

# **Concepción actual de la responsabilidad patrimonial del estado por privación injusta de la libertad en Colombia.**

**Alfaro Moreno, Iván Orlando – autor**

[Ivan.alfarom@campusucc.edu.co](mailto:Ivan.alfarom@campusucc.edu.co)

**Marín Cruz, Edwin Ancizar – autor**

[edwin.marinc@campusucc.edu.co](mailto:edwin.marinc@campusucc.edu.co)

**Pedrerros Cruz, Gloria Juliana – autor**

[gloria.pedrerosc@campusucc.edu.co](mailto:gloria.pedrerosc@campusucc.edu.co)

**Cardona Buendía, Paola Andrea – directora temática**

**Abril 2020**

## **Resumen**

La privación injusta de la libertad como evento dentro de la casuística de la responsabilidad extracontractual del estado ha tenido diversas posiciones jurídicas dentro de la jurisprudencia del consejo de estado, en donde se ha adoptado regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva como además tesis mixtas, de cualquier manera, la posición jurídica que adopta la corporación sin lugar a duda genera concepciones divergentes sobre el derecho a la libertad y los límites punitivos del estado.

## **Palabras Claves**

Privación injusta, título de imputación, daño especial, presunción de inocencia, medida de aseguramiento.



Esta obra está bajo una [licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/).

## **Abstract**

The unjust deprivation of liberty as an event within the casuistry of the non-contractual responsibility of the state has had different legal positions within the jurisprudence of the council of state, where regimes of subjective and objective responsibility have been adopted, as well as mixed theses, of any Thus, the legal position adopted by the corporation undoubtedly generates divergent conceptions about the right to freedom and the punitive limits of the state.

## **Key words**

Unfair deprivation, imputation title, special damage, presumption of innocence, insurance measure.



Esta obra está bajo una [licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/).

## Tabla de contenido

<i>Introducción</i> .....	
<i>La medida de aseguramiento y su régimen jurídico en Colombia</i> .....	
<i>Limites formales a la medida de aseguramiento</i> .....	
<i>Limites sustanciales a la medida de aseguramiento</i> .....	
<i>Las medidas de aseguramiento en la legislación colombiana a partir de 1991</i> .....	
<i>Ley 600 de 2000 y la medida de aseguramiento</i> .....	
<i>Ley 906 de 2004 y la medida de aseguramiento</i> .....	
<i>La Privación Injusta De La Libertad Y Su Título De Imputación</i> .....	
<i>Revisión jurisprudencial del Consejo de Estado frente a la privación injusta de la libertad y su régimen de responsabilidad</i> .....	
<i>Sentencia de Unificación del año 2013</i> .....	
<i>Sentencia de Unificación del 15 de agosto de 2018</i> .....	
<i>Sentencia de Tutela que deja sin efectos la sentencia de Unificación del año 2018</i> .....	
<i>Conclusiones</i> .....	
<i>Referencias</i> .....	



## Introducción

El derecho a la libertad se erige como pilar fundante y esencial del Estado social y democrático de derecho, el cual debe ser respetado tanto por los privados como los órganos del poder público en aras de maximizar otros derechos de origen constitucional que sin la garantía del derecho a la libertad estos perderían sentido. Pese a lo anterior los ordenamientos procesales penales con el fin de garantizar unos fines propios dentro del procedimiento penal han estatuido la medida de aseguramiento como una limitación a la libertad de los ciudadanos que afrontan un proceso de carácter penal mientras se decide de fondo su situación jurídica a partir de allí se plantea la posibilidad de que se ocasionen daños producto de la privación injusta de la libertad al momento de decretarse la medida de aseguramiento con lo cual surja el deber indemnizatorio para el Estado como poseedor del monopolio de la justicia. Con todo, la responsabilidad extracontractual del Estado posee unos elementos propios como lo es el título de imputación, el cual frente a la privación injusta de la libertad ha variado de manera reiterada por la jurisprudencia del Consejo de Estado, así entonces la discusión ha sido centrada al régimen de imputación bajo el cual opera la privación injusta de la libertad.

La presente investigación presenta su justificación en indagar por el Estado actual de la responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad y el título de imputación aplicable en nuestro ordenamiento jurídico, ello en razón a las diversas posiciones jurídicas que ha adoptado el Consejo de Estado frente al tema lo cual ha sido un óbice para el desarrollo del principio de seguridad jurídica, con todo se busca delimitar los límites a los poderes punitivos del Estado frente a un derecho fundamental y esencial como lo es la libertad en el marco del Estado social y democrático de derecho, por esto es que este trabajo busca ser un referente para investigadores, funcionarios jurisdiccionales, abogados, estudiantes de derechos y quienes más pueda interesar, para encontrar el fundamento jurídico de la responsabilidad del Estado cuando se priva a una persona injustamente de la libertad.



Por eso el presente trabajo tiene como pregunta problema ¿Cuál es el título de imputación en la responsabilidad del Estado aplicable a la privación injusta de la libertad?; es por ello que para resolver esta pregunta se tendrá como objetivo general del trabajo Determinar el título de imputación aplicable a la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad, así mismo fungirán como objetivos específicos: 1) Delimitar el concepto del derecho a la libertad en el Estado social y democrático de Derecho; 2) Indicar los requisitos para la procedencia de la medida de aseguramiento.3) Revisar la jurisprudencia del Consejo de Estado frente a la privación injusta de la libertad.

Ahora bien, la investigación presenta su justificación en indagar por el Estado actual de la responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad y el título de imputación aplicable en nuestro ordenamiento jurídico, ello en razón a las diversas posiciones jurídicas que ha adoptado el Consejo de Estado frente al tema lo cual ha sido un óbice para el desarrollo del principio de seguridad jurídica, con todo se busca delimitar los límites a los poderes punitivos del Estado frente a un derecho fundamental y esencial como lo es la libertad en el marco del Estado social y democrático de derecho, por esto es que este trabajo busca ser un referente para investigadores, funcionarios jurisdiccionales, abogados, estudiantes de derechos y quienes más pueda interesar, para encontrar el fundamento jurídico de la responsabilidad del Estado cuando se priva a una persona injustamente de la libertad.

Finalmente, la investigación que se pretende desarrollar es de carácter cualitativo de contenido descriptivo- explicativo, en tanto busca describir un fenómeno jurídico como lo es la privación injusta de la libertad y su incidencia en la responsabilidad extracontractual del Estado para a partir de allí explicar los fundamentos jurídicos sobre los cuales se desarrolla. Para ello, se utilizar el método de línea jurisprudencial en donde se recopilarán los principales fallos del Consejo de Estado frente al tema. Así mismo, para desarrollar los conceptos del derecho a la libertad y la medida de aseguramiento en el proceso penal se aplicará un proceso hermenéutico que será acompañado con doctrina especializada frente al tema.



El proyecto tendrá un enfoque descriptivo- explicativo por ello se hará un análisis dogmático, en donde se expondrá las diferentes teorías en torno a la privación injusta de la libertad.; Cabe resaltar que como técnica principal para la obtención del conocimiento que permita dar respuestas a los diferentes objetivos, se utilizara la documental por cuanto para conocer el fenómeno estudiado se realizará una recopilación de información a través de fuentes bibliográficas tanto físicas como digitales.

### **La medida de aseguramiento y su régimen jurídico en Colombia.**

Las medidas de aseguramiento buscan privar de la libertad a un sujeto que se encuentra en curso dentro de un proceso penal, con el fin de garantizar determinadas finalidades dentro del ordenamiento jurídico, como lo es la presencia del imputado dentro del proceso, la protección de la comunidad en general, de tal forma que busca prevenir determinadas situaciones que pudiesen producirse por la duración propio del trámite judicial, pese a las finalidades señaladas en un primer momento no cabe duda que este tipo de medidas riñen de forma directa preceptos de orden constitucional como lo son el derecho fundamental a la libertad y la presunción de inocencia, garantías propias de los Estados modernos que buscan la maximización de las libertades de los ciudadanos y limitar el poder punitivo del Estado, por esto es que la misma Constitución y la jurisprudencia constitucional han señalado haciendo un especial énfasis al carácter excepcional de este tipo de medidas, todo ello dentro del margen del Estado social y democrático de derecho que propugna por las garantías de los derechos fundamentales. Por ello resulta de suma importancia determinar el alcance del derecho a la libertad como mandato que aborda el proceso penal:

La protección a la libertad personal es un mandato que atraviesa la estructura del proceso penal, pues mientras la persona se presume inocente, no es posible una restricción definitiva de dicho derecho. Cosa distinta ocurre, una vez se ha desvirtuado dicha presunción - sea que se confirme la inocencia o se establezca la responsabilidad penal -. En caso de que se determine la responsabilidad penal del procesado, este pierde el derecho a disfrutar de su libertad en idénticas condiciones que las restantes personas. El Estado está autorizado -



Esta obra está bajo una [licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/).

obligado - a restringir la libertad y ejecutar la sentencia. La libertad no es más el criterio determinante para el Estado. Por el contrario, éste tiene el deber de brindar apoyo al aparato de justicia y garantizar la efectividad del poder punitivo del Estado. La persona condenada no puede reclamar más el trato benigno que se brinda al sindicado. Impuesta una pena, esta se debe cumplir. (corte constitucional, sentencia T-1625 de 2000)

Frente al derecho a la libertad se abordará el concepto de Ferrajoli (2014) en tanto aborda este derecho desde el fundamento de los derechos fundamentales, en donde fungirán como límites al poder punitivo del Estado y como eje esencial de los Estados constitucionales, en donde señala:

De hecho, la distinción entre derechos de libertad y derechos de autonomía se ha visto oscurecida por otra, igualmente importante pero distinta, entre libertad negativa y libertad positiva, que se remonta a Benjamín Constant y que ha sido retomada por Norberto Bobbio e Isaiah Berlín. La libertad negativa, escribe Bobbio, es la libertad como <<no impedimento>> o <<no constricción>>, que es un predicado de la acción; la libertad positiva es la libertad como <<autodeterminación o autonomía>>, que es un predicado de la voluntad. La primera es la libertad inmutabilidad o <<libertad de>>: «el área», dice Berlín, «el ámbito en el que un hombre puede actuar sin ser obstaculizado>>; la segunda es la libertad facultad o «libertad para», consistente en «ser dueño de sí mismo». Una es la definida por Montesquieu como «derecho a hacer todo lo que las leyes permiten». (p. 302-303)

En un segundo momento será importante resaltar lo dicho por Quinche (2016) donde señala que es el derecho a la libertad la posibilidad que tienen todas las personas de desarrollar sus proyectos de vida y elecciones individuales mientras no riñan con los derechos de las demás personas de manera que esté prohibido todo acto que implique la coerción física de una persona, de tal manera el autor explica la reserva legal que ostenta el derecho a la libertad.

Es entonces como la medida de aseguramiento al ser puesta en contraste con el derecho a la libertad de contenido fundamental, la Corte Constitucional ha señalado el carácter relativo de este último, conceptuando además sobre este tipo de medidas:

En suma, la libertad personal, consustancial al Estado constitucional y democrático de derecho no es, sin embargo, un derecho absoluto, sino que está sujeto a restricciones (i). Estas tienen lugar esencialmente en el marco del proceso penal, en la forma de sanciones,



pero también de manera relevante a través de medidas cautelares, denominadas medidas de aseguramiento (ii), en general, con propósitos preventivos, como garantizar la presencia del imputado, el cumplimiento de las decisiones y la tranquilidad social (iii). Las medidas de aseguramiento implican la privación o la limitación a la libertad personal o la imposición de otras obligaciones que garantizan fines legal y constitucionalmente admisibles (iv). Sin embargo, su incidencia más importante radica en las intensas injerencias a la libertad personal (v). Debido a este particular impacto, las medidas de aseguramiento se hallan sometidas a un conjunto de límites, que funcionan como garantías para la salvaguarda de la dignidad humana y la proscripción del exceso en su utilización (vi). (Corte Constitucional, C-469 de 2016)

Ante la tensión que puede generar las medidas de aseguramiento de cara al derecho fundamental a la libertad, es de señalar la importancia y fundamentos normativos en que se sustenta este derecho, con todo al realizar una reseña de la carta política, este derecho encuentra expresa mención en el preámbulo de la Constitución, en los fines esenciales del Estado como además en el artículo 28 constitucional sin embargo deberá tenerse en cuenta lo dicho por la Corte Constitucional frente al tema:

El precedente de la Corporación ha señalado que la libertad personal es un principio y derecho fundante del Estado Social de Derecho, comprende “[/]la posibilidad y el ejercicio positivo de todas las acciones dirigidas a desarrollar las aptitudes y elecciones individuales que no pugnen con los derechos de los demás ni entrañen abuso de los propios, como la proscripción de todo acto de coerción física o moral que interfiera o suprima la autonomía de la persona sojuzgándola, sustituyéndola, oprimiéndola o reduciéndola indebidamente”. El artículo 28 de la Constitución protege el derecho a la libertad física de la persona con la regulación de una serie de garantías que buscan asegurar el ejercicio legítimo del derecho y el adecuado control al abuso del poder.

Por esto que la voluntad del constituyente haya sido la de dotar de verdadera fuerza normativa al derecho a la libertad en el ordenamiento jurídico colombiano:

Es así como el constituyente no solo otorgó a la libertad “el triple carácter: valor (preámbulo), principio que irradia la acción del Estado (artículo 2º) y derecho (artículo 28), sino que diseñó un conjunto de piezas fundamentales de protección a la libertad física de las personas que aunque se derivan de ella, se convierten en garantías autónomas e indispensables para su protección en casos de restricción”, dentro de estos se encuentra el derecho a ser informado



Esta obra está bajo una [licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/).



sobre los motivos de la detención, a ser detenido por motivos previamente definidos por el legislador y a ser detenido en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente. Uno de los derechos-garantía de la libertad física a que hace referencia el artículo en mención es el mandamiento escrito de autoridad judicial competente. En efecto, como lo advirtió la sentencia C-024 de 1994, la reserva judicial de la libertad fue plasmada por el constituyente de manera expresa y consensuada y estuvo expresamente dirigida a prohibir la privación de la libertad por orden de autoridades administrativas. (Corte Constitucional, sentencia T-531 de 2016)

Así mismo su naturaleza jurídica se encuentra guiada por ser un derecho polivalente y con diversas funcionalidades en el ordenamiento jurídico, ello de cara a concepciones neoconstitucionalistas este derecho puede ser visto como un principio, valor y a su vez como un derecho fundamental.

Respecto del preámbulo constitucional la libertad es concebida como un valor superior que guía todo el ordenamiento jurídico y hace parte del componente filosófico propio de la Carta Política, con lo cual se afinca en se un referente interpretativo al momento de la toma de decisiones que tiendan a afectar este derecho, posición que es reafirmada en el artículo 2° en tanto se señala como las autoridades están instituidas para proteger las libertades de los ciudadanos, por ello, deberán las autoridades interpretar los preceptos normativos desde una posición libertaria y no restrictiva de la libertad.

Además de los señalado, ha indicado la Corte Constitucional sobre el derecho a la libertad y su mención dentro de la carta política:

Así mismo, la Corte Constitucional ha reconocido la existencia de un *principio general de libertad* que autoriza a los particulares a llevar a cabo las actividades que la ley no prohíba o cuyo ejercicio no está subordinado a requisitos o condiciones determinadas, el cual estaría reconocido por el artículo 6° de la Constitución, se trataría entonces de la norma de cierre del ordenamiento jurídico, que tendría la estructura deóntica de un permiso.



Esta obra está bajo una [licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/).

