

**DAÑO ANTIJURÍDICO Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA
PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD**

JULIAN ARTURO ACEVEDO MEDINA

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

TUNJA

2026

**DAÑO ANTIJURÍDICO Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA
PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD**

JULIAN ARTURO ACEVEDO MEDINA

DIRECTOR: Dr. EDMER LEANDRO LÓPEZ PEÑA

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

TUNJA

2026

TABLA DE CONTENIDO

Resumen	5
Introducción.....	7
Descripción y formulación del problema	9
Justificación	11
Objetivos.....	14
Analizar la configuración de la privación injusta de la libertad en la jurisprudencia del Consejo de Estado, a la luz de la categoría del daño antijurídico y los estándares del control de convencionalidad.	14
Objetivos específicos.....	14
Metodología de investigación.....	16
Marco referencial.....	20
Capítulo 1. Privación injusta de la libertad como categoría de la responsabilidad extracontractual del Estado	20
1.1. Aproximación conceptual sobre privación injusta de la libertad	20
1.2. Precedente de responsabilidad estatal	24
1.3. Derecho de acceso a la justicia en Colombia	30
1.4. Títulos de imputación de responsabilidad del Estado	36
Capítulo 2. Análisis dinámico de la línea jurisprudencial sobre la responsabilidad del Estado: privación injusta de la libertad.....	40
2.1. Práctica judicial frente al uso de la jurisprudencia como fuente obligatoria del derecho	41
2.2. Necesidad de unificación de jurisprudencia	51
2.3. Graficación y estructura del comportamiento espacio - temporal de la jurisprudencia	59

3. Aproximación a la idea de la privación injusta de la libertad desde la institución del	
daño antijurídico y el control de convencionalidad	65
3.1. Responsabilidad del Estado como mecanismo de protección	74
3.2. Control de convencionalidad en situaciones de privación injusta de la libertad	78
3.3 El daño antijurídico a partir del neoconstitucionalismo	83
Conclusiones.....	85
Bibliografía.....	87

Resumen

La presente propuesta se fundamentó en una aproximación narrativa, metodológica, descriptiva y crítica frente a las situaciones de vulneración de derechos subjetivos, como resultado del daño antijurídico ocasionado a particulares en escenarios donde se declara la responsabilidad del estado por privación injusta de la libertad.

Más allá de analizarse de manera concreta los títulos de imputación a partir de los cuales se configura la responsabilidad estatal derivada del error judicial, se enfocó la atención en determinar el espíritu y alcance del artículo 90 de la Constitución Política de 1991 y el artículo 68 de la Ley 270 de 1996 en la práctica judicial, para lo cual se precisó realizar un abordaje de las tendencias que el Consejo de Estado ha sostenido a partir del año 1996 y hasta el 2026, a través del análisis dinámico de la línea jurisprudencial existente en la materia, siguiendo la técnica del profesor Diego López Medina plasmada en el texto “El derecho de los jueces” y considerando el núcleo esencial de derecho subjetivo afectado.

Del mismo modo, se realizó un análisis crítico y reflexivo desde el punto de vista de los derechos humanos y el control de convencionalidad y los mecanismos internos y externos de defensa de estos derechos en Colombia, centrando especial atención desde el principio del texto en las garantías en el acceso a la justicia.

Palabras clave

Derechos subjetivos, Error judicial, Daño antijurídico, Responsabilidad, Reparación, Control de convencionalidad

ABSTRACT

This proposal was based on a narrative, methodological, descriptive and critical approach to situations of violation of subjective rights, as a result of the unjustified unlawful damage caused to individuals when the responsibility of the State is declared in cases of unjust deprivation of liberty.

Beyond specifically analyzing the titles of imputation from which the state responsibility derived from the judicial error is configured, attention was focused on determining the spirit and scope of article 90 of the Political Constitution of 1991 and article 68 of Law 270 of 1996 in judicial practice, for which it was necessary to address the trends that the Council of State has sustained from 1996 until 2026, through the dynamic analysis of the existing jurisprudential line in the subject, following the technique of Professor Diego López Medina embodied in the text “The Law of Judges” and considering the essential core of affected subjective law.

Likewise, a critical and reflective analysis was carried out from the point of view of human rights and the control of conventionality and the internal and external mechanisms for the defense of these rights in Colombia, focusing special attention from the beginning of the text on the guarantees in access to justice.

Keywords

Subjective rights, Miscarriage of justice, Unlawful damage, Responsibility, Repair, Conventionality control.

Introducción

La relación entre las distintas ramas del derecho al momento del análisis de un caso permite que el sistema funcione armónicamente, o por lo menos ese es el propósito de las diferentes acciones, mecanismos e instrumentos de protección y reivindicación de los derechos, de manera que en un caso pueden coincidir distintos caminos a la solución o transformación de la situación de amenaza o vulneración de los derechos subjetivos.

Para el caso de las restricciones injustificadas al derecho a la libertad, se tiene que en el contexto del derecho penal existen diferentes herramientas con las que cuentan los sujetos procesales para ejercer el derecho a la defensa y contradicción probatoria y todas aquellas garantías que componen el debido proceso. Precisamente en la academia se hace referencia a los antecedentes importantes del derecho penal a través de textos como *De los delitos y de las penas* (Beccaria, 1764), *El proceso* (Kafka, 1925) y otros documentos de diferentes épocas de la historia que han servido de soporte y fundamentación en las categorías hoy conocidas respecto a la defensa y promoción de los derechos humanos.

No menos importante resulta tener en cuenta las figuras que anteceden la responsabilidad del estado por las actuaciones irregulares de sus agentes. Estas conductas derivan en un daño que rompe el equilibrio de las cargas públicas, afectando a particulares que no se encuentran en el deber jurídico de soportar tal afectación.

Así mismo, es pertinente determinar cuál ha sido el desarrollo jurisprudencial no solo desde la posición del Consejo de Estado, sino a través de la figura de la comparación con la jurisprudencia de la CIDH cuando se presentan graves violaciones de derechos

humanos que ameritan activar los mecanismos de defensa y protección existentes para tal fin y, en esa medida reorientar las decisiones bajo el control de convencionalidad difuso y concentrado.

Es así como, el tema propuesto pretende examinar bajo la lupa crítica de qué manera la práctica judicial ha venido desarrollando la cláusula general de responsabilidad del Estado, a partir de la aplicación de los llamados títulos de imputación como primer determinante en la decisión, dejando como última categoría a considerar la vulneración a los derechos subjetivos que se le ha causado a una persona privada injustamente de su libertad, independientemente de la causal de absolucón y sin ejercer un control previo de las decisiones, desestimando la obligación de ajustarlas al ordenamiento jurídico internacional.

Para fundamentar la posición expuesta, es necesario dinamizar el objeto de estudio de cara con el control de convencionalidad y el principio de progresividad y no regresividad de los derechos humanos, valiéndonos de un instrumento comparativo al momento de analizar el desarrollo jurisprudencial de la materia.

Descripción y formulación del problema

¿Cuál ha sido el desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado frente a la categoría del daño antijurídico y el control de convencionalidad para determinar la privación injusta de la libertad?

En primera medida, se hace necesario plantear que a partir del año 1996 se comenzaron a estructurar los fallos del Consejo de Estado sobre la base de la responsabilidad del Estado en materia de privación injusta de la libertad; y, a partir de allí se comienza a dar todo un desarrollo en la materia, definiendo la cláusula general de responsabilidad en los títulos de imputación a saber: falla en el servicio y daño especial, indistintamente de la causal que conllevó a la absolución y generando, incluso, sentencias contradictorias entre las autoridades que eventualmente conocieron de un caso determinado.

Es precisamente el análisis dinámico de la línea jurisprudencial, el que nos va a permitir determinar esa tendencia de la jurisprudencia emanada del máximo órgano contencioso – administrativo y establecer que la evolución va encaminada a la garantía de reparación integral del daño antijurídico causado mediante el restablecimiento de los derechos vulnerados, donde se hace necesario puntualizar algunas sentencias y realizar la aproximación gráfica para revisar la reiteración y el comportamiento de la jurisprudencia o el apartamiento que se hace de ellas.

Atendiendo a los avances de la teoría jurídica contemporánea, es posible considerar que la tutela resarcitoria que despliega la responsabilidad extracontractual del Estado debe girar en torno a la noción del derecho subjetivo sin importar la categoría del daño de que se trate. (Morillo, 2022, p. 321)

Frente a este punto debemos tener en cuenta que, las actuaciones y omisiones de los servidores públicos más allá de generar la responsabilidad estatal cuando se incurre en violación al derecho a la libertad y su consecuente reparación, descansa en todo un sistema de política criminal que encuentra grietas y vacíos desde el mismo sistema jurídico, la insuficiencia e inoperatividad de los mecanismos de defensa y protección de derechos y la demora en la administración de justicia; es decir que, estamos hablando del recurso tiempo, la pérdida de oportunidad y el daño moral como resultado de la privación injustificada del derecho humano a la libertad.

Por lo anterior, vale la pena dejar sobre la mesa la discusión frente al daño antijurídico generado por el desequilibrio en las cargas públicas en situaciones de privación injusta de la libertad no sólo desde la óptica del derecho penal, sino frente a las barreras institucionales que implica el derecho de acceso a la justicia en Colombia y la falta de control de constitucionalidad y convencionalidad en las decisiones judiciales como medida preventiva encaminada a construir una cultura de prevención de daño antijurídico; de un lado, para brindar seguridad jurídica, y por otro, para blindar al Estado de cara a la responsabilidad extracontractual.

Justificación

Colombia se ha caracterizado por reproducir un sistema jurídico amplio, que se alimenta de un sinnúmero de normas expedidas por el legislador a quien se le ha asignado la función exclusiva bajo el principio de la reserva legal, entendida esta como la figura con fundamento en la cual se busca proteger las materias más valiosas e importantes para los ciudadanos de la regulación autónoma por parte de la administración. (Palacios, 2001)

En tal sentido, corresponde al poder legislativo expedir las leyes en desarrollo de la norma superior contenida en la Constitución Política de Colombia y al poder judicial dar aplicación a las leyes e impartir justicia en armonía con el sistema jurídico internacional. De modo que, en el ejercicio judicial se reserva la importante responsabilidad de limitar la conducta humana al momento de juzgar si un comportamiento se subsume dentro de una disposición normativa cuando se ha atentado contra un bien jurídicamente tutelado. Sin embargo, la práctica judicial al no ser absoluta encuentra sus límites en los mismos derechos humanos, sobre todo cuando existen graves equivocaciones al momento de aplicar las normas.

Frente a este aspecto, se hace indispensable entender la actividad del Estado dentro de los límites que el mismo ordenamiento interno y externo le imponen en el ejercicio de su actividad, para mantener el equilibrio y el orden justo en el conglomerado social que administra.

El derecho que el Estado tiene de perseguir y reprimir las conductas que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicamente tutelados, no lo sustrae de las obligaciones que éste tiene para la totalidad del conglomerado social, incluyendo la población carcelaria. Los ciudadanos que se encuentran inmersos en el sistema penitenciario, deben ser objeto de especial protección de las instituciones gubernamentales, en procura de su resocialización, ofreciéndoles oportunidades concretas y eficaces que permitan la integración del ex reo al aparato social y productivo de la Nación, sin segregar a la población carcelaria del goce y ejercicio de sus derechos resocializatorios, que desde los imprescindibles aportes doctrinales, hasta la realidad histórica hoy conocida y regida por la actual política criminal, determinan la imperiosa necesidad de no solo ofrecer posibilidades serias de reintegración a la vida en comunidad, sino que más importante aún, deben garantizar que no solo unos pocos miembros de ciertos sectores sociales o políticos sean los únicos benefactores de la aplicación de la prevención general y prevención especial. (Gómez, 2016)

Ahora bien, si se trató de una limitación de derechos fundamentales con resultado de daño antijurídico derivado de esa práctica judicial, la situación conlleva a que otra autoridad examine el caso para determinar la responsabilidad del Estado. Bajo esta premisa, más allá de determinar si se presentan los factores para atribuir responsabilidad objetiva o subjetiva, el análisis debe centrarse en la reparación integral del daño y la lesión de los derechos subjetivos, lo que concretamente se analizará en este texto a través de la jurisprudencia referente a la materia.

A tipo de clausula general, los derechos fundamentales afectan *directamente el desarrollo de la actividad administrativa*, el principio de someter el actuar de la administración a la sujeción de una estricta legalidad, entendida como un sometimiento único a la ley, en sentido formal, es una mirada fraccionada de la naturaleza sistemática del derecho. (Rodríguez et al, 2011) citado por (Peña, s.f)

Por estas y otras razones que se analizarán a partir del enfoque en derechos humanos que merece el presente análisis, se considera fundamental comprender el sistema jurídico del Estado Colombiano como un conjunto normativo que trasciende de la reglamentacion interna para dar cabida a la armonización del bloque de constitucionalidad de manera integral, no sólo en las decisiones de los jueces, sino tambien para aquellas aquellas autoridades investidas de funciones jurisdiccionales por la naturaleza de su cargo o función.

Objetivos

Los objetivos de la propuesta aquí presentada se describen de manera consistente con los temas y subtemas a abordar. Para este fin, es imperante partir del tema general sobre el cual descansa todo el análisis de los errores judiciales o el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia que ocasionan la vulneración de derechos subjetivos, como la libertad y que involucran todo un proyecto de vida de una persona que soportó una situación que no estaba en el deber de soportar, debido al rompimiento de las cargas públicas y el daño antijurídico injustificado.

A continuación, se exponen los objetivos del presente análisis:

Objetivo general

Analizar la configuración de la privación injusta de la libertad en la jurisprudencia del Consejo de Estado, a la luz de la categoría del daño antijurídico y los estándares del control de convencionalidad.

Objetivos específicos

Determinar en qué situaciones existe privación injusta de la libertad como presupuesto de la responsabilidad del Estado Colombiano.

Establecer de conformidad con los lineamientos del Consejo de Estado y a través del análisis de la línea jurisprudencial, la fundamentación para calificar como justa o injusta la privación de la libertad.

Identificar los mecanismos e instrumentos del derecho internacional de protección y defensa de derechos subjetivos en torno a la privación injusta de la libertad, a partir del análisis jurisprudencial del daño antijurídico y el control de convencionalidad.

Metodología de investigación

Análisis de línea Jurisprudencial “RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL HECHO DEL JUEZ EN SITUACIONES DE PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD”

Se trata de una investigación a modo de tesina, con enfoque jurídico, principalmente. Sin embargo; dada la naturaleza del tema, es preciso realizar también un análisis sistemático, cualitativo y crítico mediante la argumentación e interpretación de la jurisprudencia del Consejo de Estado de cara con los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en situaciones de privación injusta de la libertad como consecuencia del daño antijurídico que debe ser reparado integralmente a los sujetos que se vieron afectados y partiendo del control de constitucionalidad y convencionalidad como garantía de seguridad jurídica y legitimidad en las instituciones.

De esta manera se pretende abordar el análisis de una línea jurisprudencial acudiendo a sentencias del alto tribunal y siguiendo los parámetros del doctrinante Diego López Medina en su libro *EL DERECHO DE LOS JUECES*. entendiendo la investigación como un “conjunto de procesos sistemáticos, críticos y empíricos que se aplican al estudio de un fenómeno o problema”. (Hernández et al, 2014, p. 4)

La metodología propuesta es el estudio, análisis y comparación de la jurisprudencia del Consejo de Estado, así como de jurisprudencia de la CIDH. Coherente con el planteamiento del problema demanda una investigación descriptiva, reflexiva y crítica,

fundamentada en un enfoque jurídico y en derechos subjetivos, con el fin de establecer cuál ha sido el avance respecto a los criterios a tener en cuenta en la configuración de la responsabilidad del Estado, cuando se incurre en daños materiales y

morales ocasionados por la privación injusta de la libertad y el contenido de la reparación a saber.

