

**RESPONSABILIDAD ESTATAL, CRITERIO OBJETIVO Y  
SUBJETIVO.**

**“LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD EN IMPOSICIÓN DE MEDIDA  
DE ASEGURAMIENTO INTRAMURAL DESDE EL DECRETO 2700 DE 1991  
HASTA LA LEY 906 DE 2004 EN COLOMBIA”**

**MARIA PAULA CAMARGO QUINTERO  
AIDA ESPERANZA ESTEBAN QUINTERO**

**MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO  
UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS  
FACULTAD DE DERECHO  
TUNJA  
2021**

**RESPONSABILIDAD ESTATAL, CRITERIO OBJETIVO Y  
SUBJETIVO.**

**“LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD EN IMPOSICIÓN DE MEDIDA  
DE ASEGURAMIENTO INTRAMURAL DESDE EL DECRETO 2700 DE 1991  
HASTA LA LEY 906 DE 2004 EN COLOMBIA”**

**MARIA PAULA CAMARGO QUINTERO  
AIDA ESPERANZA ESTEBAN QUINTERO**

**Proyecto para optar por el título de  
Magíster en Derecho Administrativo**

**MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO  
UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS  
FACULTAD DE DERECHO  
TUNJA  
2021**



RESPONSABILIDAD ESTATAL, ENTRE EL CRITERIO OBJETIVO Y  
SUBJETIVO.  
LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD EN IMPOSICIÓN DE MEDIDA DE  
ASEGURAMIENTO INTRAMURAL DESDE EL DECRETO 2700 DE 1991 HASTA LA  
LEY 906 DE 2004.

**Nota de Aceptación**

---

---

---

---

---

---

**Presidente del jurado**

---

**Jurado**

---

**Jurado**

## **DEDICATORIA**

Dedicamos esta tesis a Dios, a nuestros padres por su apoyo incondicional y consejos. A nuestros compañeros de maestría, maestros y amigos. Y en general a todos a los que nos apoyaron para escribir y concluir esta tesis.

## **AGRADECIMIENTOS**

Gracias a nuestra alma máter, por haber permitido formarnos en ella, por haber permitido convertirnos en profesionales en lo que tanto nos apasiona, gracias a cada maestro que hizo parte de este proceso integral de formación, que deja como recuerdo y prueba viviente en la historia esta tesis que perdurará dentro de los conocimientos y desarrollo de las demás generaciones que están por llegar.

Gracias a nuestro tutor, por haber invertido su tiempo en nuestra tesis y compartir sus conocimientos con nosotras.

Gracias a la vida por este nuevo triunfo, gracias a todas las personas que nos apoyaron y creyeron en la realización de este trabajo final de grado.

## RESÚMEN

La responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad es una característica esencial del Estado moderno. Genera un daño objetivo, al vulnerar de los principios fundantes de la filosofía liberal y pilar del nuevo constitucionalismo.

Nuestra historia jurisprudencial de reparación, en estos casos concretos, no data de más de medio siglo, con una difícil consolidación, pues lastimosamente en muchas ocasiones el ciudadano puede ser privado de la libertad y absuelto, lo que deviene en futuros procesos, condenas y detrimento patrimonial. En la literatura revisada observamos cuan trabajado y polémico es el tema, en razón al gran número de procesos de este tipo cuyas pretensiones abarcan cifras exorbitantes.

Este trabajo indaga sobre la metodología abordada por los jueces en el establecimiento de dos regímenes tan abiertamente disimiles, como el objetivo y el subjetivo. Cuál es su fundamentación jurídica. A lo que se pudo establecer la libre configuración de los jueces en uso del *iura novit curia*. Una autonomía enraizada en los supuestos fácticos, muy cercana a las corrientes realistas, pero igualmente formalista al convertir el daño por privación injusta de la libertad, en un fenómeno jurídicamente permitido, sometido al principio de legalidad.

Es de gran importancia para este trabajo la constitucionalización del derecho, que, a pesar de concebirse desde los principios y valores del constituyente primario, de manera positiva se impone en estas dos grandes ramas involucradas, extremadamente legalistas. Primero para limitar la restricción de derechos y segundo para garantizar la sanción al Estado por el desconocimiento de estos límites.

## PALABRAS CLAVE:

Responsabilidad – *iura novit curia* – Imputación objetiva – Imputación Subjetiva – Privación injusta de la libertad.

## ABSTRACT

State liability for unjust deprivation of liberty is an essential characteristic of the modern State. It generates an objective damage, by violating the founding principles of the liberal philosophy and pillar of the new constitutionalism.

Our jurisprudential history of reparation, in these specific cases, does not date back more than half a century, with a difficult consolidation, because unfortunately on many occasions the citizen may be deprived of liberty and acquitted, which results in future proceedings, convictions and patrimonial detriment. In the literature reviewed, we observe how laborious and polemic the subject is, due to the large number of processes of this type whose claims include exorbitant amounts.

This paper investigates the methodology used by judges in the establishment of two openly dissimilar regimes, the objective and the subjective. What is their legal basis? To which it was possible to establish the free configuration of the judges in use of the *iura novit curia*. An autonomy rooted in the factual assumptions, very close to the realist currents, but equally formalistic by converting the damage caused by unjust deprivation of liberty into a legally permissible phenomenon, subject to the principle of legality.

Of great importance for this work is the constitutionalization of law, which, despite being conceived from the principles and values of the primary constituent, positively imposes itself in these two major branches involved, extremely legalistic. First to limit the restriction of rights and second to guarantee the sanction to the State for the disregard of these limits.

**KEY WORDS:** Responsibility - *Iura novit curia* - Objective imputation - Subjective imputation - Unjust deprivation of liberty.

## Contenido

INTRODUCCIÓN.....	14
JUSTIFICACIÓN.....	16
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	18
1.1. Objeto de investigación.....	18
1.2. Problema de investigación.....	19
1.3. Hipótesis.....	19
2. OBJETIVOS.....	19
2.1. Objetivo General.....	19
2.2. Objetivos Específicos.....	20
3. DISEÑO METODOLÓGICO.....	20
3.1. Línea de investigación.....	21
3.2. Tipo de investigación.....	22
4. MARCO REFERENCIAL.....	23
4.1. Marco de antecedentes.....	23
4.2. Marco constitucional y legal.....	25
4.3. Marco teórico.....	30
5. DERECHO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO Y PENAL EN LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD.....	60
6. PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD POR MEDIDA DE ASEGURAMIENTO INTRAMURAL.....	63
6.1. Tipos de absolución.....	65
7. RESPONSABILIDAD ESTATAL POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD.....	67
7.1. Daño antijurídico.....	69
7.2. Título de imputación.....	71

7.2.1. Régimen Objetivo. ....	72
Daño Especial.....	73
7.2.2 Régimen Subjetivo .....	73
Falla probada en el servicio.....	73
Falla presunta en el servicio .....	74
7.3. Culpa exclusiva de la victima .....	74
8. IURA NOVIT CURIA. ....	75
9. CONCLUSIONES.....	76
10. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	78

## INTRODUCCIÓN

El Estado colombiano cuenta con una tradición institucional que ontológicamente fracciona competencias estableciendo juzgadores de las acciones y omisiones causadas con ocasión del ejercicio de funciones.

El daño derivado de actuaciones legítimas o ilegítimas que rompan el equilibrio de las cargas soportadas por los ciudadanos se estructura como el requisito más importante que da origen a la responsabilidad, según el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia. En algunos casos como el de la privación injusta de la libertad, acreditar su existencia es suficiente para

acceder a una pretensión indemnizatoria delimitada objetivamente, pues, es el estado a través de sus jueces quien utiliza su potestad para sustraer legítimamente un derecho, en muchas ocasiones imponiendo cargas que no deben soportar los ciudadanos.

Sin embargo, esta disposición no es absoluta, dentro del mismo escenario existen varios supuestos en los que según el caso concreto el juez determina en virtud el principio – *iura novit curia* - el título de imputación y por lo tanto el establecimiento de un régimen objetivo o subjetivo.

Por su parte el impacto fiscal generado por el gran número de condenas desfavorables es determinante para otorgar por vía jurisprudencial del honorable Consejo de Estado, más criterios al juez administrativo que permiten acrecentar las cargas probatorias a las víctimas, con base en la legitimidad de la actuación de la administración, independientemente de que se haya vulnerado un derecho fundamental de gran importancia en nuestro ordenamiento jurídico.

En este sentido, la última sentencia de unificación en la materia, proferida por la máxima corporación de la jurisdicción administrativa y fechada el 15 de agosto de 2018 dentro del radicado 66001-23-31-000-2010-00235 01 (46.947), establece nuevos requisitos para acceder a las pretensiones indemnizatorias en varios supuestos dentro de la privación injusta de la libertad.

Lo anterior en opuesto sentido a la postura fijada en la sentencia de fecha 17 de octubre de 2013, expediente 23.354 en la que se establecía el régimen objetivo de responsabilidad para los casos en que el proceso finalizaba sin sentencia condenatoria. Sin embargo, la misma corporación en sede de tutela mediante providencia del 15 de noviembre de 2019, deja sin efectos su sentencia de 2018. Considerando que juzgar la conducta de la víctima en los actos pre-procesales constituiría una vulneración al derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Para Tisnés (2012), la presunción de inocencia implica que el procesado no debe aportar elementos probatorios para demostrar su inocencia, esto es obligación del Estado. No es susceptible de ponderación, a la luz de la jurisprudencia constitucional es absoluto.

De esta manera, aunque la sentencia queda sin efecto; no regresa al antiguo régimen ni se descartan los requisitos que siguen observando los jueces y consejeros de lo contencioso

administrativo. Entonces, a pesar de no existir sentencia condenatoria posterior a la privación de la libertad, la culpa exclusiva de la víctima es determinante, la antijuricidad del daño está condicionada a la legalidad y proporcionalidad de la medida implementada, teniendo de presente que las medidas de aseguramiento al tener un carácter cautelar y no punitivo son totalmente legítimas e incluso pueden inscribirse dentro de las cargas que tiene que soportar el ciudadano colombiano al enfrentarse a un proceso judicial.

Para finalizar, es fundamental expresar que la radicalidad de los cambios en las disposiciones jurisprudenciales y las vulneraciones de derechos fundamentales derivadas de providencias de altos tribunales en función de la protección del patrimonio público podría generar inseguridad jurídica, regresión de garantías constitucionales e inoperatividad del acceso a la justicia.

## JUSTIFICACIÓN

El presente trabajo es pertinente en la medida que recoge el análisis de las posturas jurisprudenciales del honorable consejo de estado frente a los regímenes de responsabilidad en casos de privación injusta de la libertad por imposición de medida de aseguramiento preventiva intramural. Busca otorgar claridad al lector acerca de los regímenes de responsabilidad aplicables en la actualidad y porque no se aplican de manera uniforme.

Esto puesto que, en el contexto colombiano actual, a pesar de tener una política criminal de corte garantista, la nación ha tenido que sufragar millonarias indemnizaciones por eventualidades en las que la fiscalía y la rama judicial procedieron a solicitar y decretar medidas de aseguramiento preventivas, las cuales fueron revocadas o se tornaron inútiles por la posterior absolución del sujeto pasivo de la acción penal.

Pero, según lo dicho anteriormente, resultaría impropio señalar de manera negativa estas condenas cuando son la muestra de la importancia que tiene el derecho a la libertad

dentro de nuestro ordenamiento, siendo el segundo de más relevancia luego de la vida. A pesar de no ser absoluto su reconocimiento y protección nos distancia de un estado totalitario. Esto quiere decir que, es deber de las autoridades encargadas del sistema penal acusatorio tomar decisiones desde una perspectiva rigurosa y poco restrictiva de los derechos fundamentales.

Por otra parte, la jurisprudencia de los altos tribunales ha tenido varios momentos en los que, a partir de la definición del título de imputación, determina si el régimen de responsabilidad es objetivo o subjetivo, es decir, si la víctima es acreedora de una indemnización por la sola configuración de un daño antijurídico en su persona, o si por el contrario debe probar la existencia de fallas en el servicio de administración de justicia.

Hoy en día, el juez administrativo es quien debe encontrar la antijuricidad del daño basado en el quebrantamiento del principio de legalidad, los criterios de necesidad y proporcionalidad, acreditando la falla del servicio en la administración de justicia. Es decir, toda persona enfrentada a un proceso penal es susceptible de ser sometida a una medida de aseguramiento, inclusive intramural, es su deber soportarlo como ciudadano, a pesar de que esta pueda reputarse injusta al terminar el proceso sin una sentencia condenatoria.

Sumado a esto, se impone una segunda barrera que ya estaba presente como eximente, *la culpa exclusiva de la víctima*, pero ahora predicada en la sentencia tanto como generadora de la apertura del proceso penal, como de la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva. Bien se pudo controvertir dentro de la tutela elevada contra esta providencia judicial la primera parte de este enunciado, pues se estaría suplantando al juez natural y vulnerando la presunción de inocencia de quien fue absuelto dentro del proceso penal, volviendo a poner en tela de juicio su culpabilidad.

De esta manera se expresa que al centrarse en la realidad, son numerosos los tipos penales en los que la acreditación de los criterios de necesidad y proporcionalidad se da frente a peligros abstractos, donde los riesgos no se materializan sino dependen de la interpretación del funcionario, donde a pesar de tener a la mano una baraja de medidas de aseguramiento para mitigar los efectos lesivos del proceso penal, se impone la medida más gravosa, como si el sistema carcelario garantizara en algún aspecto la seguridad de un inocente y su

dignidad, como si la separación de su familia y su proyecto de vida no fueran ya una pena que se paga de manera anticipada.

En el ordenamiento jurídico colombiano se posee un desarrollo jurisprudencial frente a la privación injusta de la libertad, este inicia aproximadamente en 1980 con el establecimiento de títulos de imputación subjetiva; para evolucionar o desarrollarse en función de garantizar el derecho fundamental a la libertad hasta llegar al régimen objetivo en unificación jurisprudencial del año 2015, con sentencias reiteradas desde el año 2000, finalizando nuevamente en el régimen subjetivo de responsabilidad desde el año 2018.

La discusión es tan profunda, que incluso en sede constitucional mediante tutela contra providencia judicial se ha llegado a discernir sobre el asunto, pues en el afán de limitar el acceso a la indemnización se vulneraron derechos fundamentales por la invasión de jurisdicción, puesto que no es el juez administrativo quien deba juzgar la culpabilidad de una persona absuelta en el proceso penal.

Si bien la proliferación de condenas es algo que puede afectar la sostenibilidad fiscal, no puede negarse que estas se sustentan en la violación legítima, aunque injusta de un bien constitucional protegido como lo es el derecho a la libertad.

Los nuevos requisitos generados en este tipo de procesos limitan y en algunos casos frustran la expectativa de resarcir patrimonialmente el daño antijurídico ocasionado por el Estado, cuando existen dentro del sistema penal acusatorio medidas de aseguramiento menos lesivas a los derechos fundamentales, en este sentido la aplicación proporcional de una u otra con una interpretación restrictiva (como lo impone la constitución), evitaría el impacto fiscal irrogado.

## **1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.**

### **1.1. Objeto de investigación.**

La responsabilidad estatal como objeto de investigación sugiere profundizar en las formas y metodologías en que se desarrolla, abordar las categorías propias de la misma siempre desde el enfoque práctico que ha tenido notoria consolidación en nuestro sistema jurídico.

El rol del juez administrativo es protagonista y autónomo. Permanece dentro de los límites normativos, jurisprudenciales y fácticos, pero son estos últimos quienes definen su horizonte decisional. El *juez conoce el derecho*, más allá del carácter rogativo de la jurisdicción su valoración desborda la argumentación de las partes, en ciertos medios de control como la reparación directa. En esta se estructura un título de imputación que se inscribe en un régimen objetivo o subjetivo de responsabilidad lo que define el sentido de la sentencia y la carga de la prueba.

Para hacer más específico el objeto, el trabajo será enfocado en la responsabilidad del Estado en situaciones de privación injusta de la libertad. En cuanto a este tema la jurisprudencia no ha sido pacífica teniendo más de tres posturas desde sus inicios en la década de 1980. Se abordará al detalle la tolerancia de los dos regímenes de responsabilidad partiendo de la última sentencia de unificación al respecto.

### **1.2. Problema de investigación.**

¿Cómo operan los regímenes objetivo y subjetivo en la responsabilidad del Estado colombiano por privación injusta de la libertad con ocasión de la imposición de medida de aseguramiento intramural, en el desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado y la Corte Constitucional en vigencia del decreto 2700 de 1991 hasta la ley 906 de 2004?

### **1.3. Hipótesis**

La jurisprudencia del Consejo de Estado no ha sido pacífica frente a la imposición de un título de imputación en casos de privación injusta de la libertad por imposición de medida de aseguramiento. Los dos regímenes se aplican según los supuestos fácticos de cada proceso.

## **2. OBJETIVOS.**

### **2.1. Objetivo General.**

Analizar los elementos de la responsabilidad del Estado en casos de privación injusta de la libertad por imposición de medida de aseguramiento intramural, explicando la aplicación del régimen objetivo y subjetivo.

## 2.2. Objetivos Específicos.

- Definir el fenómeno de privación injusta de la libertad por imposición de medida de aseguramiento intramural en el ordenamiento jurídico colombiano en los tres regímenes procesales penales vigentes desde 1991.
- Examinar los títulos de imputación estructurados por la jurisprudencia del honorable Consejo de Estado frente a la privación injusta de la libertad por imposición de medida de aseguramiento intramural y tutelas contra providencia judicial relevantes en la materia.
- Analizar la operatividad de los regímenes objetivo y subjetivo en la responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad por imposición de medida de aseguramiento, según decisiones relevantes.

## 3. DISEÑO METODOLÓGICO.

Se desarrollará de manera general el concepto de privación injusta de la libertad en el ordenamiento jurídico colombiano, dentro de este se abordará específicamente la privación injusta de la libertad por medida de aseguramiento intramural y los supuestos que permiten estructurarla.

Se realizará un análisis de las principales sentencias que marcan las posturas jurisprudenciales del honorable Consejo de Estado al respecto y sus principales reiteraciones que permiten observar los distintos supuestos sobre los cuales se toman decisiones similares.

Estas sentencias fueron seleccionadas mediante la metodología censitaria temática, en la que a partir de la clasificación realizada por el Consejo de Estado en materia de privación injusta de la libertad se seleccionaron de manera acuciosa las relacionadas con las medidas de aseguramiento preventivas intra-murales. A este respecto aclara Fuentes (2021; Cfr. 2020).