Pero también se ha visto en el artículo 13 Superior, el origen de este principio general de libertad el cual según la jurisprudencia constitucional es el fundamento *del derecho de toda persona a tomar decisiones que determinen el curso de su vida.*

- (iii) A su vez, la Constitución reconoce numerosos derechos de libertad, especialmente en el Capítulo I del Título II, tales como el libre desarrollo de la personalidad (art. 16), la libertad de conciencia (art. 18), la libertad de cultos (art. 19), la libertad de expresión y de información (art. 20)<sup>1</sup>(corte Constitucional, sentencia T-276 de 2016)

Ahora entonces entendido el derecho a la libertad como un principio jurídico, deberá ser entendido desde un carácter relativo con lo que este pierde cualquier carácter absoluto que quisiera atribuírsele, por esto la limitación de la libertad a partir de medidas de aseguramiento ha encontrado sustento en el interés general de los asociados del Estado además de la facultad que tiene el poder legislativo de limitar la libertad personal bajo una serie de preceptos normativos siempre y cuando se cumplan con fines constitucional, así se ha señalado:

El derecho a la libertad personal, no obstante, ser reconocido como elemento básico y estructural del Estado de Derecho, no tiene un carácter absoluto e ilimitado. Como en el caso de los demás derechos fundamentales, el Constituyente no concibió en efecto la libertad individual a la manera de un derecho inmune a cualquier forma de restricción.

En este sentido, la Corte ha advertido también que en algunas ocasiones el interés superior de la sociedad exige la privación o restricción de la libertad personal, la cual en todo caso no puede ser arbitraria, por lo cual, la propia Constitución consagra una serie de garantías que fijan las condiciones en las cuales la limitación del derecho puede llegar a darse. Estas garantías están estructuradas en forma de reglas, encaminadas a delimitar de manera estricta la actividad del Estado frente a esta libertad fundamental.

Por lo anterior, el ordenamiento jurídico contempla la posibilidad de proferir medidas restrictivas de la libertad, siempre y cuando obedezcan a mandatos legales previamente definidos. La restricción del derecho a la libertad debe estar entonces, plenamente justificada en el cumplimiento de finés necesarios para la protección de derechos o bienes constitucionales y, además, ser notoriamente útil y manifiestamente indispensable para el logro de tales objetivos.



De otro lado, se requiere que el efecto negativo sobre la libertad que se restringe sea notablemente mitigado con el beneficio constitucional que se alcanza a raíz de su restricción. Todo lo anterior, por supuesto, siempre que no se afecte el núcleo esencial del citado derecho. (T- 276 de 2016)

## **El derecho penal como límite racional a la privación de la libertad en el Estado Social de Derecho.**

Ante los poderes desproporcionados e irracionales del Estado durante siglos, en donde los sistemas políticos y jurídicos carecían de verdaderos límites a la función punitiva del Estado, el derecho penal surgió como un verdadero control al poder estatal, es entonces como en aras de controlar los abusos de los poderes públicos y dotar de una garantías mínimas a los asociados la declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano imponen como verdaderos principios punitivos del Estado: la lesividad de los delitos tipificados por el Estado, el principio de legalidad como sustento filosófico y político, entendiendo la función del órgano de representación popular por excelencia como lo es el poder legislativo el encargado de estatuir los delitos dentro de un orden jurídico mediante la ley, la necesidad de la pena y la garantía de la presunción de inocencia. Con todo el derecho penal en su filosofía no surgió de manera alguna como un medio de retribución propiamente dicho sino como eje de garantías del ciudadano dentro de los Estados modernos como bien lo indica la Corte Constitucional:

El Derecho Penal moderno no surgió entonces como una máquina de castigo, sino por el contrario, como un conjunto de garantías mínimas que no solamente buscan tutelar a la sociedad del delito, sino también proteger al acusado de la venganza privada y de los abusos del poder punitivo del Estado.

Dentro de tales garantías se destacan: **(i)** la exigencia de la existencia de un delito para la aplicación de una pena (*nulla poena sine crimine*); **(ii)** el principio de legalidad (*nullum crimen sine lege*); **(iii)** el principio de necesidad (*nulla lex poenalis sine necessitate*); **(iv)** el principio de lesividad (*nulla necessitas sine iniuria*); **(v)** el Derecho Penal de acto (*nulla iniuria sine actione*); **(vi)** el principio de culpabilidad (*nulla actio sine culpa*); **(vii)** el principio de jurisdiccionalidad (*nulla culpa sine iudicio*); **(viii)** el principio acusatorio (*nullum iudicium sine*



*accusatione*); **(ix)** el debido proceso probatorio (*nulla accusatio sine probatione*); y **(x)** el derecho a la defensa (*nulla probatio sine defensione*). (Corte Constitucional, sentencia T-276 de 2016)

Con todo, el principio de legalidad ha sido un pilar de suma importancia para la defensa del derecho a la libertad en los Estados modernos, con lo que se busca asegurar la defensa de los bienes y derechos más preciados para los ciudadanos como lo es la libertad, derecho además que busca la garantía de otra gama de prerrogativas constitucionales, por esto que la reserva de ley y judicial terminen fungiendo como límites al poder punitivo del Estado y en sí mismo el artículo 28 de la Constitución sea un verdadero referente para la imposición de medidas que limiten la libertad del ser humano:

El artículo 28 de la Constitución prevé para la libertad personal, las garantías de la reserva legal y la judicial. Se entiende por reserva, el establecimiento de una cláusula de garantía, por la que un determinado asunto o materia solo puede ser desarrollado por una autoridad específica o por una clase de norma determinada. En sentido contrario, si el asunto es regulado por una autoridad o por una norma diferente a la prevista en la Constitución, el acto o la norma son inconstitucionales. La reserva judicial es una garantía constitucional, en virtud de la cual, las afectaciones o privaciones de la libertad personal o las afectaciones de la inviolabilidad del domicilio solo pueden acontecer o ser adelantadas, en virtud de orden escrita de autoridad judicial competente. En sentido contrario, si funcionarios administrativos o de las fuerzas armadas adelantan tales medidas sin la orden judicial, el procedimiento es inconstitucional y violatorio del debido proceso. A esta garantía también se la llama “reserva de la primera palabra” o “reserva absoluta de jurisdicción” y opera “cuando, en ciertas materias, compete al juez no sólo la última y decisiva palabra sino también la primera palabra referente a la definición del derecho aplicable a las relaciones jurídicas. Es decir, que hay ciertos asuntos sobre los cuales sólo se pueden pronunciar los tribunales”, lo que resulta decisivo respecto del tipo de decisiones que toman los jueces al ejercer el derecho punitivo, pues en tales casos, como bien lo ha dicho la Corte Constitucional, el juez no sólo debe operar como instrumento de defensa y garantía de los derechos de la víctima del delito y de la sociedad mayoritaria, sino también de los derechos del delincuente. La segunda garantía es la reserva legal, que desarrolla el principio de legalidad. De acuerdo con esta, tanto la privación de la libertad, como el allanamiento, deben practicarse en virtud de motivos previamente fijados en la ley y no a criterio del funcionario. Adicionalmente, el procedimiento deberá satisfacer los requisitos fijados por la propia ley (Corte Constitucional, sentencia C-342 de 2017)



Esta obra está bajo una [licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/).

Así mismo se ha indicado como fundamentos constitucionales del derecho penal:

1. El principio de legalidad: la Constitución política señala de forma expresa que los delitos deben encontrarse señalados en la Ley.
2. Protección de los bienes jurídicos: con todo el derecho penal deberá proteger solo valores esenciales de la sociedad, por ello que este fundamento va de la mano con el principio de subsidiariedad en cuanto el derecho penal debe fungir como ultima ratio, esto es, el Estado deberá emplear otros medios para controlar determinada conducta social antes de emplear el derecho penal.
3. Principio de culpabilidad: con todo el Estado solo puede sancionar a sus ciudadanos por la conducta que hacen, pero esa conducta deberá ser valorada no como mera acción sino como una decisión decir entiende que es el ser humano capaz de discernir, comprender y hacerse responsable de sus acciones voluntarias, lo cual termine desembocando en una imposición de pena según su grado de culpabilidad en el delito.
4. La proporcionalidad y racionalidad: vistas desde las finalidades de prevención y represión del delito desde los derechos fundamentales.
5. La finalidad preventiva del derecho penal: la cual se explica desde una prevención general negativa, entendida como la disuasión a futuros autores de conductas punibles.

La prevención especial negativa que impida que el delincuente se vea disuadido a cometer nuevos crímenes mediante la pena.

La prevención especial positiva vista desde la resocialización del criminal y su reinserción a la sociedad.

Y por otra parte la prevención general positiva, en tanto que la finalidad de la pena busca garantizar la vigencia de la norma como voluntad del poder soberano.

Ahora entonces haciendo una mención expresa al artículo 28 de la Constitución política el cual protege la libertad persona como un verdadero derecho fundamental



Esta obra está bajo una [licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/).

dentro del marco social y democrático de derecho, así entonces la Corte Constitucional ha conceptualizado frente al mismo de la siguiente manera:

el artículo 28 de la Constitución protege una de las manifestaciones del principio general de libertad: la libertad personal, física o corporal y establece que todas las personas son libres y nadie puede ser molestado en su persona o familia y sujeta cualquier restricción a: (i) la reserva judicial; (ii) el respeto de las formalidades legales; y (iii) la existencia de un motivo previamente definido en la ley, es decir, al cumplimiento del debido proceso. En cuanto a la prisión preventiva, establece un término máximo de 36 horas para ser llevado ante un juez para que adopte la decisión correspondiente en los términos de la ley. Los artículos 7 de la Convención Americana y 9 del PIDCP también reconocen el derecho.

En efecto, este derecho protege tanto la libertad personal como la inviolabilidad del domicilio. En cuanto a la primera, debe entenderse que se trata de la ausencia de aprehensión, captura, detención o cualquier otra forma de limitación de la autonomía de la persona. La segunda, se refiere al respeto por el lugar de habitación de las personas. Estas garantías son esenciales para el ejercicio de todos los demás derechos y libertades. Igualmente, de este artículo se desprende que solo las autoridades judiciales pueden decretar sanciones privativas de la libertad. (Corte Constitucional, sentencia T-594 de 2016)

### **Limites formales a la medida de aseguramiento**

De tal forma que el ordenamiento jurídico define unos parámetros para que se dé la restricción del derecho a la libertad y en consecuencia sea procedente la medida de aseguramiento como verdadera limitación de este derecho fundamental, con toda la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha enseñado que existen verdaderos límites formales a la imposición de este tipo de medidas.

Por esto la Corte Constitucional habla de la reserva de ley como un límite a la medida de aseguramiento, ello en razón a la “exigencia especial de salvaguarda de seguridad de los ciudadanos, pues permite que estos conozcan previamente las condiciones y circunstancias en las cuales pueden ser objeto de afectaciones en su derecho” (Corte Constitucional, sentencia C-469 de 2016), con todo será el Congreso de la República como órgano de mayor representación popular el encargado de delimitar la política criminal del Estado y los medios empleados para su cumplimiento, por eso se insiste en que solo el Congreso es quien puede fijar la



Esta obra está bajo una [licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/).

condiciones para la procedencia de la afectación del derecho a la libertad de los ciudadanos, con todo el Congreso no podrá delegar esta función a otro poder del Estado debido al mismo mandato constitucional, de tal manera que se indique:

De conformidad con el citado artículo 28 C.P., el legislador debe establecer los motivos y las condiciones bajo las cuales procede la afectación a la libertad personal. Esto significa que si bien se trata de una atribución constitucional, de un poder jurídico que con exclusividad se halla radicado en dicha autoridad, se convierte también en un garantía para el ciudadano, no solo por la seguridad que ella posibilidad, sino porque el Congreso no puede delegar en otro órgano o rama del poder público la fijación de los motivos y requisitos bajo los cuales se impone una restricción a la libertad personal. (Corte Constitucional, sentencia C-469 de 2016)

Por otra parte, la Corte Constitucional al momento de hablar de restricciones al derecho a la libertad mediante medidas de aseguramiento ha indicado como límite el principio de reserva judicial, este entendido como que este tipo de limitación a este derecho fundamental solo puede ser jurídicamente posible mediante un mandato de una autoridad jurisdiccional y en ninguna circunstancia mediante otro poder público, por ello que se indique:

Lo anterior se traduce en un segundo límite formal frente a la potestad de configuración legislativa de las medidas de aseguramiento. En términos generales, el legislador puede fijar las formalidades y requisitos que estime convenientes para la procedencia de la privación o limitación de la libertad. Sin embargo, no puede establecer que al momento de su aplicación tales exigencias sean evaluadas, justificadas ni la decisión de decretar la medida cautelar adoptada por una autoridad diferente a la judicial. Al legislador le está expresamente vedado por el artículo 28 C.P. radicar en un funcionario distinto a un juez, como, por ejemplo, una autoridad administrativa, esa orden de intervención en la libertad.

Por lo que esta clase de límites y garantías terminan otorgando un especial papel a la función jurisdiccional y legislativa dentro de los Estados modernos, por lo que se termina concluyendo:

16. En resumen, los límites formales de las medidas de aseguramiento consisten en (i) la reserva de ley en la creación de sus supuestos y (ii) la reserva judicial en su imposición. (iii) La reserva de ley implica la atribución exclusiva al legislador del diseño de las medidas de aseguramiento y, como correlato, la prohibición de delegar esta función a otra autoridad. (iv) La reserva judicial, por su parte, limita al legislador al establecer el funcionario competente



Esta obra está bajo una [licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/).

para decretar las medidas de aseguramiento, que no puede ser uno diferente que el juez.  
(Corte Constitucional, sentencia C-469 de 2016)

Es como a la luz del Estado social y democrático de derecho que propugna por la separación de poderes y límites al poder público, se reitera como la función jurisdiccional toma un gran papel en aras de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos por lo que el tribunal constitucional colombiano termine diciendo:

Ha de concluirse sobre este punto que la intervención judicial se convierte entonces en importante garantía de la libertad, pues en último análisis será el juez el llamado a velar por el cumplimiento y efectividad de los mandatos constitucionales y legales en cada caso en particular. La libertad encuentra así solo en la ley su posible límite y en el juez su legítimo garante en función de la autonomía e independencia que la Constitución reconoce a sus decisiones precisamente porque es al juez a quien le está encomendada la tarea de ordenar restringir el derecho a la libertad en los precisos términos señalados en la ley, de la misma manera que es a él a quien corresponde controlar las condiciones en las que esa privación de la libertad se efectúa y mantiene. (Corte Constitucional, sentencia C-730 de 2005)

### **Limites sustanciales a la medida de aseguramiento**

Por otra parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional además de los límites señalados con anterioridad ha también desarrollado unos requisitos de carácter sustancial para que proceda la medida de aseguramiento dentro del sistema colombiano, como lo son:

La estricta legalidad: entendida como la delimitación precisa de las condiciones bajo las cuales procede la medida de aseguramiento, ello es, la definición del delito bajo el cual procede, en que termina consistiendo la medida, bajo que condiciones probatorias se aplica la medida, el nivel de certeza de la comisión de la conducta punible para que proceda la medida y finalmente las condiciones que habilitan la restricción de la libertad. Así entonces ha explicitado la Corte Constitucional frente a este punto:

El legislador debe precisar entonces, más exactamente, el conjunto de condiciones bajo las cuales el Estado puede imponer una medida de aseguramiento. Resulta evidente, en todo



Esta obra está bajo una [licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/).



caso, que la exigencia de la precisión del lenguaje no adquiere en relación con todas las mencionadas circunstancias el mismo rigor debido a que, por su naturaleza, la medida de aseguramiento se funda principalmente en criterios de necesidad y persigue objetivos cuya consecución solo puede ser analizada a la luz del caso concreto, con arreglo a las circunstancias en medio de las cuales se desarrolla el proceso y las que rodearon la comisión del delito, como se verá más adelante.

21. De esta manera, el principio de estricta legalidad en el establecimiento de las medidas de aseguramiento implica para el legislador la obligación de fijar, con razonable precisión, las condiciones y supuestos bajo los cuales aquellas proceden. Esto no supone que le sea permitido dictar regulaciones que hagan meramente determinables por el juez los motivos de las afectaciones a la libertad personal, pues precisamente la individualización de esas razones es una potestad legislativa indelegable, según se advirtió páginas atrás. (Corte Constitucional, sentencia C-730 de 2005)

Con todo, esta regla tendrá dos dimensiones: una de carácter abstracto y una aplicada al caso en concreto, de tal forma que por una parte el juez constitucional deberá observar y revisar el cumplimiento de estas condiciones desde el contenido propio de la norma y que la misma guarde consonancia con los postulados constitucionales reseñados, mientras que en un segundo momento el juez penal deberá observar la norma para aplicarla al caso concreto teniendo en cuenta todas las condiciones abordadas.