El estudio para analizar la línea jurisprudencial es de tipo documental/analítico en el cual se examinará la jurisprudencia referente al tema, estudios académicos, históricos y doctrinantes sobre la materia, a partir de un enfoque principalmente jurídico y a modo de ilustración histórica de las decisiones de Consejo de Estado que no trascienden las fronteras jurídicas y dejan de lado las fuentes internacionales en materia de convencionalidad.

Para efectos de la presente investigación, el ejercicio de la técnica metodológica se delimitó cronológicamente en un periodo comprendido entre los años 1996 y 2024. Este rango temporal no es caprichoso; inicia en 1996 con la entrada en vigencia de la Ley 270 (Estatutaria de la Administración de Justicia), marco normativo base de la responsabilidad por error jurisdiccional y privación injusta. El análisis se extiende hasta el año 2026 para capturar las posturas más recientes del Consejo de Estado y la Corte Constitucional (específicamente tras el hito de la Sentencia SU-363 de 2021), permitiendo identificar la transición de los regímenes de responsabilidad del Estado en esta materia.

La selección de las sentencias que conforman el nicho citacional y la línea jurisprudencial de este trabajo se fundamentó en la interacción de tres variables principales

que determinaron su relevancia para el estudio del daño antijurídico y el control de convencionalidad:

1. Variable de Título de Imputación: Se seleccionaron providencias donde la discusión jurídica orbitara sobre el tránsito entre el régimen de responsabilidad objetivo (daño especial o riesgo excepcional) y el régimen subjetivo (falla del servicio), permitiendo contrastar cómo la jurisprudencia colombiana ha interpretado el artículo 90 superior frente a la privación de la libertad.

2. Variable de Estándar Internacional: Se otorgó prioridad a sentencias donde el Consejo de Estado haya realizado (o haya omitido) un ejercicio de control de convencionalidad, utilizando como parámetro las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, específicamente en casos donde se analice la convencionalidad de la detención preventiva.

3. Variable de Resultado Procesal Penal: Se filtraron sentencias de unificación y de sección que abordaran casos de libertad derivados de la aplicación del principio in dubio pro reo, atipicidad de la conducta o inexistencia del hecho, por ser estos los escenarios donde el daño antijurídico adquiere mayor complejidad argumentativa.

La razón por la cual se tuvo en cuenta este grupo específico de sentencias radica en su carácter de 'sentencias hito' y 'sentencias de unificación', las cuales poseen la fuerza vinculante necesaria para modificar el estándar de protección del derecho a la libertad. Con el análisis de estas providencias, se pretende demostrar que la categoría de daño antijurídico no puede ser analizada aisladamente del bloque de constitucionalidad, y que el control de

convencionalidad actúa como un correctivo necesario frente a las restricciones excesivas del régimen de responsabilidad estatal.

Marco referencial

Capítulo 1. Privación injusta de la libertad como categoría de la responsabilidad extracontractual del Estado

1.1. Aproximación conceptual sobre privación injusta de la libertad

La Constitución Política de Colombia establece la fórmula política del Estado (Verdú, s.f.) y su contenido filosófico y axiológico sobre el cual descansa el Estado Social y Constitucional de Derecho. En ese sentido, contempla un catálogo de derechos fundamentales cuyo núcleo esencial determina el alcance y la interpretación situacional que merece el estudio de cada caso donde se encuentren en debate estos derechos.

Uno de los derechos fundamentales que resulta de gran importancia en este modelo de Estado, corresponde al derecho a la libertad como derecho humano universal en todas sus expresiones y dimensiones y que además tiene una naturaleza polivalente, pues se trata de manera simultánea de un valor, un principio y un derecho y que dada su naturaleza de relatividad solamente encuentra límite racional o restricción en el mismo ordenamiento jurídico por criterios de interés general, que se materializan en el derecho penal.

Sobre la privación injusta de la libertad, el artículo 68 de la ley 270 de 1996 establece: “*privación injusta de la libertad. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios.*”

Obsérvese como en la norma acabada de reseñar el legislador no determinó, como en su momento lo hizo el Decreto Ley 2700 de 1991, los supuestos en que la privación de la libertad se considera injusta. Frente a este silencio legislativo, la Corte Constitucional en su revisión previa de constitucionalidad precisó: “...Con todo, conviene aclarar que el

término “injustamente”, se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada, ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria...” (Corte Constitucional, 1996) citada por (Hoyos et al. 2006, pág. 13)

Bajo esos postulados jurisprudenciales, tendría sentido analizar la situación desde una perspectiva opuesta; cuando esta limitación impuesta cuenta con un solido fundamento fáctico y jurídico; es decir, determinar cuándo la pena impuesta resulta necesaria, proporcionada, razonable y es el resultado de la condena por haberse probado por parte del Estado más allá de toda duda razonable la responsabilidad penal del sujeto. En ese escenario no habría cabida a la reclamación de ningún perjuicio.

Frente a este punto de restricción en materia de derechos fundamentales es preciso mencionar que el *ius puniendi* recae únicamente en el Estado quien es el actor principal y competente en cuanto a definir, establecer e implementar la política criminal bajo los principios de legalidad, racionalidad, proporcionalidad y necesidad. En consecuencia, es al Estado a quien le corresponde asumir la posición de garante frente a las posibles irregularidades que se puedan cometer en el desarrollo de la política criminal.

A pesar de lo anterior, el *ius puniendi* encuentra límites en la motivación de las decisiones judiciales al momento de imponer las penas o sanciones. El Derecho Penal es a su vez una estructura condicionada por principios y reglas que buscan administrar y limitar el *ius puniendi*, el poder punitivo o potestad sancionadora del Estado, para proteger al individuo de la “intervención arbitraria o excesiva del “Estado Leviatán” en el momento de su judicialización y castigo (Roxin, 1994) citado por (Vianna, 2022).

Es importante para el presente análisis, tener en cuenta que Colombia declaró el Estado de cosas inconstitucional a partir de la década de los 90 ante la crisis penitenciaria y carcelaria que desbordó la capacidad de respuesta de las Instituciones del Estado para afrontar las múltiples peticiones acerca de violaciones a derechos humanos como consecuencia de la aplicación desproporcionada de medidas privativas de la libertad como mecanismo principal y no subsidiario en materia penal. (Corte Constitucional, 1998).

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que con el surgimiento de la acción de tutela, junto a otros mecanismos mediante los cuales se puede conseguir la protección reclamada, como es el medio de control de reparación directa encaminada a conseguir la declaración de responsabilidad del Estado y la pretensión de resarcimiento de los daños causados en el marco de la cláusula general de responsabilidad consignada en el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia ha permitido que se mantenga, por un lado el Estado de cosas inconstitucional referido y por otro, el creciente índice de demandas en contra del Estado y las correspondientes condenas en contra de este.

Por lo anterior, vale la pena analizar en qué medida ha evolucionado la jurisprudencia sobre la responsabilidad extracontractual del Estado en casos de privación injusta de la libertad, teniendo en cuenta la línea jurisprudencial existente sobre error judicial, a partir de la cual podemos vislumbrar en cuáles casos debe reconocerse la reparación del daño y en cuáles no, de conformidad con los criterios definidos para tal fin.

Bajo esta perspectiva, más allá de realizar un análisis jurídico, dejar sobre la mesa una reflexión de cómo las barreras institucionales entorpecen la administración de justicia impactando las decisiones judiciales de manera negativa al no contar con una política

criminal sólida, ni con el aparato estatal para hacerla efectiva, así como la falta de control constitucional y convencional sobre los procedimientos y decisiones.

Pese a lo expuesto, es pretensioso pensar que todos los daños o pérdidas de oportunidades deben ser reparadas económicamente por el Estado, habrá situaciones que a partir de la sana lógica no cumplan los presupuestos para tal fin. Debe considerarse entre el concepto de derecho subjetivo y la mera expectativa, identificarse el o los sujetos afectados con la decisión, definir muy bien el título de imputación y establecer la responsabilidad del Estado como presupuesto de la tutela resarcitoria. Para este propósito se propone realizar un estudio dogmático de la responsabilidad de manera estructurada y organizada, que permita analizar objetivamente las categorías hasta determinar la antijuridicidad de la conducta estatal de cara a un panorama caracterizado por conceptos variables.

Así mismo y no menos importante, debe tenerse en cuenta el costo y el impacto social, económico y político que genera el reconocimiento de la responsabilidad del Estado por el pago cuantioso de sentencias y la brecha entre la legitimidad de las instituciones y la seguridad jurídica, de cara con el modelo de Estado que se proclama en la Constitución Política de Colombia.

Una vez expuesto el tema sobre el cual versa el presente análisis, es preciso continuar con el abordaje de las decisiones del Consejo de Estado que componen la línea jurisprudencial sobre la responsabilidad objetiva del Estado producida por el error del juez, en casos de privación injusta de la libertad para definir el alcance de las decisiones, su ilustración gráfica que servirá como base para determinar la evolución de la jurisprudencia en la materia y la divergencia en las decisiones adoptadas por este órgano contencioso.

1.2. Precedente de responsabilidad estatal

La responsabilidad es un valor importante en el derecho y en las normas establecidas por la racionalidad del hombre para reparar un daño causado a otro individuo sea de índole patrimonial, económico o moral y así reparar y estabilizar las relaciones humanas. Sin embargo; más que un valor, la noción de responsabilidad se genera cuando se presenta un nexo causal entre el daño y la reparación que permite limitar la conducta de los ciudadanos y regular las relaciones humanas, independientemente del plano normativo en el que se fije la mirada.

Por ejemplo, la familia como núcleo esencial de la sociedad, en el contexto del principio de corresponsabilidad es la primera llamada a responder por la armonía y la calidad de vida de sus miembros, sumado a la responsabilidad que le asiste a la sociedad y el Estado.

A propósito de la corresponsabilidad, es preciso reconocer que los Estados que mediante políticas públicas y buenas prácticas desbordan esfuerzos en fortalecer a la familia, son los más favorecidos con sociedades mucho más sólidas integradas por ciudadanos con un sentido profundo de responsabilidad y pertenencia.

Si miramos las reglas establecidas en el hogar; en una familia, a cada individuo perteneciente a ella le corresponde un rol en ese miniestado que lo hacen parte del engranaje y del sistema familiar, de manera que cualquier integrante que no ejerza responsablemente su función o desborde su conducta respecto a esos estándares mínimos de convivencia, desestabiliza al grupo familiar y genera un reproche por parte de los demás miembros del grupo y por supuesto el llamado de atención o sanción que corresponda según la organización, creencias, nivel educativo y ubicación comunal de cada familia.

Así mismo, desde el enfoque del trabajo social se puede comprender a la familia como un sistema abierto a un entorno de influencias recíprocas, lo que pone de relieve las dificultades y las oportunidades de adaptación de la familia al entorno y viceversa. Por tanto, la familia (así como los individuos en desarrollo tomados individualmente) ejerce influencia activamente en su entorno a la vez que se adapta a éste y es influido y condicionado por él. (Rodrigo et al, 2008); por lo tanto, también las situaciones externas adversas o favorables afectan la dinámica familiar y el correcto o incorrecto funcionamiento de esta.

De la misma manera ocurre en otros contextos normativos en los que el hombre se desarrolla e integra en sociedad, como el código de conducta y reglas de convivencia en las Instituciones Educativas o las normas y leyes de obligatorio cumplimiento en un Estado. Todo dependerá de la estructura organizacional de dicho contexto y el sistema jurídico aplicable a las conductas encaminadas de manera individual o en representación institucional, como lo es la administración de justicia, creando la necesidad de construir, mantener y aplicar un modelo de responsabilidad junto con su debida reparación o resarcimiento del daño antijurídico.

Sin el ánimo de parecer vanos, podemos decir que la responsabilidad surge de las reglas establecidas en una sociedad, bajo la premisa rousseauniana del contrato social como determinante en la libertad de los hombres (Rousseau, 1996), donde el conjunto social se obliga a aceptar las reglas de convivencia y por su parte el Estado en esa relación de sujeción establece las reglas y los límites como principal garante de la seguridad y garantía de derechos.

Frente a esa concepción de relación especial de sujeción que existe entre los administrados y el Estado, es preciso referirnos a la definición Kantiana acerca de la libertad “como facultad de obedecer solo a aquellas leyes a las que se ha dado consentimiento implica un consentimiento efectivo (o bien, puramente tácito) de los individuos con respecto a las leyes públicas.” El filósofo afirma que "el poder legislativo solo puede corresponder a la voluntad unida del pueblo” (kant, 1902) citado por (Beade, 2009)

Retomando a (Beade, 2009) explica que:

Para que una ley sea considerada legítima (y pueda reclamar el consentimiento de aquellos que se someten a ella), no es preciso que sea el pueblo reunido en asamblea quien dicte tal ley, ni tampoco es necesario que éste preste su consentimiento efectivo: si una ley es de tal índole que resulte imposible que todo un pueblo pueda otorgarle su aprobación, entonces no es legítima pero con que sea solo posible que alguna vez el pueblo prestara su conformidad a dicha ley establecida, entonces ésta puede ser considerada justa.

Así mismo, frente a la validez, la justicia y la eficacia de la Ley, es relevante citar a (Bobbio, 2005, p. 20), cuando indica:

A mi juicio, si se quiere establecer una teoría de la norma jurídica sobre bases sólidas, el primer punto que hay que tener bien claro es si toda norma jurídica puede ser sometida a tres distintas valoraciones, y si estas valoraciones son independientes entre sí. En efecto, frente a cualquier norma jurídica podemos plantearnos un triple orden de problemas: 1) si es *justa o injusta*; 2) si es *válida o*

inválida; 3) si es *eficaz* o *ineficaz*. Se trata de tres diferentes problemas: de la *justicia*, de la *validez* y de la *eficacia* de la norma jurídica.

Contando con estos antecedentes doctrinales acerca de la libertad, de la aceptación social de un régimen normativo y de la dogmática sobre la cual está estructurada la norma en sí, es evidente que el tema propuesto acerca de la privación injusta de la libertad debe examinarse a partir de estos tres criterios advertidos por Bobbio, considerándolos como problemáticos al momento de aceptar la norma como presupuesto de convivencia en la relación entre el Estado y el conglomerado social; y, como limitante de los derechos fundamentales cuando racionalmente se hace necesario, puesto que la teoría del daño antijurídico como presupuesto de la responsabilidad extracontractual del Estado, descansa sobre los aspectos antes señalados, especialmente sobre el criterio de justicia.

A partir de lo mencionado; en nuestro caso, en el ordenamiento jurídico colombiano desde la Constitución Nacional de 1886 en su artículo 16 se determinó en el campo extracontractual, con la presencia de regímenes de responsabilidad, como la falla en el servicio, el régimen de riesgo y el de daño especial, posteriormente con la Constitución Política de Colombia de 1991 en el artículo 90, se integran todos los regímenes de responsabilidad del Estado, precontractual, contractual y extracontractual, pilares importantes dentro de la racionalidad social democrática del Estado.

Este avance constitucional trae consigo un esquema de calificación del daño causado por las entidades estatales, ya no se trata de determinar el título de imputación a aplicar, sino de enmarcar la situación en la cláusula general de responsabilidad establecida en la carta política, de manera que se tipifiquen los ingredientes normativos para que el

Estado sea llamado a responder ante las cargas que los administrados no están en la obligación de soportar.

En cuanto al concepto de daño antijurídico como ingrediente normativo a saber, desde la doctrina tradicional se materializa en el evento en que el sujeto que lo sufre no esté en la obligación jurídica de soportar y asumir sus perjuicios y consecuencias, y es precisamente esta estructura de daño antijurídico que hasta el momento ha logrado coincidir con una idea de Estado Social de Derecho, fundamentado en los principios de igualdad y solidaridad como garantía de protección de los derechos de los administrados y en camino a consolidarse como un verdadero Estado Constitucional de Derecho.