El método censitario permite establecer una individualización de las providencias de la Corte Constitucional a través de dos subdivisiones o posibilidades metódicas: método censitario lato sensu o temático y método censitario stricto sensu o literal. El primero de los métodos se vincula con una búsqueda directamente temática del

concepto o categoría jurídica de interés, es decir, se emplea una preselección de providencias que han sido clasificadas con anterioridad por la propia Corte Constitucional y se hace un rastreo e individualización de estas. (Fuentes, 2021)

Igualmente se analiza la jurisprudencia reciente del Tribunal Administrativo de Boyacá, encontrando indicios de sentencias hito de reciente promulgación que determinan el precedente jurisprudencial prevalente para este asunto, esto priorizando las providencias que enmarcan en sentencias del Consejo de Estado y tutela contra providencia judicial instruidas por la Corte Constitucional, se seccionan sentencias claves que aborden los tres periodos procesales penales vigentes desde el decreto 2700 de 1991.

Posteriormente de estas sentencias se realiza una revisión y se extractan las sentencias referenciadas que permiten esbozar temáticamente la hipótesis del trabajo y responder la pregunta, se descartan las sentencias reiterativas seleccionando las que constituyen una modificación jurisprudencial o aclaración importante para las demás manifestaciones de dichas corporaciones.

Finalmente, se determinará cómo opera el régimen objetivo o subjetivo de responsabilidad, en cuanto a las sentencias y los supuestos fácticos, como condiciona esto la decisión final y como tal el acceso de los ciudadanos a los daños ocasionados por esta situación.

### **3.1. Línea de investigación.**

Esta es una línea de investigación jurídica, inscrita en el derecho administrativo específicamente en materia contenciosa, está estrechamente relacionada con la actividad judicial de la jurisdicción ordinaria.

En el contexto colombiano la población exige a los jueces penales la imposición de medidas de aseguramiento como forma de legitimar la justicia. La Fiscalía General de la Nación no otorga los medios de conocimiento suficientes para estructurar medidas de aseguramiento y los jueces de control de garantías no interpretan la norma de manera restrictiva para sustraer el derecho a la libertad, siendo la cárcel la medida preferente a todas las del abanico otorgado por la ley procesal penal vigente. Todo esto deriva en futuros

procesos de reparación directa por privación injusta de la libertad en la que el juez administrativo decide si indemniza a las víctimas de este daño.

Por otro lado, la autonomía del juez penal no puede ser cohibida por evitar actuaciones futuras en una jurisdicción ajena. La limitación de derechos fundamentales no puede ser una carga que por regla general deban soportar los ciudadanos, pues el sistema carcelario colombiano no permite que se lleve esta restricción con dignidad y de cualquier manera genera afectaciones en la vida social, familiar y personal de las víctimas de privación de la libertad.

En el presente estudio se partirá de esta fundamentación situacional, analizando el contexto nacional con base en la jurisprudencia más relevante en materia de responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad, atendiendo a la importancia de la definición del régimen de responsabilidad aplicable.

### **3.2. Tipo de investigación.**

La investigación es de tipo cualitativo, con fines descriptivos y explicativos utilizando el método deductivo, “El método deductivo parte de lo general y de allí va a lo particular, por lo que una vez es demostrada una condición para un conjunto de elementos, es también válida la inferencia para cada elemento.” (Ramírez, s.f, p.20).

Se realizará un análisis sistemático de los principios y elementos que intervienen en materia administrativa en el caso concreto de la privación injusta de la libertad por imposición de medida de aseguramiento intramural.

#### **4. MARCO REFERENCIAL.**

##### **4.1. Marco de antecedentes.**

En el trabajo de Royera se estableció que el régimen objetivo es insuficiente para estructurar la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, en el entendido que el análisis debe ser particular en atención a las particularidades de cada caso concreto se resaltan las siguientes conclusiones que sin duda son problemas que sobresalen y que en el presente trabajo se detectan según la jurisprudencia abordada.

-Estudiar los límites de la jurisdicción contenciosa administrativa respecto a la valoración probatoria de las pruebas presentadas y debatidas durante el proceso penal, en aras de no entrar a vulnerar el principio de cosa juzgada.

- Evaluar la vulneración al principio de confianza legítima y al criterio de justicia que traería como resultado objetivar las demandas de responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad (Royero, 2018).

Evidentemente este trabajo fue realizado antes del cambio de la línea jurisprudencial ocurrido en agosto de 2018. En la argumentación de dicha sentencia es posible observar primero el problema de las atribuciones del juez administrativo sobre la jurisdicción ordinaria y en segunda medida la pérdida del carácter objetivo de la imputación, pues si bien no se elimina la figura de responsabilidad si se frustra su acceso en la mayoría de los casos.

Por su parte Ochoa ratifica los momentos en los que se ha desarrollado la responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad, encontrando en su tercera y última etapa la superación del régimen objetivo al retomar los argumentos de la sentencia C-037 de 1996, estableciendo para cada caso concreto la necesidad de un estudio específico en búsqueda de la concreción de un daño antijurídico, o más bien de la antijuricidad de un daño existente.

En síntesis, con dicha sentencia de unificación, se logró armonizar el desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado con los postulados esgrimidos por la corte constitucional, sobre esa temática, lo cual denotaría una sincronía entre posiciones sana para el tratamiento de una temática de tanta envergadura como la que nos ocupa,

en procura de la igualdad de trato, la seguridad jurídica y el acatamiento del precedente vinculante en la materia (Ochoa, 2021, p. 38).

Se concuerda con el autor en tanto que la limitación al derecho a la libertad si bien es permitida debe ser excepcional y los operadores jurídicos no lo interpretan de esta manera, llevándolo por sendas más mediáticas o de eficacia aparente de cumplimiento de la prevención general.

Así lo afirma la corte constitucional en la sentencia T388 de 2013 que declara por segunda vez el estado de cosas inconstitucionales en el sistema penitenciario y carcelario colombiano. Como parte de una política criminal y carcelaria respetuosa de un estado social y democrático de derecho, las entidades del Estado, sin importar la rama a la cual pertenezcan, deben tomar las medidas adecuadas y necesarias para evitar un uso indebido o excesivo de las medidas de aseguramiento que impliquen la privación de la libertad de una persona (Corte Constitucional, 2013).

De la misma forma Alfaro, Marín y Pedreros (2020), realizan revisión de la responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad aduciendo a las mismas sentencias que relacionan los cambios de régimen, pero sin profundizar en los principios del derecho que dan fundamento a estas decisiones, siendo estos el *in dubio pro reo* y el *iura novit curia*. En sus palabras:

Conforme lo anterior, el Consejo de Estado en materia de privación injusta no ha manejado una línea jurisprudencial unánime en esta materia, con lo cual se han fallado casos similares de diferentes formas lo cual afecta la seguridad jurídica de quienes acuden a la administración de justicia, así mismo ha conceptualizado de diversa formas frente al principio de presunción de inocencia, con lo cual según su posición frente a esta se ha adoptado diversos regímenes de responsabilidad, con todo la sentencia de unificación jurisprudencial no han sido una solución para el tema a tratar y por el contrario, se han presentado diversas tesis para un mismo caso, ante lo anterior se hace necesario adoptar una tesis definitiva que zanje esta problemática jurídica (Alfaro, Marín y Pedreros, 2020, p, 72).

El estudio realizado por Candil y Ramos (2018) es superficial en la medida en que no aborda ninguna categoría especial frente al fenómeno de privación injusta de la libertad, aunque analizan de manera sucinta el rol de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado frente a este. A este respecto afirman que existe un vacío en materia de prevención de este tipo de demandas, que los agentes estatales carecen de formación específica en sus áreas además de un déficit moral y ético.

#### **4.2. Marco constitucional y legal.**

Es necesario remontarse brevemente al desarrollo constitucional y legislativo que ha tenido la responsabilidad del estado en torno a la privación injusta de la libertad, cronológicamente se ha desarrollado cada vez más este concepto que inicialmente se establecía de forma muy precaria llegando casi a desconocerse.

#### **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1886**

El anterior texto constitucional, no establece una clausula general de responsabilidad, aunque si una obligación positiva del estado colombiano, en la misma limita las cargas que debe soportar el ciudadano.

**Artículo 20.** Los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución o de las leyes. Los funcionarios públicos lo son por la misma causa y por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de éstas (Constitución Política de Colombia, 1886, Artículo 20).

**Artículo 23.** Nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en las leyes.

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas u obligaciones puramente civiles, salvo el arraigo judicial (Constitución Política de Colombia, 1886, Artículo 20).

#### **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991**

El cambio surgido en las instituciones, garantías y derechos a causa de la implementación Estado Social de Derecho en la nueva norma superior, incorpora la cláusula general de responsabilidad estatal. Genera un advenimiento de textos normativos que desarrollan sus principios teniendo la misma esencia de garantías fundamentales sobre las que inicia una fuerte actividad judicial.

Dos elementos esenciales para el presente trabajo que se contienen en la carta política son la cláusula de responsabilidad general del Estado y el derecho fundamental a la libertad. Como se podrá apreciar posteriormente el bloque de constitucionalidad también juega un rol fundamental en el objeto de estudio.

**Artículo 13.** Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan (Constitución Política de Colombia, 1991, Artículo 13).

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

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

#### **DECRETO 2700 DE 1991**

Este código de procedimiento penal en línea con la constitución delimita las causales por las cuales se debe imputar de manera objetiva la responsabilidad del estado por privación injusta de la libertad. Proscribiendo así la limitación del derecho aun en una actuación legítima del Estado.

A pesar de su derogación por normas posteriores, en un primer momento se utilizó para dar tratamiento a los casos sucedidos durante su vigencia, y de manera posterior como una referencia dentro de la aplicación del *iura novit curia*.

**Artículo 414.** Indemnización por privación injusta de la libertad. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios. Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave (Código de procedimiento penal, 1991, Artículo 414).

#### **LEY 270 DE 1996**

La ley estatutaria de justicia otorga a la privación injusta de la libertad la categoría de daño de manera autónoma, siendo desligado de lo que tradicionalmente acontecía al ser una consecuencia de una falla en el servicio o un error jurisdiccional. Desarrollando la cláusula general de responsabilidad del artículo 90 constitucional.

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

En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad (Ley 270 de 1996, Artículo 65).

**Artículo 68.** Privación injusta de la libertad. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios (Ley 270 de 1996, Artículo 68).

### **LEY 600 DEL 2000**

A pesar de que no delimita de manera objetiva la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, realiza ajustes en los que se limita de la restricción del derecho. Crea un procedimiento para imposición de medida de aseguramiento en el que la fiscalía actúa de manera discrecional en la etapa de indagatoria, lo que divide la responsabilidad cuando los asuntos llegan al conocimiento del juez penal.

En este sentido no es exclusivamente el juez penal quien podría privar de un derecho fundamental a los ciudadanos. En muchas ocasiones la falta de control judicial en esta etapa, conlleva a elevar el número de detenciones preventivas que resultaban sin una sentencia condenatoria y aumentaban las condenas.

**Artículo 3.** Libertad. Toda persona tiene derecho a que se respete su libertad. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni privado de su libertad, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, emitido con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley (Código de Procedimiento Penal, 2000, Artículo 3).

La detención preventiva, en los términos regulados en este código, estará sujeta a la necesidad de asegurar la comparecencia al proceso del sindicado, la preservación de la prueba y la protección de la comunidad.

**Artículo 341.** Restricción a la libertad del indagado. Si terminada la indagatoria subsisten o surgen razones para considerar que hay lugar a imponer medida de aseguramiento, dentro de la misma diligencia podrá el funcionario judicial ordenar la

privación de la libertad mientras se le define su situación jurídica, librando la correspondiente boleta de encarcelación al establecimiento de reclusión respectivo.

En el evento en que no se ordene inmediatamente la privación de la libertad, en caso de presentación espontánea sin que medie citación ni orden de captura, se ordenará suscribir diligencia de compromiso, mientras se resuelve la situación jurídica (Código de Procedimiento Penal, 2000, Artículo 341).

#### **LEY 906 DE 2004**

El sistema penal acusatorio, transforma el panorama del establecimiento de medidas de aseguramiento y en general frente a la garantía de derechos fundamentales. Crea al juez de control de garantías quien ordena la restricción de derechos con base en preceptos legales y constitucionales, y la solicitud de la fiscalía.

Así mismo, este realiza un control posterior las capturas en flagrancia y es quien expide órdenes de captura. Esto a pesar de que no es óbice para que se elimine el flagelo de la privación injusta de la libertad si pone más restricciones a la privación del derecho, haciendo más legítima la actuación. Por ende, más difícil de configurar la abiertamente arbitraria y desproporcionada imposición de medidas de aseguramiento.

**Artículo 295.** Afirmación de la libertad. 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 (Código de Procedimiento Penal, 2004, Artículo 295).

**Artículo 296.** Finalidad de la restricción de la libertad. 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 (Código de Procedimiento Penal, 2004, Artículo 296).

**Artículo 306.** *Solicitud de imposición de medida de aseguramiento.* El fiscal solicitará al Juez de Control de Garantías imponer medida de aseguramiento, indicando la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente.

Escuchados los argumentos del fiscal, el ministerio público, la víctima o su apoderado y la defensa, el juez emitirá su decisión.

La presencia del defensor constituye requisito de validez de la respectiva audiencia.

La víctima o su apoderado podrán solicitar al Juez de Control de Garantías, la imposición de la medida de aseguramiento, en los eventos en que esta no sea solicitada por el fiscal.

En dicho caso, el Juez valorará los motivos que sustentan la no solicitud de la medida por parte del Fiscal, para determinar la viabilidad de su imposición (Código de Procedimiento Penal, 2004, Artículo 306).

### **LEY 1437 DE 2011**

Este código es de especial trascendencia pues describe taxativamente la facultad de unificar la jurisprudencia del Consejo de Estado que es donde radican las discusiones frente a la imposición de los regímenes de imputación en materia de privación injusta de la libertad, pues este es un asunto de relevancia en materia social y jurídica.

**Artículo 270.** Sentencias de unificación jurisprudencial. Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia o precisar su alcance o resolver las divergencias en su interpretación y aplicación; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1995, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.

**Artículo 271.** Decisiones por importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia o precisar su alcance o resolver las divergencias en su interpretación y aplicación. Por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar o unificar jurisprudencia o precisar su alcance o resolver las divergencias en su interpretación y aplicación que ameriten la expedición de una sentencia o auto de unificación jurisprudencial, el Consejo de Estado podrá asumir conocimiento de los asuntos pendientes de fallo o de decisión interlocutoria. Dicho conocimiento podrá asumirse de oficio; por remisión de las secciones o subsecciones del Consejo de Estado, o de los tribunales; a solicitud de parte, o por solicitud de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado o del Ministerio Público. Los procesos susceptibles de este mecanismo que se tramiten ante los tribunales administrativos deben ser de única o de segunda instancia.

En estos casos, corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictar sentencias y autos de unificación jurisprudencial sobre los asuntos que provengan de sus secciones. Las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictarán sentencias y autos de unificación en esos mismos eventos, en relación con los asuntos que provengan de las subsecciones de la corporación, de los despachos de los magistrados que las integran, o de los tribunales, según el caso. Las decisiones que pretendan unificar o sentar jurisprudencia sobre aspectos procesales que sean transversales a todas las secciones del Consejo de Estado, solo podrán ser proferidas por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, 2011, Artículos 270 y 271).

### **4.3. Marco teórico.**

Es en la reflexión de los textos normativos y jurisprudenciales, que se pueden encontrar preguntas y respuestas frente a fenómenos jurídicos que se traducen inevitablemente en eventos prácticos de trascendencia social. Según Menéndez (2012) “La reflexión es, así podemos decirlo también, el rotulo que designa el método de conciencia para el conocimiento de la conciencia general, pero justo en este método se convierte ella misma en objeto de posibles estudios” (p.254).

El análisis sistemático de estas reflexiones comprende también la distinción de sus clases, aunque estas se integren. El fenómeno físico de la privación de la libertad con todos los componentes que la conforman en materia económica, social, personal, familiar y política se define principalmente en el ámbito jurídico, es en este contexto donde se estructura y fundamenta hasta el punto de aceptarse como una consecuencia inherente a la ciudadanía o como un escenario en el que el Estado puede exceder su poder coactivo.

En las ciencias sociales, la fenomenología y la hermenéutica se entrelazan. La primera funciona como episteme se concentra en llegar a los conocimientos esenciales, mientras la segunda intenta comprenderlo en el sentido histórico y lingüístico. “La fenomenología está en el centro de varios enfoques hermenéuticos, ya que el problema hermenéutico ha sido abordado por metodologías definidas como “fenomenológicas”” (Iniciarte y Barbera, 2012).

Para Sampieri existen dos enfoques en la fenomenología, siendo estos “la fenomenología hermenéutica y la fenomenología empírica, trascendental o psicológica. La

primera se concentra en la interpretación de la experiencia humana y los “textos” de la vida.” (Hernández, 2014). Encuentra el autor que principalmente la fenomenología hermenéutica se desarrolla desde la definición de un fenómeno o problema, su estudio y reflexión, el descubrimiento de sus categorías y temas esenciales, su descripción e interpretación.

La hipótesis que acompaña esta investigación, anticipa dentro del contexto lógico jurídico, que la motivación de los jueces en cada una de sus providencias obedece a una seria concatenación y valoración de los hechos y el material probatorio obrante en el expediente. “Al analizar el fenómeno relativo a la investigación surgen supuestos preliminares, mismos que se superan conforme se complementa y profundiza el planteamiento del problema” (Arellano, 2008, p.29).

Si bien la línea jurisprudencial frente al objeto de investigación no ha sido pacífica desde sus primeros reconocimientos, no depende del capricho de los administradores de justicia sino por el contrario del desarrollo doctrinal e institucional. La metodología de investigación jurídica a pesar de estar íntimamente ligada a la interpretación normativa, también se interrelaciona con otras disciplinas pues al analizar dichas normas se encuentra su origen en los acontecimientos reales del mundo.

Por el contrario, cuando hablamos de la metodología de la interpretación en la ciencia jurídica estamos estableciendo un objeto básico que es la norma que puede ser abordada desde el método exegético, el método histórico, el método sociológico o positivo, el método comparativo, y/o el método deductivo e inductivo; estos métodos tienen como objeto de estudio la norma (Otsau de Lafont y Niño, 2011, p. 3).

