el ejercicio de restricciones a la libertad personal; ii) se establece la prohibición expresa de sometimiento a detención arbitraria a cualquier ser humano; iii) se dispone la obligación de que el privado de la libertad conozca las razones de su detención; iv) se dispone la obligación de juicio del detenido en un término razonable, so pena de que se deba decretar su libertad; v) se establece la imposición de garantías para la comparecencia del investigado al juicio, constituyendo la medida de detención como *ultima ratio*; y vi) se dispone el principio de juez natural frente a la detención preventiva, con el fin de que ejerza el control de legalidad de la medida.

Adicional a la preceptiva anterior, resulta también de vital relevancia para el presente escrito, la disposición contenida en el artículo 10 de la CADH, que establece que: “[t]oda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial.” (1969).

Si bien el artículo previamente citado no hace referencia expresa al error judicial en la aplicación de la medida de detención preventiva, tal norma sí sirve para determinar un punto de comparación en relación con el derecho a indemnización que deben tener los sujetos que han sido privados injustamente de su libertad, ello de acuerdo a las medidas de reparación que ya se anotaron cuando se describieron brevemente los principales elementos característicos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Por último, también constituyen un referente importante para el presente trabajo los principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de la libertad en las américas, adoptados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el 131 periodo ordinario de sesiones desarrollado entre el 3 y el 14 de marzo de 2008, documento que si bien no hace referencia específica a la medida de detención preventiva, si delimita el contenido de algunos de los principios que ya fueron analizados como estándares internacionales de aplicación de la prisión preventiva en el capítulo primero de este trabajo.

III.II. ¿Puede existir responsabilidad internacional del Estado colombiano ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos por casos de privación injusta de la libertad?

Conforme a todo lo anterior, es preciso señalar ahora si puede existir responsabilidad del Estado colombiano por la no indemnización de perjuicios en los casos en los que se haya privado injustamente de la libertad a un ciudadano, para lo cual será necesario contrastar los argumentos expuestos por el Consejo de Estado en el precedente jurisprudencial vigente, frente a los estándares internacionales analizados en el primer capítulo del presente trabajo y a las exigencias del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Sin embargo, antes de realizar el análisis aquí propuesto se hace necesario precisar algunos comentarios:

En primera medida se debe aclarar que para soportar la pretensión de responsabilidad internacional del Estado será necesario, conforme a los requisitos previstos por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos previamente analizados, que se hayan agotado los recursos tanto ordinarios como extraordinarios a que haya lugar en la jurisdicción interna colombiana de lo Contencioso Administrativo.

En segundo lugar, es preciso señalar que, frente a los casos de responsabilidad internacional del Estado por privación injusta de la libertad se estará hablando de hechos internacionalmente ilícitos que se circunscriben a la violación del deber de respeto de los Estados al derecho humano a la libertad, pues, como se precisó con precedencia, la obligación de respeto hace referencia al deber del Estado de no intervenir o vulnerar ni directa ni indirectamente los derechos humanos previstos en los instrumentos internacionales del Sistema, y en los casos de privación injusta de la libertad, es el mismo Estado quien toma las medidas de restricción al derecho, pues si se tratase de un tercero que cercena la libertad a un individuo, se estaría hablando de una violación al deber de garantía previamente analizado.

Conforme con lo anterior se procederá a analizar los argumentos de la jurisprudencia vigente en torno a la indemnización de perjuicios derivada de la aplicación de la medida de detención preventiva, en contraste con los estándares internacionales aplicables a esta y a las obligaciones internacionales del Estado colombiano frente al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, para determinar en qué casos la falta de indemnización de los perjuicios conlleva a la procedencia de una eventual responsabilidad internacional del Estado por la violación de derechos humanos:

III.II.I. La unificación jurisprudencial.

De acuerdo con la sentencia de unificación proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el pasado 15 de agosto de 2018, dentro del radicado No. 66001-23-31-000-2010-00235 01 (46.947), y que fue analizada en el capítulo anterior, el Consejo de Estado decidió unificar su jurisprudencia del régimen de responsabilidad Estatal por privación injusta de la libertad en el entendido que, en todos los casos que se ajusten a tal régimen, el juez debe identificar el carácter antijurídico del daño alegado, o lo que es lo mismo, identificar si la víctima se encuentra en obligación de soportarlo, y además, verificar si el privado de la libertad actuó con culpa grave o dolo para determinar si se constituye un eximente de la responsabilidad del Estado que se consolida en la culpa exclusiva de la víctima, y de esta manera determinar la procedencia de la indemnización respectiva.