Sin embargo, optar por una posición como la anterior implica replantear los tradicionales entendimientos de daño y daño antijurídico, así como cuestionarse sobre el contenido del daño moral y la existencia de la pérdida de oportunidad como una categoría de daño. (Morillo, 2022, p. 321)

Ahora bien, paralelamente al artículo 90 de la Constitución Política de 1991 debe tenerse en cuenta los artículos 2°, 13, 58 y 83 del mismo ordenamiento, que imponen a las autoridades e instituciones públicas y privadas el deber de proteger a todas las personas en Colombia en su vida, honra, y bienes (art. 2°) y, por el otro, la obligación de promover la igualdad de los particulares ante las cargas públicas (art. 13) y de garantizar la confianza, la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles (arts. 58 y 83). (Corte Constitucional de Colombia, 2013)

Por lo anterior, se insiste en la necesidad de que el sistema jurídico deba responder a los fines del Estado Colombiano, principalmente frente al deber de protección a las

personas que lo integran, garantizando por demás el derecho a la libertad y todas aquellas garantías que de esta se desprenden, y de resultar lesión o agravio en estos derechos, se le impondrá el deber de repararlo, previo a la verificación de la concurrencia de tres elementos básicos, a saber: un daño antijurídico, una acción u omisión por parte de las entidades del Estado y una relación de causalidad. (Corte Constitucional, 2001)

En este orden de ideas, se propone realizar un análisis dogmático de los elementos que integran la institución de la Responsabilidad del Estado donde se trascienda el estudio del daño, fundamentado en los avances en la teoría jurídica y la influencia de los derechos humanos que han sublevado el concepto de derecho subjetivo en la intersección de la responsabilidad extracontractual del Estado, y ahora se espera que los jueces se constituyan en un importante protector de derechos.

Este concepto permite una reinterpretación de algunos de los conceptos y categorías tradicionales de protección y de reparación buscadas por las víctimas del Estado, como el concepto de daño y pérdida y los tipos de daño moral cuando se presenta afectación a la integridad espiritual o a la integridad física y; por supuesto, la pérdida de oportunidades basada en intereses legítimos de un sujeto de derechos.

En cuanto a la responsabilidad patrimonial del Estado esta encuentra fundamento en la figura de descentralización y desconcentración del poder de administrar justicia, entre sus entidades y agentes; por tanto, requiere dentro del contexto de Estado Social de Derecho de un sistema que permita de manera legítima y no menos desbordada controlar abusos, excesos, omisiones y demás con los que se produzcan daños antijurídicos originados por cualquiera de las entidades estatales y sus agentes y que limiten o restrinjan

el goce pacífico de los derechos, o la amenaza o vulneración de estos y que demanden la restitución de la dignidad del afectado.

Esto describe a grandes rasgos una batalla considerablemente avanzada política y doctrinariamente en Colombia, aplicando un sistema en el que concurre una víctima, además de elementos como el daño antijurídico, la imputación y la reparación integral, todo bajo el contexto de Estado Social de Derecho, indiscutiblemente en el marco del proceso administrativo a través de los medios de control que correspondan. (Santofimio, 2016, p. 11)

De lo anterior se evidencia como el Estado colombiano presente a través de sus administradores de justicia además de la sapiencia y preparación académica para dicha tarea debe tener una mirada interdisciplinar y panorámica a la interpretación de las normas y pronunciamientos novedosos de las altas cortes y así prevenir o disminuir las posibilidades de ocasionar daño antijurídico; teniendo en cuenta que, en este caso el derecho que se podría considerar vulnerado en el tema objeto de estudio es la libertad, además del desgaste administrativo y económico que se requiere para garantizar la reparación y resarcimiento integral de perjuicios, así como los huecos fiscales que se producen por las sentencias en contra del Estado.

1.3. Derecho de acceso a la justicia en Colombia

Históricamente se ha tratado de construir un concepto del derecho sin que se llegue a un punto de encuentro sobre este tema. Sin embargo, en tiempos más recientes ha comenzado a manifestarse algún consenso sobre qué es el derecho. Muchos juristas estarían de acuerdo en que el derecho se genera - siguiendo a (Klaus, 1984) – por lo menos de

cuatro maneras: el legislador con sus leyes; el dogmático jurídico con sus libros; la jurisprudencia con sus sentencias y el pueblo con sus puntos de vista. Si esto es así, la historia del derecho habrá de ocuparse del estudio de estos cuatro fenómenos en perspectiva histórica. Citado por (González, 1994)

Esta primera citación, es preciso tenerla en cuenta para comprender un poco la inestabilidad del sistema jurídico colombiano frente al impacto negativo al momento del ejercicio y el qué hacer diario del órgano judicial en cuanto a la administración de justicia desarrollada en la Ley 270 de 1996 cuando extiende el artículo 90 constitucional a través de su artículo 65 frente a la responsabilidad del Estado por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad.

En líneas anteriores se señaló que aquellos emisarios del Estado llamados a participar y ejercer la función pública debían caracterizarse por tener y mantener ciertas cualidades que permitieran imprimir seguridad jurídica y legitimidad en sus actuaciones, especialmente se predica dicha cualificación de los Jueces de la República y los colaboradores de todo el sistema judicial.

A propósito de la definición de (Klaus, 1984) que comprende cuatro dimensiones separadas e individualmente consideradas en cuanto a la definición del derecho, el sistema jurídico colombiano demanda una actividad de revisión, depuración e integración del sinfín de normas que lo componen; toda vez que, a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991 el legislador se ha dedicado a la producción desbordada de normas que, en algunas ocasiones, se muestran contrarias entre sí, generando inseguridad jurídica y deslegitimación de las instituciones.

Es preciso, bajo ese entendido comprender que no puede concebirse un sistema jurídico y un modelo de derecho separado entre los actores que promueven y tienen que ver con la praxis del derecho, puesto que debe integrarse en un solo cuerpo de manera dinámica acorde a las necesidades y expectativas de un conjunto social, especialmente el derecho administrativo como regulador de las relaciones entre los administrados y el Estado y por supuesto ajustado al derecho internacional y en concordancia con el sistema de mecanismos de protección y defensa de los derechos humanos.

Ante ese panorama, el derecho administrativo instituido en el Estado Colombiano encuentra su génesis en el ordenamiento jurídico francés. Su mayor reflejo se evidencia en el modelo institucional adoptado por Colombia y el régimen normativo, específicamente y para el tema de interés se abordará lo concerniente a la cláusula general de responsabilidad establecida en el artículo 90 superior, desarrollada por el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, a partir del sistema jurídico y de las instituciones y actores que lo componen.

Por ende, debe analizarse el alcance de la responsabilidad del juez en cuanto a las sentencias privativas de la libertad que nacen del ejercicio arbitrario de ius puniendi, de modo que la responsabilidad estatal tiene como finalidad la declaración de un daño antijurídico y la reparación integral de los perjuicios causados, materializando la función del Estado en su posición de garante de los derechos de los coasociados.

También se hace necesario tener en cuenta que, el derecho al acceso a la justicia cada vez presenta más barreras institucionales que se hacen evidentes en la alta demanda de tutelas dirigidas a obtener la protección de este derecho. Dentro de las barreras que se han

logrado identificar, se distinguen tres tipos: barreras institucionales, barreras sociales y barreras económicas. (Organización de las Naciones Unidas, 2008)

En Colombia, particularmente se han distinguido los siguientes problemas dentro de las barreras de acceso a la justicia formal:

Limitaciones en el acceso: barreras culturales, geográficas, operativas, económicas, déficit de legitimidad, déficit de atención a víctimas y testigos, ausencia de reglas de calidad en el servicio, reflejado en el atraso estructural en las instituciones, la falta de recurso humano y operativo para dar cumplimiento a la adecuada y oportuna gestión de las solicitudes de los ciudadanos.

Interferencia en la independencia y autonomía judicial: injerencia de los medios de comunicación, idoneidad de los abogados y del juez, fallas en los mecanismos de control, interferencia de las partes y grupos de poder, influencia de las otras ramas y órganos del poder público. Lo anterior se refleja en el choque de trenes y en los casos mediáticos que se magnifican a través de los demás actores sociales e institucionales generando presión en las decisiones judiciales, sin que se respeten las garantías del sistema de pesos y contrapesos.

Inseguridad jurídica: falta de certeza sobre las fuentes de derecho, incertidumbre sobre los tiempos de resolución de los procesos, fallas en la producción y publicidad de la jurisprudencia, multiplicidad de acciones y recursos, falta de efectividad de la jurisprudencia de las altas cortes. Todo lo mencionado se relaciona con la ineficiencia y

falta de preparación de los agentes del Estado y del mismo diseño del sistema jurídico que va en contravía a la modernización de la administración, generando multiplicidad de trámites innecesarios y desactualización de las fuentes de consulta.

Falta de efectividad y eficiencia: Prácticas procesales, normatividad procesal, retrasos asociados a la atención de tutela, inadecuada infraestructura, limitado uso de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), fallas en la administración y el gobierno, restricción en el cumplimiento de las decisiones, inadecuados modelos de gestión. Frente a este punto es importante resaltar de manera especial las practicas procesales que limitan y entorpecen la actividad judicial conllevando a errores que pueden generar la responsabilidad del Estado, así mismo la falta de aplicación y uso de las TICs existiendo fundamento normativo para implementarlas en los procedimientos de tal manera que se imprima celeridad a los trámites.

Todas las barreras citadas anteriormente generan como consecuencia la crisis de legitimidad del sistema de justicia, conllevando a graves errores judiciales que afectan garantías fundamentales como la libertad y ocasionando que el Estado sea llamado a responder frente a la afectación que se cause.

Nuevamente es preciso referirnos al sistema jurídico colombiano caracterizado por su amplitud y divergencia. Adicional a esto se puede identificar la falta de preparación de los emisarios del Estado encargados de la correcta marcha de la administración, la corrupción como principal causa de tráfico de influencias que resulta en nombramientos sin cumplimiento de los requisitos legales para el desempeño de los cargos públicos, lo que genera un sistema débil, incapaz de responder al interés general.

Así mismo se pensaba que con la transición entre los regímenes de la Ley 600 y la Ley 906, se dejaría de lado el sistema inquisitivo que distinguía las causas penales. Pese a tal expectativa, se evidencia que, pese al cambio normativo, las barreras de acceso a la justicia y la política criminal contrapuesta a la realidad del país y las necesidades sociales continúan siendo las principales causas de sentencias adversas y no ofrece la evolución y materialización del Estado constitucional de derecho, sin pretender generar polémica frente a las ventajas que trajo consigo el sistema penal acusatorio.

Finalmente, la configuración de la responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad no debe ser entendida únicamente como una consecuencia resarcitoria derivada de un fallo judicial, sino como el síntoma de una fractura en la política de prevención del daño antijurídico que genera la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE). Bajo esta óptica, se propone una crítica estructural: la ANDJE ha centrado gran parte de su esfuerzo en la defensa judicial técnica una vez el daño se ha materializado, pero existe una deuda pendiente en la articulación con la Fiscalía General de la Nación y los Jueces de Control de Garantías para internalizar el control de convencionalidad desde la etapa de instrucción. Un argumento sólido en este sentido es que, mientras la práctica judicial siga priorizando la detención preventiva sin un análisis de proporcionalidad material ignorando los estándares de la Corte IDH, la labor de la Agencia será meramente reactiva y el impacto fiscal por sentencias condenatorias seguirá siendo insostenible para el erario. Por tanto, la prevención del daño antijurídico en materia de libertad debe ser una política de Estado transversal que obligue al operador judicial a actuar no solo como un garante procesal, sino como un gestor de la convencionalidad para evitar la lesión a derechos subjetivos que el

ciudadano no tiene el deber jurídico de soportar, lo que podría llegar a constituirse en un tipo de barrera del Estado para el Estado sino se replantea su finalidad y funcionamiento, la cual no es otra que blindar la actuación de la administración pública a través de la implementación, divulgación y aplicación de la cultura de prevención del daño antijurídico.

1.4. Títulos de imputación de responsabilidad del Estado

En lo referente a los títulos de imputación de los regímenes de responsabilidad del Estado que han sido objeto de análisis por la jurisprudencia al momento de decantar el tema, se distinguen los siguientes:

- **El título de imputación subjetivo – falla del servicio presunta y falla de servicio probada**

Entendiendo que la falla en el servicio de manera general como la modalidad del título subjetivo, y doctrinariamente concebida como: “la noción falla ha sido tradicional en el ordenamiento jurídico colombiano, en cuanto que las actuaciones irregulares de la administración se han considerado el criterio sustancial para atribuir responsabilidad a la misma por su actividad” (Güechá, 2012) citado por (Celis et al, 2017, p. 97)

Inmediatamente después de la entrada en vigor del nuevo ordenamiento constitucional, la Sección Tercera del Consejo de Estado asumió la tarea de interpretar los nuevos principios. Durante la primera época, especialmente influenciada por la doctrina española, se realizaron numerosos pronunciamientos en los que la responsabilidad estatal se presumió a la luz del título objetivo, por lo que desapareció la necesidad de probar la existencia de responsabilidad sustentada en la falla del servicio. En efecto, se argumentó que

el criterio en cuestión no describía la acción u omisión de los emisarios estatales, en su lugar configuró la acción de repetición como garantía de la responsabilidad directa que le asistía al agente estatal ante las conductas dolosas o gravemente culposas que desembocaban en las condenas en contra del Estado.

Por otro lado, el régimen de falla del servicio probada es 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. Entre estos supuestos se encuentra la falla del servicio y su generador – culpa, omisión, conducta imprudente, irregular, morosa. (Celis et al, 2017, p. 20)

La falla del servicio es, ha sido y seguirá siendo, sin lugar a duda, uno de los conceptos de mayor trascendencia en el campo de la responsabilidad civil extracontractual del Estado, ya que, de una parte, define el régimen de responsabilidad que lleva su nombre, y, de la otra, constituye lo que los autores han denominado el régimen de derecho común de la responsabilidad extracontractual del Estado. (Restrepo, 1986) citado por (Henao, 2013)

- El título de imputación objetivo – daño especial y riesgo excepcional

El régimen de imputación del riesgo excepcional mantiene como asidero y fundamento el concepto de daño antijurídico (art. 90 C.P.), en la medida en que éste comporta una lesión a un bien jurídicamente tutelado cuyo titular –quien ha sufrido las consecuencias de un riesgo anormal, no se encuentra en la obligación de soportarlo, dado que ese detrimento se impone con transgresión del principio de igualdad ante las cargas públicas. Se trata, en consecuencia, de un régimen objetivo de responsabilidad, en el cual corresponde a la Administración, para exonerarse de

responsabilidad, la carga de probar el rompimiento del nexo causal por la ocurrencia de una causa extraña. En este caso, la entidad demandada y las llamadas en garantía alegaron como eximente de responsabilidad la culpa exclusiva de la víctima.

Advierte la Sala que el hecho de la víctima, como causa extraña y exclusiva, impone la prueba de que se trató de un acontecimiento que le era imprevisible e irresistible para la Administración. De no ser así, de tratarse de un hecho o acto previsible o resistible para la entidad, se revela una falla del servicio en el entendido de que dicha entidad teniendo un deber legal, no previno o resistió el suceso, pues como lo advierte la doctrina. (Consejo de Estado, Sección Tercera, 2008)

Hasta 1918 el Consejo de Estado francés venía aplicando las tesis de la falla o falta del servicio para resolver los contenciosos sobre responsabilidad estatal; sin embargo, las dificultades probatorias para establecer la falla del servicio, la idea de “riesgo creado” por la cercanía de un servicio público y el concepto de “lesión anormal”, llevaron a este alto tribunal a abandonar en algunos casos los postulados de la falla del servicio y a establecer de esta manera un tipo de responsabilidad estatal de tipo objetivo, para lo cual no hay necesidad de acreditar la falla del servicio.