En este sentido la filosofía del derecho tiene un rol fundamental pues su razonamiento acerca a la naturaleza, fines y principios del derecho. Es así que cada una de las escuelas intenta desarrollar en una universalidad lógica los elementos que configuran la justicia según Pérez (2013):

En el siglo XVIII el derecho natural alcanza su máximo desarrollo en la escuela clásica. En este momento el derecho natural vuelve del campo divino al humano. El racionalismo lo situó en la propia naturaleza y considero que podría llegarse a él por la razón: se concibió como un derecho eterno, inmutable e igual para todos los hombres, pues provenía de la propia naturaleza humana, al que se podía y debía llegar por la inteligencia. Los principios de este derecho natural, como la libertad y la igualdad, son

lo que los hombres ponen en los códigos, considerando que hacían una obra definitiva e inmutable (p. 38).

En este sentido, la discusión que siempre se encuentra vigente entre el positivismo y naturalismo jurídico se desdibuja al encontrar un orden normativo sustentado en principios cuyo carácter trasciende el ámbito formal, es supra-jurídico, inscrito en variadas ideologías, circunstancias religiosas, políticas, sociales y económicas.

A la luz de la constitución los principios deben ser interpretados de forma hermenéutica para la resolución de asuntos concretos, acudir exclusivamente a las normas es insuficiente en la medida que no existen sistemas cerrados que sean legítimos. En algunos casos el mero principio de legalidad es funcional pero no en todas las ocasiones puede aplicarse de manera excluyente (Agudelo, 2008).

En la motivación del juez se materializan los principios del orden normativo, es la forma en la que se sistematizan por medio de la jurisprudencia. Permite a la sociedad académica criticar y generar desarrollos teóricos en la dinámica constante del derecho, advertir la razonabilidad de las decisiones. Según Uprimny (1997) el juez en un Estado Social de derecho debe acatar como mínimo tres exigencias fundamentales que devienen de los principios:

De un lado, y conforme a la filosofía liberal, el juez debe garantizar las libertades de las personas por medio de decisiones previsibles, esto es, jurídicamente seguras. La seguridad jurídica es así no solo un mecanismo indispensable al capitalismo y a la economía de mercado -como lucidamente lo ha mostrado Max Weber- sino que constituye sobre todo un instrumento para que la actividad del juez no sea arbitraria y no vulnere los derechos y libertades de los asociados. De otro lado, en virtud de la idea de soberanía popular, el juez debe respetar las decisiones tomadas mayoritariamente por los órganos políticos, puesto que el juez no tiene una fuente de poder autónomo ya que carece de legitimación democrática. El juez entonces debe respetar los acuerdos sociales mayoritarios expresados en los órganos políticos de origen popular. Y, finalmente, como si fuera poco, el juez debe lograr decisiones materialmente justas, puesto que, en virtud del principio social, la actividad judicial debe contribuir al logro de una sociedad materialmente más justa (Uprimny, 1997, p. 120).

Esta función específica de los jueces (motivación), es la facultad otorgada para decirlo, no para crearlo, pero dentro de la obligación de juzgar y evitar los fallos inhibitorios lo lleva a completar la ley, reinterpretándola y haciéndola flexible. En este contexto los

principios vuelven a cobrar fuerza independientemente de la fundamentación teórica o escuela que los intente explicar,

Los principios generales que son aplicables a falte de textos, para algunos como Page, opuestos a la idea del derecho natural, son una creación de la jurisprudencia, mientras que para Ganshof van der Meersch (1970), fiel a la idea de que el juez no crea los principios del derecho, el juez tiene en ellos un papel declarativo, es decir, que se encuentran en la realidad jurídica. Para Perelman, no se trata ni de una creación ordinaria ni de una simple constatación sino de una situación intermedia (León, Naranjo, Patiño y Posada, 1998, p. 117).

La constitución política de 1991 contiene los principios que gobiernan todas las actuaciones políticas, administrativas y judiciales del país. Contrario a su precedente, la constitución de 1886, es declarada por el pueblo soberano. Esta condición dota de legitimidad a cada una de las actuaciones generadas por el Estado en cualquiera de sus funciones, en las normas positivas se busca la racionalización de los fines buscados por la sociedad. Son los principios quienes brindan la valoración de justo e injusto respecto de los contenidos normativos.

En este sentido un orden jurídico justo es aquel en que el derecho formal sea congruente con los principios, entre estos y la ley es necesaria la cooperación y reciprocidad permanente. La constitución en todo su esplendor va más allá del texto de 1991 incorporando todas las disposiciones también jurisprudenciales y convencionales mediante el bloque de constitucionalidad. Para Estrada es también es una norma jurídica (en sentido formal), aunque “de aplicación directa, pero su carácter de norma incompleta, dinámica y fragmentaria, obliga a dotar al operador jurídico de una noción material de Constitución que permita la inclusión de los principios implícitamente constitucionales existentes en todo el sistema de derecho” (Estrada, 2006)

Por otro lado según Uprimny el bloque de constitucionalidad en la práctica jurídica representa una categoría que delimita y enriquece las discusiones judiciales en sede constitucional, otorgando una mayor densidad al articulado del texto, aunque también genera un problema complejo de delimitación que se demuestra en otros ordenamientos jurídicos (Uprimny 2006).

En el sentido kelseniano toda norma se traduce en reglas, solo es relevante su estructura lógico-formal prescindiendo del contenido, el sistema normativo es un conjunto de modelos para las acciones humanas. En estas concepciones formalistas el acto justo es el que se ajuste a la ley y el injusto el que riñe con esta, siendo justo el cumplimiento del deber y legal el acto jurídico formado por las reglas existentes (Pérez, 2013).

Para la ciencia jurídica, la principal controversia la constituye la asunción del concepto de justicia. La justicia para todos “erga omnes” no justicias coyunturales, allí se determina el grado de civilización de las sociedades. La concepción debe ser objetiva sea la concepción de su justicia, deviene del apego a un sistema de normas claramente preestablecido. Así lo dice Victoria (2008):

La justicia de manera general, y la justicia social de manera particular, reivindican no la felicidad, sino la tranquilidad del ser humano frente a las decisiones legales de un Estado, o al menos, lo que podría esperarse que fuesen estas decisiones legales. Si entendemos por ley una disposición de carácter general y obligatorio para los asociados, no es menos que el cumplimiento de esa ley, garantiza un equilibrio normativo en las relaciones intersubjetivas (p. 91).

Esta acepción del sistema jurídico define claramente las decisiones tomadas por la Sección Tercera del honorable Consejo de Estado. En diversos momentos como se verá en el desarrollo del trabajo se condena al Estado en razón a lo ilegítimo de la privación de la libertad a pesar de tornarse legal y proveniente de un deber esto no hace desaparecer el daño ni la responsabilidad como es el caso de la sentencia del 17 de octubre de 2013 siendo su ponente el Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Contrario a la fundamentación del Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera en sentencia del 15 de agosto de 2018, en la que estructura la permisión del daño antijurídico de privación injusta de la libertad con ocasión a la legalidad de la imposición de la misma.

Los principios en últimas se traducen en garantías constitucionales, aunque hay oportunidades de ser restringidas muchas de estas no pueden ser limitadas si quiera en estados de excepción, además los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia por hacer parte del bloque de constitucionalidad, como afirma Arango (2004) “La Corte Constitucional precisó que no todas las garantías judiciales constituyen derechos de aquellos que no pueden ser limitados en estados de excepción y que por lo tanto sólo los derechos esenciales al debido proceso hacen parte del bloque de constitucionalidad”.

Partiendo de estos postulados se analiza la configuración de responsabilidad del estado en casos de privación injusta de la libertad, el derecho como ciencia social debe esquematizar y analizar las relaciones sociales en sus aspectos comunicativo, afectivo y de poder, independientemente del estilo sea este empírico-analítico, histórico-hermenéutico o crítico-social, “Se trata de dar una interpretación global a un hecho, de comprenderlo, de darle el sentido que tiene para el grupo que está comprometido en esa praxis social” (Vasco, 1990, p.11)

Es importante hacer énfasis en el papel que juegan las sentencias de unificación jurisprudencial en este estudio, pues son las que definen el problema. Estas sentencias se salen de la simple noción de jurisprudencia o línea jurisprudencial, pues orientan las decisiones de la administración judicial en casos concretos similares. Buscan garantizar la seguridad jurídica e igualdad, aplicando de manera uniforme las disposiciones del Consejo de Estado y las normas. Esta figura se consolida en el artículo 270 del CPACA:

Artículo 270. Sentencias de unificación jurisprudencial. Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia o precisar su alcance o resolver las divergencias en su interpretación y aplicación; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1995, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, 2011, Artículo 270).

Sin embargo, esta no es una figura nueva en el ordenamiento jurídico colombiano, antes de la expedición del código se utilizaba independientemente de una regulación expresa:

En síntesis, es importante destacar que la función de unificación de jurisprudencia del Consejo de Estado no nace con la Ley 1437 de 2011 ni depende exclusivamente de ella. Si bien esta ley reforzó su ejercicio a través de los mecanismos que se analizarán más adelante, la función de unificación es inherente a la condición de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo que le otorga al Consejo de Estado el

artículo 237-1 de la Constitución Política tal como ya lo hacía la Carta de 1886 (Sala de consulta y servicio civil del Consejo de Estado, 2014, p. 22).

La responsabilidad del Estado se debe establecer bajo un título de imputación que varía según los ingredientes fácticos de cada caso concreto. Básicamente se estructura con el daño, nexo causal y factor de imputación, este es el régimen ordinario o subjetivo. Este último elemento es prescindible en el régimen objetivo pues en este solamente el daño y nexo causal son suficientes para condenar al Estado. Al respecto Jiménez (2013) afirma: “la teoría de la responsabilidad estatal sin falta, conocida también como responsabilidad objetiva, por oposición a la responsabilidad basada en la teoría de la falla del servicio en la cual se necesita probar el factor de culpabilidad administrativa.” (p. 74).

El Estado tiene la obligación de garantizar los derechos de los ciudadanos en sus actuaciones legítimas e ilegítimas

“todo daño causado por el Estado es objeto de reparación como quiera que guarda una especial obligación frente a los derechos de los administrados. En suma, la definición no excluye el deber de reparar aun cuando la actividad desplegada por los agentes del Estado hubiere sido legítima, pues el único elemento determinante resulta ser el daño.” (Aranda, 2015, p. 140).

Si el Estado causa un daño lo antijurídico de este no aparece solamente en la conducta del agente sino también en la ruptura de las cargas impuestas a los ciudadanos y la antijuricidad que conlleva la afectación de derechos de los ciudadanos. El reproche y reconocimiento patrimonial de estas actuaciones tiene una historia relativamente reciente y que se remonta a la fundación del Estado moderno posrevolucionario:

Con las leyes de 2 de junio de 1895 y de 17 de julio de 1970, Francia concibió la responsabilidad patrimonial del Estado cuando, conforme a la primera ley, un condenado resulta inocente a causa de un fallo de revisión, o por una detención preventiva injustificada, si ella es manifiestamente anormal y de especial gravedad (Parra, 2003, p. 92).

La libertad es un derecho fundamental que se restringe dramáticamente en la privación intramural de la misma. El derecho penal colombiano se inscribe en la filosofía

liberal, la limitación del derecho es restrictiva y debe atender a supuestos taxativamente descritos en la norma, es un imperativo histórico que forma parte de nuestro presente.

Por lo tanto, la figura de la imputación, el sujeto será considerado desde una perspectiva liberal, sin embargo, no será visto y analizado por fuera de la sociedad y de sus instituciones, sino como ser libre, y esto significa como persona que vive en comunidad. Se trata así de una concepción liberal donde la libertad como idea sirve a todos los sistemas sociales, pues ella “no es una utopía ni un ideal en retroceso sino más bien el presente de la vida más cercano en y con las instituciones existentes” (Perdomo, 2008, p. 198).

La medida de aseguramiento necesita un análisis de proporcionalidad en estricta observancia de los elementos probatorios, los hechos investigados, los presupuestos constitucionales y los requisitos taxativos de la norma procesal (que muchas veces se prestan para amplias interpretaciones). La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sido reiterativa al manifestar que la medida de aseguramiento intramural es la condición más gravosa en la que puede estar el imputado.

Su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. Es jurisprudencia reiterada de este Tribunal que la regla general debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal (Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cooperación alemana GIZ, 2020, p. 61).

En la actuación de las jurisdicciones constitucional, ordinaria y administrativa es claro que la medida privativa de la libertad debe generarse en un contexto de indicios importantes de culpabilidad y robusta motivación.

Tanto la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado van en la dirección de una investigación penal lo suficientemente perfecta al momento de solicitar la medida de aseguramiento que permita al fiscal y a los jueces definir con suficiente probabilidad la condena del asegurado: es bien conocida entre los penalistas la frase según la cual se investiga para detener y no se detiene para investigar (Agencia nacional de defensa jurídica del Estado, 2013, p. 49).

Algunos doctrinantes afirman, en correspondencia con la última postura de la Sección Tercera, mencionada en apartes anteriores, que la autonomía del juez penal no debe ser menguada por el reproche hacia la ilegitimidad de sus decisiones pues a pesar de fallar

acatando la ley sus decisiones serían susceptibles de ser atacadas en futuros procesos. En esta línea argumenta Fernández (2015):

En caso contrario se perjudicaría el actuar Estatal en estos menesteres, dado que haría nugatorias las medidas de aseguramiento por sospecha con fundamento en indicios graves, pues la absolución por in dubio pro reo generaría automáticamente presunción de responsabilidad. Como corolario, consideramos que la alta Corporación de lo Contencioso Administrativo al sostener que todos los casos de privación de la libertad se deben dirimir bajo la óptica del daño especial, se encuentra errada (p. 598).

La responsabilidad extracontractual del estado respecto de la privación de libertad, es un fenómeno complejo desde el mismo proceso penal pues en este el Estado es contraparte y a su vez garante de los derechos del procesado. Entonces el Estado debe reservarse la facultad de examinar los supuestos en cada caso evitando las formulas objetivas que deriven en condenas automáticas, “se deduce que los presupuestos de la responsabilidad extracontractual del Estado dependen del análisis de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para determinar el régimen aplicable en cada caso en particular.” (Jara, 2017, p. 85).

En el anterior sentido Jiménez afirma “los jueces de control de garantías existen para funcionar como un contrapeso a los poderes que el Estado ejerce a través de la Fiscalía, para poder evitar afectación ilegítima a los derechos fundamentales de quienes intervienen en el proceso penal.” (Jiménez, 2017).

La ley procesal penal llegó a establecer de manera taxativa los eventos en los que procedía la reparación por los daños ocasionados en la privación injusta esto se extendió incluso una vez derogada la norma, “La consideración que plantea el Consejo de Estado para aplicar las causales legales derogadas se soportan en la aplicación del principio iura novit curia” (Ortega y Calvete, 2017, p. 20).

Esta discrecionalidad del juez dentro del fenómeno estudiado se ha establecido bajo el principio iura novit curia, en el que se presume el conocimiento del juez, quedando sobre este la labor de analizar el mundo fáctico otorgado por las partes, estas no tienen la carga de estructurar adecuadamente el daño, o solicitar la imputación. Aun así, debe existir congruencia de no fallar sobre lo que no se le pide o más de lo pedido. Son las partes las que fijan la controversia a resolver dentro del litigio. En palabras de Bohórquez:

El iura novit curia implica de alguna manera que los jueces quieran reivindicar su labor de creadores del Derecho, dejando de ser unos meros aplicadores del silogismo tradicional y evitando la función mecánica de aplicación de la ley para buscar la verdadera justicia material en los casos concretos (Bohórquez, 2013, p. 88).

Este principio refleja un contexto garantista del acceso a la justicia, pues las pretensiones no se ven frustradas por la mera imprecisión en la técnica jurídica. Puede apartarse de la calificación sugerida por las partes sin interferir en el derecho que es otorgado por los hechos. El juez se mueve libremente en la escogencia de los títulos de imputación existentes acomodando las situaciones demostradas.

En ese sentido, se erige eficaz el predominio de lo sustancial sobre la formalidad, permitiendo al juez encauzar la imputación, apartarse de lo argumentado por la parte demandante y adoptar la decisión de reconocer los derechos a la reparación de los daños sufridos, con base en el título de imputación que encuentra probado, lo que protege el acceso a la administración de justicia de los particulares que, de no ocurrir de esta manera, verían negados sus derechos por tecnicismos que en nada afectan a las circunstancias de hecho (Castro, 2018, p. 173).

En correspondencia con el presente marco teórico se han seleccionado varias de las sentencias de la sección tercera del Consejo de Estado, con el fin de analizar la forma en la que se ha dado tratamiento a este asunto.

- **SENTENCIA DEL 7 DE DICIEMBRE DE 2004.**

**Consejero ponente:** Alier Eduardo Hernández Enríquez.

**Radicación:** 18001-23-31-000-1995-0491-01(14676)

**Ley vigente:** Decreto 2700 de 1991

**Causal de absolución:** *In dubio pro reo*, total ausencia de medios demostrativos para sustentar la medida y frente a uno de los cargos *errónea adecuación típica* por lo cual la conducta no existió.

**Delito imputado:** Peculado por apropiación y estafa.

**Tiempo de privación:** 12 meses y 18 días.

En esta ocasión concurren los dos regímenes de responsabilidad pues la absolución fue diferente en cada una de las conductas. En la resolución de la sentencia el juez decide decretar la falla en el servicio debido al precario acervo probatorio que sustentó la medida de

detención preventiva, pues siempre de encontrarse configurada la falla esta es la que domina para evidenciar la antijurídica actuación de la administración de justicia.

De manera que en este evento convergen dos títulos de imputación: por una parte, falla del servicio al ser absuelto de una imputación por una ausencia absoluta de medios demostrativos, forzoso es recurrir a la llamada “cláusula general de responsabilidad” contenida en la primera parte del precepto en estudio, y que, como ya se advirtió, exige, la valoración detallada del caso concreto por parte del juez, a fin de determinar si el daño resulta antijurídico y si existe fundamento suficiente para imputarle al Estado la obligación de indemnizar; y de otro lado, también se está delante de una modalidad de responsabilidad que la jurisprudencia de la Corporación ha calificado de objetiva, de las previstas en la segunda parte del artículo 414 CPP, esto es, que la conducta no constituía hecho punible (Consejo de Estado, 2004).