Conforme con lo anterior, el criterio expuesto en la unificación jurisprudencial, puede no ajustarse a los estándares internacionales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y a las obligaciones internacionales del Estado frente a este sistema, por los argumentos que se procederán a explicar, en contraste con los argumentos planteados en la sentencia indicada.

III.II.II. Primer argumento de la sentencia: La aplicación del régimen de responsabilidad.

De acuerdo con la jurisprudencia vigente, el régimen de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad es aplicable, o lo que es lo mismo, se genera responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, cuando el investigado haya sido privado de su libertad *i)* sin que le hecho haya existido, *ii)* el sindicado no lo haya cometido, *iii)* no se haya constituido delito, *iv)* se haya liberado al privado de su libertad dando aplicación al principio *in dubio pro reo*, *v)* se haya absuelto al investigado por haberse demostrado la ocurrencia de una causal de justificación de la conducta, o *vi)* se haya probado una falla del servicio que se determina a partir de la ocurrencia de un error judicial o de un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.

Desde esta perspectiva se reconoce que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha desarrollado una amplia caracterización del régimen de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad que, en todo caso se circunscribe a las normas dispuestas en el Código Penal y en el Código de Procedimiento Penal.

Sin embargo, frente a lo anterior se considera que el ordenamiento jurídico colombiano debe integrar, además de las anteriores causales de responsabilidad – si así pudiera denominárseles – algunos criterios dispuestos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos frente a la medida de detención preventiva, entre los cuales son de vital importancia el reconocimiento de la aplicación ilegítima o arbitraria de la medida como una causal adicional y taxativa, conforme con la obligación que ostenta el Estado de adecuar

sus disposiciones del ordenamiento interno a los contenidos materiales de los Derechos Humanos.

De esta manera, como lo reconoce García Falconi:

“En el análisis de la privación ilegítima de la libertad, la Corte IDH subraya la necesidad de que la detención se adecúe a las causas y condiciones establecidas por los marcos constitucionales y ordenamientos jurídicos nacionales, a efecto de no contravenir lo dispuesto en el artículo 7.2 de la CADH.” (2010, p. 345).

Conforme con lo anterior, será ilegítima toda detención preventiva que no se ajuste a los cánones dispuestos en los artículos 303 ss. del Código de Procedimiento Penal colombiano, y por lo mismo ha de constituir una causal taxativa de responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad.

De la misma manera, la detención arbitraria, entendida por la Corte IDH como aquella que, aun dándose por causas y métodos calificados como legales (legítima), se reputa incompatible con el respeto de los derechos humanos del individuo por acudir a acciones u omisiones que sean contrarios a aquellos, o que se caractericen por su irrazonabilidad, imprevisibilidad o falta de proporcionalidad (García, 2010, p. 348), situación que también debe preverse como causal taxativa de la responsabilidad patrimonial del Estado en orden al cumplimiento de la obligación de adecuación del ordenamiento jurídico interno.

Esta consideración se hace necesaria en virtud de que tales disposiciones adecuadas en el ordenamiento jurídico interno permitirían, además, identificar el compromiso del Estado

con el respeto y garantía del principio de legalidad y del derecho humano al debido proceso.

III.II.III. Segundo argumento de la sentencia: El soporte de la carga del proceso penal.

Conforme con la aplicación del precedente jurisprudencial dispuesto en sentencia de unificación del Consejo de Estado analizada, el fallador ha dispuesto que el ciudadano no debe soportar la carga del proceso penal con la imposición de una medida de detención preventiva que no se ajuste a los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

En tal sentido, la argumentación del máximo tribunal parece ajustarse a las exigencias de la jurisprudencia interamericana en torno a los estándares internacionales aplicables a la medida de detención preventiva, tal y como se explicó en el capítulo primero de este trabajo.

Sin embargo, se considera que, aunque en la sentencia se asume la expresión aquí indicada, en los argumentos esbozados posteriormente, y que se analizarán enseguida, el contenido y alcance del precedente instaurado lacera los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, lo que puede constituir la responsabilidad internacional del Estado por la violación del derecho humano a la libertad personal, al impartir una medida de detención preventiva con el carácter de injustificada.