En un segundo momento frente al carácter de excepcionalidad de la medida de aseguramiento, es importante conlleva a que la operancia de este tipo de medidas no sea la regla general a aplicar sino por el contrario proceda bajo especialísimas circunstancias, de cualquier modo una interpretación contraria contraviene la finalidad propia de la institución y por otra parte termina siendo una verdadera afrenta a los derechos fundamentales, por esto que el ordenamiento jurídico colombiano acoja un sistema de prevalencia del derecho a la libertad dentro del trámite jurisdiccional. Por esto la excepcionalidad de la medida de aseguramiento se presenta como un verdadero límite al poder legislativo en su función de configuración normativa por lo que se debe señalar:



Esta obra está bajo una [licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/).

Lo anterior se manifiesta en especial en el ámbito de la técnica legislativa empleada en el diseño de las medidas de aseguramiento. Pese a que el legislador puede fijar una detallada serie de requisitos aparentemente estrictos para la imposición de privaciones a la libertad personal, esto también puede ser compatible con un modelo amplio y robusto de medidas de aseguramiento si el esquema regulativo apela a condiciones objetivas o a circunstancias que, en la realidad, se verifiquen en la mayoría de los casos. El legislador debe, por ello, utilizar una regulación que en la práctica no traiga como resultado la expansión de esas medidas, sino que, al contrario, tiendan a su aplicación restrictiva. (Corte Constitucional, sentencia C-730 de 2005)

Como tercer límite sustancial se encuentra la proporcionalidad, esto sin lugar a duda busca que las restricciones de la libertad a partir de medidas de aseguramiento sean procedentes siempre y cuando busquen salvaguardar fines previamente establecidos por el ordenamiento jurídico, que no encuentre otra forma de lograrlo:

De esta manera, en el ámbito general de las medidas de aseguramiento, el principio de proporcionalidad es un criterio regulativo que proscribe al legislador prever limitaciones o privaciones de la libertad con el propósito de obtener fines no compensables con las afectaciones producidas o que comporten un sacrificio exagerado de los derechos del imputado en comparación con los bienes asegurados. Pero, al mismo tiempo, determina el tipo y grado de restricciones autorizadas a partir del objetivo invocado y el conjunto total de las condiciones que regulan su procedencia, en aras de mantener en un grado razonable las intervenciones efectivas a los derechos del imputado. (Corte Constitucional, sentencia C-730 de 2005)

Además de ello, agrega:

En este orden de ideas, el criterio de necesidad de las medidas de aseguramiento implica que el legislador solo está legitimado para utilizarlas cuando sean estrictamente indispensables y requeridas para la obtención de fines de naturaleza constitucional. A la luz de la Carta Política, son fines perseguibles con las medidas de aseguramiento la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de las pruebas y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas. (Corte Constitucional, sentencia C-730 de 2005)

Conforme lo señalado ha sido el máximo intérprete de la Constitución Política el encargado de señalar la constitucionalidad de las medidas de aseguramiento o



Esta obra está bajo una [licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/).

preventivas en aras de garantizar el interés general y convivencia pacífica de los ciudadanos.

Como cuarto límite se encuentra la gradualidad, entendida como la obligación de tener criterios que permitan diferenciar los diversos tipos de medidas limitativas de los derechos fundamentales de los ciudadanos y su procedencia bajo determinados supuestos facticos.

Con todo, la Corte Constitucional ha indicado la constitucionalidad de las medidas de limitativas de la libertad señaladas en la Ley 906 de 2004 a partir de estos tres criterios así entonces termine señalando:

en resumen, (i) la estructura de las medidas de aseguramiento prevista en la Ley 906 de 2004, en términos generales, resulta ajustada a las garantías constitucionales previstas en la sección anterior. (ii) El legislador incorpora a través de varias disposiciones los mismos fines de las medidas de aseguramiento previstos en la Carta, es decir, la garantía de comparecencia de los imputados, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas, y prevé elementos adicionales para hacer unívoca su interpretación.

(iii) Así mismo, establece un esquema de medidas de aseguramiento privativas de libertad, limitativas de la libertad e impositivas de otras obligaciones, todas con el fin de alcanzar los fines constitucionales citados. (iv) Debido a esta estructura, el esquema de medidas de aseguramiento es típicamente gradual, diferenciado y proporcionado en torno a las afectaciones a los derechos del investigado, en relación con dichos objetivos. (v) El legislador establece un mandato general de afirmación de la libertad y de su restricción únicamente en condiciones excepcionales, necesarias, adecuadas, proporcionales y razonables.

(vi) La regulación procesal penal, además, fija reglas específicas sobre la procedibilidad de la medida de aseguramiento de detención preventiva bajo un estricto criterio de necesidad probada. (vii) En caso de no concurrir este requisito, el juez solo está habilitado para decretar medidas no privativas de la libertad. (viii) Por último, con arreglo al principio de proporcionalidad, la calificación jurídica provisional del delito no es suficiente para inferir el riesgo de obstrucción de la justicia, el peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima y la probabilidad de que el imputado no comparezca al proceso o de que no cumplirá la sentencia, pues siempre se requiere la necesidad de la medida en relación con dichos fines. (Corte Constitucional, sentencia C-730 de 2005)



## **Las medidas de aseguramiento en la legislación colombiana a partir de 1991.**

En un primer momento el Decreto 2700 de 1991 traía consigo una serie de disposiciones que regulaban las medidas de aseguramiento en los procesos penales, de tal forma para que procediera este tipo de medidas en el curso del proceso, la norma explicitaba una serie de requisitos de orden sustancial y formal. Así respecto de los primeros, el artículo 388 mencionaba:

ARTICULO 388.Requisitos sustanciales. Son medidas de aseguramiento para los imputables, la conminación, la caución, la prohibición de salir del país, la detención domiciliaria y la detención preventiva, las cuales se aplicarán cuando contra del sindicado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad, con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso.

En los delitos de competencia de los jueces regionales sólo procede como medida de aseguramiento, la detención preventiva. (Decreto 2700, 1991, art., 388)

Conforme a lo citado, se puede observar como para la normatividad de ese momento la procedencia de este tipo de medidas obedecía en últimas a un grado de certeza mínimo que arrojaran los medios de prueba allegados en contra del imputado, con lo cual la imposición de este tipo de medidas era la regla general.

De igual manera respecto de los requisitos de orden formal señalaba:

ARTICULO 389.*Requisitos formales.* Las medidas de aseguramiento se adoptarán mediante providencia interlocutoria en que se exprese:

1. Los hechos que se investigan, su calificación jurídica y la pena correspondiente.
2. Los elementos probatorios sobre la existencia del hecho y de la probable responsabilidad del sindicado, como autor o partícipe.
3. Las razones por las cuales no se comparten los alegatos de los sujetos procesales. (Decreto 2700, 1991, art., 389)

Ahora entonces de manera explícita esta norma frente a la detención preventiva, desarrollaba su aplicación cuando: 1) el delito fuera competencia de los jueces regionales, 2) cuando el delito que se le fuera a imputar tuviera una pena mínima de dos años, 3) cuando se presentara uno de los delitos reseñados en el artículo



Esta obra está bajo una [licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/).

397 del referido decreto, 4) cuando en contra del sindicato estuviere vigente sentencia por delito doloso o preterintencional, 5) cuando el sindicato fuere capturado en flagrancia por una conducta dolosa o preterintencional por un delito que tenga prevista una pena de prisión, 6) cuando el sindicado no constituyera las cauciones pertinentes y 7) cuando se tratase de un delito de lesiones culposas. (Decreto 2700, 1991, art.,397)

Finalmente, esta normatividad referenciaba de forma directa un presupuesto normativo de ser aplicado en caso de que se produjeran daños a una persona producto de la privación injusta de la libertad, contemplando una serie de situaciones bajo las cuales le surgía el derecho al privado injustamente de la libertad a solicitar la reparación de los perjuicios que le fueron ocasionados producto del actuar y poder del Estado. La referenciada norma disponía:

**ARTICULO 414.** *Indemnización por privación injusta de la libertad.* Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios. Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave. (Decreto 2700, 1991, art.414)

Ahora entonces esta norma hacia un especial énfasis a determinadas circunstancias bajo las cuales se hubiese producido la privación y en si mismo, implicaba un actuar dañoso del Estado en la aplicación del monopolio de la justicia.

Finalmente, se encuentra como realmente la aplicación de la detención preventiva carecía de verdaderas garantías para los sujetos a un proceso penal dado que los criterios para su aplicación carecían de verdadero rigor probatorio y no obedecía a criterios libertarios consagrados en la Constitución Política de 1991, por ello que el funcionario jurisdiccional debiera tener en cuenta las siguientes reglas para su imposición: 1) que de los elementos probatorios en contra del imputado exista un indicio grave en su contra, 2) que se trate de un delito de los consagrados en el artículo 397 del decreto 2700 de 1991, 3) el cumplimiento de los requisitos formales de la providencia por el cual se impone la medida. Por esto que la sistemática penal



de aquel momento careciera de verdaderas garantías procesales para los imputados que respetaran sus derechos fundamentales, pese a lo anterior cabe destacar la mención expresa dentro de su articulado de un fundamento para la declaratoria de responsabilidad del Estado cuando se produzcan daños a una persona en la aplicación de una medida que se encuentre circunscrita a los presupuestos del artículo 414, esto es: la inexistencia del hecho, que el sindicato no la cometió o la conducta no era un hecho punible.

### **Ley 600 de 2000 y la medida de aseguramiento.**

Resulta importante destacar como la Ley 600 de 2000 presentó un verdadero avance en materia de garantías para los imputados dentro de un proceso penal, esto teniendo en cuenta que fijó una serie de reglas normativas que delimitaron la aplicación de las medidas cautelares entre ellas la detención preventiva, comprendiendo sin lugar a duda, el avance que trajo consigo la Constitución Política de Colombia en materia de Derechos fundamentales.

De tal forma, que en un primer momento la Ley 600 de 2000 fijó unos fines para la imposición de la detención preventiva de quien fungía como imputado en un proceso penal, así que expusiera la norma:

**Artículo 355. FINES.** La imposición de la medida de aseguramiento procederá para garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, la ejecución de la pena privativa de la libertad o impedir su fuga o la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir o deformar elementos probatorios importantes para la instrucción, o entorpecer la actividad probatoria. (Ley 600, 2000, art.,355)

Es como la norma expresa la importancia por la efectividad de las decisiones judiciales que se toman en el curso de un proceso penal, la afectación a los bienes jurídicos de la sociedad por la continuidad de la actividad delictual y finalmente, la alteración de los elementos materiales probatorios y evidencia física que pudiesen entorpecer el proceso y la búsqueda de la verdad.

Ahora entonces en un segundo momento, la Ley 600 de 2000 explicitó como requisitos para la aplicación de la detención preventiva:



Esta obra está bajo una [licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/).

**ARTICULO 356. REQUISITOS.** Solamente se tendrá como medida de aseguramiento para los imputables la detención preventiva.

Se impondrá cuando aparezcan por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso.

No procederá la medida de aseguramiento cuando la prueba sea indicativa de que el imputado pudo haber actuado en cualquiera de las causales de ausencia de responsabilidad.  
(Ley 600, 2000, art., 356)

Nótese como la Ley 600 de 2000, aumento el estándar probatorio en materia de aplicar la medida de detención preventiva del imputado y paso de un indicio grave a dos, con lo que el grado de certeza probatoria de la comisión del delito aumento, por lo que se acentuó el principio de presunción de inocencia del imputado dentro de proceso penal, además de ello, en el inciso segundo de este artículo se agregó el carácter imperativo de improcedencia de la medida de aseguramiento cuando dentro del arsenal probatorio se hallen pruebas de la operancia de alguna causal de ausencia de responsabilidad.

Finalmente, el artículo 357 de la Ley 600 de 2000 desarrollo algunos requisitos de orden formal para que operase la medida de detención preventiva, el primero de ellos que el delito a imputar supere como pena mínima los 4 años de prisión, en segundo término, cuando se presentase en uno de los delitos mencionados en el numeral 2 del artículo 357, y finalmente, cuando existiera condena ejecutoriada en contra del imputado por una conducta punible que tuviere como pena prisión.

Es entonces como esta norma trae como evolución en las garantías de los sujetos dispuestos ante la jurisdicción penal, el aumento en el estándar probatorio de la posible comisión de la conducta punible, además de ello el funcionario jurisdiccional Denia tener en cuenta que la medida guardara relación con los fines señalados en la norma, ello es, la afectación a la efectividad de la providencia jurisdiccional, la continuidad de la acción delictiva o la alteración de la evidencia que imposibilitare la consecución de la verdad.

**Ley 906 de 2004 y la medida de aseguramiento.**



Esta obra está bajo una [licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/).

La derogatoria de la Ley 600 de 2000 por parte de la Ley 906 de 2004, que trajo consigo la adopción del sistema penal acusatorio, también trajo algunas modificaciones al régimen de la detención preventiva o medida de aseguramiento al ordenamiento jurídico colombiano, es como esta norma buscaba una sinergia entre las normas de orden constitucional y aquellas pertenecientes al bloque de constitucionalidad para la aplicación de este tipo de medidas que limitaban el derecho fundamental a la libertad, así deben tenerse en cuenta: los artículos 17 y 28 de la Constitución Política de Colombia, la declaración universal de los derechos humanos y la declaración americana de derecho y deberes, el pacto internacional de los derechos civiles y políticos.

Ahora entonces la Ley 906 de 2000 trajo como medidas de aseguramiento, de carácter privativas de la libertad: 1) la detención en establecimiento de reclusión, 2) detención preventiva en la residencia señalada por el imputado, siempre que esa ubicación no obstaculice el juzgamiento.

Con todo, la sistemática de la Ley 906 de 2004 trajo una serie de requisitos y finalidades propias para la imposición de este tipo de medidas.

En primer lugar, como requisitos genéricos para cualquier modalidad de medida de aseguramiento el artículo 308 de la Ley 906 de 2004 exige que la medida sea proferida por un juez de control de garantías y la medida sea solicitada por un fiscal.

Así entonces en un segundo momento, la norma prescribe unos requisitos de carácter específicos, pero como bien menciona Zuleta, Noreña y Posada (2011) con un alto grado de subjetivismo judicial, se mencionan:

- a) Que se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser el autor o participe de la conducta que se investiga, según los elementos materiales probatorios, evidencias o informe obtenidos legalmente.
- b) Que se demuestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia. Según enunciados del artículo 309.
- c) Que el imputado constituya un peligro para la seguridad de la sociedad p de la víctima, según enunciados de los artículos (310, 311).