En Colombia se ha entendido el daño antijurídico como un determinante genérico y mixto de la responsabilidad estatal dado que este puede ocurrir por la omisión o acción de las autoridades, implica en principio que la falla del servicio queda subsumida dentro del daño antijurídico: “El daño antijurídico supone una naturaleza mixta de la responsabilidad y no una naturaleza exclusivamente objetiva” (Henao, 1996, p. 802) por tanto, el daño

antijurídico puede ocurrir por falla del servicio, riesgo, daño especial, o enriquecimiento sin causa. En conclusión, es un género que cobija varias especies.

Bajo esa categorización de la evolución de los títulos de imputación no se trata de saber si hubo o no una falla en el servicio, es decir una conducta jurídicamente irregular, aunque no necesariamente culposa o dolosa, sino de establecer si cualquier actuar público produce o no un “daño antijurídico”, es decir un perjuicio en quien lo padece, que no estaba llamado a soportar” (Corte Constitucional de Colombia, 2004)

Se trata, entonces, “de una responsabilidad objetiva dentro de la cual, demostrado el hecho, el daño y la relación de causalidad entre uno y otro se produce la condena, teniendo en cuenta, que se presenten los demás elementos tipificadores de este régimen especial” (Castaño, 2012, p. 1) citado por (Celis Rafael, 2017, p. 21)

Sobre el riesgo excepcional debemos hacer referencia a la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, del 2 de febrero de 1984, expediente 2.774, donde se consignó que procede en desarrollo de ejecución de obras y actividades peligrosas para las personas o los bienes expuestos a estas (Consejo de Estado, Sección Tercera, 1984). Frente a este título no profundizaremos; toda vez que, no se ajusta al escenario constitucional que se quiere ilustrar y que corresponde a: ¿Cuándo se presenta la privación injusta de la libertad como causa de responsabilidad del Estado tras el daño antijurídico? o, ¿Cuándo no se trata de una privación injusta?

En ese sentido, se puede determinar la manera en que se ha segregado la causal que da paso a la responsabilidad estatal en caso de la vulneración injustificada al derecho a la libertad, máxime cuando de lo que se trata es contar con ocurrencia del daño antijurídico

que determinado sujeto no estaba en obligación de soportar, sea tras un daño mediato o inmediato si se trata – en este segundo caso - de una pérdida de oportunidad de la cual se tenía una potencial expectativa de realización

Entonces; en términos más sencillos, el problema ha abordar respecta a determinar cuándo es injusto privar del derecho sustancial a la libertad que le asiste a una persona.

Capítulo 2. Análisis dinámico de la línea jurisprudencial sobre la responsabilidad del Estado: privación injusta de la libertad

Como se indicó desde el principio del texto, la técnica metodológica a utilizar versa sobre el análisis dinámico de la línea jurisprudencial existente en materia de responsabilidad del Estado ocasionada en los casos la privación injusta de la libertad con apoyo de las pautas seguidas por (López, 2006), partiendo de que el escenario constitucional a abordar será el derecho fundamental a la libertad vulnerado en casos de decisiones judiciales arbitrarias que provocan el daño antijurídico, para lo cual resulta necesario realizar el análisis propuesto a través de los momentos históricos en que se ha pronunciado el Consejo de Estado y cuál ha sido la tendencia o el fundamento para declarar en uno y otro caso tal responsabilidad.

Con lo anterior se quiere demostrar cómo el daño antijurídico ha sido el elemento normativo presente y común en todos los casos y quizá al que no se le ha dado la relevancia que en realidad tiene, puesto que el fundamento de la responsabilidad en cualquier caso nace como consecuencia de aquella situación lesiva de derechos que una persona no está en

condición se aceptar y asumir; en otras palabras, se trata de la actuación arbitraria de las autoridades judiciales independientemente de la causa que conlleva a la defectuosa decisión.

Dada la extensa jurisprudencia existente sobre la materia y contando con la evolución doctrinal que se ha ocupado del análisis de la responsabilidad del Estado como consecuencia de los errores judiciales que se presentan al momento de la privación de la libertad sin justa causa, es necesario identificar la sentencia hito que se constituirá en la base o punto de partida para esbozar gráficamente el comportamiento de la praxis judicial y a partir de allí realizar el estudio de las posturas que han resultado sobre el tema, particularmente del Consejo de Estado – Sección Tercera.

Así mismo, se pretende encontrar el valor vinculante de las piezas jurisprudenciales que componen la línea, de manera que permitan aproximar el marco conceptual sobre el cual descansa la cláusula general de responsabilidad establecida en el artículo 90 de la C.P.

2.1. Práctica judicial frente al uso de la jurisprudencia como fuente obligatoria del derecho

La sentencia precedente obligatorio y con valor vinculante para los jueces de la república deberá cumplir con los siguientes requisitos: i) Que sea reciente, ii) Que los hechos correspondan al mismo o similar patrón fáctico del tema de investigación, iii) Que el derecho en discusión esté ubicado en un mismo escenario constitucional.

Para identificar la sentencia a la que hacemos referencia podemos acudir al método tradicional del que trata nuestro autor guía (López, 2006) que consiste en apoyarse en los índices de jurisprudencia preparados o en diferentes publicaciones privadas. Para el objeto

de estudio de la presente investigación acudiremos a las decisiones del Consejo de Estado y según el escenario constitucional que se desee analizar, que para el caso concreto será el derecho a la libertad en el contexto de las privaciones injustas como resultado de las falencias judiciales o del defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, de lo cual eventualmente y con el lleno de los requisitos podría predicarse la responsabilidad del Estado basada en el daño antijurídico causado, como principal presupuesto para endilgar tal responsabilidad.

Frente al objetivo principal de la investigación, si bien es cierto el escenario constitucional se muestra amplio en el sentido de manifestarse en varios enfoques que se han aplicado en distintos momentos históricos acordes a la legislación vigente, basados en los dos regímenes existentes; por un lado, podría analizarse desde el punto de vista de la responsabilidad subjetiva, caso en el cual tendríamos que proponer como sentencia de apoyo la proferida dentro del **expediente 2005-00343/56393 del 5 de marzo de 2020** puesto que trata de la falla en el servicio.

Por otro lado; respecto al régimen objetivo, la sentencia con valor vinculante o de apoyo corresponde a la **Sentencia 2010-00104/49395 del 5 de marzo de 2021** al ser esta última la más reciente en la fracción de tiempo investigada en esta propuesta, que sigue el mismo patrón táctico a la luz de la responsabilidad objetiva del Estado y la que mejor se ubica en el escenario constitucional a analizar, esto es la responsabilidad del Estado derivada del daño antijurídico.

Es preciso, también tener en cuenta que en la actualidad la jurisprudencia más allá de ocupar la atención en los títulos de imputación, trascienden de estos

condicionamientos para centrarse en el análisis y aplicación del artículo 90 superior en su definición pura, por ende genera una gran responsabilidad a la hora de proponer un nuevo estudio sobre el tema, puesto que basta con realizar la búsqueda del estado del arte para encontrar una serie de documentos donde los autores se han limitado al estudio con fundamento en los regímenes subjetivo y objetivo, sin avanzar en la aplicación literal del citado artículo 90.

Con base en las posturas asumidas por el Consejo de Estado, vale la pena abordar de manera descriptiva los momentos determinantes en la jurisprudencia que conllevan a considerar la importancia y relevancia del tema propuesto, con un enfoque basado en derechos humanos y un régimen de responsabilidad fundamentado en el daño antijurídico. Y es que, el papel de los jueces no está alejado del problema jurídico que aquí se pretende, puesto que al juez de un caso de esta naturaleza le incumbe analizar si se reúnen los requisitos para que se haya restringido el derecho a la libertad, de lo contrario su decisión no solo debe ser enfocada en revocar sentencias; sino, en procurar el resarcimiento y restablecimiento del derecho.

Bajo esta perspectiva, un método descriptivo y reflexivo permiten evidenciar y cuestionarnos acerca de los cambios en los pronunciamientos judiciales; sobre todo tratándose del Consejo de Estado y la Corte Constitucional; razón por la cual, y de manera ambiciosa es pertinente contextualizar el ámbito de la investigación basado en el daño antijurídico como criterio preponderante en la declaración de responsabilidad, si se quiere a la luz de un enfoque convencional, a propósito de las bases encontradas en la jurisprudencia decantada por la CIDH.

Ante ese panorama, podríamos pensar en una vertiente más simple del análisis de la responsabilidad del Estado, discusión ya zanjada por el órgano de cierre en lo contencioso administrativo, restando un poco de importante al estudio de los títulos de imputación para enfocarse en los elementos de la responsabilidad: acción u omisión, nexo causal y daño antijurídico, como una aplicación pura y simple de la figura de responsabilidad sin que medien otros condicionamientos más que el reconocimiento de lo injusto de la medida y la afectación del derecho sustancial.

Posteriormente y teniendo en cuenta la dinámica evolutiva del derecho administrativo nos obliga a trascender esta dicotomía clásica y a partir del año 2022, se identifica un hito transformador con la **Sentencia SU-072 de 2022** de la Corte Constitucional. Esta providencia es fundamental para nuestra tesis, pues unificó los criterios de responsabilidad por privación injusta de la libertad, señalando que, más allá de la existencia de una falla o un riesgo, el eje central es la ausencia de deber jurídico de soportar la carga de la detención cuando el proceso termina con preclusión o sentencia absolutoria (bajo el postulado de que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no era típica).

Siguiendo esta línea, el Consejo de Estado en providencias de unificación y de sección durante los años 2023 y 2024 (v.gr. **Sentencia de la Sección Tercera, Exp. 64.120 de 2023**), ha profundizado en el control de convencionalidad. Se ha establecido que la privación de la libertad, aun cuando sea legal en su inicio, se torna en un daño antijurídico

resarcible si se vulneran los estándares de proporcionalidad y razonabilidad dictados por la CIDH.

En el periodo comprendido entre 2024 y los albores de 2025, la jurisprudencia ha decantado que el Artículo 90 de la Constitución Política actúa como una cláusula general de responsabilidad que subsume los antiguos títulos de imputación. Ya no se trata de debatir si hubo "culpa" o "riesgo", sino de verificar la lesión a un interés jurídicamente tutelado (la libertad) que el ciudadano no está obligado a tolerar en aras del interés general, especialmente cuando la administración de justicia no logra desvirtuar la presunción de inocencia de manera definitiva.

Es preciso, también tener en cuenta que en la actualidad la jurisprudencia más allá de ocupar la atención en los títulos de imputación, trascienden de estos condicionamientos para centrarse en el análisis y aplicación del artículo 90 superior en su definición pura. Por ende, genera una gran responsabilidad a la hora de proponer un nuevo estudio sobre el tema, puesto que basta con realizar la búsqueda del estado del arte para encontrar una serie de documentos donde los autores se han limitado al estudio con fundamento en los regímenes subjetivo y objetivo, sin avanzar en la aplicación literal del citado artículo 90.

A continuación, examinamos gráfica y descriptivamente, la tendencia de la jurisprudencia del Consejo de Estado a partir de una telaraña que relaciona la aplicación de los regímenes objetivo y subjetivo en las sentencias que se han ocupado del tema expuesto, durante el periodo comprendido entre 1996 y 2026:

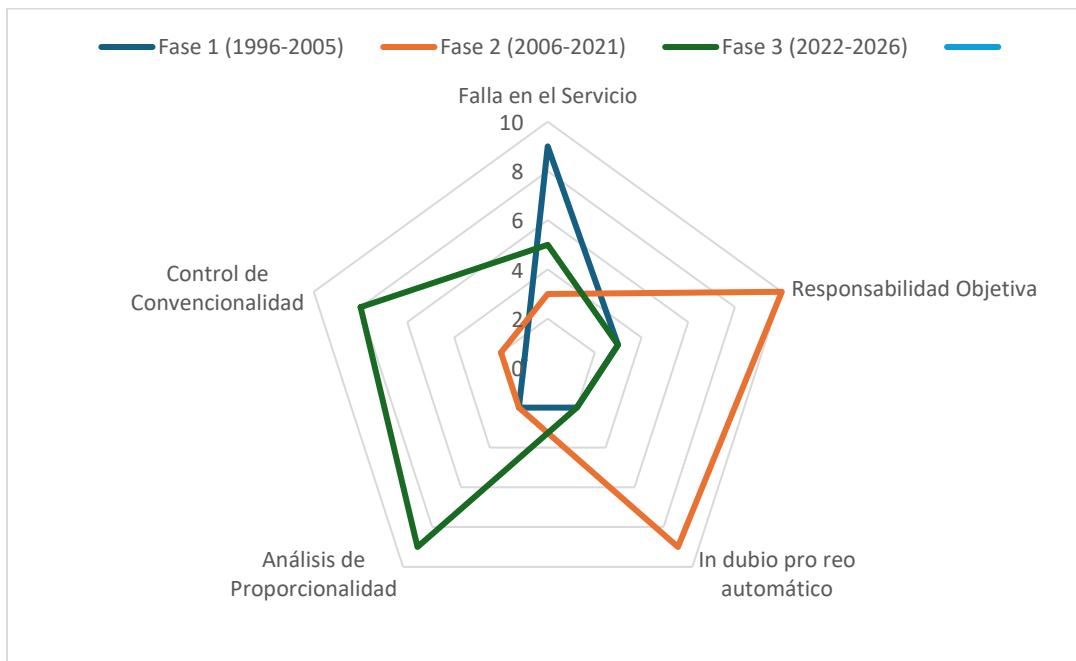


Figura 1. Evolución de los criterios de imputación en la privación injusta de la libertad (1996 – 2026). Propia del autor.

Este gráfico radial ilustra la frecuencia y peso de aplicación de cada criterio jurisprudencial en tres grandes fases históricas. Se observa claramente en la Fase 1 (1996 - 2005) El gráfico se concentra en el Régimen Subjetivo (Falla en el Servicio) y las causales taxativas del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991.

En la Fase 2 (2006-2021), la "telaraña" se estiraba agresivamente hacia la parte superior derecha, dominada por el Régimen Objetivo y la absolució automática por in dubio pro reo.

De otra parte, con la actualización a la Fase 3 (2022-2026), la gráfica evidencia una contracción y un cambio de eje. La telaraña abandona el extremo de la responsabilidad objetiva y se desplaza con fuerza hacia los ejes inferiores de "Análisis Material de

Proporcionalidad" y "Control de Convencionalidad". Esto demuestra visualmente el fin del automatismo indemnizatorio y el retorno a la valoración de la regularidad de la medida de aseguramiento.