III.II.IV. Tercer argumento de la sentencia: La acreditación por parte del demandante del carácter antijurídico del daño.

Conforme al precedente jurisprudencial vigente, corresponde al demandante demostrar que el daño que sufrió es un daño antijurídico para así poder exigir la indemnización del mismo. Tal situación implica que el demandante debe demostrar que la alteración a sus condiciones de normalidad que sufrió con la privación injusta de la libertad, era una situación que no estaba en obligación de soportar.

Sin embargo, frente a la obligación impuesta al demandante por el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado surge un interrogante esencial: ¿Cómo puede el accionante – quien sufrió la privación de su libertad a través de la aplicación de una medida de detención preventiva – demostrar la antijuridicidad del daño en sede de reparación de perjuicios?

La respuesta a este interrogante se encuentra en unos escenarios evidentes: el demandante deberá demostrar en sede de reparación de perjuicios que la privación de la libertad es un daño que no debe soportar, por cuanto: *i)* el hecho que se le imputó no existió, *ii)* el sindicado no lo cometió, *iii)* la conducta no fue constitutiva de delito, *iv)* existieron dudas razonables para determinar su responsabilidad por lo que se dio aplicación al principio *in dubio pro reo*, *v)* la conducta imputada fue ejecutada en virtud de la aplicación de una causal de justificación de la conducta, o *vi)* probando la existencia de una falla del servicio en términos generales, de acuerdo con las causales dispuestas por el

precedente para la configuración de la responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad.

Sin embargo, se encuentra en la jurisprudencia analizada una situación particular: el precedente obliga al demandante a probar la antijuridicidad del daño, situación que puede demostrarse como se acaba de indicar, y que en tratándose de las alternativas contenidas en los numerales *i), ii), iii), iv), y v)*, aquellas consolidan situaciones que ya han sido probadas dentro del proceso penal y por las cuales se le absolvió de su presunta responsabilidad penal, situación que devino en la recuperación de la libertad.

En tal sentido, se considera que la obligación dispuesta en el precedente constituye la imposición de una carga adicional a la víctima de la detención preventiva, quien además de tener que probar los criterios antes enunciados al interior del proceso penal, ahora debe demostrarlos nuevamente al interior del proceso de reparación de perjuicios, so pena de no ser reconocida la indemnización pretendida.

Conforme a lo anterior, se considera que tal obligación del precedente, constituye una violación por parte del Estado al derecho humano del demandante en un proceso de responsabilidad estatal, a las garantías judiciales efectivas, consagrado en el numeral primero del artículo 8 de la CADH, lo que daría lugar a una eventual responsabilidad internacional del Estado por violación al deber de respeto al imponer cargas injustificadas que sustraerían al demandante del derecho de recibir indemnización del daño asumido.

De esta manera la medida de detención preventiva se tornaría anulatoria del derecho a la libertad personal al no haber sido aplicada como medida cautelar, excepcional, necesaria y aplicada como última ratio del proceso penal.

III.II.V. Cuarto argumento de la sentencia: La obligación del demandante de demostrar la falla.

De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, la objetivación del régimen de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad constituye la anulación del derecho de acceso a la justicia del que también es titular el mismo Estado, razón por la cual debe corresponder al demandante demostrar el error judicial o un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia como causa de la aplicación de la medida de detención preventiva para efectos de que pueda ser reconocida su indemnización.

Tal circunstancia, podría resultar atentatoria del derecho humano a la libertad personal toda vez que permitiría la imposición de medidas de detención preventiva arbitrarias, pero legítimas, en las cuales, al ajustarse al ordenamiento legal, sería casi imposible la demostración del error judicial o de la defectuosa actuación de la administración de justicia.

En tal sentido se evidencia la necesidad de que la ilegitimidad y la arbitrariedad en la aplicación de la medida de detención preventiva sean consideradas como causales de responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad, como se anotó con precedencia, y adicionalmente que se apliquen las causales de responsabilidad objetiva decantadas por la jurisprudencia del consejo de Estado en las etapas dos y tres de la jurisprudencia contencioso administrativa decantadas en el capítulo anterior, so pena de que la medida de

detención preventiva se aplique de manera indiscriminada bajo criterios de legalidad, pero apartándose de los contenidos esenciales de los demás derechos humanos.

La demostración de la falla del servicio como regla general en los procesos de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad lograría el desconocimiento de los estándares de proporcionalidad, razonabilidad, necesidad y última ratio, entre otros, a los cuales debe ajustarse la aplicación de la medida de aseguramiento.