- d) Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia. Es un juicio ex ante, según parámetros del artículo 312. (pp.214-215)

Es entonces como la doctrina especializada ha entendido como presupuestos para las medidas cautelares: el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, frente al primero Rivera (2018) indica:

- a. El *fumus boni iuris* en el proceso penal se trata de la futura actuación de ius puniendi, como consecuencia de la comisión o participación en un delito, lo que significa es la atribución, con base a elementos objetivos del hecho punible a sujeto determinado. También, conocido como la apariencia de buen derecho, presunción grave de derecho reclamado, que en el proceso penal significa que existe probabilidad real (mas de 50%) de que el imputado hubiese participado en la realización del tipo delictual. No se trata de certeza, porque ella es el producto de una secuencia activa de verificaciones y deducciones lógicas que juegan congruentemente en un momento diferente del juicio. Lo que debe establecerse es que haya la probabilidad real por razón fundada. (p.177)

Así entonces se habla de *periculum in mora* en materia penal cuando:

Se trata de un requisito independiente que puede o no relacionarse en conjunto con el anterior. Como expone Nieva se trata de exigirle “al juez a construir una perspectiva de futuro, tratando de adivinar que es lo que sucederá si no adopta la medida cautelar”. Se trata realmente del peligro de obstaculización en la investigación. Se explica como aquel supuesto que justifica otorgar una medida cautelar para disipar el peligro que significa dejar que las cosas sigan el curso normal del proceso. En el proceso penal significa que el imputado lo obstaculice, específicamente que el imputado podrá destruir, modificar, ocultar o falsificar elementos de convicción, en el caso de datos informáticos en soporte informático que obstaculice la obtención de evidencia informativa. Se exige la presencia de elementos de convicción suficientes de que el imputado no se someterá al proceso u obstaculizará la averiguación de la verdad. (pp. 178-179)

De esta manera se ha entendido como circunstancias que obstruyen la justicia según el artículo 309 del Código de procedimiento penal vigente:

Tener motivos, graves y fundados de que el imputado podrá:



- Destruir, modificar, dirigir, ocultar, impedir, falsificar, los elementos de prueba.
- Inducir a coimputados, testigos, peritos, terceros a informar falsamente o comportarse deslealmente o con reticencias.
- Impedir o dificultar la realización de diligencias o la labor de los funcionario o intervinientes de la actuación. (Zuleta, Noreña y Posada, 2011, p.215)

Por otra parte, se contempló en un primer momento como situaciones que determinan el peligro para la sociedad:

- Según la gravedad del hecho y la pena a imponible.
- Que continúe con la actividad ilícita.
- Que probablemente se vincule a organizaciones criminales.
- Número de delitos y penas a imponer.
- Tener vigente medida de aseguramiento, disfrutar de un mecanismo sustitutivo de pena o sentencia condenatoria por delitos doloso o preterintencionales. (Zuleta, Noreña y Posada, 2011, p.215)

Pese a ello, mediante la Ley 1760 de 2015 se modificó este artículo y se amplió la gama de circunstancias que a juicio del legislador ponen en peligro a la sociedad, con todo se señalaron como tales:

1. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales.
2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos.
3. El hecho de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional.
4. La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional.
5. Cuando se utilicen armas de fuego o armas blancas.
6. Cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años.
7. Cuando hagan parte o pertenezcan a un grupo de delincuencia organizada. (Ley 906, 2004, art.,310)

De igual manera, se dirá que se presenta peligro para la víctima cuando existan motivos fundados de que el imputado atentara contra esta. Finalmente, la doctrina



la norma procesal menciona como circunstancias que afectan la comparecencia del imputado al proceso jurisdiccional:

- Falta de arraigo en la comunidad determinado por el delito, asiento de la familia, trabajo o negocios.
- Facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto.
- Gravedad del daño causado y actitud asumido por el imputado frente a el.
- Comportamiento anterior que permita inferir su falta de voluntad para sujetarse (sic) a la investigación. (Zuleta, Noreña y Posada, 2011, p.216)

Pese a lo anterior, en el año 2018 el Congreso de la Republica en el marco del proceso de paz celebrado entre las FARC-EP y el Estado colombiano profirió la Ley 1908 de 2018 en donde se adicionan circunstancias que pueden configurar los fines perseguidos por las medidas de aseguramiento frente a miembros de grupos delictivos y grupos armados organizados, con toda esta norma dispuso:

Artículo 313a. criterios para determinar el peligro para la comunidad y el riesgo de no comparecencia en las investigaciones contra miembros de grupos delictivos organizados y grupos armados organizados. En las investigaciones contra miembros de Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados, para los efectos del artículo [296](#) de la Ley 906 de 2004, constituirán criterios de peligro futuro y riesgo de no comparecencia, cualquiera de los siguientes:

1. Cuando el tiempo de existencia del grupo supere dos (2) años.
2. La gravedad de las conductas delictivas asociadas con el grupo, especialmente si se trata de delitos como el homicidio, secuestro, extorsión o el lavado de activos.
3. El uso de armas letales en sus acciones delictivas.
4. Cuando la zona territorial o el ámbito de influencia del grupo recaiga sobre cualquier zona del territorio o dentro de los territorios que conforman la cobertura geográfica de los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET).
5. Cuando el número de miembros del grupo sea superior a quince (15) personas.



Esta obra está bajo una [licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional](#).

6. Haber sido capturado o imputado dentro de los tres años anteriores, por conducta constitutiva de delito doloso.

7. Cuando las víctimas sean defensores de Derechos Humanos o hagan parte de poblaciones con especial protección constitucional. Se pondrá especial énfasis en la protección de mujeres, niñas, niños y adolescentes, quienes han sido afectados por las organizaciones criminales objeto de esta ley. Este enfoque tendrá en cuenta los riesgos específicos que enfrentan las mujeres contra su vida, libertad, integridad y seguridad y serán adecuadas a dichos riesgos.

8. La utilización de menores de edad en la comisión de delitos por parte del grupo.

9. Se tendrá en cuenta los contextos y las particularidades del territorio, incluidas las problemáticas y actores presentes en el que evidencia la amenaza, el riesgo y la vulnerabilidad.

10. Se tendrán en cuenta los informes emitidos por la Defensoría del Pueblo. (Ley 906, 2004, art., 313ª)

Una vez verificadas las anteriores condiciones que terminan desembocando en el buen razonamiento del funcionario jurisdiccional, la Ley 906 de 2004 trae requisitos de carácter objetivo para que proceda este tipo de medidas:

**ARTÍCULO 313. PROCEDENCIA DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA.** <Artículo modificado por el artículo [60](#) de la Ley 1453 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Satisfechos los requisitos señalados en el artículo [308](#), procederá la detención preventiva en establecimiento carcelario, en los siguientes casos:

1. En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados.
2. En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años.
3. En los delitos a que se refiere el Título VIII del Libro II del Código Penal, cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
4. <Numeral modificado por el artículo [7](#) de la Ley 1826 de 2017. Rige a partir del 12 de julio de 2017, consultar en Legislación Anterior el texto vigente hasta esta fecha. El nuevo texto es el siguiente:> Cuando la persona haya sido capturada por conducta constitutiva de delito o contravención, dentro del lapso de los tres años anteriores, contados a partir de la nueva captura o imputación, siempre que no se haya producido la preclusión o absolución en el caso precedente.



En el supuesto contemplado por el inciso anterior, se entenderá que la libertad del capturado representa peligro futuro para la sociedad en los términos de los artículos [308](#) y [310](#) de este código.(Ley 906, 2004, art.,313)

Con todo es menester mencionar como la imposición de este tipo de medidas también tienen causales de improcedencia que como bien se señala pueden consistir en:

a. Improcedencia

- Por inexistencia o deficiencia de inferencia razonable de autoría o participación.
- Deficiente construcción de la inferencia (indicios).
- Inexistencia de medios de convicción que sustente la inferencia.
- Por ilegalidad de los medios de convicción.
- Por deficiencias en la recolección de esos medios.

b. Por inexistencia o deficiencia en la necesidad de la medida.

- La fiscalía no argumenta en concreto la necesidad de la medida.
- Esos argumentos no satisfacen los presupuestos de necesidad de la medida invocada.

c. Por proceder medida distinta a la solicitada.

- Aunque necesaria la medida, resulta mas adecuada, proporcional y razonable aplicar una no privativa.
- Dentro de las no privativas existe una menos gravosa que la deprecada. (Zuleta, Noreña y Posada, 2011, p.216)

Es como después de hacer una revisión a la Ley 906 de 2004 se encuentra como pese al alto grado de subjetividad del funcionario jurisdiccional al momento de decretar la medida de aseguramiento en razón del estándar probatorio requerido por la legislación penal además de la correspondencia con los fines específicos para su procedencia, es notable que esta legislación avanza en materia de garantías para los procesados, dado que se establecen reglas aunque muy abstractas y en su mayor cobijan casi todas las situaciones delictivas, son claras para la procedencia de este tipo de medidas, es decir, pese a que la medida de



Esta obra está bajo una [licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional](#).

aseguramiento por la normatividad vigente termina siendo una regla general y no excepcional, su explicites permite la garantía del principio de legalidad propio del derecho penal.

De tal forma que conviene citar lo dicho por Ferrer (2007) frente a las medidas cautelares en el proceso penal, en tanto:

En cualquier caso, conviene el carácter extraordinariamente vago de las reglas de juicio o estándares de prueba mencionados por la Ley. Tan es así que me permitiría decir que el tenor literal de los mismos no es la formulación de estándar alguno. Con estas advertencias, el estándar de prueba propuesto se formularía así: para considerar probada la hipótesis de la culpabilidad deben darse las siguientes condiciones: 1) la hipótesis debe tener un alto nivel de contrastación, explicar los datos disponibles y ser capaz de predecir nuevos datos que a su vez, hayan sido corroborados. 2) deben haberse refutado todas las demás hipótesis plausibles, explicativas de los mismos datos, que sean compatibles con la inocencia.

Por esto será importante concluir con lo referenciado por Rivera (2018) respecto del carácter tan amplio de las reglas para la imposición de las medidas de aseguramiento en el proceso penal:

Juzgamos que la forma de redacción de las normas que regulan la restricción de la libertad (medidas cautelares) son insuficientes. Debido a que son muy genéricas por lo que es absurdo que niveles tan baja de probabilidad y sin que existan elementos materiales que confirmen la hipótesis de culpabilidad del imputado, pueden generar desde ese momento la presunción de inocencia y afectarse los derechos fundamentales de estructura compleja.

Finalmente, insistiremos en la necesidad de establecer estándares adecuados de prueba para decretarse medidas cautelares, sobre elementos objetivos de los cuales pueda presumirse con claridad presupuestos y finalidad de las mismas, de manera que la restricción de la libertad sea efectivamente, excepcional, con interpretación restrictiva. (p.181)

## **La Privación Injusta De La Libertad Y Su Título De Imputación**

Como principales referentes teóricos para abordar la privación injusta de la libertad dentro de la casuística de la responsabilidad extracontractual del Estado, se encuentra Santofimio (2017) en donde el autor hace referencia a las tres tesis que ha manejado el Consejo de Estado al momento de determinar el título de imputación



de la privación injusta de la libertad, en donde la primer tesis que aplico la Corporación fue aquella de carácter restrictiva en donde para que se declarara la responsabilidad del Estado era necesario demostrar la falla del servicio, con lo que a todas luces la decisión de la privación tenía que ser abiertamente ilegal o arbitraria, con todo era necesario demostrar el error judicial; una segunda tesis, en donde el actor que pretendía el pago indemnizatorio producto de la privación injusta de la libertad debía demostrar el carácter injusto de la medida cuando la decisión definitiva no estuviere contemplada dentro de las causales del artículo 414 del decreto 2700 de 2000, mientras que cuando se presentaran los casos enunciados en este artículo se aplicaba un régimen de responsabilidad objetiva; un tercer tesis, en donde cuando el proceso penal es terminado mediante un sentencia absolutoria u opera el principio in dubio pro reo, se entiende que existió una carga que no debía soportar el privado de la libertad y en consecuencia nace el deber de reparar a cargo de la administración.

En este mismo sentido García (2015) realiza una línea jurisprudencial frente a los títulos de imputación de la privación injusta de la libertad en el periodo comprendido entre 1990 a 2014 en donde destaca las diversas teorías entorno a la aplicación de un régimen de responsabilidad de carácter objetivo o subjetivo.

Por otra parte Gil (2017) será otro referente de vital importancia para abordar la privación injusta de la libertad, en donde el autor identifica tres posiciones del Consejo de Estado frente al título de imputación bajo el cual debe opera la privación injusta de la libertad, una primer tesis restrictiva en la cual operaba la falla del servicio, una tesis intermedia en donde operaba la falla del servicio o el daño especial según se presentaran los casos contemplados en el artículo 414 del decreto 2700 de 1991, y finalmente una tercer tesis relativa a la aplicación de forma general de la tesis objetiva, en donde cuando el proceso penal se termina con sentencia absolutoria se aplica el título de imputación del daño especial.

Otro punto que cabe destacar en este autor es el señalamiento entre las tesis adoptadas por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, en tanto para la



segunda a partir de una sentencia del año 1996 el título de imputación bajo el cual opera la privación injusta de la libertad es la falla del servicio.

De cualquier forma otro punto de importancia para este autor deviene en señalar que cuando el proceso penal termina con sentencia absolutoria sin importar las razones de la decisión, es decir, por falta de tipicidad, antijuricidad o culpabilidad, en cualquier caso se aplica el régimen de imputación objetiva mediante el título de daño especial, con todo el juez administrativo le está prohibido hacer una revisión de la sentencia absolutoria del juez penal sino que el primero deberá verificar la existencia o no del daño irrogado por el demandante a partir de la actividad de la administración de justicia, sin embargo si el juez observa un error muy evidente y grotesco en la decisión jurisdiccional que termino ocasionando la privación injusta de la libertad deberá falla conforme el título de falla del servicio por efecto de la acción de repetición.

Lo anterior deberá considerarse a partir de la jurisprudencia del Consejo de Estado frente al título de imputación aplicable a la privación injusta de la libertad, así entonces deberán tenerse como sentencia principales Sentencia de unificación 23354 del 17 de octubre de 2013 y sentencia de Unificación 46.947 del 15 de agosto de 2018.

Hoyos, Zambrano y Jaramillo (2006) indican que el Consejo de Estado ha variado su posición en reiteradas oportunidades de cara a la privación injusta de la libertad, sin embargo, señalan como esta casuística no podrá basar en la naturaleza subjetiva de la falla del servicio que termine deviniendo de la legalidad de la orden sino en la absolución del imputado en tanto no se pudo derruir si presunción de inocencia, con todo conviene citar:

Podemos concluir diciendo que la posición actual del Consejo de Estado en relación con la responsabilidad de la Administración por la privación injusta de la libertad es que su fundamento radica en el concepto de daño antijurídico previsto en el Art. 90 de la Constitución Política. Según esta última regla jurisprudencial, es irrelevante la discusión entre, si la decisión de privación de la libertad fue ilegal o errónea, porque inclusive siendo está perfectamente legal, puede causar un daño antijurídico; la injusticia de la privación de la libertad se hace evidente con la decisión definitiva de carácter absolutorio. La



Esta obra está bajo una [licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/).



jurisprudencia en boga tiene sentado que la responsabilidad por la privación injusta de la libertad es una responsabilidad objetiva, motivo por el cual resulta irrelevante el estudio de la conducta del Juez o Magistrado, para tratar de definir si por parte de él hubo dolo o culpa. Para que proceda la indemnización de perjuicios derivados de la detención preventiva no es necesaria la existencia de una falla del servicio, motivo por el cual no es exigible la demostración del error judicial sino la exoneración de la responsabilidad penal del detenido por alguna de las causales contempladas en la norma (Art. 414 del Decreto ley 2700 de 1991), lo que la torna, según la misma Corporación, en una responsabilidad objetiva. (Subrayado fuera del texto) (p.16)

Con lo que además indica:

El título de imputación de la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad radica en la noción de daño antijurídico previsto en el artículo 90 de la Constitución Política y definido como aquel que la persona que lo padece no está en la obligación jurídica de soportarlo, es decir, cuando no existen causas de justificación expresa que legitimen el perjuicio sufrido. La prisión se justifica en las personas que violen el ordenamiento penal, quienes quedan obligadas por ese hecho a soportar las penas que se les imponga como consecuencia de su conducta delictiva; pero se torna injustificada, cuando el procesado que ha sido sometido a prisión provisional es sobreseído definitivamente al demostrarse su inocencia, pues en este último caso, el inculcado no ha violado el orden jurídico que apareja como consecuencia la sanción que ha padecido. Como es sabido, el condenado dentro de un proceso penal tiene derecho a que el tiempo en que estuvo sometido a prisión provisional le sea contabilizado como parte de la pena, lo que constituye una forma de compensación por la prisión sufrida antes de la condena. Dicha compensación no aplica en caso de que el detenido preventivamente sea absuelto de toda responsabilidad penal, pues no se le podría abonar el tiempo en prisión por que no fue condenado, tampoco se le puede crear un derecho de crédito por el tiempo que estuvo detenido, porque eso sería como mandarlo a delinquir para cobrar el tiempo que estuvo en prisión, en cuyo caso no tendría ninguna retribución por la prisión inmerecida que sufrió, de donde deviene necesariamente la indemnización de los perjuicios que le causaron con la aplicación de la medida.