Consecuentemente, con los datos suministrados en la figura 1, es preciso graficar el comportamiento cuantitativo de la jurisprudencia del Consejo de Estado en la aplicación y análisis de los regímenes de responsabilidad entre 1996 y 2026:

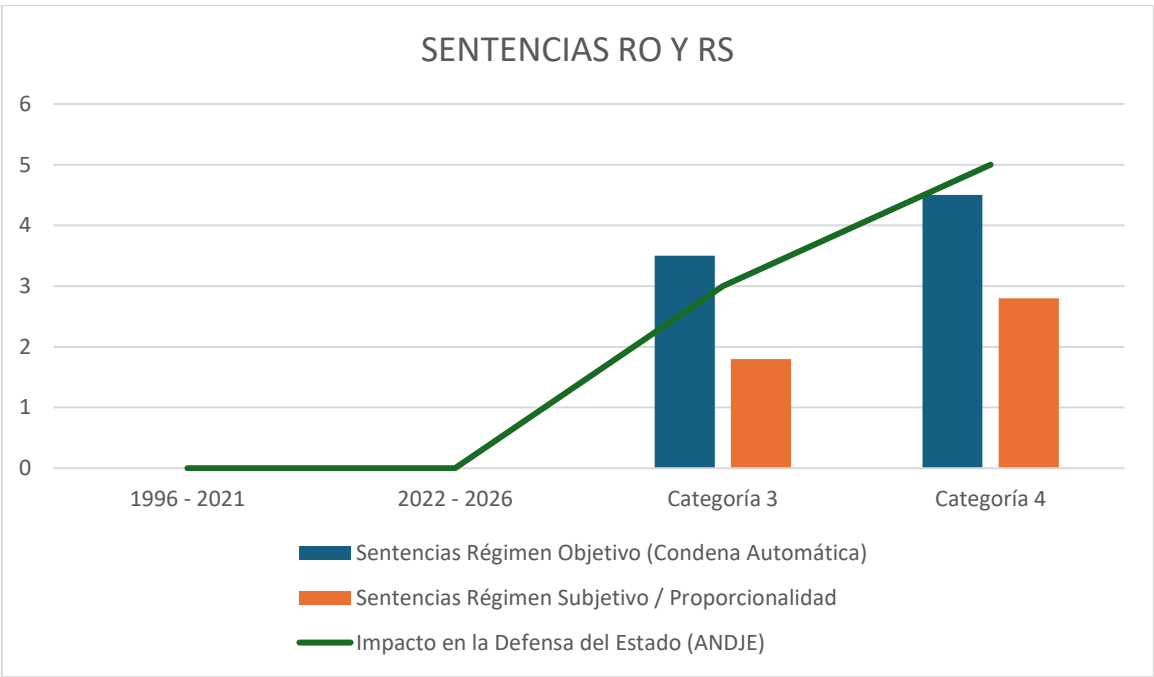


Figura 2. Propia del autor

Sentencias Régimen Objetivo



Sentencias Régimen Objetivo

Sentencias Régimen Subjetivo



Sentencias Régimen Subjetivo

Impacto en la Defensa del Estado (ANDJE)



Ahora bien, con la información suministrada a través de la jurisprudencia en cita, vale la pena realizar el análisis de las posturas judiciales que dieron forma a la figura de la responsabilidad del Estado a causa del daño antijurídico ocasionado por la privación injusta de la libertad antes, durante y después de la Constitución Política de Colombia:

En el primer momento de la jurisprudencia emanada del Consejo de Estado se fundamentaba en el régimen subjetivo, puesto que bastaba con probar la falla en el ejercicio del servicio por parte del agente estatal a través de una decisión arbitraria para determinar la responsabilidad del Estado.

El segundo momento data del Decreto 2700 de 1991, el cual en su artículo 414 determinaba taxativamente las causales sobre las cuales se predicaba la recuperación de la libertad; en que el hecho no ocurrió, o no le es imputable o que no constituyó conducta punible, sin necesidad de valorar la conducta del funcionario judicial y de comprobar si la misma fue errada, ilegal, arbitraria o injusta. (Hoyos Duque et al. 2006)

El tercer momento se fundamenta en la aplicación del principio *in dubio pro reo* como causal de absolución en el juicio penal y que posibilita la atribución de responsabilidad civil extracontractual al Estado, significando que el Estado en el ejercicio del ius puniendi no logró desvirtuar la presunción de inocencia de aquel que resultó beneficiario de la sentencia absolutoria, y en ese sentido se convierte en un sujeto víctima de vulneración del derecho fundamental a la libertad ocasionado por el daño antijurídico y por supuesto, debe ser materia de indemnización y resarcimiento de los perjuicios que se le pudieron causar.

Precisamente se ha abierto un debate sobre el régimen a aplicar sobre el *in dubio pro reo*, donde se encuentra una tesis reciente y llamativa sobre el tema, según el autor propone que:

Sin embargo, la imputación de responsabilidad al Estado no puede efectuarse de manera automática bajo el título de responsabilidad objetiva en la modalidad de daño especial como reiterativamente lo ha ordenado el Consejo de Estado, por el solo hecho de ser favorecido con una sentencia absolutoria aplicación del *in dubio pro reo*, porque como se estudió, la privación injusta de la libertad en estos casos solo es injusta en la medida que se demuestre que la imposición de la restricción a la libertad personal sucedió desconociendo los criterios de proporcionalidad y razonabilidad que se deben tener en cuenta para adoptar ese tipo de decisiones.

De acuerdo con lo anterior, el título de imputación que se considera es el más adecuado para estudiar estos casos es el subjetivo de falla en el servicio judicial, en virtud a que la imposición de medida privativa de la libertad en desarrollo de un proceso penal, por sí sola no constituye el rompimiento de las cargas públicas cuando se obtiene una sentencia judicial favorable en aplicación del referido principio, por tanto, es necesario que el Juez administrativo valore si la adopción de tal medida fue o no proporcional y razonable. (Castillo, 2020, p. 20)

A partir de los fundamentos jurisprudenciales y doctrinales en materia de responsabilidad estatal determinados por el máximo órgano de la jurisdicción contenciosa –

administrativa se puede evidenciar las diferentes posturas de los jueces y estudiosos en la materia, aun cuando con la expedición de la Ley 906 del 2004 se pasó de un régimen inquisitivo a uno que resulta más adecuado en materia de investigación y juzgamiento, por cuanto corresponde a los jueces y no a la Fiscalía General de la Nación imponer las medidas de aseguramiento al procesado, cuando exagenciaista mérito razonable y justificado para proceder con la restricción de la libertad sobre criterios de proporcionalidad, razonabilidad, necesidad y pertinencia, todo bajo el control de legalidad del juez de garantías.

De esta manera, el sistema penal acusatorio de la Ley 906 de 2004 y el ejercicio del derecho a la justicia impartido por los jueces de garantías han blindado de alguna manera la actuación del Estado. Pese a ello, hoy podemos encontrar diferentes pronunciamientos judiciales que luego son extendidos por la doctrina, que en definitiva merecen la unificación de criterios jurisprudenciales en torno a proteger las garantías fundamentales de los sujetos a investigación y judicialización; y, por supuesto a los principios de la función pública.

Podemos afirmar bajo ese principio que, la dinámica de la jurisprudencia marcha sobre la misma dinámica social, el panorama político, el gobierno de turno, el poder legislativo y el contexto de protección universal de los derechos humanos, dando cada vez un paso en el marco del principio de progresividad al punto de homogenizar bajo la aplicación del precedente judicial las decisiones de las altas cortes, con lo cual también podemos desmitificar aquel precepto constitucional interpretado residualmente bajo el cual se establece que los jueces solo están sometido al imperio de la Ley.

Téngase en cuenta también, que al juez natural encargado de determinar la responsabilidad del Estado, no le asiste el deber de examinar la conducta de la persona privada de la libertad, ello vulneraría *per se* el debido proceso; pues se insiste que, lo que le estado dado a este es determinar si la privación fue justa o injusta y para ello no basta una sentencia absolutoria sino la pureza de la conducta procesal del sujeto que dio lugar a la medida de aseguramiento sustentada en criterios de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad. Lo anterior, será lo siguiente al estudio del régimen subjetivo u objetivo a aplicar al caso concreto.

2.2. Necesidad de unificación de jurisprudencia

Una vez identificadas las sentencias hito sobre el tema de responsabilidad extracontractual del Estado por privación injusta de la libertad, es preciso verificar las diferentes sentencias que han sido citadas respecto a uno y otro régimen, que para el caso corresponden a: i) la Sentencia de Unificación contenida en el **expediente 1996-07459/23354 del 17 de octubre de 2013** a partir de la cual se ratificó la postura del Consejo de Estado asumida desde el año 2006 fundamentada en el régimen objetivo como se ilustra en la gráfica 2.

Pese a que se analizó en cada caso la situación a la luz del título objetivo, no en todos los casos se declaró la responsabilidad del Estado. Ejemplo de ello, son las sentencias 2002-00842/37287 de Junio 8 de 2016, 2008-00263/42376 de Agosto 1 de 2016, 1999-00889/41678 de Noviembre 3 de 2016, 2008-00370/39940 de Diciembre 5 de 2016, 2010-00327/49420 de Junio 22 de 2017, 2009-00830/51074 de Julio 31 de 2017, 2011-00092/58029 de Agosto 8 de 2017, 2010-00342/43818 de Agosto 24 de 2017, 2005-

20420/46345 de Octubre 23 de 2017, 2011-00007/46469 de Diciembre 5 de 2017, 2011-00269/55554 de Junio 21 de 2018, 2019-00169 de Noviembre 15 de 2019, 2010-00197/56329 de Abril 29 de 2020, 2012-00237/59041 de Mayo 27 de 2020. Quiere decir lo anterior que de 31 sentencias producidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado analizando el caso con título objetivo, en 14 de ellas no se condenó al Estado.

Sin embargo, en el año 2018 se presentó una variación de la jurisprudencia con la cual se venía fundamentando el tema de la responsabilidad extracontractual del Estado, nos referimos a la ii) **Sentencia de Unificación 2010-00235/46947** mediante la cual se retoma la postura basada en el régimen subjetivo, así:

En consecuencia, procede la Sala a modificar y a unificar su jurisprudencia en relación con los casos cuya litis gravita en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por privación de la libertad, en el sentido de que, en lo sucesivo, cuando se observe que el juez penal o el órgano investigador levantó la medida restrictiva de la libertad, sea cual fuere la causa de ello, incluso cuando se encontró que el hecho no existió, que el sindicado no cometió el ilícito o que la conducta investigada no constituyó un hecho punible, o que la desvinculación del encartado respecto del proceso penal se produjo por la aplicación del principio in dubio pro reo, será necesario hacer el respectivo análisis a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, esto es, identificar la antijuridicidad del daño. (Consejo de Estado, Sección Tercera, 2018), la cual también se resalta en la gráfica 2.

En aquella ocasión la Sección Tercera del Consejo de Estado, determinó que no concurría la responsabilidad del Estado, por cuanto se presentaba como eximente de responsabilidad la culpa exclusiva de la víctima al estar incurriendo en una conducta reprochable, máxime cuando la misma no se subsumía en la legislación vigente:

Sin embargo, en el caso concreto no es posible declarar la responsabilidad del Estado, bajo el régimen objetivo de responsabilidad, por encontrarse que la actuación de la demandante constituyó una conducta gravemente culposa, máxime que ella, como persona dedicada a la actividad de intermediación laboral debía conocer, que de la posible intención de control, dominación o sujeción a un trabajo forzado a través de la imposición de una obligación económica a su favor o de un tercero, podía dar lugar a pensar que estaba incurriendo en la conducta de trata de personas, cuyo carácter delictual debía ser investigado por la Fiscalía General de la Nación y sólo se podía esclarecer en el escenario de un proceso penal. En efecto, a pesar que la Fiscalía haya adelantado la investigación a la luz de una norma procesal que no resultaba aplicable, lo cierto es que ello no fue determinante en la privación de la libertad de la actora y no tuvo su causa eficiente o adecuada en la actividad de la administración de justicia, sino en la conducta asumida por ella misma, demostrándose una culpa exclusiva de la víctima. (Consejo de Estado, Sección Tercera, 2018)

Mas adelante la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sede de tutela contra providencia judicial, se pronunció sobre el criterio unificado adoptado mediante la decisión 46947 del 2018 en sentido de revocar el fallo impugnado y amparar

los derechos de los accionantes y declarar la responsabilidad del Estado formulando el problema jurídico en los siguientes términos: “¿Puede el Juez Contencioso Administrativo declarar la culpa exclusiva de la víctima como eximente de responsabilidad del Estado, a pesar de que en el proceso penal se precluyó la investigación por la atipicidad de las conductas imputadas a la demandante?” (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, 2019)

Esta sentencia modificó la tesis adoptada en el 2018 y en su lugar dispuso:

Se concluye que, si el Juez penal declaró inocente a la demandante porque el delito que le imputó al detenerla no estaba previsto como tal en la ley y el Juez de la responsabilidad afirmó que la demandante, con esa misma conducta, generó su detención, no cabe duda de que este último violó el derecho fundamental a la presunción de inocencia, el cual se encuentra consagrado en el artículo 7° de la ley 906 de 2004, que determina que “toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, 2019)

A la luz de la doctrina del Consejo de Estado se determinan algunas variables que llevan a considerar la responsabilidad del Estado, basada de manera general en el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia o en el error de los funcionarios del Estado que han tenido la potestad de restringir la libertad cuando actúan en su facultad de dictar estas medidas.

Dichas variables resultan relevantes de acuerdo con la legislación vigente en cada momento jurisprudencial y aplicable al caso concreto. Bajo esta premisa, salvo mejor concepto, lo que aquí se propone es la necesidad de unificar los criterios encontrados en el sentido de dar importancia al daño antijurídico como presupuesto exclusivo de la responsabilidad extracontractual del Estado, independientemente de la causa que la origina, pero sin olvidar que debe tratarse de una medida de aseguramiento desproporcional, irrazonable, ilegal e incluso inidónea, y en el mismo sentido establecer los criterios de control de constitucionalidad y convencionalidad para generar en la práctica judicial la prevención del daño antijurídico desde el momento de la instrucción del caso.

Lo anterior; quiere significar que existirán algunas situaciones eximentes de responsabilidad partiendo del hecho que la sentencia absolutoria por sí sola no se constituye en el requisito único para declarar la responsabilidad del Estado, como se señaló anteriormente; sino que, debe examinarse la situación previa que conllevó a imponer la restricción, puesto que no puede dejarse de lado la seguridad jurídica y la legitimidad de las Instituciones representadas por los agentes estatales que se relacionan con todo el sistema de la política criminal.

Estos planteamientos fueron transcritos mediante Sentencia 2012-00237/59041 de Mayo 27 de 2020, en la cual se planteó el siguiente problema jurídico:

¿Debe declararse la responsabilidad objetiva del Estado por la privación de la libertad que sufren dos ciudadanos como consecuencia de la imposición de una medida de aseguramiento de detención preventiva, en el marco del proceso penal

seguido en su contra por el delito de peculado por apropiación, que terminó en sentencia absolutoria por aplicación del principio de *in dubio pro reo*, ya que la antijuridicidad de la medida debe inferirse a partir de la sentencia absolutoria? (Consejo de Estado, Sección Tercera, 2020)

La tesis propuesta en el caso referido dentro del expediente 2012-00237/59041, para determinar que el Estado no era responsable, fue la siguiente:

No debe declararse la responsabilidad objetiva del Estado por la privación de la libertad que sufren dos ciudadanos como consecuencia de la imposición de una medida de aseguramiento de detención preventiva, en el marco del proceso penal seguido en su contra por el delito de peculado por apropiación, que terminó en sentencia absolutoria por aplicación del principio de *in dubio pro reo*, ya que la antijuridicidad de la medida, no se infiere de la sentencia absolutoria. Por tanto, la existencia de una decisión absolutoria no implica necesariamente que la imposición de la restricción de la libertad hubiese sido contraria a la normativa que la autorizaba, innecesaria, desproporcionada o arbitraria.

Pues el derecho fundamental a la libertad no se erige como una garantía absoluta refractaria a todo tipo de limitaciones o afectación por fuera de su núcleo esencial, ya que el orden constitucional otorga de manera excepcional y por vía cautelar o preventiva, una permisión para la privación de la libertad en sede de instrucción criminal, sin que aún se haya demostrado la culpabilidad del inculcado, en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes. Por ello, para

determinar si la detención de las personas, ordenada por acto jurisdiccional, derivó en un daño antijurídico, es necesario analizar (i) que el juicio de antijuridicidad esté soportado en un análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención, condición que puede entenderse relacionada con la calificación jurídica del acto dañoso y (ii) que tal análisis permita demostrar que la privación de la libertad, ya entendida como daño, fue abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, es decir, no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria.