La sala asume de manera la interpretación del artículo 414 del decreto 2700 de 1991 como restrictiva, argumentando que el juez administrativo no puede aplicar un criterio que se salga de estas tres hipótesis para el establecimiento de un título de imputación objetiva. Trae a colación el criterio adoptado en la sentencia de 18 de septiembre de 1997, exp. 11754, que comenzó a modificarse en las sentencias de 27 de noviembre de 2003, exp. 14530 y 14.698, estas sentencias excluyen el *In dubio pro reo* por no estar en el tenor literal del texto normativo.

Se esbozan tres tendencias jurisprudenciales entorno a la materia:

Una primera línea jurisprudencial podría calificarse de “restrictiva”, pues si bien partió de la alusión expresa a esta norma, se entendió que instituyó “la posibilidad de ejercer la acción indemnizatoria frente al Estado, por aquellas personas que, por causa de alguna decisión judicial se hubieren visto ilegítimamente privadas de su libertad” (se subraya). En ese sentido, se indicó que la responsabilidad del Estado por “falla del servicio judicial” podía declararse en situaciones especiales en las que “...por ser tan ostensible y manifiestamente errado el comportamiento del juez, con su proyección hacia los asociados, ocasione perjuicios graves...”

Una segunda línea jurisprudencial entendió que en los tres eventos previstos en el artículo 414 (absolución cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió

o la conducta no estaba tipificada como punible) la responsabilidad es objetiva, por lo cual resulta irrelevante el estudio de la conducta del juez o magistrado para tratar de definir si por parte de él hubo dolo o culpa. Se consideró, además que, en tales eventos, “la ley presume que se presenta la privación injusta de la libertad”, pero se precisó que en aquellos casos no subsumibles en tales hipótesis normativas se exigiría al demandante acreditar el error jurisdiccional derivado no sólo del carácter “injusto” sino “injustificado” de la detención. El antiguo código penal establece una clausula general de responsabilidad asumiendo tres casos en que se presenta objetiva, dejando el resto la carga probatoria de la falla en el servicio.

Una tercera tendencia jurisprudencial corrigió el criterio absoluto conforme al cual la privación de la libertad es “una carga que todas las personas deben soportar por igual”, que implicaba “imponer a los ciudadanos una carga desproporcionada” , al tiempo que amplió, en casos concretos, el espectro de responsabilidad por privación injusta de la libertad, fuera de los tres supuestos de la segunda parte del artículo 414 del C.P.P. y , concretamente, a los eventos en que el sindicado fuese absuelto en aplicación del principio universal del in dubio pro reo (Consejo de Estado 2004).

- **SENTENCIA DEL 6 DE ABRIL 2011**

**Consejero ponente:** Ruth Stella Correa Palacio.

**Radicación:** 19001-23-31-000-1999-00203-01(21653).

**Ley vigente:** Decreto 1853 de 1985, Ley 2 de 1984, Decreto 2700 de 1991.

**Causal de absolución:** El imputado no cometió el delito.

**Delito imputado:** Homicidio

**Tiempo de privación:** 4.23 meses

La legislación vinculante en los casos de privación injusta de la libertad será la del momento en que se dicta la sentencia absolutoria. En este caso la persona fue privada de la libertad por los mismos hechos en tres ocasiones. Las sentencias proferidas en los últimos 10 años han resuelto absoluciones de procesos penales heredados de los años 90. Por esta razón, la providencia establece un breve recuento de los regímenes imperantes según las fechas en las que este imputado fue privado de su libertad.

<b>REGIMEN SUBJETIVO</b>	<b>REGIMEN OBJETIVO</b>
<p>Privaciones anteriores a la constitución política de 1991 y el decreto 2700 de 1991.</p> <p>Ante la ausencia constitucional y legislativa la fuente del derecho era el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención de San José de Costa Rica.</p> <p>Los títulos de imputación aplicados en estos casos era la falla en el servicio judicial.</p>	
	<p>Privaciones a partir del decreto 2700 de 1991 y hasta la entrada en vigencia de la ley 600 del 2000.</p> <p>Eran cuatro los supuestos enunciados en el artículo 414 de este decreto por los cuales operaria de manera automática la reparación de perjuicios.</p> <p>En los demás supuestos se entraría a analizar la falla en el servicio judicial imputable a la administración.</p>
<p>A partir de la vigencia de la ley 600 de 2000 y en vigencia de la ley 906 de 2004.</p> <p>Al no contemplar las causales de manera expresa se utiliza como título de imputación la falla en el servicio. Jurisprudencialmente se sostiene por dogmática el régimen objetivo de la anterior norma procesal penal</p>	

pues la absolución se da porque no había ninguna razón al reproche penal.	
---	--

Antes de la existencia de la nueva carta política, la jurisprudencia consideraba que la responsabilidad proveniente de fallas en la administración de justicia, debían ser atribuidas al dolo, culpa, retardo injustificado o error inexcusable del funcionario.

Excepcionalmente se responsabilizaba al Estado, solo cuando las fallas fueran propiamente administrativas. Se fundamentaban en el principio de la intangibilidad de la cosa juzgada y por falta de norma legal que autorizará la indemnización de perjuicios en los supuestos de error judicial o funcionamiento anormal de la administración de justicia.

Ahora el juez administrativo tiene herramientas legales y jurisprudenciales suficientes para decidir. Pero por ejemplo en los casos en los que se sufre una medida de aseguramiento intramural por una conducta que no era merecedora de reproche penal, se configura un daño antijurídico sea a la luz del decreto 2700 de 1991, el artículo 90 de la Constitución de 1991 o el artículo 65 de la ley 270 de 1996.

Pero, la derogatoria del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 y la carencia en los subsiguientes códigos de procedimiento penal de una norma con el mismo contenido de ese artículo, no impiden deducir la responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad en los mismos eventos previstos en aquél, esto es, cuando mediante sentencia que ponga fin al proceso o providencia con efectos similares, se absuelva al sindicado con fundamento en que la conducta no existió, el sindicado no la cometió o el hecho no era punible (Consejo de Estado, 2011).

La indemnización por pérdida de la libertad se genera por el gran dolor moral que sufren la persona y sus familiares al llevarse a cabo en un centro de reclusión. Se afecta el proyecto de vida, el entorno, se ve forzado a adaptarse a unas paupérrimas condiciones con el adicional de una difícil reinserción en la vida social.

- **SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DEL 17 DE OCTUBRE DE 2013**

**Consejero ponente:** Mauricio Fajardo Gómez

**Radicación:** 52001-23-31-000-1996-07459-01(23354)

**Ley vigente:** Decreto 2700 de 1991.

**Causal de absolución:** in dubio pro reo.

**Delito imputado:** Hurto e infracción al artículo 33 de la ley 30 de 1986.

**Tiempo de privación:** 36 meses.

Unifica jurisprudencia en relación con el régimen de responsabilidad, ampliando el espectro para el título de imputación de daño especial. Afirma que no puede haber disposiciones infra constitucionales que limiten o restrinjan la disposición del artículo 90 de la constitución política.

Lo anterior al discutirse la procedencia de la declaratoria de responsabilidad basados en el extinto código de procedimiento penal decreto 2700 de 1991, que excluyen de las causales cobijadas la aplicación del *in dubio pro reo*. En materia de privación injusta de la libertad, es aplicable el título de imputación de daño especial de manera preferente a la falla en el servicio, lo que conlleva a un régimen objetivo de responsabilidad, pues la falla deberá probarse y tornarse manifiesta en la sentencia solamente en caso de haber existido, en este caso se despachará con observancia de un régimen subjetivo de responsabilidad

Ni el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 ni alguna otra disposición de naturaleza legal podría constituir el fundamento único de la responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad. Tales dispositivos legales podrían precisar, pero de ninguna manera limitar y menos reemplazar la eficacia directa, vinculante y preferente de los dictados que contiene el artículo 90 de la Constitución Política (Consejo de Estado, 2013).

La sentencia enfatiza en la garantía de presunción de inocencia y la inviolabilidad del derecho fundamental a la libertad. La sala concluye que el beneficio de la duda a favor del sindicado implica la aplicación de un título objetivo de imputación basado en el daño especial irrogado a la víctima.

El procesado no se encuentra por regla general en el deber jurídico de soportar una detención y posterior privación de su derecho fundamental a la libertad, que debe ser excepcional. El juez de responsabilidad no puede dar por desvirtuada la presunción de inocencia del privado de la libertad ante la ausencia de un fallo penal de condena.

Empero, la injusticia de la privación de la libertad en éstos —como en otros— eventos no deriva de la antijuridicidad o de la ilicitud del proceder del aparato judicial o de sus funcionarios, sino de la consideración consistente en que la víctima no se

encuentra en el deber jurídico de soportar los daños que le irroga una detención mientras se adelantan la investigación o el correspondiente juicio penal pero que a la postre culmina con la decisión absolutoria o pronunciamiento judicial equivalente que pone en evidencia que el mismo Estado que ordenó esa detención no pudo desvirtuar la presunción constitucional de inocencia que siempre al afectado: antes, durante y después de los aludidos investigación o juicio de carácter penal (Consejo de Estado, 2013).

La libertad es un valor fundante del Estado Social de Derecho, por lo cual su garantía y protección resulta imperativa en todas las instituciones en su actuar legítimo. A pesar de los fines que desarrolle la administración de justicia, la privación de la libertad sin que medie sentencia condenatoria o culpa exclusiva de la víctima es un daño especial que se irrogó al individuo.

En el *in dubio pro reo* el estado se demostró incapaz de resolver la imputación de forma desfavorable al procesado, bien por incapacidad o negligencia en el momento de probar los hechos y las conductas atribuidas. Pero darle el carácter de responsabilidad objetiva no implica agravar la responsabilidad de los servidores públicos involucrados.

Como corolario de y en estrecha conexión con lo expuesto, resulta relevante igualmente destacar que la posibilidad de declarar la responsabilidad patrimonial del Estado por la privación injusta de la libertad de una persona, en casos en los cuales ha sido exonerada de responsabilidad penal como resultado de la aplicación del principio *in dubio pro reo*, sin sustento en o sin referencia a yerro, falla o equivocación alguna en la cual hubieren incurrido la Administración de Justicia o alguno de sus agentes, con base en un régimen objetivo de responsabilidad, en modo alguno torna más gravosa la situación del(los) servidor(es) público(s) que hubieren intervenido en la actuación del Estado —y que, por ejemplo, hubieren sido llamados en garantía dentro del proceso iniciado por la víctima del daño en ejercicio de la acción de reparación directa—, como tampoco coarta o dificulta el cumplimiento de las funciones asignadas a la Fiscalía General de la Nación o a la Jurisdicción Penal en cuanto que con ello supuestamente se estuviere atentando contra la autonomía e independencia de los jueces penales o de los fiscales y contra la facultad de los

mismos para recaudar elementos demostrativos que permitan el esclarecimiento y la imposición de las penas que amerita la comisión de hechos punibles.” (Consejo de Estado 2013).

- **SENTENCIA DEL 20 DE OCTUBRE DE 2014**

**Consejero ponente:** Enrique Gil Botero

**Radicación:** 05001-23-31-000-2004-04210-01 (40.060)

**Ley vigente:** Decreto 2700 de 1991

**Causal de absolución:** In dubio pro reo. La corte suprema absuelve luego de haber cumplido parte de la condena impuesta.

**Delito imputado:** Homicidio agravado

**Tiempo de privación:** 71 meses.

El caso que presenta en esta sentencia es relevante por el reconocimiento de derechos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos e instrumentos que la desarrollan. Se enfatiza en la discriminación de mujer rural en el marco de un proceso judicial, en la persona de Alba Lucía Rodríguez Cardona. Delimita asuntos importantes en materia de tasación de los perjuicios, pues antes de la sentencia definitiva del Consejo de Estado colombiano ya se había condenado al Estado colombiano por este asunto en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se sincronizan las decisiones de ambas corporaciones a pesar de manejar regímenes de responsabilidad distintos.

Así las cosas, se podría inferir que, en materia de responsabilidad en el sistema interamericano de derechos humanos, la Corte Interamericana, si bien manifiesta aplicar el régimen objetivo de responsabilidad, lo cierto es que, a la luz de nuestra tradición jurídica, este tipo de imputación encuadraría en el régimen subjetivo, denominado por la jurisprudencia Colombiana como la falla o falta en el servicio, la cual consiste en el incumplimiento de una obligación a cargo del Estado (Consejo de Estado 2014).

En materia de imputación, en la Corte Interamericana de Derechos Humanos el proceso se surtió con un título de imputación objetiva por la violación de los deberes consagrados en los tratados.

Ante Consejo de Estado, el título de imputación fue subjetivo, por falla en el servicio de administración de justicia. Existió una actitud prejuiciosa e inquisitiva por parte de la

fiscalía y la juez del caso. No se realizó una valoración probatoria rigurosa para condenar y se violaron varios preceptos en materia de legalidad de los elementos probatorios como la violación del secreto profesional por parte del médico y un informe de medicina legal en el que se establece la culpabilidad de la víctima por la muerte de su recién nacido hijo.

En la sentencia de Casación absuelve al encontrar causas diferentes en la necropsia realizada a la menor, el rasgado vaginal que demostraba un parto difícil y sorpresivo. El error de hecho del juez por falso raciocinio se configura al asumir la necropsia de forma deductiva y no inductiva contrastándola con la causa propuesta del deceso, la falta al deber de analizar la fundamentación técnico-científica de la pericia. Olvido del derecho al secreto profesional.

Califica como ineficaz la aplicación ultractiva del derogado artículo 414 del decreto 2700 de 1991 al imponer la responsabilidad en esta absolución por *In dubio pro reo*, aunque rescata los supuestos que se regulaban allí de manera específica.

Cuando se atribuye la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, existen eventos precisos y específicos en los cuales la jurisprudencia –con fundamento en el principio *iura novit curia*–, ha aceptado la definición de la controversia a través de la aplicación de títulos de imputación de carácter objetivo, en los cuales, la conducta asumida por la administración pública no juega un papel determinante para la atribución del resultado. Por el contrario, las demás hipótesis que desborden ese concreto y particular marco conceptual, deberán ser definidas y desatadas a partir de la verificación de una falla del servicio en cabeza del aparato estatal.

- **SENTENCIA DEL 11 DE DICIEMBRE DE 2015**

**Consejero ponente:** Stella Conto Díaz del Castillo.

**Radicación:** 47001-23-31-000-2009-00369-01(41208).

**Ley vigente:** Ley 600 de 2000.

**Causal de absolución:** Solicitud de preclusión por parte de la fiscalía en aplicación del *in dubio pro reo*.

**Delito imputado:** Acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir.

**Tiempo de privación:** 6 días.

A la luz del artículo 90 constitucional, no reconoce ninguna obligación en cabeza del juez administrativo de la aplicación de un régimen de responsabilidad específico. Es el juez en autonomía quien tiene la labor de construir en cada caso una

motivación de la decisión de la que derive la antijuricidad, el título de imputación, la existencia de eximentes y la adjudicación a la entidad que considere responsable.

En los diversos títulos de imputación se justifica y encuadra la solución de los casos puestos a consideración, atendiendo a la constitución y la ley sin formulas objetivas o imputaciones a priori.

La sentencia profundiza sobre todo en la culpa exclusiva de la víctima y en la discriminación hacia la mujer por parte de las autoridades judiciales, la violación del deber de cuidar y proteger a los menores de edad. Se aplica régimen objetivo por la valoración que trae el sistema jurídico al derecho a la libertad.

Conforme con la reiterada jurisprudencia de esta Corporación, la privación de la libertad deviene en injusta cuando se precluye la investigación en favor del procesado o se lo absuelve porque el Estado, a través de la autoridad penal, no desvirtuó la presunción de inocencia que constitucionalmente protege la libertad de las personas, sin que de ello se siga indefectiblemente la reparación. Esto es así porque acorde con la norma traída a colación, fundada en la culpa grave y el dolo, es claro que se impone al juez de la responsabilidad el análisis de los hechos, al margen de la presunción de inocencia y los imperativos de legalidad, juez natural, favorabilidad y non bis in ídem que la inspiran.

La jurisprudencia de la Sala establece que el título de imputación de responsabilidad ser acorde al acervo probatorio, diferente en cada caso. El artículo 90 constitucional no privilegia un régimen especial de responsabilidad, los títulos o razones que atribuyen responsabilidad se estructuran en la argumentación de la sentencia. Afirma la magistrada que en los tres eventos del artículo 414 del decreto 2700 de 1991 el legislador *califico a priori la detención preventiva como injusta*.

En este caso a pesar existir en la actuación penal la absolución por la imposibilidad de demostrar la culpabilidad del sujeto procesado, se impone la culpa exclusiva de la víctima sin dejar prosperar las pretensiones, revocando además lo concedido en segunda instancia, pues esta le había concedido indemnización por los perjuicios materiales probados, no por los morales que acrecentaban en más del 500% las sumas obtenidas.

La magistrada de la sección tercera encuentra que el adulto vulnero los derechos de un menor al ofrecerle ingesta de licor, lo que está prohibido. Independientemente de la investigación penal la puso en riesgo incluso de actos sexuales no consentidos. Tenía el deber de actuar en pro de la protección del interés superior, los derechos del menor. Por lo tanto,

así no haya resultado culpable de la conducta endilgada su actuación fue negligente y antijurídica.

- **SENTENCIA DEL 5 DE ABRIL DE 2017**

**Consejero ponente:** Marta Nubia Velásquez Rico

**Radicación:** 05001-23-31-000-2003-00113-01(41977).

**Ley vigente:** Decreto 2700 de 1991.

**Causal de absolución:** *In dubio pro reo*.

**Delito imputado:** Violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

**Tiempo de privación:** 2 años y 8 meses

Afirma que la sección tercera del consejo de estado ha tenido la oportunidad de pronunciarse en muchas ocasiones sobre estos casos por lo que ha fijado jurisprudencia consolidada y reiterada, de esta manera entra a resolver anticipadamente.

Si bien la magistrada considera el régimen de responsabilidad objetivo como el aplicable en los casos de *in dubio pro reo*, no implica que se eliminen las prerrogativas que eventualmente impedirían la indemnización de perjuicios, esto es la obligación de soportar la medida de aseguramiento por hecho exclusivo de la víctima.