III.II.VI. Quinto argumento de la sentencia: La no vulneración de la presunción de inocencia con la imposición de la medida de detención preventiva.

Considera el Consejo de Estado en su jurisprudencia unificada que la aplicación de la medida de detención preventiva no constituye *per se* una violación al principio de presunción de inocencia por cuanto aquella no está constituida en el ordenamiento jurídico colombiano con el carácter de pena, sino más bien como una medida de carácter preventivo.

En tal sentido, ha asumido el fallador que la presunción de inocencia se mantiene incólume mientras la persona no sea vencida en juicio, muy a pesar de que, en el entretanto, aquella se encuentre privada de su libertad bajo una medida de aseguramiento.

Al tenor de lo esbozado por el Consejo de Estado pareciera entenderse que la interpretación asumida es respetuosa de los estándares internacionales a los que debe sujetarse la aplicación de la medida de detención preventiva.

Sin embargo, tal apreciación no puede ser compartida por cuanto al asumirse que la presunción de inocencia solamente se desvirtúa cuando el acusado ha sido vencido en juicio, esta afirmación no le resta el carácter vulneratorio del derecho a la libertad a la medida de detención preventiva, por cuanto aunque esta se aplique como una medida preventiva, se le están atribuyendo al detenido las graves consecuencias que conlleva una declaratoria de responsabilidad incluso antes de haber sido considerado culpable en un juicio, razón por la cual los estándares internacionales enfatizan en el carácter cautelar y excepcional que debe caracterizar la aplicación de la detención preventiva.

En tal sentido, no es dable entender que la presunción de inocencia no se viola con la aplicación de la medida de detención preventiva cuando esta representa la privación de la libertad que se constituye en la consecuencia inmediata a la declaratoria de responsabilidad penal y por lo tanto al decaimiento de la presunción de inocencia.

Conforme a lo anterior, cuando la medida de detención preventiva se aplica de manera indiscriminada, sin atender a los criterios de excepcionalidad, finalidad cautelar, interpretación restrictiva, necesidad y proporcionalidad, tal actuación constituirá una flagrante violación al derecho humano a la libertad personal que, en caso de no ser indemnizada por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, ocasionará la responsabilidad internacional del Estado por la comisión de un hecho internacionalmente ilícito.

III.II.VII. Sexto argumento de la sentencia: La validez de la limitación temporal de la libertad.

Establece el fallador en su sentencia de unificación que conforme a los argumentos previamente analizados, resulta válido limitar temporalmente la libertad personal a través de la medida de detención preventiva, conforme a lo previsto en la Constitución y la Ley.

Sin embargo, se considera que tal argumento debe sujetarse a las condiciones que imponen los estándares de proporcionalidad y razonabilidad que deben caracterizar a la medida para que sea respetuosa de los derechos humanos, toda vez que, según la interpretación del Consejo de Estado, la privación de la libertad se justifica según las disposiciones del ordenamiento jurídico, pero no se centra en aclarar que la validez de la limitación no puede extenderse en un tiempo indeterminado ni tampoco se debe aplicar cuando puedan existir otras medidas que afecten en menor grado los derechos del investigado.

Desde esta perspectiva se considera que siempre que la medida no se ajuste al criterio de proporcionalidad y que tal proporcionalidad no sea distinguida en sede de reparación directa, habrá responsabilidad internacional del Estado, aun cuando la medida se ajuste a los criterios de legalidad dispuestos en el ordenamiento jurídico.

Igualmente, cuando la medida aplicada se extienda en el tiempo en un plazo que exceda los límites de lo razonable y que tal circunstancia no sea tomada en cuenta por el fallador de la reparación directa al momento de determinar la responsabilidad del Estado, tal

circunstancia generará responsabilidad internacional del Estado por la violación injustificada del derecho humano a la libertad del privado de este derecho.

III.II.VIII. Séptimo argumento de la sentencia: La indagación de la conducta de la víctima del daño para eximir de responsabilidad al Estado.

Como último de los principales argumentos esbozados por el Consejo de Estado en sentencia de unificación se percibe la idea de que el juzgador de lo contencioso administrativo tiene el deber de indagar si el privado de la libertad actuó con culpa grave o dolo, examinando la posible existencia de un eximente de responsabilidad del Estado a través de la configuración de la culpa exclusiva de la víctima en la aplicación de la medida de detención preventiva.