Ahora bien, la absolución o la preclusión de la investigación por aplicación del principio *in dubio pro reo* puede develar la antijuridicidad del daño causado con la detención, tanto en razón de los efectos que al daño transmite una conducta ilegal, incorrecta o con fallas; pero no de manera automática, es decir, ni la absolución por esta causa determina automáticamente la condena en responsabilidad al Estado y tampoco, niega la condena deprecada por quien vino como víctima; en razón a que resulta preciso, estudiar la conducta de la víctima y la observancia de sus deberes.

En consecuencia, si en el caso concreto se establece que conforme a la norma procesal penal vigente (artículos 356 y 357 de la Ley 600 de 2000) la detención preventiva procedía, entre otros eventos, cuando el delito imputado tuviera prevista una pena de prisión mínima o superior de cuatro (4) años, y sólo cuando existieran, por lo menos, dos indicios graves de responsabilidad procedentes de los medios de prueba legalmente practicados en el proceso, al demostrarse que el Código Penal contempla una pena hasta de 15 años de prisión por ese delito y que la medida de

aseguramiento estuvo soportada, no solo en indicios sino también en atribuciones de sus subalternos y compañeros, por lo que tenían la fuerza probatoria y los señalamientos constituían pruebas directas; además la gravedad de la conducta ante la previsión encaminada a garantizar la comparecencia de los sindicatos ante la justicia y de evitar labores tendientes a ocultar, destruir o deformar elementos probatorios, revelan la necesidad de la medida.

Por consiguiente, mal podía inferirse la antijuridicidad de la medida, a partir de la sentencia absolutoria, puesto que esta decisión no implica necesariamente que la imposición de la restricción de la libertad hubiere sido contraria a la normativa que la autorizaba, innecesaria, desproporcionada o arbitraria en alguna otra forma.

Podemos observar cómo la práctica judicial impresa en la jurisprudencia transcrita difiere en cuanto al mismo caso, se evidencia principalmente en la impugnación formulada al fallo contenido en el expediente 46947 de agosto 2018 donde en principio no se responsabiliza al Estado y posteriormente varia la postura de la misma Sección Tercera cuando declara la responsabilidad extracontractual mediante sentencia 2019-00169 de noviembre 2019 al rechazar el eximente de culpa exclusiva de la víctima como lo plantea el artículo 70 de la ley 270 de 1996 y determinar que existió violación al debido proceso por no tener en cuenta que la conducta era atípica y se vulneró el principio de presunción de inocencia a la luz del artículo 7 de la Ley 906 del 2004 en concordancia con el artículo 29 y 90 de la Constitución Política de 1991.

La contrariedad entre la jurisprudencia en cita, conlleva a que la academia proponga diferentes tesis, que en definitiva plantean cuál debe ser la postura respecto a los títulos de imputación a tener en cuenta en cada caso donde se pretenda la declaración de la responsabilidad extracontractual del Estado, enredando de alguna manera del acceso a la justicia, puesto que se insiste en la necesidad de que se pruebe la vulneración o privación del goce pacífico de un derecho subjetivo individual o colectivo traducido en un daño antijurídico de naturaleza resarcible, como lo menciona (Morillo, 2022) para proceder con esta declaración en contra del Estado.

Conviene en este punto invitar al escenario la reciente SU 363 del 2021 emanada de la Corte Constitucional de Colombia, en la cual se revisaron varias sentencias de tutela del Consejo de Estado del 2018, 2019 y 2020 donde se analizó una medida de aseguramiento impuesta en un caso particular y se determinó que en definitiva es importante examinar los criterios que llevaron a imponerla sin traer a colación nuevamente el estudio de la conducta punible desplegada por el investigado en materia penal, pues dicho estudio ya fue realizado por el juez natural en el proceso penal. Contrario a ello, se estaría incurriendo en violación flagrante del debido proceso, particularmente del principio de legalidad.

De igual manera, la sentencia aclaró que en casos de atipicidad de la conducta o inexistencia del hecho sigue vigente el estudio bajo el título de la responsabilidad objetiva.

2.3. Graficación y estructura del comportamiento espacio - temporal de la jurisprudencia

Ahora bien, definidas las posturas del Consejo de Estado históricamente aplicadas en el escenario constitucional analizado, es preciso indicar que una sentencia hito en los

términos de nuestro autor guía – Diego López Medina, es aquélla que pertenece al repertorio frecuente de sentencias que la Corte cita en fallos subsiguientes y, que proveen la retórica y marco de análisis en el tema concreto que se estudia. (López, 2006, p. 170)

Para ilustrar lo anteriormente mencionado, se procede a graficar el comportamiento jurisprudencial en un espacio tiempo definido, a partir de las dos sentencias enunciadas **23354 de octubre 17 de 2013 y 46947 de Agosto 15 de 2018**, para determinar el desenvolvimiento del tema objeto de estudio, en cuanto la reiteración, la ampliación y la postura separada que se ha tenido bajo su fundamentación.

De lo anterior se desprende que, dada la extensión jurisprudencial sobre el tema analizado, se evidencia la diversidad conceptual y categórica que en contextos espacio – temporales diferentes conlleva a determinar que las situaciones injustas de privación de libertad, pueden ser prevenibles en la medida en que se cuente con herramientas, instrumentos y mecanismos adecuados para el ejercicio responsable del derecho al acceso a la justicia, principalmente en cuanto a acciones de control previo por parte de los operadores judiciales para evitar o, por lo menos disminuir el riesgo de daño antijurídico derivado de la actividad judicial.

En el mismo sentido, y como eje principal de esta muestra investigativa se puede determinar que, la exoneración del Estado en procesos de responsabilidad puede darse en la medida que, se cumpla con los criterios para la imposición de las medidas de aseguramiento; esto es, **la necesidad, la proporcionalidad, la razonabilidad y la legalidad.**



Figura 3. SU 1996-07459/23354 del 17 de octubre de 2013 (Propia del autor)



Figura 4. S.U. 2010-00235/46947 del 15 de agosto de 2018 (propia del autor)

Todo lo anterior, adquiere relevancia al afirmar que la jurisprudencia se ha ocupado en fundamentar la responsabilidad del Estado a partir de la conducta activa o pasiva del agente estatal bajo las premisas del régimen subjetivo o de adecuar la responsabilidad con base en el rompimiento de las cargas publicas tratándose del régimen objetivo, lo cual podría considerarse como dos escenarios constitucionales en los cuales se analiza conceptualmente la privación injusta de la libertad con dos causas distintas y a veces hasta contradictorias.

En armonía con la crítica anterior, se coincide en que toda declaración de responsabilidad del Estado que se derive de la violación en el derecho a la libertad puede ser concentrada en una sola categoría: el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia bien sea por el mismo sistema o por lo funcionarios judiciales y que, en definitiva conlleva a analizar las circunstancias del daño antijurídico para proceder con la forma en que debe repararse por la infracción a derechos o perdidas de oportunidades.

Bastaría indicar; por ejemplo, cuál ha sido la ubicación del principio in dubio pro reo en el contexto del régimen objetivo por parte del máximo órgano de lo contencioso administrativo, encontrando contradicción respecto al tratamiento diferente que le ha otorgado la Corte Constitucional, aun cuando se trata del mismo derecho analizado en el mismo escenario constitucional, como lo hace ver (Castillo, 2020) citando la jurisprudencia de la Corte Constitucional (Corte Constitucional, 1996)

Por su lado, la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996, por medio de la cual efectuó el control automático de constitucionalidad a la ley estatutaria de administración de justicia 270 de 1996, al hacer el análisis del régimen de

responsabilidad del Estado por el ejercicio de la función judicial, específicamente de la causal por privación injusta de la libertad consagrado en el artículo 68 de la mencionada norma¹⁶, fijó como criterio de interpretación que la expresión “injustamente” “se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido apropiada, razonada, ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria” (pp. 196-197) y agregó que de no tomarse dicho criterio, se estaría ante la posibilidad que en todos los casos de privación de libertad de una persona se califique injusta, procediendo de manera automática la reparación de perjuicios.

Con todo lo anteriormente expuesto, encontramos un elemento presente en todos los casos; esto es, el daño antijurídico como resultado de la injusta privación de un derecho fundamental, que *per se* implica la declaración de un responsable y el resarcimiento del perjuicio causado porque; en todo caso, se constituye en un sujeto pasivo que asumió una limitación que no estaba en condición de soportar en su integridad física, espiritual o bienes e incluso en su proyecto de vida.

Es por lo esbozado que, es injusta la privación de la libertad cuando las medidas que se adoptaron por el juez penal para su limitación no fueron idóneas, necesarias, proporcionales, razonables ni legales; sino que surgieron de acto arbitrario y negligente o descuidado y que, en todo caso, estaba en el deber de analizar y estudiar de manera que, evitara imponer una medida que resultara violatoria del derecho afectado. Resulta además entender, históricamente desde los postulados de Beccaria, se proponía el estudio de los

principios para aplicar una sanción penal; de manera que, no se trata de postulados novedosos, sino que, es una construcción histórica y convencional para tener en cuenta.

3. Aproximación a la idea de la privación injusta de la libertad desde la institución del daño antijurídico y el control de convencionalidad

Históricamente y bajo el principio de progresividad y no regresividad de los derechos humanos que encuentra fundamento en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ya que este contempla la obligación de los Estados parte de lograr el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales. (Calvo, 2014, Pág 144) los derechos y garantías han venido evolucionando en cuanto su aplicación sustantiva y procedimental.

Categoricamente se establece que los derechos se encuentran positivizados en un bloque de constitucionalidad. Para el caso colombiano, la positivización de los derechos humanos tiene un contenido y alcance supraconstitucional. Se trata entonces del mandato constitucional establecido en el artículo 93 superior, el cual señala:

Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

El Estado colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal

Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de

julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución.

La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él. (Asamblea Nacional Constituyente, 1991)

Es así como el Estado colombiano reconoce un ordenamiento interno y externo legitimado a través de la suscripción y aceptación de los Convenios y Tratados Internacionales, como resultado de la evolución del derecho Internacional y el Derecho Internacional Humanitario. No es desconocida la historia de nuestra nación, marcada por el conflicto armado interno y antes de ello, las diferentes guerras y batallas que tuvieron lugar para alcanzar la independencia de la nación.

En ese sentido; podemos asegurar con fundamento en la doctrina sobre el tema, que las normas y mecanismos dispuestos para la defensa y protección de los derechos ha sido el resultado de las luchas sociales y colectivas que tienden a la construcción de espacios sociales, económicos, políticos y jurídicos que permiten el empoderamiento de todas y todos para reivindicar desde la pluralidad y con un enfoque diferencial, el derecho a una vida (Herrera, 2008, p. 190), estos se van obteniendo y transformando a través del tiempo. Esta afirmación se fundamenta en la teoría crítica de los derechos humanos desarrollada por las Escuelas de Frankfurt y Budapest, las cuales analizaron los derechos

humanos a partir de la resignificación del mundo moderno y fundamentaron las bases sobre la dignidad humana como presupuesto universal del conjunto de derechos y garantías.

Es así como, la dignidad humana considerada como principio, valor y derecho permite adquirir una autonomía personal y desarrolla el derecho a vivir bien y vivir como se quiere manteniendo unas condiciones adecuadas y contexto favorable que garantice esa autodeterminación.

En desarrollo de lo expuesto, es preciso y necesario referirnos al mandato constitucional concretado en el artículo 2 de la Constitución Política de 1991 según el cual el Estado es el primer llamado a garantizar los derechos a través de unos fines concretos, que a la vez contribuyen al mantenimiento de la paz y la armonía en la convivencia lo que permitiría evitar los conflictos internos y el alza armada de grupos al margen de la Ley

En palabras de Herrera, 2008 se trata de un proceso de reinención de los derechos humanos. Sin embargo los DDHH si bien tienen el carácter de universales no pueden imponerse, deben ser el resultado también del consenso social y la construcción por medio de acciones colectivas progresivas, dado que precisamente se ha venido hablando de la importancia que merecen los derechos sociales y colectivos al igual que las garantías individuales y personales, a partir de las cuales se garantice el pleno goce de los primeros.

Sin más desarrollo teórico de los DDHH, es oportuno referirnos a la fundamentación teórico – práctica de los mecanismos del derecho internacional sobre protección y defensa en materia de derechos humanos en el marco de la privación injusta de

la libertad, cuestionando en primer término el proceder de estas medidas cuando dentro del ordenamiento interno no existen o existiendo son insuficientes o ineficaces en cuanto a la protección de los derechos y garantías, partiendo de que el éxito de un Estado radica en la capacidad de respuesta de sus instituciones al cumplir con los propositos y fines para los cuales fueron creadas.

Concretamente , en el desarrollo del proceso penal y con posterioridad a este convergen diferentes autoridades e intervinientes dentro de cada etapa a saber, nos encontramos con jueces de garantías, jueces de conocimiento y jueces de ejecución de penas. A su turno, las partes intervinientes destacando la Fiscalía, el Ministerio Público y la Defensa Técnica.

Sobre los actores mencionados recae la importante responsabilidad de actuar bajo los principios de la función pública, haciendo especial precisión en los que corresponde a la función punitiva y la política criminal, de modo que por un lado se defiendan los bienes jurídicos tutelados y se expidan las sentencias con la garantía del respeto por la presunción de inocencia, buscando declarar la responsabilidad penal más allá de toda duda razonable, mediante imposición de medidas proporcionales, razonables, idoneas y legales o en su lugar decretar la absolución del sujeto llamado al proceso.

Asi mismo, y cuando ocurre la segunda situación, refiriéndonos a la absolución del sujeto, precedida de la privación injusta de la libertad al margen del tiempo que haya estado y permanecido bajo esa medida restrictiva, es procedente activar los medios de control administrativos – específicamente la reparación directa que conlleve a establecer la

posible responsabilidad del Estado ante situaciones que puedan afectar o limitar la libertad, lo cual deberá probare ante el órgano contencioso – administrativo descartando que la medida impuesta haya sido arbitraria y sin fundamento.

De ese modo y ante la posible declaratoria de responsabilidad del Estado bajo cualquiera de los títulos existentes en esta materia, el particular a quien se le ocasionó el daño o se le privó del goce pacífico de sus derechos, debe ser sujeto de resarcimiento y restablecimiento de sus derechos, bajo el criterio de confianza legítima y seguridad jurídica que lo ubicó en una desventaja frente a la administración de justicia.

En esos términos, cuando los mecanismos internos de defensa y protección de derechos no garantizan ese restablecimiento sucedido de la declaratoria de responsabilidad contemplada en el artículo 90 de la Constitución de Política de Colombia, el sujeto con interes legitimo podrá acudir ante la jurisdicción internacional en busca del amparo que al interior de su Estado origen le fue negado o limitado.

Para este fin, acudiremos a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como a la Jurisdicción Especial para la Paz, (JEP) reconociendo que esta última se crea de manera específica y temporal para llevar a cabo aquellos procesos de investigación y juzgamiento en el marco del Acuerdo para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera.

El lector se preguntará por qué es importante en este punto de la propuesta de investigación hacer mención a la JEP; para lo cual, a continuación se cita el concepto sobre esta corporación:

La JEP es el componente de justicia del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición, creado por el Acuerdo de Paz entre el Gobierno Nacional y las Farc-EP. La JEP tiene la función de administrar justicia transicional y conocer de los delitos cometidos en el marco del conflicto armado que se hubieran cometido antes del 1 de diciembre de 2016. La existencia de la JEP no podrá ser superior a 20 años.

La JEP fue creada para satisfacer los derechos de las víctimas a la justicia, ofrecerles verdad y contribuir a su reparación, con el propósito de construir una paz estable y duradera.