Tratándose de casos en los que se analiza la responsabilidad del Estado bajo un régimen objetivo, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido reiterada y pacífica al sostener que este tipo de análisis no supone, de entrada, la prosperidad de las pretensiones ni la obligación inmediata de reparar patrimonialmente al extremo activo, habida cuenta de que es posible que en estos eventos se configuren situaciones como la fuerza mayor, el hecho exclusivo y determinante de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima, con la virtualidad de exonerar de responsabilidad a la entidad pública (Consejo de Estado, Abril de 2017).

Entonces la privación de la libertad se configura independientemente de si se produjo como resultado de la actividad investigativa correctamente adelantada por la autoridad competente, o cuando se profirió una medida de aseguramiento con el lleno de las exigencias legales. Si el imputado no resulta condenado, nace una obligación a cargo del Estado de indemnizar los perjuicios ocasionados. El deber de soportarlo no depende de la actuación como tal sino de los hechos que circundan el proceso penal.

La jurisprudencia ha acudido a los criterios contemplados en el artículo 63 del Código Civil para la definición de culpa y dolo en materia de *culpa exclusiva de la víctima*. De estos el primero corresponde a un comportamiento grosero, negligente, despreocupado o temerario, el segundo a la intención de generar daño a una persona o a su patrimonio.

Pero la observancia justificadora de la conducta del procesado traza una delgada línea en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, pues se corre el riesgo de que el juez administrativo subroque las competencias de la jurisdicción ordinaria que ya profirió resolución absolutoria.

En materia de privación injusta se ha sostenido que cuando la actuación del procesado justificó la actuación judicial, particularmente en lo que atañe a la restricción de su libertad, es posible concluir que el daño irrogado proviene de la propia víctima, aun cuando no hubiere sido condenado (Consejo de Estado, abril de 2017).

En este expediente se decide negativamente sobre las pretensiones, se trata Antonio Chaverra, alcalde municipal de Vigía del fuerte Antioquia al momento de los hechos. La controversia radicaba en la celebración de un contrato violando régimen de inhabilidades e incompatibilidades por contratar para el municipio el suministro de gasolina de propiedad de su padre, con un presunto testaferro del mismo. Se entendió según el material probatorio que si había hechos y pruebas contundentes que implicarán la culpabilidad del señor Chaverra en los hechos. Aunque como mencionaba anteriormente se analizaron las conductas pre-procesales desvirtuando así la decisión de la jurisdicción ordinaria.

Lo que resulta más interesante es que el señor Chaverra se encuentra hoy condenado por concierto para delinquir, suscitando además un conflicto de jurisdicción por solicitar acogerse a la JEP. A pesar de no ser relevante para la presente investigación no sobra decir que Vigía del Fuerte fue un corredor estratégico para los grupos paramilitares y de narcotráfico y al sujeto en mención se le acusó del suministro de dinero y gasolina al bloque paramilitar “*Elmer Cárdenas*”, durante su tiempo de administración y posteriormente.

- **SENTENCIA DEL 17 DE AGOSTO DE 2017**

**Consejero ponente:** Marta Nubia Velásquez Rico

**Radicación:** 76001-23-31-000-2010-00654-01(51786)

**Ley vigente:** Ley 600 de 2000

**Causal de absolución:** In dubio pro reo

**Delito imputado:** Secuestro agravado

**Tiempo de privación:** 20 meses y 18 días.

La magistrada reitera la jurisprudencia sentada el 17 de octubre en el entendido de ampliar los supuestos en los que procedía la responsabilidad objetiva del estado por privación injusta de la libertad al principio pro reo.

Posteriormente, mediante sentencia proferida el 17 de octubre de 2013, expediente 23.354, se precisó que, además de los supuestos del artículo 414 del Código de Procedimiento Penal y de la Ley 270 de 1996, también es responsable el Estado por los daños ocasionados en virtud de la privación injusta de la libertad de una persona cuando es absuelta por aplicación del principio in dubio pro reo (Consejo de Estado, agosto de 2017).

Frente al eximente de responsabilidad de *culpa exclusiva de la víctima* no encontró que se configurará en el caso concreto. La víctima pretendía acreditar como privación injusta de la libertad el tiempo que estuvo sujeta de una medida de aseguramiento no carcelaria ni domiciliaria, no probó el perjuicio solicitado por lo que solamente se configuró el daño en el tiempo que estuvo reclusa en centro carcelario.

También afirma que la paternidad de crianza si es susceptible de indemnización por perjuicios morales en esta reparación directa, dentro del proceso solamente con declaración de los demandantes, entonces no fue concedida.

- **SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DEL 15 DE AGOSTO DE 2018 (MODIFICATORIA DE JURISPRUDENCIA)**

**Consejero ponente:** Carlos Alberto Zambrano Barrera.

**Radicación:** 66001-23-31-000-2010-00235-01(46947).

**Ley vigente:** Ley 906 de 2004.

**Causal de absolución:** Preclusión por atipicidad de la conducta reprochada.

**Delito imputado:** Trata de personas y concierto para delinquir.

**Tiempo de privación:** 4 meses y 5 días.

Establece por regla general el régimen subjetivo, debe probarse en cada caso la falla en el servicio de la administración de justicia, la antijuricidad del daño, es decir que el ciudadano no estaba en la obligación de soportarlo. La responsabilidad

opera si no se han observado requisitos legales o estándares convencionales y constitucionales, de lo contrario el daño será un daño jurídicamente permitido.

Según las bases de la cláusula general de la responsabilidad patrimonial del Estado, se debe exigir la demostración de que el daño, resultó antijurídico, consultando entre otros criterios los estándares convencionales, constitucionales y/o legales que admiten excepcionalmente la restricción a la libertad personal. Este es el primero de los elementos para configurar la responsabilidad.

Esta cláusula general de responsabilidad trajo como consecuencia, a todas luces, la constitucionalización de la responsabilidad extracontractual del Estado, bajo la égida del concepto de daño antijurídico. El Consejo de Estado ha definido el daño como el menoscabo o detrimento de un interés jurídicamente tutelado, al tiempo que ha entendido que es antijurídico cuando no existe el deber de soportarlo, circunstancia de la cual surge su naturaleza de resarcible (Consejo de Estado, 2018).

La justificación del régimen objetivo en esta sentencia radica en que no se predica como tal de la falla de un funcionario, sino de la falla del Estado como ente abstracto. Aun así, puede operar el llamamiento en garantía al funcionario culpable dentro del mismo proceso de responsabilidad de la administración o dentro de un proceso nuevo.

Así las cosas, comoquiera que no es plausible afirmar que un juicio de responsabilidad de carácter subjetivo en asuntos de privación de la libertad tiende a confundirse con un juicio de responsabilidad personal del agente, pues lo mismo habría de concluirse en todos aquellos casos llamados a ser resueltos bajo el régimen subjetivo de responsabilidad -lo cual no debe ocurrir-, no puede, por consiguiente, emplearse dicha aserción como herramienta o argumento para condicionar la aplicación e interpretación del artículo 90 superior, como se hizo en la sentencia del 17 de octubre de 2013 (Consejo de Estado, 2018).

Toma argumentos de la corte constitucional al reconocer el derecho de indemnización a los privados de la libertad. No admite que se restrinja este derecho por normas infra-constitucionales, ratificando la postura de la sentencia C-037 de 1996 al requerir más que la ausencia de condena para estructurar el daño, declarando condicionalmente exequible el artículo 68 de la ley 270 de 1996.

Posterior al análisis de antijuricidad el juez debe adecuar el título de imputación, analizar la procedencia de la eximente de responsabilidad de la culpa exclusiva de la víctima y finalmente decidir a qué entidad condenar. En este caso concreto se analizan dentro del eximente de responsabilidad conductas pre-procesales de la víctima realizando un segundo juzgamiento en una jurisdicción ajena.

Realiza además un análisis del principio de autonomía judicial, en la que el operador de justicia debe actuar cuando encuentra que se dan los requisitos para ordenar la detención preventiva de una persona. Afirma que según la jurisprudencia vigente el agente debe debatirse entre imponer una medida de detención preventiva ajustada a los requisitos, o por el contrario, desacatar la ley y hasta la Constitución Política y abstenerse de imponerla, toda vez que, si se inclina por la primera opción y el proceso culmina sin una condena en contra del procesado, se puede generar una acción de responsabilidad frente a la administración y, por consiguiente, hasta la posibilidad de que se repita en contra suya, esto es, de quien impuso a medida y, en cambio, si acoge la segunda opción, pueden tanto él como la administración ser llamados a responder, esta vez por la omisión en el cumplimiento de sus funciones.

- **SENTENCIA DEL 15 DE NOVIEMBRE DE 2019 (TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL)**

**Consejero ponente:** Martín Bermúdez Muñoz

**Radicación:** 11001-03-15-000-2019-00169-01

**Ley vigente:** Ley 906 de 2004

**Causal de absolución:** Atipicidad de las conductas

**Delito imputado:** Trata de personas y concierto para delinquir.

**Tiempo de privación:** 4 meses y 5 días.

La tutela se profiere contra sentencia de unificación del consejo de estado del 15 de agosto de 2018 exp. 46947, en esta se aplicó el régimen subjetivo de responsabilidad, encontrando probada la falla en el servicio por una sentencia absolutoria fundamentada en atipicidad de las conductas imputadas.

La sentencia es cuestionada en sede constitucional por romper con la garantía del derecho fundamental a la presunción de inocencia. Luego de encontrar probada la antijuricidad del daño y adecuado el título de imputación, procedió el Consejero a configurar

la culpa exclusiva de la víctima por conductas pre-procesales de la misma, desconociendo la actuación penal en la que no se desvirtuaba su presunción de inocencia. Como resultado negó las pretensiones de los demandantes.

Deja claro que el juez de responsabilidad no puede volver a juzgar las conductas pre procesales de la víctima, solamente se esgrime el reproche sobre conductas surgidas en curso de la actuación penal.

La misma idea, a partir de la cual es claro que el derecho a la presunción de inocencia resulta protegido con las reglas que definen el estudio de la culpa de la víctima como causal de exoneración de responsabilidad del Estado, se explica en la teoría de la imputación objetiva, que se refiere al «traslado del riesgo a un ámbito de responsabilidad ajeno», punto en el que se anota: «(...)cuando el riesgo se realiza, el deber de seguridad que tenía la persona que ha originado el peligro se ha trasladado a un ámbito de responsabilidad ajeno. (...) En el momento en que el riesgo se realiza, éste era administrado por otro, había entrado en su ámbito de responsabilidad. (...) Con base en la asignación de funciones, la sociedad delimita los ámbitos de responsabilidad, en el sentido de que su titular sólo está obligado a lo que le compete dentro de las expectativas que le genera el estatus. Lo demás no le concierne. El rol asignado establece pautas de comportamiento para la administración de esos riesgos, y si el ciudadano se comporta dentro de esos parámetros, no defrauda las expectativas sociales (Consejo de Estado, 2019).

El asunto de la referencia es de relevancia constitucional toda vez que la Litis se fundamentó en la posible vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad y el debido proceso (artículos 13 y 29 de la C.P) de la parte actora. Esto con ocasión de una sentencia dictada por el órgano de cierre del contencioso administrativo.

Respecto del derecho al debido proceso, la sala consideró que el planteamiento de esta acción de tutela involucra las garantías de la cosa juzgada, el juez natural y la presunción de inocencia. En efecto, la construcción de la culpa de la víctima, en el caso de la privación injusta de la libertad de la accionante, pudo vulnerar estos derechos constitucionales porque se basó en las conductas que ya habían sido valoradas por el juez penal para declararla inocente.

• **SENTENCIA DEL 28 DE MAYO DE 2020**

**Consejero ponente:** Martin Bermúdez Muñoz

**Radicación:** 25000-23-26-000-2009-00456-01(44658)

**Ley vigente:** Ley 600 de 2000

**Causal de absolución:** Solicitud de preclusión presentada por la fiscalía en aplicación del principio *in dubio pro reo*,

**Delito imputado:** Concierto para delinquir en concurso con tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas militares.

**Tiempo de privación:** 11 meses y 11 días.

Aunque no reitera mucha jurisprudencia establece un régimen subjetivo de responsabilidad bajo el argumento de falla en el servicio por parte de la Fiscalía General de la Nación. Asume la metodología de Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”. Sentencia del 4 de junio del 2019. Expediente: 39.626. M.P.: Dr. Alberto Montaña Plata.

Aunque la investigación precluyó, se tiene que la privación fue ilegal pues no se acreditaron indicios razonables de culpabilidad y no se justificó la necesidad de la medida de aseguramiento pues no se refirió a ninguno de los presupuestos establecidos en la ley procesal penal. El imputado fue vinculado al proceso por interceptaciones en las que se evidenciaba el conocimiento de las actividades delictivas de varios miembros de su familia, pero no la participación efectiva en las conductas delictivas.

Como particularidades de la sentencia tuvo por no demostrado el vínculo afectivo de padre de crianza frente a las menores hijas de la cónyuge, en la medida que no se acreditó la existencia de trato de padre, ni que se hayan reputado como hijas por familiares y amigos del domicilio. En este sentido negó la pretensión indemnizatoria de la que se predicaban titulares. Depreca el daño a la vida en relación por haber sido abandonado por la jurisprudencia y solicitarse bajo esta denominación.

Esta decisión no tuvo mayor debate jurídico en la decisión pues se acreditó con el plenario del proceso penal que la fiscalía enervó sus pretensiones en un equívoco pues no existían indicios razonables de culpabilidad en la comisión de las conductas o justificaciones para privar de la libertad al imputado.

Revocará la sentencia de primera instancia y condenará a la Fiscalía General de la Nación a pagar perjuicios, toda vez que está acreditado que la demandada obró de

manera negligente en el cumplimiento de sus funciones, pues la detención del demandante se dispuso sin que se cumplieran los requisitos legales para ello, dado que no existían indicios graves de responsabilidad penal en su contra, ni la Fiscalía justificó la necesidad de la medida de aseguramiento (Consejo de Estado, 2020).

- **SENTENCIA DEL 28 DE AGOSTO DE 2020**

**Consejero ponente:** Ramiro Pazos Guerrero

**Radicación:** 25000-23-26-000-2011-00544-01(50932)

**Ley vigente:** Ley 600 de 2000

**Causal de absolución:** Sentencia absolutoria *in dubio pro reo*.

**Delito imputado:** Concierto para delinquir, cohecho propio y falsedad en documento público.

**Tiempo de privación:** 28 meses y 15 días.

Acredita falla en el servicio por actuación negligente de la Fiscalía General de la Nación. El juzgado que absuelve afirma que el ente investigador hizo una construcción errada de los indicios al hacer especulaciones genéricas. Para decidir el consejero asume la metodología de las sentencias de la corte constitucional SU 072 de 2018 y C037 de 1996.

Acredita la existencia del daño antijurídico. Analiza la legalidad de la medida de privación de la libertad bajo una óptica subjetiva, estudia si esta se ajustó o no a los límites del ordenamiento constitucional y legal para decretar la restricción de la libertad, tanto en sus motivos de derecho como, de hecho.

Cuando no se logre probar la existencia de una falla en el servicio, la responsabilidad se analiza bajo un régimen objetivo y el título de imputación de daño especial. Finalmente debe analizar la culpa exclusiva de la víctima como eximente de responsabilidad pues en caso de configurarse no se podrá declarar patrimonialmente responsable al Estado.

En el caso estudiado en la sentencia no se evidencia conductas del procesado que hayan tenido incidencia en la decisión de capturarlo y mantenerlo privado de su libertad en establecimiento carcelario.

Al respecto, es preciso advertir que, si bien la Fiscalía al momento de decretar la medida preventiva sostuvo que ésta era necesaria para garantizar la comparecencia de los sindicados al proceso y para evitar la continuación de su actividad

delincuencial, lo cierto es que tal razonamiento se dio en el marco de la generalidad y no la sustentó con base en argumentos convincentes y elementos materiales probatorios respecto del señor Yamil Antonio Bolívar Cervantes, que dieran cuenta que, en efecto, aquél pretendía evadir su presencia en la investigación y que procuraba seguir con la presunta comisión de los punibles (Consejo de Estado, 2020).

En vigencia de la ley 600 al no existir juez de control de garantías la responsabilidad de la imposición de la medida le correspondía a la fiscalía, posteriormente el juez de conocimiento también se hacía partícipe de esta responsabilidad, correspondiéndole de manera proporcional al tiempo en que estuvo en sus manos la decisión.

A la Nación-Fiscalía General de la Nación le es imputable desde el momento de la captura hasta la fecha de ejecutoria de la resolución de acusación, pues de conformidad con el artículo 400 ibídem, es a partir de ese momento que asume competencia sobre el asunto el juez encargado del juzgamiento y el procesado deja de estar a cargo de la Fiscalía. A la Nación-Rama Judicial le es imputable desde el momento en que avocó el conocimiento del proceso, instante en el que adquiere competencia para revocar la medida de aseguramiento si no se reúnen los requisitos de necesidad para mantenerla vigente, hasta el momento en que el actor recuperó su libertad.

Por su parte la corte constitucional ha realizado estudios dentro de su jurisprudencia en relación con la privación injusta de la libertad. Se seleccionaron especialmente la C-037 de 1996 en el estudio de constitucionalidad de la ley 270 de 1996 y en segundo lugar la sentencia de Unificación que respalda de cierta manera la postura asumida por el Consejo de Estado en el mes siguiente.

- **SENTENCIA CORTE CONSTITUCIONAL C 037 DEL 5 DE FEBRERO DE 1996**

**Magistrado ponente:** Vladimiro Naranjo Mesa.

Esta sentencia se encargó de hacer el estudio de constitucionalidad a la ley estatutaria de justicia 270 de 1996, sobre el artículo 68 que reza “Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios.” (Ley 270 de 1996, Artículo 68), no tuvo inconvenientes halándolo fundamentado en los artículos 6 (Responsabilidad de servidores en el ejercicio de sus funciones), 28 (Derecho fundamental a la libertad), 29

(Derecho fundamental al debido proceso) y 90 (Clausula de responsabilidad general del estado).

Delimita la definición de injusto siendo esto una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, en este sentido es arbitraria. Este es un limitante puesto por la sentencia que literalmente que de forma subjetiva y aun de mala fe cualquiera pudiera exigir una reparación automática de perjuicios lesionando el patrimonio público.