De acuerdo con lo anterior se considera que tal situación se decanta en el proceso penal cuando se determina la absolución del investigado porque i) el hecho que se le imputó no existió, ii) el sindicado no lo cometió, iii) la conducta no fue constitutiva de delito, o iv) el hecho se cometió en el ejercicio de una causal de justificación de la conducta.

De esta manera, la regla impuesta por el Consejo de Estado solamente tendría aplicación cuando se trata de casos en los que la libertad se obtiene por haber ocurrido el fenómeno de la preclusión de la investigación penal, o por haberse aplicado el principio *in dubio pro reo*. En el primero de los casos es dable aplicar la indagación de la participación del investigado en la aplicación de la medida de detención preventiva por cuanto la preclusión implica la

imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia aun cuando existen pruebas, por lo menos sumarias, de la participación del investigado en el ilícito imputado, y en el segundo se justifica en la medida en que la investigación penal puede llevar al entendimiento de que el investigado participó en la ejecución del ilícito, pero una duda razonable permite inferir que aquel no es culpable, por lo que se pueden tener pruebas que determinen su presunta participación pero no existe una plena prueba que así lo acredite por lo que se configura la duda razonable y la aplicación del principio de favorabilidad.

En los demás casos la indagación de la participación de la víctima en la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva constituye una violación flagrante a sus derechos a las garantías judiciales efectivas y a la libertad personal, por cuanto se supone que en el proceso penal ya se logró probar que aquel no cometió ningún ilícito, el hecho imputado no existió, la conducta ejecutada no era delito, o el hecho cometido no es antijurídico, por lo que resultaría imponiéndosele una carga adicional de probar algo en sede de reparación directa que ya tuvo la oportunidad de probar en sede penal.

CONCLUSIONES.

El principio de libertad se constituye en un elemento esencial de reconocimiento y garantía en el Estado Social de Derecho colombiano, por lo que se convierte en un eje estructural del sistema democrático y adquiere la categoría de derecho, de principio y de valor constitucional.

De esta manera, el principio de libertad individual se consolida como un elemento *sine qua non* del aparato estatal, que conforme a su contenido y alcance debe ser reconocido y garantizado a todos los individuos, por lo que el ordenamiento jurídico lo protege de cualquier intervención arbitraria, ya sea por parte de terceros o incluso del mismo aparato estatal.

En tal sentido, las limitaciones al derecho a la libertad personal han de ser excepcionales, y la aplicación de la medida de detención preventiva debe sujetarse al cumplimiento de un catálogo de estándares internacionales que determinan el carácter excepcional de la medida.

El ordenamiento jurídico colombiano establece una regulación de la medida de detención preventiva a través de la figura de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad y, al aplicarlas, las autoridades judiciales han generado daños patrimoniales que se reconocen a través del título de imputación de privación injusta de la libertad que debe desarrollarse en el marco del medio de control de reparación directa.

La privación injusta de la libertad se convierte entonces en un título de imputación cuyo fundamento constitucional se determina por los contenidos del artículo 90 superior y adicional a ello encuentra una regulación especial en los artículos 65 y subsiguientes de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia), en donde se reconoce que quien haya sido privado injustamente de su libertad, podrá demandar al Estado la reparación de los perjuicios ocasionados.

Conforme con lo anterior, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha desarrollado una línea jurisprudencial en torno al título de imputación de privación injusta de la libertad, que se caracteriza por comprender varias etapas.

La primera de ellas reconoció que la privación injusta de la libertad debía desarrollarse a partir de los contenidos y elementos propios del título de imputación de falla en el servicio, por lo cual al demandante le correspondía probar dentro del proceso un error judicial que hubiese sido determinante y que hubiese tenido como consecuencia la aplicación de la medida de detención preventiva, estableciendo de esta manera la aplicación de un régimen subjetivo de responsabilidad estatal.

En la segunda etapa el máximo tribunal de lo contencioso administrativo dispuso la objetivación del régimen de responsabilidad por privación injusta de la libertad, al reconocer que, con fundamento en los contenidos de las normas penales, que establecían la indemnización de perjuicios cuando la persona hubiese sido privada de su libertad y la hubiese recuperado por haberse acreditado dentro del proceso la inexistencia del hecho imputado, la no comisión del hecho por parte del sindicado o que la conducta no hubiese sido constitutiva de ilícito.