El trabajo de la JEP se enfocará en los delitos más graves y representativos del conflicto armado, de acuerdo con los criterios de selección y priorización que sean definidos por la ley y los magistrados. En particular, podrá conocer de los delitos que hubieren cometido excombatientes de las FARC-EP, miembros de la Fuerza Pública, otros agentes del Estado y terceros civiles. Sobre estos dos últimos, la Corte Constitucional aclaró que su participación en la JEP sería voluntaria.

(Jurisdicción Especial para la Paz, s.f.)

Entonces, definida la figura anterior conviene hacer referencia a la JEP, por cuanto se trata de una corporación especial que hace parte fundamental del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición, creada con determinados objetivos, aceptada por algunos, cuestionada en su legitimidad por otros, entendiendo que los objetivos de la misma se diseñaron ante un posible fracaso o incapacidad de la justicia ordinaria para ejercer las funciones de la administración de justicia, vistas a través de la Ley 270 de 1996 hoy modificada por la Ley 2430 de 2024 en el contexto del conflicto armado.

Ante este panorama, la creación de la JEP un claro ejemplo de soluciones estratégicas de cara a las situaciones problemáticas que pueden presentarse en la administración de justicia, que conlleva a que se busque la implementación y aplicación de otros mecanismos especiales o como aquellos establecidos a través del Derecho Internacional. Y es que, en el marco de la JEP los jueces han privado del derecho a la libertad a ciertos sujetos activos de delitos específicos, mediante un enfoque restaurativo y reparador de víctimas, también con un compromiso de no repetición, que de otro modo no hubiese sido posible judicializar mediante la consecución de confesiones basadas en la verdad de los hechos.

Dentro de los asuntos que se pueden considerar como problemáticos en el orden interno y que influyen en el adecuado ejercicio del poder punitivo del Estado, encontramos: el conflicto armado, el principio de legalidad, la seguridad jurídica, la política criminal, la autoría y participación, la politización de la justicia, la incompatibilidad del derecho interno con el derecho internacional y el escaso control preventivo tendiente a disminuir el impacto

del daño antijurídico. Es por ello que, el Estado necesita de mecanismos internacionales idóneos que garanticen la efectividad de sus fines, principalmente de la protección a las libertades individuales, y entre ellos podemos acudir al control de convencionalidad.

Conviene entonces mencionar que la CIDH se considera como uno de los principales mecanismos de derecho internacional para la defensa y protección de los DDHH, y dentro de sus funciones tiene la función consultiva, la cual se materializa mediante opiniones consultivas como respuesta a las que consultas que se eleven.

Así mismo la CIDH se rige por el principio de subsidiariedad, que significa imposibilidad de acudir ante su jurisdicción si previamente no se han agotado los mecanismos internos, o si en definitiva no existen tales mecanismos en el ordenamiento interno de cada país, como se mencionó anteriormente. De optar por acudir a la CIDH se abre un término perentorio de 6 meses a partir de la decisión que demuestra el agotamiento de los mencionados mecanismos propios del país origen.

Vale la pena también mencionar que, la CIDH en virtud del Control de Convencionalidad ejerce control concentrado sobre las decisiones internas de cada país y mediante la figura del control difuso las mismas autoridades nacionales vinculan las decisiones de la CIDH en sus decisiones, como en el caso del ex Ministro Andres Felipe Arias, sustentado en el efecto vinculante que se genera dentro del bloque de constitucionalidad.

En un documento presentado por parte de la Agencia Nacional de Defensa del Estado a propósito sobre la orientación de la CIDH frente a la procedencia de la privación del derecho a la libertad (Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, 2013), se indicó:

Las decisiones recientes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y de la Corte IDH son muy claras en fijar los criterios fundamentales que deben guiar a las legislaciones internas en materia de detención preventiva. Sin pretender ser exhaustivos podemos decir que estos criterios son los siguientes:

- 1. Mérito sustantivo:** las simples sospechas o la construcción indiciaria afectan indebidamente el derecho a la presunción de inocencia cuando fundamentan la medida de tal manera que existe la exigencia de prueba suficiente para imponer la restricción (caso Tibi contra Ecuador y caso Palamara Iribarne contra Chile 2005).
- 2. Fines procesales:** toda medida restrictiva de la libertad dentro del proceso penal puede tener únicamente fines para el cumplimiento del proceso. En tal sentido, criterios como la alarma social, la repercusión social del hecho, la peligrosidad del imputado o el riesgo de reincidencia no pueden considerarse como fines procesales desde el punto de vista del artículo 7 de la Convención. Fijar estos criterios afecta la presunción de inocencia y el tratamiento igualitario de la ley procesal penal, pues se instaure un tratamiento diverso dependiendo de la naturaleza reprochable de ciertos delitos.

El encarcelamiento no puede ser determinado por el tipo de delito (Comisión Interamericana de Derechos Humanos Informe 86/09).

3. Demostración de los riesgos procesales: la mera alegación de riesgos por parte de la persecución penal no satisface la exigencia impuesta en la Convención.

3.1. Responsabilidad del Estado como mecanismo de protección

En palabras del doctrinante Orejuela, 2010:

En el ordenamiento jurídico colombiano, el tema de la responsabilidad civil extracontractual del Estado derivado de la privación de la libertad ha sido desarrollado, sustancialmente, por la cambiante jurisprudencia del Consejo de Estado, por tres códigos de procedimiento penal y por la Ley Estatutaria de Administración de Justicia; desarrollo realizado de forma paulatina y desprovisto de una plataforma normativa que lo regule estructural, técnica y generalizadamente; todo lo cual termina por crear cierta inestabilidad jurídica

De las sentencias previamente consultadas y graficadas, vale la pena citar un extracto de las consignas de la Sentencia 13168 de 04 de diciembre de 2006, a propósito de esta sección:

De este modo, la tensión entre Estado e individuo, históricamente siempre presente desde la institucionalización misma del poder que supuso el advenimiento y consolidación del Estado de derecho —a partir de los primeros lustros del siglo XIX—, paulatinamente fue configurando al aparato estatal, precisamente, respecto

de las libertades y los derechos, como “algo más que un instrumento necesario de tutela: es la condición necesaria para que los derechos nazcan y sean alumbrados como auténticas situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos” (2) . De ahí que los derechos fundamentales se configurasen como límites al poder (3) y que, actualmente, se sostenga sin dubitación que el papel principal del Estado frente a los coasociados se contrae al reconocimiento de los derechos y libertades que les son inherentes y a ofrecer la protección requerida para su preservación y respeto (4) No en vano ya desde la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, adoptada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1798 (5) , en su artículo 2º, con toda rotundidad, se dejó consignado:

“ART. 2º—El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”. (Consejo de Estado, Sección Tercera, S. 13168, 2006, p. 24)

Así mismo y retomando el asunto central de la presente investigación, en la definición del núcleo esencial del derecho a la libertad se plantea que corresponde a aquel ámbito necesario e irreductible de la conducta no susceptible de interpretación ni por coyuntura o ideas políticas. Bajo esa premisa el ejercicio del derecho a libertad encuentra el límite razonable en unos requisitos mínimos de conducta desde el ámbito volitivo y cognitivo que apuntan a hacer más viable el ejercicio del derecho, sin desconocer su núcleo esencial.

Siguiendo los postulados de la cláusula general de responsabilidad como mecanismo de protección y límite frente a la actividad punitiva y la administración de justicia, demanda que el Estado es llamado a responder de manera integral ante los posibles daños que puedan causarse en este ejercicio, ese reproche al Estado dependerá de la noción que se tenga del poder y de manera más específica sobre el ejercicio de los poderes públicos que emanan de la soberanía de aquel. (Younes, 2005)

Por daño antijurídico señala la doctrina de vieja data: “Un daño será antijurídico cuando la víctima del mismo no esté obligada por imperativo explícito del ordenamiento a soportar la lesión de un interés patrimonial garantizado por la norma jurídica” (De la Cuétara, 1983)

En sintonía con lo anterior, se mantiene el hilo conductor respecto al daño antijurídico y que se ha pretendido exponer a lo largo de este documento, y es precisamente aquella definición que entiende al daño antijurídico como aquello susceptible de reparación y resarcimiento; por su puesto, que nace de aquella carga excesiva, arbitraria y deslegítima impuesta a una persona y que no está en el deber de soportarla. (Morillo, 2022). Por tanto, el daño antijurídico en nuestro escenario constitucional guarda una relación proporcional con las fallas, errores u omisiones derivadas de la imposición de medidas de aseguramiento sin el lleno de los requisitos.

En ese sentido, el daño antijurídico se considera el presupuesto para que se determine el daño especial.

Por daño especial, retomando a Orejuela, 2010, se entiende:

El Daño especial, es el resultado del desequilibrio en las cargas públicas; este último se presenta por el rompimiento del principio de la igualdad de los administrados frente a las cargas públicas y tiene lugar cuando con el desarrollo de una actuación legítima y legal desarrollada por el Estado se le impone a una o unas, persona o personas, determinada o determinadas, una carga significativamente mas pesada que la que soportan las demás personas que también se benefician o se beneficiarán de esa actuación lícita del Estado.

Es bien sabido que la existencia del Estado, su supervivencia, su desarrollo y administración imponen a los asociados una serie de sacrificios o cargas y que dentro del principio de la equidad y justicia distributiva todos deben sobrellevar por igual. No es permitido al Estado romper ese equilibrio o situación de igualdad. Haciendo a unos más oneroso su compromiso social que a otros, pues cuando tal fenómeno se registra se incurre en una injusticia que debe repararse en todas sus consecuencias.

El resultado del anterior análisis, ubica al Estado como el principal agente reparador ante los posibles daños antijurídicos que se causen en el ejercicio de su actividad. Sin embargo, en sede de reparación como medio de control ante el el órgano Contencioso – Administrativo, se encuentra otro escenario al que puede enfrentarse áquel sujeto que ya sufrió un primer daño, y es precisamente la garantía del acceso a la justicia en condiciones de oportunidad y eficacia, puesto que los procesos administrativos se caracterizan por el recurso tiempo vs definición de fondo de la situación jurídica del reclamante.

Es por lo anterior que, desde las primeras líneas aquí transcritas, se advirtió sobre las barreras institucionales que se presentan en el camino de la reclamación de los derechos, donde encontramos un panorama desolador en cuanto a la mora en las decisiones por la lenta marcha de la administración de justicia.

No obstante, contamos con la firme convicción que bajo el principio de progresividad y de los instrumentos y mecanismos de defensa de los derechos humanos, se tendrá un avance y garantía cada vez más real y efectivo de la correcta marcha de la administración, para evitar por un lado que en sede de la potestad punitiva se cometan errores que impliquen la vulneración y limitación al goce pacífico del derecho a la libertad; y por otro, que cuando esa infortunada situación suceda se brinden las garantías reales para hacer que el impacto sea mínimo en cuanto a los daños causados, y la certeza de la restauración y restablecimiento del equilibrio de esas cargas públicas como verdadero mecanismo de protección.

3.2. Control de convencionalidad en situaciones de privación injusta de la libertad

A partir de la implementación de la cultura del daño antijurídico, las instituciones han centrado sus esfuerzos en prevenir las situaciones que se desembocan en la reponsabilidad extracontractual del Estado, encontrando como una de las principales causas la privación injusta de la libertad, de modo que se busca interiorizar en los servidores judiciales encargados de administrar justicia que en el ejercicio de sus funciones se realice toda aquella actividad restrictiva de las garantías fundamentales sobre la base de los principios de la pena: la razonabilidad, la necesidad, la pertinencia y la proporcionalidad.

En ese sentido la prevención del daño antijurídico, implica además una acción preventiva con dos fines; por un lado, busca materializar los derechos y libertades del conjunto social; y por el otro, blindar las decisiones y actuaciones de la administración, dando alcance a los fines del Estado Social de Derecho.

Frente a este enfoque del daño antijurídico y a la altura del tema a abordar en este capítulo, es preciso referirnos al control de convencionalidad en los casos de privación injusta de la libertad, según las normas de procedimiento formuladas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Se ha acuñado en la jurisprudencia interamericana el concepto del “control de convencionalidad” concebido como una institución que se utiliza para aplicar el derecho internacional, en este caso el derecho internacional de los derechos humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal. (Corte Interamericana de los Derechos Humanos, 2013) citado por (Grossi, 2018, pág. 313)

Así las cosas, el control de convencionalidad se ha convertido en un valioso instrumento que permite orientar las decisiones de los Estados, fundamentadas en criterios de la jurisprudencia internacional, encaminados a garantizar la protección y promoción de los derechos humanos, dentro de los cuales encontramos el valor supremo de la libertad, a través de la armonización del sistema jurídico interno de cara con los pronunciamientos de la CIDH.

Ya la doctrina se ha expresado de la siguiente manera, frente a esta importante institución:

El control de convencionalidad es una figura articulada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y consiste en una actividad según la cual, los jueces y las autoridades públicas de los distintos Estados Partes en la Convención Americana, en los asuntos de sus competencias, deben aplicar además del derecho local, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y ejercer concurrentemente los controles de constitucionalidad y de convencionalidad. (Ramírez, 2016, p. 23)

Entonces, a lo largo de la propuesta investigativa se ha observado la jurisprudencia decantada por parte del Consejo de Estado, y en algunas de ellas se ha hecho referencia a las decisiones vinculantes de la CIDH; razón por la que el subtema aquí abordado adquiere relevancia para determinar que la administración de justicia reclama una revolución en la práctica judicial, en cuanto a la debida diligencia que debe imprimir el funcionario en el trámite, gestión y definición de los asuntos a su cargo, promoviendo la política de prevención del daño antijurídico, lo que asegura no solo la legitimidad de las instituciones, sino la reducción de condenas en contra del Estado en detrimento del erario público por acciones u omisiones de sus agentes.

Consecuentemente con lo anterior, nuestro sistema jurídico está diseñado de tal manera que las decisiones judiciales pueden ser objeto de los respectivos recursos y acciones como la tutela judicial efectiva. Sin embargo; también es cierto que, en algunos casos dicho control sobre las decisiones no basta para conseguir la protección del derecho reclamado cuando medie una justa causa, lo que conlleva a que un organismo internacional

a través de los diversos mecanismos sea activado en procura de materializar las garantías y libertades que pudieron ser vulneradas tras una decisión jurisdiccional.

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

Así mismo, es importante tener en cuenta que la misma CIDH ha establecido que los jueces en la resolución de los casos están en la obligación de ejercer de oficio un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana para determinar la compatibilidad no solo desde lo sustantivo sino desde lo procesal del sistema jurídico a aplicar (Corte Interamericana de los Derechos Humanos, 2013). La misma exigencia se reclama de todas aquellas personas que ejerzan funciones jurisdiccionales, administrativas por regla general o por vía de excepción, para garantizar la armonización en el bloque de constitucionalidad.

Con todo, se quiere ilustrar cómo el Estado ha sido dotado de múltiples herramientas, instrumentos y mecanismos por medio de los cuáles puede construir sus decisiones con base en el respecto del núcleo esencial de los derechos, siguiendo la

dinámica internacional que evoluciona al paso del principio de porgresividad y no regresividad de los derechos humanos.

En definitva y en los casos analizados por la CIDH (Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cooperación Alemana (GIZ), 2020) se encuentra un sustento que guarda identidad en cuanto a la procedencia de la privación de la libertad en armonía con lo ya resatado a los largo de estas páginas:

Respecto del artículo 7 de la Convención Americana, la Corte ha reiterado que cualquier restricción al derecho a la libertad personal debe darse únicamente por las causasy en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas o por las leyes dictadas conforme a ellas (aspecto material), y además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal). Asimismo, el Tribunal ha considerado que toda detención, independientemente del motivo o duración de la misma, tiene que ser debidamente registrada en el documento pertinente, señalando con claridad las causas de la detención, quién la realizó, la hora de detención y la hora de su puesta en libertad, así como la constancia de que se dio aviso al juez competente, como mínimo, a fin de proteger contra toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad física. Lo contrario constituye una violación de los derechos consagrados en los artículos 7.1 y 7.2 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de este instrumento.