- **SENTENCIA DE UNIFICACIÓN CORTE CONSTITUCIONAL DEL 5 DE JULIO DE 2018 (TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL)**

**Magistrado ponente:** José Fernando Reyes Cuartas.

**Radicación:** SU 072 de 2018

La corte justifica su intervención basada en la sentencia C-816 de 2011 donde se considera que las Cortes, al ser órganos de cierre, deben unificar la jurisprudencia en el ámbito de sus jurisdicciones. De la misma manera en la SU-053 de 2015 basada en el principio de igualdad, la fuerza vinculante de la jurisprudencia de los órganos de cierre garantiza, la primacía de la Constitución, la confianza, la certeza del derecho y el debido proceso.

Ahora bien, la necesidad de imprimirle fuerza vinculante a los precedentes de las Cortes, como se explicó en la mencionada SU-053 de 2015, también toma en cuenta que la interpretación del derecho no es asunto pacífico y, en ese orden, los precedentes de estas corporaciones constituyen una herramienta trascendental en la solución de casos en los cuales las leyes pueden admitir diversas comprensiones en aras de evitar decisiones contradictorias en casos idénticos (Corte Constitucional, 2018).

La Corte y el Consejo de Estado no se encuentran tan distantes en materia de responsabilidad, comparten dos premisas:

La primera, que la responsabilidad del Estado se deduce a partir de la constatación de tres elementos: (i) el daño, (ii) la antijuridicidad de este y (iii) su producción a partir de una actuación u omisión estatal (nexo de causalidad). La segunda, que el artículo 90 de la Constitución no define un único título de imputación, lo cual sugiere que tanto el régimen subjetivo de la falla del servicio, coexiste con títulos de imputación

de carácter objetivo como el daño especial y el riesgo excepcional (Corte Constitucional, 2018).

Basándose en la cláusula general de responsabilidad, confirma el principio *iura novit curia* como el idóneo para que el juez administrativo estructure la imputación más adecuada a las circunstancias fácticas, teniendo presente la sentencia C037 de 1996 que establece que para que se genere daño antijurídico la conducta debe ser abiertamente arbitraria.

Afirma que la tolerancia predicada hacia el proceso penal por parte de los ciudadanos debe darse en un contexto de estrictas garantías de los derechos fundamentales. Aun dentro de esta concepción puede considerarse legítima la privación injusta, caso en el cual se despachará negativamente cuando no se encuentre una falla atribuible a la administración de justicia.

Las entidades del Estado, como sujetos de derechos y obligaciones, pueden ser potenciales causantes de daños a los administrados y, por tanto, también susceptible de soportar una imputación, figura entendida como el fenómeno jurídico que “se produce automáticamente una vez que se prueba la relación de causalidad existente entre la actividad del sujeto productor del daño y el perjuicio producido (Corte Constitucional, 2018).

La privación preventiva de la libertad se convierte en una especie de condena anticipada, en tal razón esta debe darse de manera excepcional, cuando realmente se configuren los supuestos dados por el legislador. Dependiendo de la causa de absolución según el caso concreto es posible establecer el título de imputación y por tanto el régimen aplicable, que no es una regla general para este tipo de casos, en eventos de *In dubio pro reo* la privación se considera una carga que tuvo que soportar el ciudadano. A un daño que no se configura como antijurídico no es posible adecuarle un título de imputación de responsabilidad estatal. Esto no significa de ninguna manera que se flexibilicen las condiciones para imponer medidas de aseguramiento preventivas que deben ser acatadas por

El artículo 90, debe reiterarse, establece un régimen general de responsabilidad definiendo exclusivamente la naturaleza del daño que es resarcible –que debe ser uno antijurídico-, dejando a salvo los demás supuestos constatables a la hora de definir la responsabilidad, esto es, la necesidad de acreditar que se presentó un hecho o una

omisión atribuible al Estado o a uno de sus agentes, elementos cuya relación se define a partir de cualquiera de los títulos de imputación (Corte Constitucional, 2018).

## **5. DERECHO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO Y PENAL EN LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD.**

La privación injusta de la libertad es un fenómeno que abarca principalmente tres grandes ramas del derecho. En primer lugar, el derecho penal que es el encargado de restringir derechos fundamentales como medida punitiva, el derecho administrativo en el que se desarrollan los eventos contenciosos que dan lugar a la declaración de responsabilidad del Estado y el derecho constitucional que opera en las dos ramas garantizando la protección de derechos fundamentales del ciudadano.

La autonomía del juez en la proyección de sus providencias si bien no puede limitarse por eludir posibles sanciones de la jurisdicción administrativa si deben ser juiciosamente cuidadosas de no vulnerar garantías constitucionales ni derechos fundamentales.

Es así que el sistema penal acusatorio colombiano crea controles más rigurosos para la limitación de la misma. Los puntos que al respecto tienen más relevancia son la aparición del juez de control de garantías, la afirmación de la libertad mediante la interpretación restrictiva de la norma y el acatamiento de los presupuestos constitucionales necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad.

El juez de control de garantías, previa solicitud de la Fiscalía General de la Nación, ordenará la restricción de la libertad del imputado cuando resulte necesaria para garantizar su comparecencia o la preservación de la prueba o la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas. Igualmente, por petición de cualquiera de las partes, en los términos señalados en este código, dispondrá la modificación o revocación de la medida restrictiva si las circunstancias hubieren variado y la convirtieren en irrazonable o desproporcionada (Código de procedimiento penal, 2004, Artículo 2).

La libertad solo puede ser afectada para el cumplimiento de la pena o en el caso de ser preventiva, cuando evite la obstrucción de la justicia, asegure la comparecencia del imputado, proteja a la comunidad y víctimas, pues esta jamás puede tomarse como una

condena anticipada. En este sentido la Corte Constitucional en sentencia de unificación y citando el análisis de la CIDH dentro del caso Yarce y otras vs. Colombia “Es una medida cautelar y no punitiva: debe estar dirigida a lograr fines legítimos y razonablemente relacionados con el proceso penal. No puede convertirse en una pena anticipada ni basarse en fines preventivos-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena.” (Corte Constitucional, 2018, p. 59).

En este sentido la prevención general es un fin de la medida privativa de la libertad como condena, que busca disuadir y advertir a los ciudadanos a abstenerse de cometer conductas delictivas es una compensación, por la infracción de los deberes ciudadanos. Contrario a los fines de la medida de aseguramiento que son garantizar la comparecencia, preservar las pruebas y proteger a la comunidad y las víctimas.

En la argumentación de Castro (2018) el principio de prevención general, es asumido como que toda fuerza ajena a la voluntad de un ser humano que impida que lleve a cabo acciones en libertad, tales como el desplazamiento, constituye una privación de su libertad. Pero en el tratamiento jurídico y social, hay que realizar una disyuntiva entre las privaciones de la libertad que tienen origen en la conducta o el estado del que la sufre, y las privaciones de la libertad originadas en la voluntad exclusiva de quien la impone y la ejecuta; pues esta brecha delimita la legalidad o ilegalidad de la medida restrictiva.

En nuestro ordenamiento, los yerros provenientes de la administración de justicia y prácticamente de todas las actuaciones de la administración, deben resolverse por la vía contencioso administrativa. Para Santaella (2021) esta es una concepción además de tradición, en el que el concepto de responsabilidad se encuentra hasta de manera inconsciente integrado en la cultura jurídica colombiana, por esta razón la necesidad de un juez para declararla, afirma que la consecuencia del colapso del sistema también radica en la relación inescindible entre juez y responsabilidad. Sin embargo, se reitera que en este caso la discusión es de alta complejidad y debe intervenir el juez para analizar situaciones jurídicamente conflictivas que sobresalen.

A las autoridades judiciales por mandato de la ley les es obligatorio el acatamiento de las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme respecto de casos concretos similares. En nuestro país esto puede llegar a ser conflictivo, pues las altas

corporaciones pueden unificar sus jurisprudencias de manera independiente. En el estudio de Gómez (2021), aunque las decisiones correspondan a escenarios jurídicos distintos, dada su importancia y jerarquía se puede generar colisión jurisprudencial, cuando existan reflexiones contradictorias frente al mismo caso. Esta contradicción de posiciones podría darse para el uso de dos líneas de aplicación divergente en un caso de iguales supuestos, lo que implica inseguridad jurídica.

La vinculación de las disposiciones de los tratados internacionales ratificados por Colombia es de suma importancia pues en un sentido formal son las normas de mayor jerarquía dentro del ordenamiento. Muchas de las garantías existentes en las normas penales tanto procesales como sustanciales emanan de estos textos es así como lo afirma la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El artículo 7 de la Convención tiene dos tipos de regulaciones bien diferenciadas entre sí: una general y otra específica. La general se encuentra en el primer numeral: “[t]oda persona tiene el derecho a la libertad y a la seguridad personales”. Mientras que la específica está compuesta por una serie de garantías que protegen el derecho a no ser privado de la libertad ilegalmente (art. 7.2) o arbitrariamente (art. 7.3), a conocer las razones de la detención y los cargos formulados en contra del detenido (art. 7.4), al control judicial de la privación de la libertad y la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva (art. 7.5), a impugnar la legalidad de la detención (art. 7.6) y a no ser detenido por deudas (art. 7.7) (Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cooperación alemana GIZ, 2020, p. 8).

La organización de las naciones unidas a pesar de que establece parámetros para la reparación y que garantiza también el derecho a la libertad, estos principios se predicán sobretudo en violaciones manifiestas de la normativa internacional, infracciones graves al DIH, además en una comisión sistemática y exhaustiva. Según Mamby (2018), a la luz de estas disposiciones no aplicarían para actuaciones es improcedente la aplicación de mecanismos del sistema universal de derechos humanos para la reparación de daños causados con ocasión de actividades legítimas del Estado.

El derecho en los últimos años ha tenido un avance frente a las clásicas escuelas iusnaturalistas y positivistas, en todas las ramas y en este caso en el derecho administrativo se impone una interpretación constitucional, que según algunos doctrinantes genera inseguridad ya que en este proceso puede haber pérdida de valor de la ley por preponderancia de la constitución. Se presenta entonces una excepción al principio de legalidad y de rogatividad (Núñez, 2012).

Las decisiones de la corte constitucional colombiana como órgano de cierre, son vinculantes para los operadores jurídicos de la nación y constituyen cosa juzgada. El control constitucional se encuentra inmerso en los tres poderes en diferentes mecanismos. En la jurisprudencia del Consejo de Estado se incorpora según Arenas en 4 tipos de argumentación que textualmente constitucionalizan el derecho administrativo y de manera implícita sin referencias literales pero si esenciales, afirma entonces que el juez del Consejo de Estado es el “encargado de dilucidar las controversias entre los particulares y el Estado en materia de responsabilidad, ha tenido que adoptar las nociones y categorías propias del derecho constitucional en sus providencias para cumplir con los postulados establecidos en la norma fundamental.”(Arenas, 2021, p. 158).

La responsabilidad estatal en el contexto colombiano se deriva de la cláusula general del artículo 90 de la constitución política de 1991, la fundación del Estado Social de Derecho reconoce principios y derechos, “esta forma de ver los derechos en pro de los ciudadanos y no del Estado hace que se invierta la posibilidad de imputación de daños, ya no desde los coasociados frente a las instituciones, sino de estas frente a aquellos” (Lobo, 2019, p. 19)

## **6. PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD POR MEDIDA DE ASEGURAMIENTO INTRAMURAL**

El fenómeno de la privación de libertad tiene variantes que determinan su tratamiento, la primera bifurcación aparece cuando por dediciones posteriores se decreta la libertad de un condenado y cuando el procesado en prisión nunca llega a ser condenado, es decir, es absuelto dentro del proceso penal.

En el presente estudio el enfoque radica en la segunda opción planteada, la privación injusta de la libertad por imposición de medida de aseguramiento. En la condena de las entidades estatales por estos casos, es protagonista la calificación realizada a la absolución, pues según esta se puede estar en presencia de un error judicial o de una carga del proceso que el ciudadano debe asumir. A pesar de ser subsidiaria es el principal motivo de privación injusta, según Tejada “Es posible observar que, sobre las 662 sentencias condenatorias el

origen de la privación injusta de la libertad en 595 de ellas, fue debió a la imposición de medida de aseguramiento” (2017, p. 95).

La corte constitucional manifiesta la calidad de “injusto” de la medida tomada por la administración para la restricción del derecho, en concordancia con Mamby, “aunque parece preciso, resulta ser un término en blanco puesto que las expresiones: “ni apropiada, ni razonada, ni conforme a derecho” no precisan la casuística que aborda el operador penal y que debe identificar el juez administrativo para reconocer la reparación” (2018, p.27)

El legislador colombiano ha tomado algunas medidas para disminuir el hacinamiento del sistema carcelario que adolece de graves violaciones a los derechos humanos. En este sentido protege tanto al Estado como al ciudadano, condenas de responsabilidad y restricción indebida del derecho a la libertad. Por ejemplo, según reportaje de RCN “El defensor del Pueblo, Carlos Camargo Assis, informó que en la cárcel de Las Mercedes en Córdoba se registra actualmente un hacinamiento cercano al 770%” (Angarita, 2021)

En este sentido afirma Romero (2017), se deben adoptar medidas de aseguramiento no privativas y domiciliaria, la Ley 1760 de 2015 por ejemplo, establece que las medidas de aseguramiento privativas de la libertad deben durar máximo un año y quien las solicite requiere probar la insuficiencia de las no privativas al garantizar los fines de la medida.

Las medidas de aseguramiento privativas de la libertad solo podrán imponerse cuando quien las solicita pruebe, ante el Juez de Control de Garantías, que las no privativas de la libertad resultan insuficientes para garantizar el cumplimiento de los fines de la medida de aseguramiento (Ley 1760 de 2015, Artículo 1, Parágrafo 2).

Según Vega (2017), la política criminal del Estado ha motivado un uso indiscriminado de la medida de privación de la libertad, generando una situación carcelaria insostenible. En una perspectiva democrática no debe someter al ciudadano a cargas desequilibradas frente a los derechos y garantías constitucionales. El derecho a la libertad es una de más importantes ganancias de los regímenes modernos, resguardado por las nuevas constituciones para evitar el exceso de la potestad sancionatoria.

Tisnés (2012) es firme al asegurar que el traslado de la ponderación de restricción del derecho a la presunción de inocencia, al derecho a la libertad es una falacia pues realmente se asemejan en esencia los fines de la pena privativa y la medida de aseguramiento.

Se considera que es artificial y engañoso el argumento esgrimido por la Corte Constitucional, pues con la medida de aseguramiento privativa de la libertad se buscan los mismos fines que con la pena de prisión, siendo más gravoso el encarcelamiento preventivo, que tiene objetivos que van más allá de los señalados para la pena, entre ellos, el riesgo para el proceso (p. 60).

### **6.1. Tipos de absolución.**

#### **Indubio pro reo**

Se establece como uno de los principios rectores del sistema penal acusatorio, es un reflejo de la filosofía liberal de la que emana esta norma

Presunción de inocencia e in dubio pro reo. Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal.

En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado.

En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria.

Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda (Código de Procedimiento Penal, 2000, Artículo 7).

Toda duda debe resolverse en favor del acusado, en ningún caso se podrá expedir una providencia condenatoria en la que el estado no tenga suficiente material probatorio, prima el derecho fundamental a la presunción de inocencia y se configura Indubio pro reo fáctico.

En cuanto al Indubio pro reo procesal se controvierte por sectores de la doctrina que las decisiones de los cuerpos colegiados que no son unánimes generen una duda frente al procesado. En palabras Ortega y Calvete “Pero más allá de estas consideraciones, la más importante es aquella que señala la existencia del *in dubio pro reo* procesal al no existir una decisión uniforme por parte del juez colegiado en la sentencia de responsabilidad penal.” (2017, p. 8).

La falta de certeza es funcional al procesado en la comisión del delito, puede ser una muestra del sistema ineficaz que desarrolla las imputaciones y acusaciones.

### **Inexistencia del hecho**

En este caso se adelanta una investigación penal en la que de manera posterior y obrando la medida de aseguramiento, se constata que el hecho del cual surgió la solicitud de la medida no existió, por ejemplo, cuando alguien fue acusado por homicidio y la persona aparece viva tiempo después. Desde el decreto 2700 en este supuesto operaba el régimen objetivo.

### **No comisión del delito por parte del investigado.**

También la nación es responsable del daño antijurídico en los eventos en que mediante la investigación se establece con certeza que el procesado no cometió el delito investigado.

### **Atipicidad de la conducta.**

En este caso también operaba el régimen objetivo, en él se llega a la total certeza de que no existe ningún delito que se adecue a la conducta cometida. Esto se logra una vez adelantado el juicio penal.

### **Habeas corpus.**

Procede cuando la captura fue ilegal, existe una falla pues la privación de la libertad fue irregular y en sede constitucional mediante la acción de habeas corpus esta se recobró.

## **7. RESPONSABILIDAD ESTATAL POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD.**

El Estado colombiano en sus primeros momentos aplicó la teoría de la irresponsabilidad, en la que las actuaciones judiciales estaban revestidas de la seguridad de la cosa juzgada y además se argumentaba que las consecuencias de las decisiones era una carga legítima impuesta a los ciudadanos. Esto cambia también jurisprudencialmente y en una primitiva constitucionalización del Estado. Para Celis y Rojas (2017):

Posteriormente se comienza a modular dicha línea, con fundamento en una interpretación sistemática y armónica del artículo 16 de la Constitución en cita y de lo consagrado en el artículo 10 de la Convención Americana de los Derechos Humanos (incorporada al ordenamiento jurídico colombiano mediante la Ley 16 de 1972), encuadrándose la responsabilidad del Estado - administración de justicia, por “error judicial”. (p. 22)

Desde la ley estatutaria de administración de justicia 270 de 1996 y el derogado código penal 2700 de 1991 se estableció una clasificación legal de los casos que eran susceptibles de responsabilidad estatal. Supuestos en los que operaría el régimen objetivo bajo un título de imputación referente a la privación injusta.

Los textos normativos posteriores a estos códigos penales no contienen taxativamente estas disposiciones, pero son traídos a colación en varias sentencias después de su derogación, bien porque estaban en vigencia cuando ocurrió el daño irrogado en las demandas o porque para algunos magistrados su distinción es necesaria dentro del ordenamiento y su presencia facilitaría la interpretación de los jueces.

Es claro que la disminución de este tipo de litigios para el Estado colombiano no debe radicar solamente en la legitimación de las actuaciones restrictivas de los derechos fundamentales. Por el contrario, el accionar debe ser integral y concurrente de manera que puedan ser prevenidos. Según Vega (2017) el concepto de responsabilidad se interrelaciona y complementa con otras ramas del derecho, sus elementos culpa, daño, nexo causal y reparación a pesar de ser de naturaleza civil, no son ajenos al ámbito penal y administrativo. La manera de prevenir este tipo de litigios es “formular una política pública estatal tendiente a prevenir la ocurrencia del daño antijurídico, desde el punto de vista de la inmensa carga que tiene para las finanzas públicas.” (p. 62).