Según el Consejo de Estado, el fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado por la privación injusta de la libertad, radica en el concepto de daño antijurídico previsto en el artículo 90 de la Constitución Política, de manera que basta con que una persona privada de la libertad en desarrollo de una investigación penal y posteriormente liberada y desvinculada mediante providencia judicial, demuestre o pruebe la existencia de un daño causado por esa privación de la libertad, para que proceda la indemnización por parte del Estado, toda vez que no estaba en el deber de soportarlo.(p.17)



Díaz (2011) como novedad la autora refiere a que el Consejo de Estado en algún momento utilizó la ponderación como mecanismo para identificar la obligación de reparar a quien le endilga la responsabilidad extracontractual al Estado por privación injusta de la libertad, además entiende que el deber de reparar los daños ocasionados de esta casuística no proviene de la antijuridicidad de la decisión judicial sino del daño percibido por la víctima, esto en razón a que la noción de daño antijurídico no tiene como finalidad sancionar las fallas del servicio o castigar a sus infractores sino que funda su expresión en garantizar los derechos de las víctimas a ser reparados, con todo es claro que el fundamento de la responsabilidad objetiva no termine siendo el sancionar la falla cometida por el agente estatal sino la protección de los derechos de las víctimas con todo el daño antijurídico como elementos que pregonan la reparación del daño de aquella persona que no está en el deber jurídico de soportar cobra mayor fuerza, para finalmente la autora concluir:

En conclusión, en Colombia, como en muchos otros países, se ha dejado de lado la libertad, junto a otros derechos fundamentales del hombre, para perseguir la seguridad jurídica y social de los hombres en comunidad. La privación injusta de la libertad es algo más común de lo que podemos imaginarnos, lo cual es inimaginable en un estado que debe garantizar todos los derechos fundamentales como el nuestro, en el que debe prevalecer la favorabilidad, la presunción de inocencia y LA LIBERTAD. No se debe tratar con irrespeto estos valores y derechos que nos hacen más humanos, siendo que una carga como el estar privado de la libertad no debería ser soportada por ningún ser en honor a su naturaleza humana (p.16-17)

Ariza (2016) centra su investigación en indagar por el título de imputación al momento de realizar una solicitud de responsabilidad extracontractual del Estado por privación injusta de la libertad, así entonces en un primer momento indica que esto dependerá de la causal por la cual la persona fue absuelta.

Con todo, destaca que, pese al carácter inalienable del derecho a la libertad, el Estado a partir del monopolio de la justicia puede dictar medidas preventivas para asegurar los fines propios del proceso penal, sin embargo es necesario destacar que cuando el Estado incurre en fallos desproporcionados o arbitrarios, los principios de legalidad y de responsabilidad del Estado cobran vigencia, ello en aras



de respetar los derechos de los ciudadanos y además que se garantice la reparación de los daños en que incurrió el Estado.

Ahora entonces explica el autor algunas hipótesis bajo las cuales se configura la privación injusta de la libertad: (i) cuando la captura no se da dentro de los requisitos estatuidos por el ordenamiento jurídico, (ii) cuando la captura no se da bajo los requisitos y finalidades propias de la medida de aseguramiento, (iii) cuando una vez concedida la medida de aseguramiento con todos los requisitos legales, y una vez llevado a juicio el imputado es absuelto.

De cualquier forma encuentra el autor que las interpretaciones del Consejo de Estado frente a la privación injusta de la libertad se encuentra circunscrita a la interpretación del artículo 414 del decreto 2700 de 1991 antiguo código de procedimiento penal, con lo cual a partir del año 1990 la jurisprudencia del Consejo de Estado según la posición adoptada se ha apoyado en dos títulos de imputación: la falla del servicio y el daño especial, para juzgar aquellos casos en que se reprocha una privación injusta de la libertad.

Ahora entonces el autor citando a García de Enterría menciona que se ha dicho frente al título de imputación que este termina siendo el fenómeno jurídico mediante el cual un sujeto tiene el deber de reparar a otro, con base en una relación existente entre uno y otro, así de este mismo modo, ello implica una relación entre el daño y el sujeto imputado del cual se predica el deber de reparar el daño dada su antijuridicidad.

Muñoz (s.f.) indica que al consagrarse la noción de daño antijurídico en la Constitución de 1991 más precisamente en el artículo 90 la responsabilidad Extracontractual del Estado adquirió un carácter objetivo, en donde no era necesario demostrar el elemento culpa de la administración.

De esta manera señala frente al título del daño especial y los regímenes:

Daño especial. Es el rompimiento del principio de la igualdad de los administrados frente a las cargas públicas, donde las cargas públicas únicamente pueden ser desequilibrados por el Estado, quienes tiene lugar cuando con el desarrollo de una actuación legítima desarrollada por el Estado, se le impone a los ciudadanos una carga aún mayor que la que



Esta obra está bajo una [licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/).

soportan las demás personas que también se benefician de esa actuación lícita del Estado. Las cuales se pueden describir por el actuar del estado en la ocupación, la expropiación, los trabajos u obras públicas, (Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, consejero Ponente Jesús María Carrillo Ballesteros, Radicación número IJ-001 Sentencia del 25 de Agosto de 1998, Santafé de Bogotá D.C.)

Por lo cual se explica que son y cómo funcionan los regímenes de responsabilidad (subjeto y objetivo):

Regímenes de responsabilidad. Es un sistema o mecanismo conformado por un conjunto de normas, mediante el cual se determina o señala la responsabilidad. Con base y fundamento en nuestra jurisprudencia, se estableció dos regímenes para establecer la configuración de la responsabilidad, los cuales son el Régimen de responsabilidad subjetivo, y el Régimen de responsabilidad objetivo.

Régimen de responsabilidad subjetivo. Se tiene en cuenta la conducta del Estado, para determinar si el mismo es o no responsable. El único título de imputación de responsabilidad es la falla del servicio, ya que este título indica una conducta defectuosa del Estado.

Régimen de responsabilidad objetivo. O también denominado responsabilidad sin falta; en este régimen no se tiene en cuenta la conducta del Estado para determinar si es responsable o no; ya que la actuación estatal no es objeto de estudio dentro de este régimen de responsabilidad, por lo que la actuación omisiva, tardía o irregular por parte del Estado no es necesaria para configurar su responsabilidad. Es decir, el elemento subjetivo de culpabilidad no existe, aquí lo determinante es el daño y su antijuridicidad. Ahora bien, cuando el régimen de responsabilidad objetivo opera para el riesgo excepcional se presume la responsabilidad del Estado. (pp. 8-9)

Además de ello, señala otras definiciones que resultan importantes:

el concepto jurídico de lesión difiere sustancialmente del concepto vulgar de perjuicio. En un sentido puramente económico o material se entiende por perjuicio un detrimento o pérdida patrimonial cualquiera. La lesión a la que se refiere la cláusula constitucional y legal es otra cosa, sin embargo. Para que exista lesión en sentido propio no basta que exista un perjuicio material, o pérdida patrimonial; es absolutamente necesario que ese perjuicio patrimonial sea antijurídico, antijurídica en la que está el fundamento, como notamos, del surgimiento de la obligación reparatoria.

La Imputabilidad. Consiste en la atribución jurídica -imputatio iuris- que del daño se hace a la administración pública y esta atribución depende de lo que se ha conocido jurisprudencialmente como el nexo con el servicio. De acuerdo con ello, la imputación como



presupuesto para la declaratoria de la responsabilidad patrimonial del Estado, no está solamente ligado a la revisión de la causal entre el hecho de la administración y el daño sufrido por la víctima, sino que se debe buscar el pertinente título de imputación jurídica, que determine la obligación de la administración de reparar o compensar el daño causado.

Los títulos de imputación de responsabilidad a cargo del Estado. Para pretender una indemnización por privación injusta de la libertad se debe tener uno de los títulos que fundamentan la imputación al funcionamiento defectuoso del Estado. (p.10)

Ahora entonces para abordar la privación injusta de la libertad, Santofimio (2017) hace referencia a las tres tesis que ha manejado el Consejo de Estado al momento de determinar el título de imputación de la privación injusta de la libertad, en donde la primer tesis que aplico la Corporación fue aquella de carácter restrictiva en donde para que se declarara la responsabilidad del Estado era necesario demostrar la falla del servicio, con lo que a todas luces la decisión de la privación tenía que ser abiertamente ilegal o arbitraria, con todo era necesario demostrar el error judicial; una segunda tesis, en donde el actor que pretendía el pago indemnizatorio producto de la privación injusta de la libertad debía demostrar el carácter injusto de la medida cuando la decisión definitiva no estuviere contemplada dentro de las causales del artículo 414 del decreto 2700 de 2000, mientras que cuando se presentaran los casos enunciados en este artículo se aplicaba un régimen de responsabilidad objetiva; un tercer tesis, en donde cuando el proceso penal es terminado mediante un sentencia absolutoria u opera el principio in dubio pro reo, se entiende que existió una carga que no debía soportar el privado de la libertad y en consecuencia nace el deber de reparar a cargo de la administración.

En este mismo sentido García (2015) realiza una línea jurisprudencial frente a los títulos de imputación de la privación injusta de la libertad en el periodo comprendido entre 1990 a 2014 en donde destaca las diversas teorías entorno a la aplicación de un régimen de responsabilidad de carácter objetivo o subjetivo, indicando como la posición del Consejo de Estado ha variado a lo largo de su jurisprudencia, es como el Consejo de Estado ha señalado en alguna parte de su jurisprudencia que el título de imputación para la privación injusta de la libertad sea el daño especial mientras que en otras oportunidades indica que es la falla del servicio la adecuada, ello sin



lugar a duda representa dos concepciones de entender y aplicar la responsabilidad patrimonial del Estado para estos supuestos facticos.

Por otra parte Gil (2017) será otro referente de vital importancia para abordar la privación injusta de la libertad, en donde el autor identifica tres posiciones del Consejo de Estado frente al título de imputación bajo el cual debe opera la privación injusta de la libertad, una primer tesis restrictiva en la cual operaba la falla del servicio, una tesis intermedia en donde operaba la falla del servicio o el daño especial según se presentaran los casos contemplados en el artículo 414 del decreto 2700 de 1991, y finalmente una tercer tesis relativa a la aplicación de forma general de la tesis objetiva, en donde cuando el proceso penal se termina con sentencia absolutoria se aplica el título de imputación del daño especial.

Otro punto que cabe destacar en este autor es el señalamiento entre las tesis adoptadas por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, en tanto para la segunda a partir de una sentencia del año 1996 el título de imputación bajo el cual opera la privación injusta de la libertad es la falla del servicio.

De cualquier forma otro punto de importancia para este autor deviene en señalar que cuando el proceso penal termina con sentencia absolutoria sin importar las razones de la decisión, es decir, por falta de tipicidad, antijuricidad o culpabilidad, en cualquier caso se aplica el régimen de imputación objetiva mediante el título de daño especial, con todo el juez administrativo le está prohibido hacer una revisión de la sentencia absolutoria del juez penal sino que el primero deberá verificar la existencia o no del daño irrogado por el demandante a partir de la actividad de la administración de justicia, sin embargo si el juez observa un error muy evidente y grotesco en la decisión jurisdiccional que termino ocasionando la privación injusta de la libertad deberá falla conforme el título de falla del servicio por efecto de la acción de repetición.

Lo anterior deberá considerarse a partir de la jurisprudencia del Consejo de Estado frente al título de imputación aplicable a la privación injusta de la libertad, así entonces deberán tenerse como sentencia principales Sentencia de unificación



23354 del 17 de octubre de 2013 y sentencia de Unificación 46.947 del 15 de agosto de 2018.

### **Revisión jurisprudencial del Consejo de Estado frente a la privación injusta de la libertad y su régimen de responsabilidad**

Inicialmente el Consejo de Estado frente a los perjuicios ocasionados producto de la privación injusta de la libertad, conceptuó que esta se configura a partir del título de imputación de la falla del servicio por cuanto la administración no deberá responder por los daños ocasionados a un ciudadano por el simple error conceptual dentro de una providencial judicial, sino que en realidad el juez al momento de valorar la responsabilidad o no de la administración deberá encontrar conductas abiertamente contrarias a derecho, es decir, que se observe un error ostensible en el órgano jurisdiccional:

Si bien, el Consejo de Estado se ha mostrado renuente a declarar la responsabilidad del Estado por falla del servicio judicial, considera la Sala que tal posición jurisprudencial no puede ser tan inflexible ni volver la espalda a determinadas realidades de equidad y justicia en cuanto se trata de resarcir los perjuicios ocasionados con acciones u omisiones escandalosamente injurídicas y abiertamente ilegales, ocurridas en la prestación de dicho servicio. Desde luego, no se trata de reconocer responsabilidad administrativa a cargo del Estado como consecuencia de un fallo, sentencia o providencia definitivas y con efectos de cosa juzgada, por la simple equivocación conceptual en que pueda incurrir el juzgador. Al contrario, se trata de que los administrados conozcan que cuando sus jueces incurren en eventuales conductas abiertamente contrarias a derecho y generadores de daños y perjuicios materiales y morales, junto con su personal responsable, originan también en el propio Estado la obligación resarcitoria. Las situaciones, desde luego, tienen que ser muy especiales y corresponden a determinaciones también muy especiales, de aquellas en que por ser tan ostensible y manifiestamente errado el comportamiento del Juez, con su proyección hacia los asociados, ocasione perjuicios graves como el fallecimiento de una persona y su significación patrimonial, económica y moral en su parentela. (Consejo de Estado, sentencia 7.058 de 1992)

Además de lo anterior, la corporación señala frente a otros daños que se ocasionan producto de la privación injusta de la libertad y en consecuencia el derecho de reparación que tienen la víctimas por los perjuicios ocasionados por parte de la administración:



Ahora bien, en el caso bajo estudio se contempla no simplemente el contexto de una decisión contraria a lo establecido en la norma. Es que además de la negativa a suspender el estado material de detención, (no la providencia porque el auto de detención permanecía vigente), implicaba, para este preciso caso, la disposición del detenido y con ella la obligación de prestarle los servicios necesarios para conservar su vida y su integridad; obviamente tales compromisos no se cumplieron, no se permitió la suspensión de la medida cautelar a pesar de su edad y de su "grave enfermedad"; no se le prestó la atención médica adecuada, no se dieron las condiciones ambientales propias para una persona aquejada de graves enfermedades, omisiones todas derivadas de la errada e inoportuna decisión, desde el punto de vista administrativo, tomada por el Juez de Orden Público. Al menos, desde el punto de vista probatorio, la demandada no hizo el más mínimo esfuerzo para demostrar la realización de conductas contrarias a dichas omisiones. (Consejo de Estado, sentencia 7.058 de 1992)

Posteriormente, el Consejo de Estado en sentencia del 30 de julio de 1994 variara su postura frente a la responsabilidad extracontractual del Estado por privación injusta de la libertad y acoge lo señalado por el Código de procedimiento penal implantado para la época, el Decreto 2700 de 1991, el cual en su artículo 414 desarrolla la acción indemnizatoria a favor de las víctimas de perjuicios ocasionados producto del poder punitivo del Estado, norma jurídica que desarrolla una casuística específica para que procediera el deber obligacional para la administración de reparar:

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

Fue la institución demandada la que causó el perjuicio al demandante, porque si no se hubiera realizado la detención ilegal y si no se hubiera anunciado que existían informes de inteligencia que señalaban a los detenidos como integrantes de las FARC, la Fiscalía no habría adelantado el trámite investigativo, ni hubiera prolongado la detención, como sucedió. (Consejo de Estado, sentencia 30 de julio de 1994)



Esta obra está bajo una [licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/).