3.3 El daño antijurídico a partir del neoconstitucionalismo

De la mano con el planteamiento precedente, vale la pena analizar el tema de la responsabilidad extractual del Estado derivada del daño antijurídico a la luz del neoconstitucionalismo, lo que implica hablar también de Estado Constitucional de Derecho, trascendiendo el concepto de Estado Social.

El término neoconstitucionalismo fue creado originalmente para identificar una perspectiva jurídico-filosófica que destaca como intermediario entre el positivismo jurídico y iusnaturalismo: doctrinas de las cuales el neoconstitucionalismo habría, por así decirlo, decir, eliminando los defectos y reuniendo los méritos La palabra neoconstitucionalismo, sin embargo, sufrió casi de inmediato alguna depreciación significativa, interconectada su amplia difusión en el vocabulario de los filósofos, que le permitieron indicar incluso otros fenómenos. (Pozzolo, 2005, p. 232)

Según el artículo sustentado por (Cano et al, 2015, p. 51) El primer modelo de Estado que estaba a tono con la consolidación de la Modernidad y del Estado Nación es el legislativo de Derecho, en el que la creación de la ley y su obediencia por parte de los ciudadanos era el objetivo central. Más adelante, en el siglo XX, apareció el Estado social de Derecho, cuya pretensión central era la garantía de los derechos sociales fundamentales de los ciudadanos de los Estados contemporáneos. A finales del siglo XX surgieron tanto el Estado constitucional y democrático de Derecho —que busca proteger la totalidad de los derechos fundamentales ante las dinámicas del mercado— como su opuesto, el Estado de Derecho neoliberal, que tiene su mayor soporte en el mercado y la libertad de competencia.

Entonces a la luz del Estado Constitucional de Derecho, se ha planteado el concepto de justicia restaurativa como mecanismo para enfrentar la cultura del Estado sancionador.

De esta manera y con fundamento en el principio de progresividad tantas veces mencionados, así como de los mecanismos de defensa y protección de los derechos humanos del contexto internacional se pretende dotar al régimen interno de importantes instrumentos de apoyo con una función dual, de un lado incorporar las buenas prácticas de prevención del daño antijurídico para evitar la responsabilidad extracontractual del Estado y, principalmente como común denominador de toda la actividad estatal en protección de las garantías y derechos de los coasociados, en reproducción de los fines del Estado y de la imposición de las cargas públicas basado en los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad como ejes fundamentales del derecho penal.

Conclusiones

La Constitución Política de Colombia establece la fórmula política del Estado (Verdú, s.f.) y su contenido filosófico y axiológico sobre el cual descansa el Estado Social y Constitucional de Derecho.

El núcleo esencial del derecho a la libertad corresponde a aquel ámbito necesario e irreductible de la conducta no susceptible de interpretación ni por coyuntura o ideas políticas.

La tendencia de la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la responsabilidad del Estado ante situaciones de privación injusta de la libertad ocasionada por el defectuoso funcionamiento de la administración pública desde todos sus aspectos, debe encaminarse a superar las controversias al momento de aplicar los títulos de imputación, considerando una aplicación pura de la cláusula general de responsabilidad consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia y como resultado del daño antijurídico causado.

El daño será antijurídico en la medida que sea resarcible y reparable; de modo que, la víctima de este no esté obligada por imperativo explícito del ordenamiento a soportar la lesión de un interés patrimonial garantizado por la norma jurídica, porque le ha generado la afectación al goce pacífico de sus derechos o la pérdida de oportunidades de las cuales tenía altas expectativas y probabilidades de realización.

El daño antijurídico, es el resultado del desequilibrio en las cargas públicas y la falta de control de constitucionalidad y convencionalidad en la instrucción y juzgamiento de los

casos; lo que genera inescindiblemente el rompimiento del principio de la igualdad de los administrados frente al poder punitivo del Estado y tiene lugar cuando con el desarrollo de una actuación legítima y legal desarrollada por el Estado se causan agravios contra los derechos humanos que se incorporan o traducen en derechos subjetivos individuales o colectivos.

Es necesario que el Estado a través de sus autoridades judiciales se capaciten y ejerzan sus funciones siguiendo los principios del servicio público, evitando generar barreras institucionales que potencializan las vulneraciones previamente sufridas por los particulares que pretenden una reparación ante un perjuicio ocasionado por el mismo Estado a través de sus emisarios.

La declaratoria de responsabilidad del Estado bajo cualquiera de los títulos existentes en esta materia, implica que el particular a quien se le ocasionó el daño debe ser sujeto de resarcimiento y restablecimiento de sus derechos, bajo el criterio de confianza legítima y seguridad jurídica que lo puso en desventaja frente a la administración de justicia.

La CIDH se rige por el principio de subsidiariedad, que significa imposibilidad de acudir ante su jurisdicción si previamente no se han agotado los mecanismos internos o si en definitiva no existen tales mecanismos en el ordenamiento interno de cada país.

Bibliografía

- Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. (2013). *Privación injusta de la libertad: entre el derecho penal y el derecho administrativo*. Obtenido de defensajuridica.gov.co/gestion/publicaciones-andje/Documents/privacion_injusta_libertad.pdf
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política*. Obtenido de http://secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Beade, I. P. (2009). CONSIDERACIONES ACERCA DE LA CONCEPCIÓN KANTIANA DE LA LIBERTAD EN SENTIDO POLÍTICO. *Revista de filosofía*, 65, 25-41. Recuperado el 07 de agosto de 2022, de https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-43602009000100002&script=sci_arttext
- Beccaria, C. (1764). *De los delitos y de las penas*. Losada.
- Bobbio, N. (2005). *Teoría general del derecho*. Bogotá: Temis. Recuperado el 07 de agosto de 2022, de <https://es.scribd.com/document/425984484/Justicia-Validez-y-Eficacia-Norberto-Bobbio>
- Calvo, N. J. (2014). Aproximaciones conceptuales al principio de progresividad y no regresividad de los derechos constitucionales. 1(1), 141-161.
- Cano, N., & Llano, J. (2015). Teoría del derecho, neoconstitucionalismo y modelo de Estado constitucional. *Revista Novum Jus*, 9(2), 49-73. Recuperado el 2 de agosto de 2022, de <https://novumjus.ucatolica.edu.co/article/view/919/966>
- Castaño, A. (2012). *Los títulos de imputación de daño especial y riesgo excepcional*.
- Castillo, A. (2020). *PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD EN APLICACIÓN AL PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO COMO CAUSA O FACTOR DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL AL ESTADO BAJO EL TÍTULO DE IMPUTACIÓN SUBJETIVO*. Bogotá, D.C. Universidad Externado de Colombia. Recuperado el 2 de mayo de 2022
- Celis Rafael, R. M. (2017). *TÍTULOS DE IMPUTACIÓN EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD*. Universidad Libre.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (15 de Agosto de 2018). *SU 2010-00235/46947*. Bogotá, D.C. Obtenido de <https://analitica.legis.com.co/AnalisisJuridico/Area/Analisis/2457>
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (1984). *Sentencia 2774*. Recuperado el 25 de julio de 2022, de <https://vlex.com.co/vid/-52624469>
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (2006). *Sentencia 13.168*. Obtenido de https://analitica.legis.com.co/AnalisisJuridico/Documento/1694?contexto=jurcol_75992042302ff034e0430a010151f034&s=3189&d=1127

- Consejo de Estado, Sección Tercera. (2008). *Sentencia (16235) C.P Mauricio Fajardo Gómez*. Recuperado el 22 de julio de 2022, de <https://editorapublica.com/?p=147064>
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (29 de abril de 2020). *Sentencia 2010-00197/56329*. Bogotá D.C. Recuperado el 22 de agosto de 2022, de <https://analitica.legis.com.co/AnalisisJuridico/Area/Analisis/2736>
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. (15 de noviembre de 2019). *Sentencia 2019-00169*. Bogotá, D.C. Obtenido de https://d1tribunaladministrativodelmagdalena.com/images/Jurisprudencia/Whatsapp_2020/2019-00169-01_Tutela_Unificaci%C3%B3n_Privaci%C3%B3n_de_la_Libertad_compressed.pdf
- Corte Constitucional. (1996). *Sentencia C-037*. Recuperado el 18 de Mayo de 2022
- Corte Constitucional. (1998). *Sentencia T-153*. Bogotá, D.C. Recuperado el 30 de julio de 2022, de <https://repositorio.uniandes.edu.co/handle/1992/58001>
- Corte Constitucional. (2001). *Sentencia C-892*. Recuperado el 4 de julio de 2022, de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=9571>
- Corte Constitucional de Colombia. (2004). *Sentencia C-043, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra*. Recuperado el 22 de julio de 2022, de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-043-04.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2013). *Sentencia C-908*. Recuperado el 8 de agosto de 2022, de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-908-13.htm>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cooperación Alemana (GIZ). (2020). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 8 : Libertad persona*. San José, C.R. Recuperado el 30 de marzo de 2023, de <https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r33826-2020.pdf>
- Corte Interamericana de los Derechos Humanos. (2013). *Caso Gelman vs. Uruguay, Resolución de 20 de marzo, Supervisión de cumplimiento de sentencia*. Recuperado el 23 de 08 de 2022, de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r39252.pdf>
- De la Cuétara Martínez, J. M. (1983). *La actividad de la Administración*. Tecnos.
- Gómez Horta, R. (2016). La prevención general y especial en el sistema penal y penitenciario colombiano. *Summa Iuris*, 4(1), 154-169.
- González, M. d. (1994). La Historia del Derecho. *Instituto de Investigaciones Jurídicas*. Recuperado el 14 de mayo de 2022, de <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/critica/cont/15/mej/mej12.pdf>
- Grossi, E. V. (2018). El Control de Convencionalidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 311-335. Recuperado el 23 de Agosto de 2022, de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r39252.pdf>
- Güechá, M. (2012). La falla en el servicio: una imputaciónn tradicional de responsabilidad del Estado. *Prolegómenos - Derechos y valores*, 15(29), 95-109.

- Henao, J. C. (1996). *Responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. Recuperado el 22 de julio de 2022, de https://cc.bingj.com/cache.aspx?q=%E2%80%99CEL+da%C3%B1o+antijur%C3%ADdico+supone+una+naturaleza+mista+de+la+responsabilidad+y+no+una+naturaleza+exclusivamente+objetiva%E2%80%99D&d=5020490713927070&mkt=es-XL&setlang=es-ES&w=xy2HBtPifiTrDI-bvuH5LvN_jLjBAPd
- Henao, J. C. (2013). *La noción de falla del servicio como violación de un contenido obligatorio a cargo de una persona pública en el derecho colombiano y el derecho francés*. Obtenido de <https://es.scribd.com/document/503174548/La-Nocion-de-Falla-Del-Servicio>
- Herrera, J. (2008). *La Reinención de los Derechos Humanos*. Andalucía, España: Atrapasueños. Recuperado el 29 de marzo de 2022, de <https://es.scribd.com/document/560321598/La-reinencion-de-los-derechos-humanos>
- Hoyos Duque, R., Zambrano, M. V., & Jaramillo Bedoya, L. F. (2006). Responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, 9(17), 11-21. Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/876/87601701.pdf>
- Hoyos Duque, R., Zambrano, M. V., & Jaramillo Bedoya, L. F. (2006). Responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, 9(17), 11 - 21. Recuperado el 10 de Agosto de 2022, de <https://www.redalyc.org/pdf/876/87601701.pdf>
- Jurisdicción Especial para la Paz. (s.f.). *¿Qué es la JEP?* Obtenido de <https://www.jep.gov.co/JEP/Paginas/Jurisdiccion-Especial-para-la-Paz.aspx>
- Kafka, F. (1925). *El proceso*. librodot.
- Kant, I. (1902). *Kant's gesammelte Schriften*. Berlin: hrsg. von der Königlich Preussischen, bzw. der Deutschen Akademie der Wissenschaften (Ak.). Recuperado el 07 de agosto de 2022, de https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-43602009000100002&script=sci_arttext
- Klaus, A. (1984). *Introducción a la teoría del derecho. Lógica normativa, teoría del método, politología jurídica*. Madrid, España: Editorial Cívitas.
- López, D. (2006). *El derecho de los jueces*.
- Medina, D. L. (2006). *El derecho de los jueces*. Legis editores S.A.
- Morillo, C. S. (2022). Daño y daño antijurídico en la responsabilidad extracontractual del Estado a partir de la noción de derecho subjetivo. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 28, 319-357.
- Orejuela Pérez, E. M. (2010). Responsabilidad civil extracontractual del estado por la privación legal e injusta de la libertad. *Justicia Juris*, 6(12).
- Organización de las Naciones Unidas. (2008). *Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo*. Recuperado el 2 de mayo de 2022, de <https://www.undp.org/es>
- Organización de los Estados Americanos. (s.f.). www.oas.org. Recuperado el 23 de agosto de 2022, de oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/mandato/que.asp

- Palacios Torres, A. (2001). *Reserva legal en los derechos fundamentales: un análisis comparativo entre el derecho español y el colombiano* (Vol. 10). Bogotá: Revista Derecho del Estado Universidad Externado de Colombia. Obtenido de <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/revderest10&div=12&id=&page=>
- Peña, E. L. (s.f). Derechos fundamentales, paradigma económico del Estado Social de Derecho y el principio de no regresión. 85-112.
- Pozzolo, S. (2005). Neoconstitucionalismo: um modelo constitucional. *Capa, Revista Brasileira de Direito Constitucional*, 7(1). Recuperado el 25 de julio de 2022, de <http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/index>
- Ramirez, M. F. (2016). *Derecho procesal de los derechos humanos*. Ciudad de México D.F.: UBIJUS, EDITORIAL SA DE CV. Recuperado el 23 de Agosto de 2022, de <https://www.dijuris.com/archivos/control-de-convencionalidad-quinche-9786079389345.pdf>
- Restrepo, J. A. (1986). *La responsabilidad de la administración pública en Colombia*. Bogotá, D.C. Universidad Externado en Colombia.
- Roberto Hernández, C. F. (2014). *Metodología de la Investigación*. McGRAW-HILL / INTERAMERICANA EDITORES, S.A. DE C.V.
- Rodrigo, M. J., Máiquez, M. L., & Martín, J. C. (2008). *Un enfoque positivo para la intervención con familias*. Pirámide. Obtenido de <https://sites.google.com/site/bajolosandamiosdebabel/bloque-1-adaptarse-o-vivir>
- Rodríguez, J. F. (2011). *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Rousseau, J.-J. (1996). *Del contrato social*. Madrid: Alianza: Traducción de M. Armiño.
- Roxin, C. (1994). *Derecho Penal, Parte General - Tomo I: Fundamentos, La estructura de la*. Madrid: Civitas Ediciones.
- Santofimio, J. O. (2016). *Responsabilidad del Estado por actividad judicial. Cuadernos de la Cátedra fundacional Allan R. Brewer - Carias*. Caracas, Venezuela: Jurídica venezolana 2016.
- Verdú, P. L. (s.f.). *Constitución española de 1978 Sociedad Democrática Avanzada*. Madrid. Recuperado el 15 de 01 de 2022, de <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:Derechopolitico-1981-10-3D7C9BFB/PDF>
- Vianna, T. J. (2022). *LA PENA Y EL DEBER DE SU MOTIVACIÓN COMO LÍMITE AL IUS PUNIENDI EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO*. Bogotá, D.C. Recuperado el 15 de agosto de 2022, de <https://repositorio.uniandes.edu.co/handle/1992/58001>
- Younes Moreno, D. (2005). *Curso de Derecho Administrativo*. Temis.