El régimen de responsabilidad estatal está consagrado en el artículo 90 de la constitución de 1991 y el artículo 140 del CPACA. Este se compone esencialmente de tres elementos 1) Existencia del daño, 2) Imputación fáctica y jurídica y 3) Valoración del daño. Para el caso de la privación injusta de la libertad el término de caducidad empieza desde el día siguiente a la ejecutoria de la providencia que precluyó la investigación o absolvió al procesado, de la misma forma no hay lugar a reclamarla si esta se computo con el tiempo de la condena (Ámbito jurídico, 2019).

Independientemente de cual sea la postura esta cláusula general de responsabilidad se antepone a cualquier interpretación que pueda realizar la jurisprudencia, de hecho, es la que permitió que en un primer momento se sumará el *in dubio pro reo* a las causales de absolución establecidas en el decreto 2700 de 1991, según sentencia de unificación del Consejo de Estado fechada el 17 de octubre de 2013, exp. 23354 una norma de carácter infra constitucional no podía limitar el alcance de las garantías de la carta política.

Luego de reiteraciones consecutivas y la aplicación de la falla en el servicio en casos donde era flagrante la negligencia de jueces o fiscales se unifican nuevamente los criterios el 15 de agosto de 2018 exp. 46.947. En esta providencia se protege la autonomía de los jueces penales, pues podían verse limitados en su autonomía judicial, se encontraba en riesgo de ser reprochado por el juez administrativo bien por imponer una medida de aseguramiento o por no hacerlo. Exalta el principio *Iura novit curia* como el determinante para establecer el título de imputación que más se adecue a las circunstancias fácticas, despachando según los alegatos diferenciada carga probatoria.

Eso sí, todo después de establecer la antijuricidad del daño predicada en la cláusula general del artículo 90 constitucional, reflejada en el artículo 65 de la ley 270 de 1996 (estatutaria de justicia) disgregada en la sentencia C037 de 1996, que declara su exequibilidad. Dentro de toda la argumentación delimita una metodología de tres obstáculos a superar por los potenciales demandantes en este tipo de procesos, 1) Acreditación de antijuricidad del daño, adecuando según la existencia de esta el título de imputación que el juez decida en virtud del principio *iura novit curia*, 2) Determinar si el privado de la libertad actuó con culpa grave o dolo, cuidándose por supuesto de no juzgar sus conductas pre-

procesales lo que contravendría su presunción de inocencia 3) Determinar quién es la autoridad llamada a reparar.

En este momento luego de una historia jurisprudencial garantista casi vuelve a la tesis de los años 80, con una argumentación más sólida. Es decir, la privación resulta legítima pues el derecho a la libertad no es absoluto siempre y cuando se observen todos los presupuestos legales que así lo permitan o lo exijan. Contrario es cuando la actuación es abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales.

Para algunos autores la responsabilidad del estado se prolifera por la dispersión normativa y la incertidumbre sobre el marco jurídico de la misma, “Dicha proliferación viene tanto de la parte normativa como de la falta de una jurisprudencia coherente en la materia.” (Fajardo y Guzmán, 2010, p. 56).

Para otros como Giraldo y Rúa (2014) el estado omite medidas preventivas del daño antijurídico que bien podrían ser una buena inversión en comparación con el gasto financiero en defensa judicial y pago de condenas. Igualmente juzgando desde la constitución, ley y jurisprudencia se le califica como un estado en búsqueda de una relación entre la justicia y los valores constitucionales, promotor de la asunción de responsabilidad en los eventos en que se sale de la norma y ocasiona daños.

Hoy luego de la sentencia del 15 de agosto de 2018 que establece el régimen subjetivo como regla general, luego de generado el conflicto con su revocación por vía de tutela, posterior a la sentencia sustitutiva y a la espera de la sentencia de revisión de la misma, se mantiene por parte del Tribunal Administrativo de Boyacá y de otros territorios la motivación de dicho proveído.

### **7.1. Daño antijurídico.**

En primera medida según Campo (2019) el daño antijurídico no es más que aquel daño que la víctima no está en el deber jurídico de soportar, pues no existe o no se presenta ninguna causal que justifique la producción del mismo por parte de la administración, razón por la cual deviene en una lesión patrimonial injusta (p. 29).

Por otra parte, el precedente jurisprudencial constitucional señala que la, “... antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima. De otro lado,

la concepción del daño antijurídico a partir de la consideración de que quien lo sufre no está obligado a soportarlo constituye otra forma de plantear el principio constitucional según el cual, la igualdad frente a las cargas públicas es sustento de la actividad de la administración pública”. Así pues, el precedente jurisprudencial constitucional ha señalado, “La Corte Constitucional ha entendido que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración”.

De igual manera, el precedente jurisprudencial constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los “principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución”. Asimismo, debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala un “Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos”. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable, anormal y que se trate de una situación jurídicamente protegida.

El daño según Restrepo (2019) se repara en pro de la equidad de partes se debe advertir el esfuerzo realizado por el ciudadano que soporta perjuicios para el bien común, entendido como la actuación de la administración de justicia, este daño para la corte constitucional el daño debe ser anormal o ilícito del estado para que se cumpla el principio de equidad.

No en todos los casos se puede predicar la antijuricidad del daño, como cuando la víctima por culpa propia lo ha causado en palabras de Armenta (2008) los daños que ocasiona el Estado en su actuar deben calificarse de antijurídicos, existen daños que no obedecen al título de anti juridicidad, negando de facto el reclamo de perjuicios por vía de responsabilidad extracontractual. En este sentido hay daños que la víctima debe soportar pues no son antijurídicos.

Citando a Rodríguez (2014) el daño antijurídico es el cimientó de nuestro sistema de responsabilidad estatal es una expresión fehaciente del principio de igualdad de los ciudadanos frente a la ley y las cargas públicas.

## 7.2. Título de imputación

Las entidades del Estado, son sujetos de derechos y obligaciones, en este sentido también generan daños a los administrados, siendo eventuales acreedores de una imputación, en sede contencioso administrativa. Esta figura se entiende como el fenómeno jurídico que se produce cuando existe nexo causal entre la actividad de la administración y el daño antijurídico.

A este respecto, según Arévalo (2011), el título jurídico de imputación “es la denominación bajo la cual, el juez deberá someter a estudio la responsabilidad en la cual incurre el Estado por los hechos de sus agentes, dependiendo si es por responsabilidad subjetiva u objetiva. Así, responderá a título de responsabilidad subjetiva por falla en el servicio y por responsabilidad objetiva a título de daño especial, riesgo excepcional, ocupación por trabajos públicos, responsabilidad por el acto administrativo, acción in rem verso, entre otras”. (Arévalo, 2011, como se citó en Jara, 2017, p. 85)

Según estudio realizado en 2017 por Tejada, comprendiendo los periodos de 2007 a 2012, se expedieron 662 sentencias condenatorias en segunda instancia, de las cuales en 152 el título de imputación es subjetivo y en 510 el título es objetivo, esto un año antes de sentar la jurisprudencia de 2013 que establece el régimen objetivo de responsabilidad.

A pesar de existir más títulos de imputación de los que van a ser referidos, para el presente estudio se tornan irrelevantes pues los mencionados son los que se utilizan en este tipo de casos.

La imputación es el fundamento del deber de reparar, se analiza en el plano fáctico y en el jurídico. En la primera solamente se acredita la existencia del daño y el nexo causal con el actuar de la administración, en la segunda se relaciona con la calificación que de esta conducta realice el operador judicial para determinar la existencia de un riesgo excepcional, la ruptura del equilibrio de las cargas públicas o una falla en el servicio “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” (Rodríguez, 2019)

Para Celis y Rojas, la imputación jurídica está unida a los regímenes tanto subjetivos (falla del servicio) como objetivos (riesgo excepcional y daño especial), por medio de estos se sustenta el deber de reparar un daño antijurídico estructurado. (2017)

### **7.2.1. Régimen Objetivo.**

Este régimen se estructuraba en el daño especial. No tiene en cuenta el carácter legítimo de la actuación del Estado y sus funcionarios, por los cual solamente es necesario probar que de la actuación u omisión del Estado se causó un daño antijurídico. En este el daño se reputaba antijurídico por ser una ruptura de las cargas que los ciudadanos tienen que soportar “Pero lo que en el régimen objetivo hace la medida “injusta” es la absolución posterior de la víctima, lo que prueba la antijuridicidad del daño causado.” (Agencia nacional de defensa jurídica del Estado. 2013).

Lo anterior contrario a la jurisprudencia vigente, que lo declara como un daño jurídicamente permitido en razón a que las decisiones se toman con acatamiento de las normas y la constitución dentro de un proceso legítimo.

Esta línea manejada hasta desde el 2013 de manera casi exclusiva, y que aun con la revocada sentencia de unificación de 2018, sigue generando algunas condenas al Estado se erige como una posición protectora del derecho a la libertad del ciudadano, pero lesiva para las finanzas del Estado.

Si bien esta posición es demasiado garantista, también lo es que puede generar un detrimento patrimonial bastante ostensible, debido a que la estructura del sistema penal, en especial el de corte acusatorio, vigente actualmente en Colombia, no ha tenido en cuenta la interpretación dada al derecho a la libertad y en especial a la restricción del mismo por parte del Consejo de Estado, lo cual conllevará a que en un mayor número o en todos los casos, el Estado entre a responder patrimonialmente. (Cifuentes y Jansasoy, 2016, p. 30)

Para la Agencia de Defensa Jurídica del Estado, según el diario El Tiempo “las pretensiones de las demandas por privación injusta de la libertad suman 37. 9 billones de pesos, una cifra cercana a la del presupuesto de salud para este año, que es de 31.8 billones” (El Tiempo, 2020)

### **Daño Especial.**

La noción de daño especial es en la que una acción u omisión del estado necesariamente lícita en busca del interés general, ocasiona un perjuicio a un ciudadano. Este título de imputación se estructura sobre el equilibrio de las cargas públicas, en garantía de la igualdad como principio y derecho fundamental. Esta postura fue manejada por la jurisprudencia del consejo de Estado especialmente en la sentencia de unificación del consejero Mauricio Fajardo “en modo alguno podría exigírsele a un individuo que asuma como una carga social normal o jurídica una situación que por definición es excepcional” (Consejo de Estado, 2013)

#### **7.2.2 Régimen Subjetivo**

Este régimen tiene una mayor exigencia probatoria, pues la antijuricidad del daño recae en un error o una falla en el servicio. De lo contrario la actuación se reputa como legítima y el daño como jurídicamente permitido. En este sentido precisa la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (2013) “un régimen subjetivo que examina el funcionamiento del Sujeto Estado como prestador de servicios a los ciudadanos y obliga al demandante a probar todos los supuestos que dan origen a la responsabilidad”. (2013, p. 14)

La entidad estatal debe acreditar que su actuación se sometió al estricto cumplimiento de los requisitos legales y los presupuestos constitucionales para la imposición de la medida de aseguramiento; si no se advierten irregularidades manifiestas, arbitrariedad o desconocimiento de estos la actuación se reputa como justa.

#### **Falla probada en el servicio**

Se ha entendido tradicionalmente como la acción u omisión del Estado en la que existe un incumplimiento de las obligaciones en cabeza de la administración. En este título de imputación se debe probar un nexo causal con el daño, ya no de la mera operación administrativa, sino de un defectuoso funcionamiento de esta, ocasionada por omisión, extralimitación, imprudencia, morosidad o culpa.

La carga de la prueba está totalmente a cargo de la víctima, esta debe determinar las condiciones de tiempo, lugar y modo en las que acaecieron los hechos que dieron origen al daño y su nexo causal con el actuar de la administración. La argumentación de Mejía (2019) permite colegir que en la absolución por Indubio pro reo existe falla en el servicio:

No hay que olvidar, que cuando se presenta absolución por ausencia de pruebas, ya no se trata mayoritariamente como una responsabilidad objetiva, pues en dicho evento hay una falla probada del servicio, ha sostenido en el último tiempo el máximo tribunal contencioso administrativo. Todo lo anterior, fundamentado en el artículo 90 de la Constitución Política, según el cual quienes son declarados inocentes en un proceso, no tienen por qué soportar el haber sido privado de su libertad (p. 54).

### **Falla presunta en el servicio**

En este la carga de la prueba se traslada al Estado, aunque no exclusivamente, pues la víctima debe fundamentar sus alegatos y la única forma de hacerlo es refiriéndose a elementos probatorios que tiene que aportar o solicitar. La entidad Estatal tiene condiciones de acceso al material probatorio que pueden resultar imposibles para el demandante.

### **7.3. Culpa exclusiva de la víctima**

La culpa exclusiva de la víctima se desprende de la ley estatutaria de justicia, en su artículo 70. En la última metodología establecida, de la más reciente sentencia de unificación ampliamente referenciada de la sección tercera, existe un paso inevitable para ser analizado por el juez, este es la verificación de la culpa exclusiva de la víctima. En este análisis se deben verificar las conductas procesales con la precaución de no traspasar los límites de la cosa juzgada y la presunción de inocencia, en estos eventos las autoridades judiciales en función del cumplimiento de los presupuestos constitucionales deben reprochar el comportamiento del procesado.

Justamente, la gravedad de la conducta penal atribuida condujo a que el ente investigador tuviese que obrar con diligencia y celeridad, en aras de adoptar las decisiones pertinentes de manera oportuna y sin desmedro de los derechos de la persona sindicada y con especial protección de la víctima. Para la Sala resultó claro, entonces, que la detención preventiva que afrontó el ciudadano no es injusta, por cuanto la conducta de actos sexuales con menor de 14 años, al momento de la imposición de la medida, se consideraba probable (Ámbito jurídico, 2021).

Este bloqueo establecido por la jurisprudencia en palabras de Lobo (2019), “valga la pena decir que se pueden estar desestimando las actuaciones negligentes de entidades como la

Fiscalía General de la Nación, e incluso de los administradores de justicia, lo cual afectaría de forma directa toda pretensión de reparación patrimonial” (p. 31).

## 8. IURA NOVIT CURIA.

Luego de la delimitación de los títulos de imputación se encuentra la fundamentación para su declaración, esta es el principio *iura novit curia*. En este se faculta al juez a aplicar el derecho prescindencia del invocado por las partes, como desarrollo del deber de fallar del juzgador, quien debe determinar correctamente el derecho. Discierne los conflictos litigiosos según el derecho vigente y califica de manera autónoma subsumiendo en las normas la realidad fáctica presentada por las partes.

Este principio se establece por la ausencia de regulación en la constitución o en la ley de la aplicación de un título específico, pues la única vez que se delimito fue en el procesal penal de 1991 derogado por la ley 600 del 2000. “No puede olvidarse que este análisis de imputación debe hacerse en consonancia con la realidad probatoria que repose en el expediente de cada caso en concreto” (Dávila y Rodríguez, 2020).

Es un principio de construcción, *regula iuris*, presume que el juez conoce el derecho aplicable. En esta concepción se cierran los vacíos del derecho pasando a la complementación mediante la jurisprudencia, los fallos inhibitorios están proscrito. Por definición no es posible aplicarlo en otros eminentemente rogativos como la nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho en las que el actor pone en tela de juicio la legalidad de actos administrativos. Al respecto Bohórquez (2013) manifiesta:

“En dicha sentencia el Consejo de Estado explicó que como la justicia es rogada no es aplicable el *iura novit curia* salvo que se trate de procesos en los cuales no se juzga la legalidad o ilegalidad de la actuación u omisión de la Administración, sino que directamente se reclama la reparación del daño mediante el reconocimiento de una indemnización, en cuyo caso el juez puede “interpretar, precisar el derecho aplicable y si es el caso modificar, de acuerdo con los hechos expuestos en la demanda los fundamentos de derecho invocados por el demandante”” (p. 73).

A pesar de parecer arbitraria o restrictiva de los derechos de las partes, la aplicación de este principio puede tornarse como una garantía pues al tener la libertad frente a la interpretación de las actuaciones el juez no se limita a despachar positiva o negativamente las tesis planteadas por las partes. Esta medida en cierta forma garantiza a los ciudadanos el

acceso a la justicia al dejar abierta la puerta para una imputación adecuada, lejos de una rogada que puede caer en imprecisiones en este sentido opina Núñez:

Acertada resulta la facultad de cambiar el título sobre el que se imputa la responsabilidad al Estado por parte del operador jurídico que decide la litis, máxime cuando la diferencia entre un título característico del régimen subjetivo es tan sutil de uno característico del régimen de imputación objetiva (Castro, 2018, p. 175).

## 9. CONCLUSIONES

Los títulos de imputación utilizados en los eventos de privación injusta de la libertad, cuando se impone su aplicación uniforme en virtud del precedente jurisprudencial determinan la postura del Estado en cuanto a la concepción del daño.

Por una parte, se encuentra en el título preferente del régimen objetivo, el daño excepcional, la preocupación de la administración por la legitimidad de sus actuaciones, una cierta coerción. Contrario a la afirmación de varios doctrinantes mencionados en el trabajo, no consideramos que esta se presente para limitar la autonomía del juez penal, sino por el contrario para prevenir no las condenas al Estado, sino la violación de derechos humanos dentro de la legalidad. Para conminar a los funcionarios judiciales, tanto fiscales como jueces a cumplir con los presupuestos constitucionales de interpretación restrictiva de la norma, a afirmar realmente el carácter excepcional de la medida de aseguramiento, sin miramientos a populismos punitivos que encausan por presión de masas y medios al establecimiento de condenas anticipadas. Medidas de aseguramiento que más que cumplir los fines establecidos para la misma, buscan cumplir los fines de prevención general de la pena.

Las partes juegan un papel, aunque no protagonista si fundamental, pues sobre los elementos aportados, se estructura la falla que conlleva a endilgar responsabilidades a la administración. Si bien el juez administrativo y constitucional se portó permisivo al proscribir la condena automática por el daño generado, no desconoció que la administración

de justicia puede generar conductas ilegítimas e ilegales que permitan la privación de la libertad.