Conforme lo anterior, hace expreso la enunciación del fundamento jurídico para la procedencia del deber indemnizatorio a cargo del Estado producto de la privación injusta de la libertad:

Como acertadamente lo señaló el a-quo, el artículo 414 del C. de P. P. consagra una acción indemnizatoria en contra del Estado y en favor de quien ha sido privado injustamente de la libertad, cuando sea exonerado por sentencia absolutorio definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible. Como en el sub-júdice se determinó la inexistencia de hecho punible, el actor tiene derecho a reclamar del Estado Colombiano una indemnización por los perjuicios sufridos. Este artículo 414 es fiel desarrollo del artículo 90 de la Carta Política, solo que circunscrito al daño antijurídico proveniente de las precisas circunstancias allí previstas. (subrayado y cursiva fuera del texto) (Consejo de Estado, sentencia 30 de julio de 1994)

Ahora entonces en sentencia 9391 del 15 de septiembre de 1995 el Consejo de Estado reitero su posición frente al artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, y el sustento jurídico bajo el cual opera la indemnización de perjuicios por privación injusta de la libertad:

"Como acertadamente lo señaló el a - quo, el artículo 414 del C. de P. P., **consagra una acción indemnizatoria en contra del Estado y en favor de quien ha sido privado injustamente de la libertad, cuando sea exonerado por sentencia absolutorio definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible.** Como en el sub - júdice se determinó la inexistencia de hecho punible, el actor tiene derecho a reclamar del Estado Colombiano, una indemnización por los perjuicios sufridos. Este artículo 414 es fiel desarrollo del artículo 90 de la Carta Política, sólo que circunscrito al daño antijurídico proveniente de las **precisas circunstancias allí previstas**". (negrilla dentro del texto) (Consejo de Estado, sentencia 9.391 de 1995)

Con todo, la sección tercera del Consejo de Estado realiza una precisiones sobre las reglas que rigen para la privación injusta de la libertad, en donde debe resaltarse como para esta corporación la casuística del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 no son los únicos eventos bajo los cuales opera la responsabilidad del Estado sino que la dogmática del artículo 90 constitucional, el Estado deberá reparar los daños ocasionados cuando se presente un daño antijuridico sin acudir exclusivamente a los supuestos señalados por la Ley como también destaca la naturaleza objetiva de la responsabilidad por privación injusta de la libertad cuando se presentan las



circunstancias del Código de procedimiento penal mientras que cuando no se den estos eventos específicos se deja entrever que se aplicara un régimen subjetivo .

En esta sentencia el Consejo de Estado hace unas importantes precisiones sobre la privación injusta de la libertad, así inicialmente indica que este tipo de responsabilidad se apoya en el artículo 90 constitucional y el artículo 414 del Código de Procedimiento penal, con lo cual es un tipo de responsabilidad directa producto del error jurisdiccional, por eso que pronuncie la existencia de la falla del servicio para que se dé la obligación del Estado de resarcir los daños, esto conforme la sentencia 12 del 2 de febrero de 1978 (Consejo de Estado, sentencia 9.391 de 1995).

Un segundo punto en donde indica que para que se dé la declaración de responsabilidad a cargo del Estado es necesario que exista un grosero error que produzca la privación injusta de la libertad, sin embargo, el solo error no es procedente para la declaración de responsabilidad, sino que este debe ser sustentado en pruebas que demuestren los hechos base de las pretensiones (Consejo de Estado, sentencia 9.391 de 1995).

Empero, indica el Consejo de Estado que la responsabilidad del Estado por privación injusta no solo procede cuando existe una falla del servicio sino además cuando se produce un daño antijurídico. Así mismo, es menester que se demuestre la existencia de un daño moral o físico, que pueda evaluarse económicamente, exista una relación de causalidad y un daño que pueda ser indemnizado (Consejo de Estado, sentencia 9.391 de 1995).

Además, para que proceda la declaración de responsabilidad es importante entender que no puede presentarse una actitud dolosa o culposa de parte del sindicado o damnificado, señala la procedencia del principio de reparación integral en estos casos y la procedencia del régimen objetivo cuando:

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



Esta obra está bajo una [licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/).

Además, señala:

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

Ahora entonces el Consejo de Estado continuo con su línea jurisprudencial en relación con el título de imputación para la privación injusta de la libertad

De lo anterior se sigue que a la luz de la normativa que guía la solución del presente asunto, esto es, los preceptos contenidos en el art. 90 de la Constitución Nacional y el art. 414 del C. P. P., la responsabilidad patrimonial del Estado se encuentra acreditada, con la prueba del daño, para el caso, privación de la libertad del demandante, y de la causalidad, circunstancia que se infiere de la prueba allegada, toda vez que el demandante estuvo a órdenes de los jueces penales que lo investigaron por virtud de los cuales se le privó de la libertad.

(...)

Se observa sí que teniendo presente que la responsabilidad derivada de privación injusta de la libertad es de carácter objetivo, es a la parte demandada, para el caso la Nación - Ministerio de Justicia, a quien correspondía adelantar la labor probatoria que apuntara al acreditamiento de una eventual causal de exoneración, conducta que echa de menos esta corporación, pues ha de repararse en que cuando se le endilga a la Nación la privación de la libertad de una persona, es ella la llamada a acreditar las causales de exoneración. (Consejo de Estado, sentencia 11.754 de 1997)



Esta obra está bajo una [licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/).

Pese a ello, el mismo Consejo de Estado en esta sentencia hace un especial énfasis en la carga procesal que tiene el Estado de desvirtuar la presunción de inocencia que posee cada asociado al Estado, por ello la máxima corporación de la jurisdicción contencioso administrativo indica que la privación de la libertad no podrá basarse en una mera sospecha y en caso de darse, la privación adquirirá el grado de injusta por lo cual nacerá el deber de reparar los perjuicios sufridos por un asociado:

En lo que hace a la aplicación en el proceso penal que originó el presente asunto del principio *In dubio pro reo* y la posibilidad de responsabilizar al Estado cuando la absolución es consecuencia de dicha aplicación, cree la Sala que, tal como se manifestó anteriormente, no se trató de duda sino más bien de falta de prueba incriminatoria, sin embargo aun que se tratase de dicha hipótesis no debe olvidarse que el presupuesto de la aplicación de tal principio, supone una duda para el juzgador penal, lo cual evidencia, precisamente, la deficiencia de la actuación estatal en la labor probatoria, circunstancia que no puede servir de base, ni por asomo, para la exoneración del Estado por la privación injusta de la libertad, pues ha de tenerse presente que, como principio fundamental informador de toda la normativa penal, están los de buena fe y de inocencia, los cuales no pueden desvanecerse y mucho menos inobservarse, por una circunstancia meramente probatoria. (Consejo de Estado, sentencia 11.754 de 1997)

De tal forma que sea la sección tercera del Consejo de Estado quien señala la incidencia de la formula política del Estado social de Derecho para determinar cuándo una privación de la libertad adquiere el grado de injusta, por lo que explica como la libertad dentro del modelo colombiano se erige como un principio fundante del Estado que no puede ser interpretado de forma restrictiva sino por el contrario de amplia que propenda por la garantía de los derechos de los asociados, sea entonces como bajo este prisma el principio de presunción de inocencia materializado en el *in dubio pro reo* termine siendo un verdadero sustento para que el reinen de imputación de la privación injusta de la libertad bajo determinadas circunstancias sea de naturaleza objetiva:

La duda, en materia penal, se traduce en absolución y es ésta precisamente a la luz del art. 414 del C.P.P. la base para el derecho a la reparación. Ya tiene mucho el sindicado con que los jueces que lo investigaron lo califiquen de “sospechoso” y además se diga que fue la duda lo que permitió su absolución, como para que esta sea la razón, que justifique la exoneración del derecho que asiste a quien es privado de la libertad de manera injusta.



Esta obra está bajo una [licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/).

Entiéndase que lo injusto se opone al valor justicia, por lo cual perfectamente puede sostenerse que en punto del derecho fundamental de la libertad de las personas, la necesaria protección que ha de brindarse al sindicado, no puede caer en el vacío mediante un mal entendimiento y utilización de las medidas de aseguramiento. Ante todo, la garantía constitucional del derecho a la libertad y por supuesto, la aplicación cabal del principio de inocencia. La duda es un aspecto eminentemente técnico que atañe a la aplicación, por defecto de prueba, del principio In dubio pro reo. Pero lo que si debe quedar claro en el presente asunto es que ni la sospecha ni la duda justifican en un Estado social de Derecho la privación de las personas, pues se reitera, por encima de estos aspectos aparece la filosofía garantística del proceso penal que ha de prevalecer. Aquí, como se ha observado, sobre la base de una duda o de una mal llamada sospecha que encontrarían soporte en un testimonio desacreditado, se mantuvo privado de la libertad por espacio de más de tres años al demandante, para final pero justicieramente otorgársele la libertad previa absolución.  
(Consejo de Estado, sentencia 11.754 de 1997)

Ahora bien, en sentencia del 14 de marzo de 2002 con ponencia de German Rodríguez Villamizar, el Consejo de Estado volvió a tratar la privación injusta de la libertad y sus elementos por lo que inicialmente indica que este régimen en un primer momento opero a partir de acciones de revisión que fueron prosperas para los demandantes y en un segundo punto a partir, de un régimen patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad. Además de recopilo las tres tesis que con antelación había manejado la sección tercera: una primera fase en donde la responsabilidad del Estado surgía a partir de una actuación ilegal de la administración en donde no debía verificarse la conducta del juez o magistrado para la privación de la libertad; una segunda etapa en donde el tribunal de lo contencioso administrativo acudía al artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 para que naciera el deber de reparar en cabeza del Estado y una tercera etapa en donde se acude a una posición más garantista en donde el juez administrativo deberá observar la naturaleza antijurídica del daño sufrido por quien acude a la jurisdicción teniendo en cuenta el especial carácter que asumen los derechos fundamentales en el marco del Estado social de derecho en donde será la decisión absolutoria quien dará el carácter de injusto o no a una decisión, por lo que se enuncia:



Esta obra está bajo una [licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/).

No puede considerarse, en principio, que el Estado deba responder siempre que cause inconvenientes a los particulares, en desarrollo de su función de administrar justicia; en efecto, la ley le permite a los fiscales y jueces adoptar determinadas decisiones, en el curso de los respectivos procesos, en aras de avanzar en el esclarecimiento de la verdad, y los ciudadanos deben soportar algunas de las incomodidades que tales decisiones les causen. Sin embargo, tampoco pueden hacerse afirmaciones categóricas, para suponer que, en determinados casos, será siempre inexistente el daño antijurídico, mucho menos cuando ha habido lugar a la privación de la libertad de una persona, así sea por corto tiempo, dado que se trata de la vulneración de un derecho fundamental, cuya injusticia, al margen de la licitud o ilicitud de la decisión que le sirvió de fundamento, puede hacerse evidente como consecuencia de una decisión definitiva de carácter absolutorio. He aquí la demostración de que la injusticia del perjuicio no se deriva de la ilicitud de la conducta del agente del Estado. (Consejo de Estado, sentencia 12.076 de 2002)

En sentencia del 4 de abril de 2002 con Ponencia de María Elena Giraldo Mora entiende que si bien en principio el derecho a la libertad no es un derecho absoluto y por el contrario es susceptible de limitaciones pero siempre bajo el prisma del principio de presunción de inocencia, por ello que señale que dentro del máximo tribunal de lo contencioso administrativo se han manejado dos posturas al momento de abordar la privación injusta de la libertad una de naturaleza restrictiva o subjetiva en donde las decisiones jurisdiccionales deben estar fundadas en arbitrariedades o conductas ilegales; y una segunda tesis de naturaleza objetiva o amplia en donde tendrá como supuesto de hecho la privación de la libertad propia del proceso penal con posterior decisión absolutoria en tanto el hecho no ocurrió, no le es imputable o no se configuro en conducta punible, tesis ultima que acoge la sala en esta providencia teniendo como principal argumento la garantía del principio de presunción de inocencia:

(...) la Sala encuentra que una providencia judicial proferida conforme a la ley que prevé y regula la detención preventiva, puede causar un daño antijurídico cuando en el curso de la investigación penal no se desvirtúa la presunción de inocencia del sindicado que, en cumplimiento de dicha providencia, ha sido privado de la libertad. Se precisa igualmente que no es de recibo el argumento, aducido por el Tribunal, según el cual todo ciudadano debe asumir la carga de la investigación penal y someterse a la detención preventiva, pues ello contradice los principios básicos consagrados en la convención de derechos humanos y en



Esta obra está bajo una [licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/).

nuestra carta magna, en particular el in dubio pro reo. Al efecto cabe tener en cuenta que la Sala consideró, en sentencia proferida el día 18 de septiembre de 1997, Exp. 11754 que: “No puede aceptarse que la falta de actividad probatoria por parte del Estado la tengan que soportar, privados de la libertad los sindicatos, cuando precisamente del cumplimiento a cabalidad de dicha función depende el buen éxito de la investigación y desde luego solamente con una adecuada prueba, indicio grave de responsabilidad, se repite, era procedente la imposición de la medida de aseguramiento”. (Consejo de Estado, sentencia 13.606 de 2002)

Con todo hace un especial énfasis en las circunstancias señaladas por el Decreto 2700 de 1991 para que opere el régimen objetivo de responsabilidad en materia de privación injusta de la libertad:

Según el artículo que se comenta, la indemnización no es procedente cuando el daño proviene de la culpa grave o del dolo de la propia víctima. Cuando se produce la exoneración del sindicado, por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente, porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no constituía hecho punible la privación de la libertad resulta siempre injusta, puesto que quien estuvo detenido sufrió un daño que no estaba en la obligación de soportar. En el caso concreto la Sala encuentra cumplidos los supuestos legales para que se configure la responsabilidad del Estado, contenidos en el artículo 414 del decreto ley 2.700 de 1991, puesto que al señor Jorge Elkin Mejía Figueroa se le precluyó la investigación en la cual se le sindicó de la comisión del delito de concierto para delinquir, con fundamento en que el hecho no existió. (Consejo de Estado, sentencia 13.606 de 2002)

En sentencia del 4 de diciembre de 2006, MP. Mauricio Fajardo Gómez nuevamente el Consejo de Estado pregono por una tesis de carácter amplia frente a la privación injusta de la libertad, nuevamente sustentado en el derecho a la libertad como el modelo de Estado y formula política de la Constitución de 1991, de cualquier forma, que se explique que a la luz del Estado Social de Derecho la privación de la libertad no puede constituirse en una carga que los asociados deban soportar en aras de garantizar una aparente supremacía del interés general con todo no es posible desconocer los valores propios de la carta política so pena de incurrir en responsabilidad por parte de la administración:

Esta Corporación ha sostenido que a los asociados corresponde soportar la carga pública que implica participar, por voluntad de la autoridad, en una investigación. Sin embargo, ahora



Esta obra está bajo una [licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/).

la Sala considera oportuno recoger expresiones en virtud de las cuales algunos sectores de la comunidad jurídica han llegado a sostener, sin matiz alguno, que el verse privado de la libertad ocasionalmente es una carga pública que los ciudadanos deben soportar con estoicismo. Definitivamente no puede ser así. Lo cierto es que cualquiera que sea la escala de valores que individualmente se defienda, la libertad personal ocupa un lugar de primer orden en una sociedad que se precie de ser justa y democrática. Por consiguiente, mal puede afirmarse que experimentar la pérdida de un ingrediente fundamental para la realización de todo proyecto de vida, pueda considerarse como una carga pública normal, inherente al hecho de vivir dentro de una comunidad jurídicamente organizada y a la circunstancia de ser un sujeto solidario. Si se quiere ser coherente con el postulado de acuerdo con el cual, en un Estado Social y Democrático de Derecho la persona —junto con todo lo que a ella es inherente— ocupa un lugar central, es la razón de la existencia de aquél y a su servicio se hallan todas las instituciones que se integran en el aparato estatal, carece de asidero jurídico sostener que los individuos deban soportar toda suerte de sacrificios, sin compensación alguna, por la única razón de que resultan necesarios para posibilitar el adecuado ejercicio de sus funciones por las autoridades públicas.