En la tercera etapa la jurisprudencia reconoció una causal adicional de aplicación de régimen objetivo de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad que correspondió a la recuperación de la libertad del sindicado por aplicación del principio *in dubio pro reo*, lo que por su parte implica que la recuperación de la libertad se fundó en la inexistencia de pruebas determinantes para desvirtuar la presunción de inocencia del privado de la libertad y al configurarse la existencia de la duda razonable se emite una sentencia absolutoria en el proceso penal.

La cuarta etapa se caracterizó por lo que pudiera denominarse la objetivación total del régimen de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, por cuanto el Consejo de Estado reconoció en algunas de sus sentencias que siempre que exista un daño derivado de la privación injusta de la libertad, este debe ser indemnizado conforme a las prescripciones del artículo 90 constitucional, incluso cuando se trata de casos en los que no se verifique la aplicación de las causales reconocidas en etapas anteriores.

Y la quinta etapa, que corresponde a los criterios vigentes en la actualidad, se determina por dos sentencias de unificación: una de la Corte Constitucional y una del Consejo de Estado. En esta etapa se subjetiviza nuevamente el régimen de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad a partir de la asunción de un criterio importante: el juez ha de indagar en los procesos de responsabilidad de que conozca por este título de imputación, si el daño verdaderamente es antijurídico, vale decir, si la víctima está o no en la obligación de soportarlo, y adicionalmente indagar si la víctima actuó con dolo o culpa con el fin de determinar la existencia de una causal de exoneración de la responsabilidad estatal como lo es la culpa exclusiva de la víctima.

De acuerdo con lo anterior, se configuran algunos casos en los que el sindicado, a pesar de haber sido privado injustamente de su libertad, no ve reconocido su derecho a la indemnización de los perjuicios sufridos, por lo que resulta necesario analizar si a partir de ello se puede configurar una violación de las normas internacionales de derechos humanos, y con ello una responsabilidad internacional del Estado.

Así, el Estado debe responder internacionalmente por la violación a su obligación internacional de respeto de los derechos humanos dispuesta en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, al constituir un hecho internacionalmente ilícito por privar injustamente de la libertad a un ciudadano y no otorgar la debida indemnización.

Tal responsabilidad internacional del Estado se puede generar cuando la medida de detención preventiva no se haya ajustado a los estándares internacionales de proporcionalidad, razonabilidad, necesidad, idoneidad, excepcionalidad y *última ratio*, entre otros, y aun así, se haya desconocido el derecho a indemnización de la víctima.

De esta manera, se violan los derechos de las víctimas de privación injusta de la libertad a la libertad y a las garantías judiciales efectivas cuando, conforme con las reglas de la jurisprudencia vigente, se le impone a aquellas la carga procesal de probar dentro de un proceso judicial contencioso administrativo, situaciones que ya fueron probadas anteriormente dentro del proceso penal, pues cuando el demandante no prueba dentro del contencioso lo que ya fue probado en el proceso penal, se le desconoce su derecho a recibir indemnización.

De la misma manera, se considera que puede existir responsabilidad internacional del Estado cuando aquel aplica las medidas de detención preventiva como una regla general y

no como una excepción, y por lo mismo le atribuye a la fijación de la medida las consecuencias de una sanción de carácter penal, pues, aunque la misma jurisprudencia ha reconocido que esta medida se constituye en cautelar con el fin de garantizar el adecuado desarrollo del proceso judicial, aquella se aplica sin haber desvirtuado la presunción de inocencia del sindicado, por lo que su aplicación no se adecúa al carácter cautelar de la misma, al carácter excepcional y al criterio de *última ratio*.

Conforme con lo anterior el Estado deberá aplicar los criterios internacionales indicados con precedencia y adicionalmente, conforme con su obligación de adecuación de normas del orden interno a los contenidos de los derechos humanos, modificar las normas penales con el fin de incluir como causal de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad los conceptos de detención arbitraria y detención ilegítima, conforme a los desarrollos de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

REFERENCIAS.