Los títulos de imputación son utilizados por autonomía del juez, en aplicación del principio *Iura Novit Curia*, por lo tanto, su estructuración jurídica no depende de las partes, sino de los supuestos fácticos que encuentre. Cabe mencionar la excesiva tradición legalista en materia penal que si bien genera garantías para los procesados también en muchos casos puede deberse a una política criminal carcelaria que desconoce los grandes problemas del sistema carcelario, declaradas dos veces dentro de estado de cosas inconstitucionales desde el año 2013.

Tanto el régimen objetivo como el subjetivo requieren un nexo causal entre el daño ocasionado al ciudadano y la actuación de la administración, diferenciándose en que el primero no requiere la actualización de la ilegalidad sobre dichas actuaciones. En este sentido si habrá momentos en los que el juez pueda declarar el título de imputación objetivo, sin embargo, esto será excepcional.

Es posible establecer que si la fiscalía precluye una investigación por encontrar imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia tampoco debería estar en posibilidad de privar un derecho fundamental como el de la libertad, máxime con una medida tan lesiva como la privación en establecimiento carcelario, igualmente si se encuentra que la conducta es atípica y por esta razón el procesado nunca estuvo cometiendo un delito, en definitiva la incapacidad de la fiscalía también puede ser debida a actuaciones negligentes dentro del proceso penal y la falta de criterio jurídicamente técnico que permita separar la facultad de acusación a la de juzgador, pues no puede ser un mérito para una institución la imposición de medidas de aseguramiento excesivas.

La responsabilidad estatal es rogativa en cuanto a las pretensiones, pero discrecional en la imputación jurídica, en donde se dota de facultades al juez para disponer del litigio adecuando los elementos fácticos aportados por las partes. Esta ruptura del principio rogativo en cierta medida es garantista, pues es preferible que la argumentación sea ajustada a derecho a ser descalificada la oportunidad de acción por encontrarse inexactamente formulada.

En este sentido la agudeza del litigante debe estar en demostrar el daño, sin pasar por alto todos los tipos de perjuicios que se llegaren a ocasionar y estructurar la falla de la

administración de justicia no solo basada en el principio de legalidad sino en el respeto de los presupuestos constitucionales. La aplicación de las leyes penales en materia de privación de la libertad debe ser de interpretación restrictiva.

Consideramos que pesar de argumentarse el cumplimiento de las garantías, este es excesivamente formal, acomodándose dentro de la ley procesal para estructurar argumentaciones que buscan a como dé lugar que al imputado se le prive de la libertad en establecimiento carcelario de manera preventiva.

## 10. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Agencia nacional de defensa jurídica del Estado. (2013). Privación injusta de *la libertad: entre el derecho penal y el derecho administrativo*. Agencia nacional de defensa jurídica del Estado.

Agudelo, C. (2008). Algunos problemas de la justicia: Una defensa de la justicia de los jueces. En A. Obando. (Ed.), *Filosofía del derecho: Derecho y Justicia*. (55-72). Universidad del Cauca.

Alfaro, I.; Marín E. y Pedreros G. (2020). Concepción actual de la responsabilidad patrimonial del estado por privación injusta e la libertad en Colombia.

Ámbito Jurídico. (21 de febrero de 2019). Indicios graves de responsabilidad penal restan antijuricidad a la privación de la libertad. Recuperado el 8 de julio de 2021. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/administrativo/administrativo-y-contratacion/indicios-graves-de-responsabilidad-penal>

Ámbito Jurídico. (28 de febrero de 2019). Esto debe saber sobre el término de caducidad en casos de privación injusta de la libertad. Recuperado el 10 de julio de 2021.

<https://www.ambitojuridico.com/noticias/administrativo/penal/esto-debe-saber-sobre-el-termino-de-caducidad-en-casos-de-privacion>

Angarita J. (21 de abril de 2021). Hacinamiento en la cárcel Las Mercedes de Córdoba llega al 770%. Recuperado el 10 de julio de 2021.

[https://www.rcnradio.com/judicial/hacinamiento-en-la-carcel-las-mercedes-de-cordoba-llega-al-](https://www.rcnradio.com/judicial/hacinamiento-en-la-carcel-las-mercedes-de-cordoba-llega-al-770#:~:text=El%20defensor%20del%20Pueblo%2C%20Carlos,un%20hacinamiento%20cercano%20al%20770%25.&text=Durante%20la%20visita%20que%20realiz%C3%B3,en%20ese%20centro%20de%20reclusi%C3%B3n)

[770#:~:text=El%20defensor%20del%20Pueblo%2C%20Carlos,un%20hacinamiento%20cercano%20al%20770%25.&text=Durante%20la%20visita%20que%20realiz%C3%B3,en%20ese%20centro%20de%20reclusi%C3%B3n](https://www.rcnradio.com/judicial/hacinamiento-en-la-carcel-las-mercedes-de-cordoba-llega-al-770#:~:text=El%20defensor%20del%20Pueblo%2C%20Carlos,un%20hacinamiento%20cercano%20al%20770%25.&text=Durante%20la%20visita%20que%20realiz%C3%B3,en%20ese%20centro%20de%20reclusi%C3%B3n).

Aranda, H. (2015). Ponderación de principios en el título de imputación (factor de atribución) Daño especial: Análisis desde el esquema Alexiano y el sistema Kantiano. *Revista Principia Iuris*. 12(24), 127-142.

Arango, M. (2004) El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la corte constitucional colombiana. *Precedente anuario jurídico*, 4, 79-102.

Arellano, C. (2008). Métodos y técnicas de investigación jurídica. Editorial Porrúa.

Arenas, H. (2021). La constitucionalización de la responsabilidad y su proyección en la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano. *Revista Jurídicas*, 18(1), 139-161.  
<https://doi.org/10.17151/jurid.2021.18.1.9>

Armenta, A. (2008). El régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia: El título jurídico de la imputación. *VIA IURIS*, (6), 88 – 112.

Bohórquez, V. (2013). El iura novit curia en la aplicación del derecho en la decisión judicial. Estudio desde el derecho fundamental al acceso a la justicia. Universidad de Antioquia.

Campo, G. C. (2019). Fundamentos constitucionales del daño antijurídico en Colombia (Doctoral dissertation, Universidad Santiago de Cali).

Candil, A. y Ramos, J. (2018). Responsabilidad patrimonial del Estado por al privación injusta de la libertad. Universidad la Gran Colombia.

Castro Núñez, J. J. (2018). Alcance del principio iura novit curia en la responsabilidad del Estado colombiano. *Via Inveniendi Et Iudicandi*, 13(1), (169-188).  
<https://doi.org/10.15332/s1909-0528.2018.0001.06>

Castro, A. (2018). Responsabilidad estatal frente a la privación injusta de la libertad a miembros de las FFMM. (Tesis de maestría. Universidad Militar Nueva Granada)

Celis, R. y Rojas, M. (2017). Títulos de Imputación en materia de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad. (Tesis de maestría. Universidad Libre)

Cifuentes, G y Jansasoy, A. (2016). *Detrimento patrimonial del estado por demandas de privación injusta de la libertad*. . (Artículo de especialización. Universidad Libre).

Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. [CPACA]. Ley 1437 de 2011. 18 de enero de 2011. (Colombia).

Código de Procedimiento Penal. [CPP]. Decreto 2700 de 1991. 30 de noviembre de 1991. (Colombia).

Código de Procedimiento Penal. [CPP]. Ley 600 de 2000. 24 de julio de 2000. (Colombia).

Código de Procedimiento Penal. [CPP]. Ley 906 de 2004. 31 de agosto de 2004. (Colombia).

Consejo de Estado. Sección tercera, Subsección B. M.P. Martin Bermúdez Muñoz; 15 de noviembre de 2019. Colombia.

Consejo de Estado. Sección tercera. Expediente 14.476. M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; 7 de diciembre 2004. Colombia.

Consejo de Estado. Sección tercera. Expediente 21.653. M.P. Ruth Stella Correa Palacio; 6 de abril de 2011. Colombia.

Consejo de Estado. Sección tercera. Expediente 23.354. M.P. Mauricio Fajardo Gómez; 17 de octubre de 2013. Colombia.

Consejo de Estado. Sección tercera. Expediente 41.208. M.P. Stella Conto Díaz del Castillo; 11 de diciembre de 2020. Colombia.

Consejo de Estado. Sección tercera. Expediente 41.977. M.P. Marta Nubia Velásquez Rico;  
5 de abril de 2017. Colombia.

Consejo de Estado. Sección tercera. Expediente 46.658. M.P. Martin Bermúdez Muñoz; 28  
de mayo 2020. Colombia.

Consejo de Estado. Sección tercera. Expediente 46.947. M.P. Carlos Alberto Zambrano  
Barrera; 15 de Agosto 2018. Colombia.

Consejo de Estado. Sección tercera. Expediente 49.060. M.P. Enrique Gil Botero; 20 de  
octubre de 2014. Colombia.

Consejo de Estado. Sección tercera. Expediente 50.932. M.P. Ramiro Pazos Guerrero; 28 de  
agosto de 2020. Colombia.

Consejo de Estado. Sección tercera. Expediente 51.786. M.P. Marta Nubia Velásquez Rico;  
17 de agosto de 2017. Colombia.

Constitución Política de Colombia. [Const]. Art 13 y 90. Julio de 1991. (Colombia).

Constitución Política de Colombia. [Const]. Art 20 y 23. Agosto de 1886. (Colombia).

Corte constitucional. SU 072. M.P. José Fernando Reyes Cuartas. 5 de julio de 2018.  
Colombia.

Corte constitucional. C 037. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. 5 de febrero de 1996. Colombia.

Corte constitucional. T 388. M.P. Maria Victoria Calle Correa. 28 de junio de 2013.  
Colombia.

Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cooperación alemana GIZ. (2020).  
Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No.  
8: Libertad personal. Corte IDH.

Dávila, F. y Rodríguez, L. (2020). Análisis económico de la responsabilidad extracontractual  
del estado por privación injusta de la libertad a partir de la reciente jurisprudencia del  
Consejo de Estado. (Trabajo de grado, Pontificia Universidad Javeriana).

El Tiempo. (14 de abril de 2020). Demandas por privación injusta de la libertad suman \$ 37  
billones. Recuperado el 8 de julio de 2021.

<https://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/demandas-por-privacion-injusta-superan-los-37-billones-de-pesos-482512>

Estrada, S. (2006). Los principios jurídicos y el bloque de constitucionalidad. Universidad de Medellín.

Fajardo, A. y Guzmán, C. (2010). El daño antijurídico del estado y los medios alternativos de solución de conflictos – Estado del arte. *Civilizar, Ciencias Sociales y Humanas*. 10(19). 43-64.

Fernández, I. (2015). Manual de derecho procesal administrativo y contencioso administrativo. 1(2). Editorial universitaria

Fuentes-Contreras, Édgar H. (2021). (Im)precisiones de la interpretación conforme constitucional: dimensiones y elementos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. *Dikaion*, 30(2), 335–372.  
<https://doi.org/10.5294/dika.2021.30.2.2>

Fuentes-Contreras, Édgar H. y Rivas-Ramírez, Daniel (Eds.). (2020). Método(s) y Derecho(s). Tirant lo Blanch.

Fuentes-Contreras, É.H. (2010). *Materialidad de la Constitución*. Grupo Editorial Ibáñez y otros.

Fuentes-Contreras, É.H. (2018). *Legislación en sentido material*. Grupo Editorial Ibáñez y otro.

Giraldo, S. y Rúa, A. (2014). La prevención del daño antijurídico en la responsabilidad patrimonial del Estado. (Trabajo de grado. Universidad Autónoma Latinoamericana)

Gómez, E. (2021). La vulneración del principio de confianza legítima en la responsabilidad patrimonial del estado por la privación injusta de la libertad en Colombia ante la variación del precedente jurisprudencial. (Tesis de Maestría, Universidad Santo Tomas).

Hernández, R. (2014). Metodología de la investigación. McGRAW – HILL/Interamericana de Editores S.A. de C.V.

Iniciarte, A. y Barbera, N. (2012). Fenomenología y hermenéutica: dos perspectivas para estudiar las ciencias sociales y humanas. *Multiciencias*, 12(2), 199-205.

- Jara, L. D. (2017). Estado garante del derecho a la salud de las personas privadas de la libertad. *Diálogos de saberes*. 46, 79-110. <https://doi.org/10.18041/0124-0021/dialogos.46.1595>
- Jiménez, W.G. (2013). Origen y evolución de las teorías sobre responsabilidad estatal. *Diálogos de saberes*. 38, 63-78. <https://doi.org/10.18041/0124-0021/dialogos.38.2013.1832>
- Jiménez, L. (5 de julio de 2017). Demandas por privación injusta de la libertad suman \$ 37 billones. Recuperado el 8 de julio de 2021. <https://www.las2orillas.co/la-naturaleza-juridica-los-jueces-control-garantias/>
- Leal, N. (2003). El método fenomenológico: Principios, momentos y reducciones. *Arbitraje*. 1(2). 51-61.
- León A.; Naranjo, M.; Patiño, A. y Posada, P. (1998). *Argumentación, Actos lingüísticos y lógica jurídica*. Universidad del Valle.
- Ley 270 de 1996. Estatutaria de la administración de justicia. 7 de marzo de 1996. D.O. No. 42745.
- 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. 6 de julio de 2015. D.O. No. 49565
- Lobo, A. (2019). Análisis de la responsabilidad objetiva del Estado en privación injusta de la libertad: efectos de la sentencia de unificación del Consejo de Estado expediente N° 46947 del 15 de agosto de 2018 en la pretensión de reparación directa. (Trabajo de grado especialización, Universidad la Gran Colombia).
- Mamby, A. (2018). El derecho a la reparación en eventos de privación injusta de la libertad, según el derecho internacional. (Tesis de maestría, Colegio mayor de nuestra señora del Rosario).
- Mejía, O. (2019). Privación injusta o indebida de la libertad como generadora de responsabilidad estatal en Colombia y España. (Tesis de maestría. Universidad Militar Nueva Granada)

Menéndez, R. (2012). El concepto metodológico de reflexión en Husserl y en Ricoeur.

*Investigaciones Fenomenológicas*. 9, 249-268.

Núñez Amariz, J. (2012). La hermenéutica de la jurisdicción rogada frente al principio iura novit curia en materia laboral administrativa colombiana. (Tesis de maestría. Universidad Nacional de Colombia)

Ochoa, O. (2021). Análisis de la responsabilidad del estado por la privación injusta de la libertad: el caso colombiano. (Trabajo fin de estudio. Universidad de la Rioja).

Ortega, L. y Calvete, R. (2017). El principio del in dubio pro reo en las sentencias proferidas por jueces penales colegiados frente a la responsabilidad del Estado. *Revista de derecho público*. 38, 1-24. <http://dx.doi.org/10.15425/redepub.38.2017.05>

Ostau de Lafont, F. y Niño L. (2011). Metodología de la investigación de la ciencia jurídica laboral: Propuesta para la investigación en el mundo del trabajo en el siglo XXI. *Diálogos De Saberes*, 35, 17-43. <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/dialogos/article/view/1866>

Parra, W. (2003). Responsabilidad patrimonial estatal. Daño antijurídico. Universidad Autónoma de Colombia

Perdomo, T. (2008). Posición de garante en virtud de confianza legítima especial. Universidad Externado de Colombia.

Pérez, R. (2013). Ser Humano, Sociedad y Derecho. En F. Valderrama (Coord.), *Teoría del derecho*. Universidad de Medellín.

Ramírez, A. (s.f.) *Metodología de la investigación científica*. Pontificia Universidad Javeriana.

Restrepo, A. (2019). Responsabilidad del Estado Colombiano, por privación injusta de la libertad en ejercicio de la acción penal. <http://hdl.handle.net/11634/20004>

Rodríguez, C. (2019). Responsabilidad internacional del estado por la inaplicación de estándares internacionales en la configuración de la privación injusta de la libertad. (Tesis de maestría. Universidad Santo Tomas)

Rodríguez, L. (21 de octubre de 2014). El daño jurídico y su función resarcitoria.

(Recuperado el 9 de julio de 2021) <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/jose-luis-rodriguez-506427/el-dano-antijuridico-y-su-funcion-resarcitoria-2183216>

Romero, R. (2017). Libertad vs. Populismo punitivo ¿deben respetarse los derechos humanos en el proceso penal? A propósito de la nueva declaratoria de estado de cosas inconstitucionales para el sistema penitenciario y carcelario colombiano. *Revista virtual Via Inveniendi et Iudicandi*. 12(1). 89-117. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6131825>

Royero, L. (2018). La responsabilidad objetiva como criterio de valoración en los procesos de reparación directa por privación injusta de la libertad. *Revista Vis Iuris*, 5(9), 140-159.

Sala de consulta y servicio civil del Consejo de Estado. (2014). *Las sentencias de unificación jurisprudencia y el mecanismo de extensión de la jurisprudencia*. Ministerio de justicia y del derecho.

Santaella Cuberos, M. (2021.). La reparación administrativa de perjuicios en la responsabilidad patrimonial del Estado en el derecho colombiano. (Tesis de maestría, Universidad Externado de Colombia) <https://bdigital.uexternado.edu.co/handle/001/3738>

Tejada, M. (2017). Responsabilidad objetiva y subjetiva del Estado por privación injusta de la libertad. *Revista jurídica Piéagus*. 16(1). 89-99. DOI: <http://dx.doi.org/10.25054/16576799.1447>

Tisnés, J. (2012). Presunción de inocencia: Principio constitucional absoluto. *Revista Ratio Juris*. 7(14). 53-71

Uprimny, R. (1997). Estado social de derecho y decisión judicial correcta: Un intento de recapitulación de los grandes modelos de interpretación jurídica. En, *Hermenéutica Jurídica. Homenaje al maestro Darío Echandía*. (113-46). Universidad del Rosario.



Uprimny, R. (2006). Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Proceso Penal.

Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” y  
Universidad Nacional de Colombia

Vasco, C. (1990). Tres estilos de trabajo en las ciencias sociales. Comentarios a propósito  
del artículo “Conocimiento e interés” de Jürgen Habermas. CINEP.

Vega, M. (2017). Análisis de la responsabilidad del estado por privación injusta de la libertad  
en el periodo 2002 – 2010, política de seguridad democrática. (Tesis de maestría.  
Universidad Nacional de Colombia).

Victoria, D. (2008). Los riesgos del subjetivismo en el concepto de justicia: Un desarrollo  
desde la hermenéutica. En A. Obando. (Ed.), *Filosofía del derecho: Derecho y  
Justicia*. (75-91). Universidad del Cauca.