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (2009). *Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático*. En Carbonell, M. (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*. (pp. 31-47). Madrid, España: Editorial Trotta.
- Arango, R. (2012). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá, Colombia: Legis Editores S.A.
- Arias G., F. (2018). *Derecho procesal administrativo*. 3ª Ed. Bogotá, Colombia: Editorial Ibáñez.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (2002). *Resolución A/56/589 y Corr.1. Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*. Recuperado de: http://portal.uned.es/pls/portal/PORTAL.wwsbr_int_services.GenericView?p_docname=22634788.PDF&p_type=DOC&p_viewservice=VAHWSTH&p_searchstring=
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (2015). *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (Reglas Nelson Mandela)*. Recuperado de: <https://undocs.org/es/A/RES/70/175>
- Barbosa C., G., y Bernal P., C., (2015). *El análisis de contexto en la investigación penal: crítica del trasplante del derecho internacional al derecho interno*. Bogotá,

Colombia: Universidad Externado de Colombia. Recuperado de:
<https://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:3187/epubreader/el-analisis-de-contexto-en-la-investigacion-penal>

Bernal C.; J., y Montealegre L., E., (2013). *El proceso penal. Tomo I. Fundamentos Constitucionales y Teoría General*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Bernal C.; J., y Montealegre L., E., (2013). *El proceso penal. Tomo II. Estructura y garantías Procesales*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Bernal P., C., (2005). *El derecho de los derechos*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Bernal P., C., (2009). *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Bernal P., C. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Carta de la Organización de los Estados Americanos. 1948. Recuperada de:
http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.asp#Cap%C3%ADtulo%20XV

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2009). *Informe No. 86. Caso 12.553. Jorge, José y Dante Peirano Basso República Oriental del Uruguay*. Agosto 6, 2009. Recuperado de: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/Uruguay12553.sp.htm>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2008). *Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de la libertad en las Américas*. Recuperado de: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2013). *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*. Recuperado de: <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2017). *Medidas para reducir la prisión preventiva*. Recuperado de: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PrisionPreventiva.pdf>

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Radicación Número 9734. (M.P. Daniel Suárez Hernández; junio 30 de 1994). Recuperado de: <http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=422-CE-SEC3-EXP1994-N9734>

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente 73001-23-31-000-1997-15879-01(15989). (M.P. Mauricio Fajardo Gómez; mayo 2

de 2007). Recuperado de: <http://www.consejodeestado.gov.co/busquedas/buscador-jurisprudencia/>

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente 2001-23-31-000-1997-00036-01(16902). (M.P. Enrique Gil Botero; marzo 26 de 2008). Recuperado de: <http://www.consejodeestado.gov.co/busquedas/buscador-jurisprudencia/>

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente 73001-23-31-000-1998-06680-01(16692). (M.P. Ramiro Saavedra Becerra; junio 10 de 2009). Recuperado de: <http://www.consejodeestado.gov.co/busquedas/buscador-jurisprudencia/>

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente 52001-23-31-000-1996-07459-01(23354). (M.P. Mauricio Fajardo Gómez; octubre 17 de 2013). Recuperado de: <http://www.consejodeestado.gov.co/busquedas/buscador-jurisprudencia/>

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente 68001-23-15-000-2001-02730-01 (29501). (M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; junio 12 de 2014). Recuperado de [http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=68001-23-15-000-2001-02730-01\(29501\)](http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=68001-23-15-000-2001-02730-01(29501))

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente 66001-23-31-000-2010-0023501 (46.947) (M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera;

agosto 15 de 2018). Recuperado de: <http://www.consejodeestado.gov.co/wp-content/uploads/2018/08/PrivaInjustaUnifica.pdf>

Constitución Política de Colombia [Const]. Julio 7 de 1991 (Colombia). Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Convención Americana de Derechos Humanos. (Pacto de San José de Costa Rica). Noviembre 7 al 22, 1969. Recuperado de: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (s.f.). Washington D.C. Recuperado de: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/que.asp>

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-301 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; agosto 2 de 1993). Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/c-301-93.htm>

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-774 (M.P. Rodrigo Escobar Gil; julio 25 de 2001). Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-774-01.htm>

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-644 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; agosto 31 de 2011). Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-644-11.htm>

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-695 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla; octubre 9 de 2013). Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-695-13.htm>

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-366 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla; junio 11 de 2014). Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-366-14.htm>

Corte Constitucional. Sentencia T-276 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; mayo 25 de 2016). Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2016/T-276-16.htm>

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia SU-072 (M.P. José Fernando Reyes Cuartas; julio 5 de 2018). Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU072-18.htm>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Costa Rica. *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. (Febrero 1, 2006). Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Costa Rica. *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela*. (Noviembre 17, 2009). Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. 1948. Recuperado de: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Diciembre 10, 1948. Recuperado de:
<http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

Decreto 2700 de 1991, *Por el cual se expiden normas de procedimiento penal* [Derogado por la Ley 906 de 2004]. Noviembre 30 de 1991. D.O. No. 40190. Recuperado de:
<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1774206>

Ferrer, M. E., y Pelayo, M. C. (2017). *Las obligaciones generales de la convención americana sobre derechos humanos (deber de respeto, garantía y adecuación de derecho interno*. México D.F. Universidad Nacional Autónoma de México – UNAM.

García F., R. J. (2010). *Límites y alcances de la privación de libertad de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. En Elsner, G. (Ed.). *Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. Tomo I. (pp. 341 – 357). Montevideo, Uruguay: Fundación Konrad Adenauer. Recuperado de: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3515-sistema-interamericano-de-proteccion-de-los-derechos-humanos-y-derecho-penal-internacional-t-i-coleccion-fundacion-konrad-adenauer>

Gil B., E. (2013). *Responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.

Henao., J. C. (1998). *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Josserand, L. (1982). *Del abuso de los derechos y otros ensayos*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.

La Rosa, M. R. (s.f.). *Principios fundamentales y limitativos de la prisión preventiva según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/42898-principios-fundamentales-y-limitativos-prision-preventiva-segun-comision>

Ley 270 de 1996, *Estatutaria de la administración de justicia*. Marzo 7 de 1996. D.O. No. 42745. Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0270_1996.html

Ley 599 de 2000, *Por la cual se expide el Código Penal*. Julio 24 de 2000. D.O. No. 44097. Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html#1

Ley 906 de 2004, *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*. Agosto 31 de 2004. D.O. No. 45658. Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004_pr007.html#30

7

Ley 1474 de 2011, *Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública*. Julio 12 de 2011. D.O. No. 48128. Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1474_2011.html#INICIO

Ley 1760 de 2015, *Por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 906 de 2004 en relación con las medidas de aseguramiento privativas de la libertad*. Julio 6 de 2015. D.O. No. 49565. Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1760_2015.html

Ley 1786 de 2016, *Por medio de la cual se modifican algunas disposiciones de la Ley 1760 de 2015*. Julio 1 de 2016. D.O. No. 49921. Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1786_2016.html#1

Ley 1908 de 2018, *Por medio de la cual se fortalecen la investigación y judicialización de organizaciones criminales, se adoptan medidas para su sujeción a la justicia y se dictan otras disposiciones*. Julio 9 de 2018. D.O. No. 50649. Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1908_2018.html#23

Modolell, G., J. L. (2011). *Breves notas sobre la detención preventiva en el sistema interamericano de derechos humanos*. En Steiner, C. (Ed.). *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. Tomo II. (pp. 477 – 489). Montevideo, Uruguay: Fundación Konrad Adenauer. Recuperado de: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3801-sistema-interamericano-de-proteccion-de-los-derechos-humanos-y-derecho-penal-internacional-tomo-ii>

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Marzo 23, 1976. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

Real Academia Española. (2018). *Diccionario de la lengua española*. Recuperado de: <https://dle.rae.es/?w=diccionario>

Tamayo J., J. (2007). *Tratado de responsabilidad civil. Tomo I*. Bogotá, Colombia: Editorial Legis.

Tamayo J., J. (2007). *Tratado de responsabilidad civil. Tomo II*. Bogotá, Colombia: Editorial Legis.

Sánchez, H., E. M. (2014). *Derecho penal constitucional. El principialismo penal*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Santofimio G., J. O. (2017). *Compendio de Derecho Administrativo*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Santofimio G., J. O. (2017). *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho de víctimas y responsabilidad del Estado*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Steiner, C., y Uribe, P. (Ed.) (2014). *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Bogotá: Colombia. Editorial Temis y Fundación Konrad Adenauer.

Urbano, J. J. et al. (2001). *Lecciones de derecho penal. Parte general*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia. Recuperado de: <https://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:3187/epubreader/lecciones-de-derecho-penal-parte-general-2-ed>

Velásquez V., F. (2004). *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Bogotá, Colombia: Temis S.A.

Velásquez P., O. (2013). *Responsabilidad civil extracontractual*. Bogotá, Colombia:
Editorial Temis S.A.

Zagrebelsky, G. (2008). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid, España:
Editorial Trotta.