Por lo que señala:

. Ello implica que la procura o la materialización del interés general, no puede llevarse a cabo avasallando inopinada e irrestrictamente las libertades individuales, pues en la medida en que la salvaguarda de éstas forma parte, igualmente, del contenido teleológico esencial con el que la Norma Fundamental programa y limita la actividad de los distintos órganos del Estado, esa protección de los derechos y libertades también acaba por convertirse en parte del interés general. (subrayado fuera del texto) (Consejo de Estado, sentencia 4 de diciembre de 2006)

Así entonces, es de suma importancia lo conceptuado por la sección tercera respecto de las cargas públicas en materia de responsabilidad pública y su relación con la privación injusta de a libertad:

Considera la Sala, de todas formas y como líneas atrás se ha apuntado, que no es posible generalizar y que, en cada caso concreto, corresponderá al juez determinar si la privación de la libertad fue más allá de lo que razonablemente debe un ciudadano soportar para contribuir a la recta Administración de Justicia. Lo que no se estima jurídicamente viable, sin embargo, es trasladar al administrado el costo de todas las deficiencias o incorrecciones en las que, en ocasiones, pueda incurrir el Estado en ejercicio de su ius puniendi. El umbral de resistencia de los ciudadanos ha de ser mayor cuando se trata de cargas públicas cuya





asunción se hace necesaria para garantizar la sostenibilidad de la existencia colectiva, pero deberá analizarse la magnitud de tales cargas con un escrutinio más estricto y comprensivo —siempre desde la perspectiva de la víctima— allí en donde estén involucrados aspectos que tocan en toda su plenitud la esfera de derechos fundamentales del individuo, al punto de, incluso, poder llegar a hacer inviable su proyecto personal de vida, circunstancia que se da, sin asomo de duda, cuando se ha afectado de manera tan intensa —como en el sub lite— una garantía tan cara a la naturaleza humana como lo es el sagrado derecho a la libertad. Por tanto, la centralidad del principio-derecho a la libertad, en el seno de todo Estado constitucional, democrático y de Derecho, lo constituye en verdadero valor fundante de la organización política misma, con incidencia tanto en la concepción de los demás derechos inherentes a la condición humana, como en la configuración de la manera de ser y de proceder de las autoridades públicas. (subrayado fuera de texto) (Consejo de Estado, sentencia 4 de diciembre de 2006)

Continuando en sentencia 15.463 de 2007 con ponencia de Mauricio Fajardo en un primer momento se abordan dos temáticas relativas a la privación injusta de la libertad, la primera de ellas la restricción de limitar el título de imputación de privación injusta de la libertad a la casuística propia de la Ley 270 de 1996 y el Decreto 2700 de 1991, en razón a la imposibilidad de restringir la responsabilidad patrimonial del Estado a únicamente estos supuestos facticos y por la tanto desconocer la propia normativa constitucional que bajo ninguna circunstancia puede ser ignorada y limitada por normas de orden infra constitucional

No es viable, en consecuencia, considerar que un precepto contenido en una ley estatutaria pudiera restringir los alcances que a la responsabilidad del Estado le vienen determinados desde el artículo 90 de la Constitución. Al remarcarlo así, la propia Corte Constitucional no hace otra cosa que señalar que, más allá de las previsiones contenidas en la comentada Ley 270 de 1996, los parámetros a los cuales se ciñe la responsabilidad patrimonial de las autoridades públicas son los estructurados por el artículo 90 de la Carta, que pueden ser precisados, mas no limitados, por una norma infraconstitucional. El anterior aserto encuentra refuerzo adicional en lo dispuesto por el artículo 69 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia el cual, desarrollando el querer del plurimencionado artículo 90 constitucional, amplía el plexo de hipótesis en las cuales puede declararse la responsabilidad del Estado derivada de la función de Administración de Justicia, al estatuir que “quien haya sufrido un daño antijurídico, a consecuencia de la función jurisdiccional tendrá derecho a obtener la consiguiente reparación



(...) y que se traduce en una de las diversas modalidades o eventualidades que pueden generar responsabilidad del Estado por falla del servicio de Administración de Justicia—, esa hipótesis así precisada no excluye la posibilidad de que tenga lugar el reconocimiento de otros casos en los que el Estado deba ser declarado responsable por el hecho de haber dispuesto la privación de la libertad de un individuo dentro del curso de una investigación penal, siempre que en ellos se haya producido un daño antijurídico en los términos del artículo 90 de la Constitución Política.(subrayado fuera del texto)(Consejo de Estado, sentencia 15463 de 2006)

Así entonces frente al daño antijurídico en la privación injusta de la libertad, se es enfático en que la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad no surge únicamente de la normatividad infra constitucional sino del mismo artículo 90 constitucional:

. Nada obstaría para entender que, frente a supuestos como el descrito, que no encuadran en la hipótesis fáctica del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, el fundamento de la responsabilidad del Estado puede encontrarse en otros preceptos de la misma Ley -como el inciso primero del artículo 65 o el artículo 69 ejusdem- pero, en todo caso y sin lugar a la menor hesitación, en el artículo 90 de la Constitución Política, en la cual tienen arraigo, aún después de la entrada en vigor de la Ley 270 de 1996 -como suficientemente se explicó al hacer referencia a la jurisprudencia de la Corte Constitucional en este sentido- todos aquellos supuestos en los cuales se produce un daño antijurídico imputable a la Administración de Justicia, que no están contemplados -más no por ello excluidos, se insiste- en el premencionado artículo 68 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. (subrayado fuera del texto) (Consejo de Estado, sentencia 15463 de 2006)

De cualquier forma, la corporación indica frente a la naturaleza y título jurídico de la privación injusta de la libertad:

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



que éste no se encuentre en el deber jurídico de soportarlos. )(Consejo de Estado, sentencia 15463 de 2006)

Continuando en sentencia del 5 de junio de 2008 con ponencia de Enrique Gil Botero, la sección tercera del Consejo de Estado acude al principio de presunción de inocencia como fundamento para que opere la responsabilidad del Estado en casos de privación injusta de la libertad alejándose de la casuística propia de la Ley 270 de 1996 y el Decreto 2700 de 1991:

Es decir, que después de la entrada en vigencia de la ley 270 de 1996, cuando una persona privada de la libertad sea absuelta “porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible”, se configura un evento de detención injusta. A las hipótesis citadas se les ha agregado el evento de absolución en aplicación del in dubio pro reo. Lo enunciado, con fundamento en la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, prevista en el artículo 90 de la Constitución política. (subrayado fuera del texto) (Consejo de Estado, sentencia 16.819 de 2008)

Con todo se hace especial énfasis en la naturaleza objetiva de la privación injusta de la libertad, todo ello amparado en la teoría de la igualdad ante las cargas públicas y el título de imputación del daño especial:

La privación de la libertad, en estos casos, puede y debe darse con pleno acatamiento de las exigencias legales, pero, a la postre, si se dicta una providencia absolutoria, por cualquiera de los supuestos ya citados o por duda, se trataría de una decisión legal que pone en evidencia que la medida inicial fue equivocada. El fundamento de la indemnización, entonces, no sería la ilegalidad de la conducta, por lo que debe preguntarse si el hecho de la privación de la libertad, en esas circunstancias, da lugar o no a un perjuicio indemnizable, es decir, si se ha configurado un daño antijurídico. Esto, bajo el entendido que “los ciudadanos están obligados a soportar algunas cargas derivadas del ejercicio de las funciones administrativas, y sólo en la medida en que, como consecuencia de dicho ejercicio, se produzca un perjuicio anormal, puede concluirse que han sido gravados de manera excepcional”. (subrayado fuera del texto) (Consejo de Estado, sentencia 16.819 de 2008)

Conforme lo anterior el Consejo de Estado continuara su línea en sentencia del 16 de julio de 2008 en donde se indicará como la vulneración del derecho a la libertad producto de la privación de la libertad sin importar cual fuese su causa genera la obligación reparatoria en cabeza del Estado:



Esta obra está bajo una [licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/).

El desconocimiento del derecho fundamental, en los casos de privación injusta de la libertad compromete la responsabilidad del Estado por mandato del artículo 90 de la Constitución y las normas que lo han regulado. El argumento del Tribunal resulta inadmisibles. Obrar de esa manera supondría dejar impune una irregularidad que ha afectado al individuo y desconocer los imperativos mandatos constitucionales que protegen el derecho a la libertad y disponen la reparación en los eventos de daños antijurídicos que le sean imputables.

Adicionalmente, se advierte que esa consideración del a quo no tiene cabida en el caso concreto porque se acreditó que contra el afectado no se dictó sentencia condenatoria, sino que, por el contrario, se dictó a su favor providencia definitiva de preclusión de la investigación. (Consejo de Estado, sentencia 17174 de 2008)

En sentencia del 25 de febrero de 2009 nuevamente el Consejo de Estado realiza una interpretación de las normas que regulan la responsabilidad patrimonial del Estado por la privación injusta de la libertad, desde esta óptica alude a la jurisprudencia constitucional para destacar como el artículo 90 de la Constitución al ser una principio del Estado Social de Derecho puede ser precisado por normas de rango infra constitucional mas no limitado en forma alguna, por ello que la cláusula de responsabilidad del Estado sea cual fuese su desarrollo normativo siempre fungirá de carácter residual a aquellos eventos que no se encuentren circunscritos en los supuestos facticos de orden legal. Conforme lo anterior se aplica la teoría de las cargas públicas y el título de imputación del daño especial para la resolución del caso en cuestión:

En esas circunstancias, como se hizo alusión anteriormente, resultaría desde todo punto de vista desproporcionado exigir a los particulares que soporten en forma inerme y sin derecho a algún tipo de compensación –como si se tratase de una carga pública que todos los coasociados debieran asumir en condiciones de igualdad–, el verse privados de la libertad durante aproximadamente 15 meses en aras de salvaguardar la eficacia de las decisiones del Estado prestador del servicio público de Administración de Justicia. Así las cosas, se puede concluir que bajo las circunstancias fácticas descritas no estaban en la obligación de soportar los daños que el Estado les irrogó y que deben ser calificados como antijurídicos, calificación que determina la consecuente obligación para la Administración de resarcir a los demandantes. (subrayado fuera del texto)(Consejo de Estado, sentencia 25.508 de 2009)



Siguiendo la jurisprudencia del Consejo de Estado en sentencia del 6 de abril de 2011 continuo pregonando por el carácter objetivo de la responsabilidad del Estado cuando se presentan situaciones de privación injusta de la libertad, con todo el carácter de legalidad o no de la privación pierde la importancia dada en otrora y lo que determinara el carácter injusto o justo de la privación terminara siendo la sentencia absolutoria o condenatoria, es por esto que a pesar de que la medida restrictiva de la libertad este acorde con el ordenamiento jurídico, la sola limitación causa que surja para la administración el deber de reparar los perjuicios sufridos por el asociado producto de la medida de aseguramiento:

Si bien es cierto que el Estado está legitimado para privar preventivamente de la libertad a las personas que sean sometidas a una investigación penal, cuando se cumplan estrictamente los requisitos constitucional y legalmente previstos para la imposición de esa medida de aseguramiento, la persona que sufra dicha limitación tendrá derecho a que se le indemnicen los daños que con la misma se le hubieran causado, sin que se requiera realizar ninguna valoración diferente, cuando se profiere sentencia absolutoria o su equivalente, por haberse demostrado que esa persona no ha incurrido en ninguna conducta digna de reproche penal, porque en tal caso la medida devendrá injusta. En pocas palabras: quien legal pero injustamente privado de su libertad, tiene derecho a que se le indemnicen los daños que hubiere sufrido, porque en tal caso los daños causados con su detención serán antijurídicos. (subrayado fuera del texto) (Consejo de Estado, sentencia 21653 de 2011)

De esta forma, en esta providencia se acentúa el carácter definitorio de la sentencia proferida por el juez en tanto si se diere la privación de la libertad dentro del curso del proceso y la decisión fuese de carácter absolutorio la privación se considera por sí misma como injusta:

En síntesis, la responsabilidad patrimonial del Estado debe ser declarada en todos aquellos casos en los cuales se dicte sentencia penal absolutoria o su equivalente, porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no era constitutiva de hecho punible, con fundamento en el segundo segmento normativo del artículo 414 del decreto 2700 de 1991, cuando la decisión penal se profiera en vigencia de esa norma, esto es, cuando la sentencia penal o su equivalente se hubieran proferido durante el lapso comprendido entre el 30 de noviembre de 1991 y el 24 de julio de 2001, al margen de que la privación de la libertad la hubiera sufrido el sindicado aún antes de la vigencia de la norma, porque sólo desde la decisión definitiva debe entenderse consolidado el daño antijurídico.



Si la sentencia penal absolutoria o la providencia equivalente se hubieran dictado con posterioridad al 24 de julio de 2001, el fundamento normativo de la decisión reparatoria lo será el artículo 90 de la Constitución, dado que los supuestos previstos en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 corresponden realmente a eventos de daño antijurídico, por tratarse de una privación injusta de la libertad, aunque causados con una conducta jurídicamente irreprochable del Estado.(subrayado fuera del texto) (Consejo de Estado, sentencia 21653 de 2011)

Nuevamente en sentencia del 12 de mayo de 2011 con ponencia de Mauricio Fajardo Gómez, el máximo tribunal de la jurisdicción contenciosa administrativo al abordar la figura de la privación injusta de la libertad realiza una precisiones frente a este tipo de responsabilidad patrimonial en cabeza del Estado: 1) la importancia de la etapa investigativa en cabeza del Estado, dado que de realizarse de buena manera esta labor se impediría que quienes fuesen sindicados de un delito fuesen privados injustamente de su libertad; 2) el principio de in dubio pro reo como fundamento esencial para que opere la responsabilidad del Estado por privación de la libertad, dado que si el Estado no es capaz de desvirtuar la presunción de inocencia que pesa sobre cada ciudadano, la privación adquiere la categoría de injusta, por lo que se replantea los supuestos señalados por el Decreto 2700 de 1991 y la Ley 270 de 1996 como únicos fundamentos normativos para la declaratoria de responsabilidad estatal:

Finalmente y en un cuarto momento, la Sala amplió la posibilidad de que se pueda declarar la responsabilidad del Estado por el hecho de la detención preventiva de ciudadanos ordenada por autoridad competente a aquellos eventos en los cuales se causa al individuo un daño antijurídico aunque el mismo se derive de la aplicación, dentro del proceso penal respectivo, del principio in dubio pro reo, de manera tal que aunque la privación de la libertad se hubiere producido como resultado de la actividad investigativa correctamente adelantada por la autoridad competente e incluso cuando se hubiere proferido la medida de aseguramiento con el lleno de las exigencias legales, lo cierto es que si el imputado no resulta condenado, se abre paso el reconocimiento de la obligación, a cargo del Estado, de indemnizar los perjuicios irrogados al particular, siempre que éste no se encuentre en el deber jurídico de soportarlos –cosa que puede ocurrir, por vía de ejemplo, cuando el hecho exclusivo y determinante de la víctima da lugar a que se profiera, en su contra, la medida de aseguramiento–.(subrayado fuera del texto) (Consejo de Estado, sentencia 20665 de 2011)



Con lo que, frente al segundo de los puntos planteados, ello es, el principio de presunción de inocencia como eje basilar de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad que posibilita la aplicación de un régimen de responsabilidad de carácter objetivo:

[D]e acuerdo con la posición mayoritaria asumida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, aún cuando la absolución o exoneración de responsabilidad del imputado que ha estado privado de la libertad no se produzca en aplicación de alguno de los tres supuestos previstos en el artículo 414 del antes referido Decreto-Ley 2700 de 1991, sino como consecuencia de la operatividad del citado principio in dubio pro reo, éste no puede proveer de justo título a la privación de la libertad a la cual fue sometida por el Estado la persona penalmente procesada, comoquiera que aquel nunca pudo desvirtuar que se trataba de una persona inocente –presunción constitucional de inocencia cuya intangibilidad determina la antijuridicidad del daño desde la perspectiva de la víctima, quien no está en el deber jurídico de soportarlo, dado que se trata de una víctima inocente–, más allá de que resultaría manifiestamente desproporcionado exigir de un particular que soportase inerme y sin derecho a tipo alguno de compensación –como si se tratase de una carga pública que todos los coasociados debieran asumir en condiciones de igualdad–, el verse privado de la libertad en aras de salvaguardar la eficacia de una eventual sentencia condenatoria si, una vez instruido el proceso penal y excluida de manera definitiva la responsabilidad del sindicado precautelativamente privado de la libertad, el propio Estado no logra desvirtuar la presunción constitucional de inocencia que siempre amparó a la víctima directa de tal detención, (...)(subrayado fuera del texto) (Consejo de Estado, sentencia 20665 de 2011)

La aplicación del régimen de responsabilidad objetiva seguiría aplicándose en la sección tercera del Consejo de Estado, en donde se seguiría utilizando la normatividad propia del Decreto 2700 de 1991 para la resolución de casos de privación injusta, esto puede observarse en la sentencia del 19 de octubre con ponencia de Enrique Gil Botero:

Para la Subsección es claro que el asunto sub examine, debe ser analizado desde la perspectiva del título de imputación objetivo, como quiera que el supuesto fáctico que se debate se enmarca en las puntuales hipótesis que dan lugar a resolver la controversia a partir de allí, de conformidad con la jurisprudencia reiterada de esta Corporación. (...) Es importante precisar que las hipótesis establecidas en el artículo 414 del C.P.P. de 1991 (decreto ley 2700), al margen de la derogatoria de la disposición, han continuado rigiéndose por una perspectiva objetiva de responsabilidad. En consecuencia, el régimen aplicable para



definir si la privación de la libertad fue injusta en estos tres supuestos es el objetivo, inclusive con posterioridad a la ley 270 de 1996, en los términos precisados por la jurisprudencia de la Corporación. (Consejo de Estado, sentencia 19.151 de 2011)

En sentencia del 23 de mayo de 2012, el Consejo de Estado en su sección tercera reitera la procedencia del régimen objetivo de responsabilidad para los casos de privación injusta de la libertad, en donde nuevamente el principio in dubio pro reo termina siendo la principal fuente para la declaratoria de responsabilidad estatal, con lo cual se reafirma como el principio de presunción de inocencia termina siendo un verdadero límite al actuar punitivo del Estado, por ello se considera que una vez se decreta la medida restrictiva de la libertad en contra del ciudadano es menester que el aparato estatal demuestre la culpabilidad de quien es imputado so pena de terminar desembocando en una condena patrimonial en contra del Estado:

Conforme al acontecer jurisprudencial de esta Corporación sobre el tema en estudio, para la Sala, no cabe duda que, en los casos de absolución por aplicación del principio In dubio pro reo o de falta de prueba incriminatoria, en los eventos en que como el que ocupa la atención de la Sala, la responsabilidad del Estado, es de carácter objetivo.

Lo propio sucede cuando la absolución se produce ya por aplicación del principio “Indubio pro reo” o, por falencia o ausencia probatoria, en cuyos casos, también el daño se torna antijurídico, porque se excede la carga pública soportable, para quien se le asegura con medida privativa de su libertad y así permanece durante la investigación y en ocasiones en la etapa de juzgamiento, para que al decidirse de fondo, se le diga que no existe prueba en su contra para condenarlo, esto es que no hay pruebas que conlleven a la certeza del hecho punible o sobre la responsabilidad del sindicado, según la exigencia del artículo 247 del decreto 2700 de 1991.

Lo anterior en razón a que duda es lo opuesto a certeza, y ésta se exige para poder proferir sentencia condenatoria en materia penal, según las voces de la norma citada, luego, ante la ausencia o falta de pruebas que conlleven al funcionario judicial al estado de certeza sobre la ocurrencia del hecho punible o la responsabilidad del sindicado, la presunción de inocencia se mantiene incólume y por ende se torna injusta la privación de la libertad de quien culminado el proceso penal sigue siendo inocente, al no demostrársele lo contrario, al no existir pruebas que ofrezcan certeza acerca del hecho punible y de la responsabilidad del



Esta obra está bajo una [licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/).



sindicado, cual es la exigencia de la norma comentada (Consejo de Estado, sentencia 22672 de 2012)

Lo anterior reafirma el carácter objetivo de la responsabilidad de Estado cuando se trata de situaciones de privación injusta de la libertad.

Tesis objetiva que será reiterada en sentencia del 20 de mayo de 2013, en donde nuevamente la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad se configuraría bajo el prisma del régimen de responsabilidad objetivo:

Aun cuando la absolución o exoneración de responsabilidad del imputado que ha estado privado de la libertad no se produzca en aplicación de alguno de los tres supuestos previstos en el artículo 414 del antes referido Decreto-Ley 2700 de 1991, sino como consecuencia de la operatividad del citado principio “in dubio pro reo”, éste no puede proveer de justo título a la privación de la libertad a la cual fue sometida por el Estado la persona penalmente procesada, como quiera que aquel nunca pudo desvirtuar que se trataba de una persona inocente. (...) La Sala ha determinado que aun en los casos de privación injusta de la libertad proveniente de causas ajenas a las enunciadas en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 o por in dubio pro reo, el régimen de responsabilidad aplicable es de carácter objetivo, en el cual se prescinde en absoluto de la conducta del sujeto y su culpabilidad; en ella se atiende única y exclusivamente al daño producido, por tanto basta demostrar éste último para endilgar la responsabilidad de la Administración en razón a que quien lo padeció no estaba en la obligación de soportarlo -en este caso el daño producto de la privación de la libertad-. (...) es evidente que la privación de la libertad del señor Nelson Veloza configuró para él y sus familiares un verdadero daño antijurídico, toda vez que no se hallaba en la obligación legal de soportar la limitación a su libertad impuesta en razón de las actuaciones desplegadas tanto por la Rama Judicial como por la Fiscalía General de la Nación, circunstancia que, necesariamente, comprometió la responsabilidad de las dos entidades, en aplicación de lo previsto en el artículo 90 de la Carta Política.(Consejo de Estado, sentencia 27001 de 2013)

En sentencia del 29 de agosto de 2013 con ponencia de Stella Conto Diaz, confirmara la línea desarrollada por el Consejo de Estado frente al grado de injusticia que comporta la privación de libertad cuando se da sentencia absolutoria, en tanto se configura una carga desproporcionada que los ciudadanos no están en la calidad de soportar, ello en el marco del derecho a la libertad con pieza central del ordenamiento jurídico colombiano:



Esta obra está bajo una [licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/).

Respecto de la responsabilidad estatal en los supuestos consagrados en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, que el espíritu de la norma se ha mantenido incluso más allá de su derogatoria, fundada en el artículo 90 de la Carta y así mismo en profundas consideraciones sobre lo irrazonable y desproporcionado que comporta sostener que los asociados están obligados a soportar la carga de ser privados de su libertad y a ver alterado gravemente el disfrute sus derechos fundamentales, sin razón constitucional que lo justifique.(...) el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 dispuso que el Estado responde patrimonialmente cuando la privación es injusta y por ende lesiona el derecho a la libertad.(...) Valga anotar, respecto de la responsabilidad estatal en los supuestos consagrados en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, que el espíritu de la norma se ha mantenido incluso más allá de su derogatoria, fundada en el artículo 90 de la Carta y así mismo en profundas consideraciones sobre lo irrazonable y desproporcionado que comporta sostener que los asociados están obligados a soportar la carga de ser privados de su libertad y a ver alterado gravemente el disfrute sus derechos fundamentales, sin razón constitucional que lo justifique. (subrayado fuera de texto)  
(Consejo de Estado, sentencia del 29 de agosto de 2013)

### **Sentencia de Unificación del año 2013**

Pese a los reiterados fallos en favor del régimen de responsabilidad objetiva y algunos otros pregonando un régimen de carácter subjetivo en la jurisprudencia del Consejo de Estado cuando se trata de privación injusta, la sección tercera del Consejo de Estado decidió unificar su jurisprudencia entorno al título de imputación y fundamento jurídico bajo el cual opera el deber de indemnizar a las víctimas que sufren un perjuicio producto del ius puniendi del Estado, por lo anterior el máximo tribunal de lo contencioso administrativo hace una serie de precisiones con el fin de unificar la postura jurisprudencial en esta materia:

Así entonces en un primer momento, la sala plena de la sección tercera considera que es necesario continuar aplicando el régimen objetivo de responsabilidad en materia de privación injusta de la libertad, con lo cual se destaca como cuando se trata de las circunstancias señaladas en el Decreto 2700 de 1991 pero además cuando se da la absolución dentro del proceso jurisdiccional, en tanto no se desvirtúa la presunción de inocencia:

(...) La Sala encontró una nueva oportunidad para reafirmar su posición en el sentido de que la absolución de responsabilidad penal con fundamento en el principio in dubio pro reo no muta el carácter injusto de la privación de la libertad a la cual se ha sometido a la víctima,



Esta obra está bajo una [licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/).

tanto en la sentencia de marzo 26 de 2008, como en el fallo del 5 de junio del mismo año; más adelante, la Sección Tercera precisó que la responsabilidad extracontractual del Estado derivada de la privación injusta de la libertad debe ser examinada a la luz de un régimen objetivo de responsabilidad sólo en los tres casos expresamente previstos en el hoy derogado artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 y en el evento en el cual la absolución se produce en aplicación del principio in dubio pro reo, por ejemplo en las sentencias del 13 de agosto de 2008 y del 13 de mayo de 2009. (subrayado fuera del texto) (Consejo de Estado, sentencia 23.354 de 2013)

Argumentos bajo los cuales el Consejo de Estado decide unificar su jurisprudencia entorno a la asunción del régimen objetivo de responsabilidad en caso de privación injusta de la libertad: de cualquier forma pese a lo señalado en antelación reitera el Consejo de Estado que en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, esta no podrá ser limitada por normas infra constitucionales sino que a pesar de la delimitación que puedan traer ese tipo de normas en cualquier caso el artículo 90 constitucional es aplicable en cualquier caso en donde se presente un daño antijurídico:

El fundamento de la responsabilidad del Estado en estos eventos, por tanto, no debe buscarse —al menos no exclusivamente— en preceptos infraconstitucionales que pudieren limitar o restringir los alcances de la cláusula general de responsabilidad del Estado contenida en el artículo 90 superior. (Consejo de Estado, sentencia 23.354 de 2013)

Es por esto por lo que la aplicación sistemática del ordenamiento jurídico colombiano conlleva a que se dé aplicación de un régimen objetivo de responsabilidad:

No resulta constitucionalmente viable ni argumentativamente plausible, en consecuencia, sostener que un precepto con fuerza de ley —como el Decreto 2700 de 1991, concretamente en su artículo 414— pudiere contar con la virtualidad necesaria para restringir los alcances que a la responsabilidad del Estado le vienen determinados directamente desde el artículo 90 de la Carta Política, pues según lo han señalado tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional, los parámetros a los cuales se ciñe la responsabilidad patrimonial de las autoridades públicas son los estructurados por el artículo 90 de la Carta, que pueden ser precisados, mas no limitados, por una norma infraconstitucional<sup>38</sup>; en otros términos y “[E]n definitiva, no resultan compatibles con el artículo 90 de la Constitución, interpretaciones de normas infraconstitucionales que restrinjan la cláusula general de responsabilidad tanto



del que aquél contiene”, por consiguiente, ni el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 ni alguna otra disposición de naturaleza legal podría constituir el fundamento único de la responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad. Tales dispositivos legales podrían precisar, pero de ninguna manera limitar y menos reemplazar la eficacia directa, vinculante y preferente de los dictados que contiene el artículo 90 de la Constitución Política. (subrayado fuera del texto) (Consejo de Estado, sentencia 23.354 de 2013)

Así entonces la presunción de inocencia se constituye como un verdadero sustento normativo para la aplicación del régimen objetivo de responsabilidad y como clausula residual para que proceda la responsabilidad del Estado en materia de privación injusta de la libertad:

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

Además de ello, la responsabilidad del Estado cuando se trata de un privación de la libertad también opera cuando se da la aplicación del principio de *indubio pro reo*, de allí que en estos casos el carácter de injusto de la privación no subyace en la ilicitud o ilegalidad del proceder de los funcionarios jurisdiccionales sino en el deber jurídico de soportar la privación de la libertad mientras se adelanta la investigación y se tramita el proceso judicial, pero que en ultimas el proceso termina con sentencia absolutoria en tanto en ningún momento se desvirtuó la presunción de inocencia (Consejo de Estado, sentencia 23354 de 2013).



Por lo anterior, es menester señalar como el dolo y la culpa grave no son elementos necesarios para que proceda la responsabilidad del Estado, con lo que se elimina la necesidad de la existencia de la falla del servicio para que proceda la reparación del daño:

c. Como corolario de y en estrecha conexión con lo expuesto, resulta relevante igualmente destacar que la posibilidad de declarar la responsabilidad patrimonial del Estado por la privación injusta de la libertad de una persona, en casos en los cuales ha sido exonerada de responsabilidad penal como resultado de la aplicación del principio in dubio pro reo, sin sustento en o sin referencia a yerro, falla o equivocación alguna en la cual hubieren incurrido la Administración de Justicia o alguno de sus agentes, con base en un régimen objetivo de responsabilidad, en modo alguno torna más gravosa la situación del(los) servidor(es) público(s) que hubieren intervenido en la actuación del Estado —y que, (...).(surayado fuera del texto) (subrayado fuera de texto)(Consejo de Estado, sentencia 23354 de 2013).

En este punto el Consejo de Estado hace un especial énfasis en el derecho a la libertad en el marco del Estado social de Derecho y principal fundamento para que se de aplicación al régimen objetivo de responsabilidad en materia de privación injusta de la libertad:

Además, desde la perspectiva de la presunción constitucional de inocencia resultaría abiertamente contradictorio sostener, de una parte, que en materia penal al procesado que estuvo cautelarmente privado de su libertad y que resultó absuelto y, por tanto, no condenado —cualquiera que hubiere sido la razón para ello, incluida, por supuesto, la aplicación del principio in dubio pro reo, pues como lo ha indicado la Sección Tercera, (...), de otra parte, en el terreno de la responsabilidad patrimonial, ese mismo Estado, en lo que constituiría una contradicción insalvable, estaría señalando que el procesado sí estaba en el deber jurídico de soportar la detención a la cual fue sometido, cuestión que pone en evidencia entonces que la presunción de inocencia que le consagra la Constitución Política en realidad no jugaría papel alguno —o no merecería credibilidad alguna— frente al juez de la responsabilidad extracontractual del Estado e incluso, en armonía con estas conclusiones, se tendría que aceptar que para dicho juez tal presunción sí habría sido desvirtuada, aunque nunca hubiere mediado fallo penal condenatorio que así lo hubiere declarado. (subrayado fuera del texto) (Consejo de Estado, sentencia 23.354 de 2013).

De esta manera conceptúa el Consejo de Estado entiende que el derecho a la libertad contempla un fundamento óntico de naturaleza mixta, en tanto que este derecho funge como un valor, principio y derecho fundamental con lo que termina



siendo un criterio de interpretación de las demás normas jurídicas, una máxima de optimización y un límite al aparato punitivo del Estado. De otra parte, este derecho ostenta dos dimensiones una de carácter objetiva por cuanto se erige como una norma que debe ser protegida y respetada por los poderes públicos y desde un plano subjetivo en razón a la facultad que tienen los individuos de exigir la garantía de este derecho, es por ello que sin lugar a duda el derecho a la libertad termina siendo un derecho que permite el desarrollo de otros derechos y limita la injerencia del Estado en la esfera individual de cada ser humano(Consejo de Estado, sentencia 23.354 de 2013).

Por ello que la privación de la libertad precedida de un fallo absolutorio se constituya en una privación injusta que termina constituyéndose en una carga que el asociado no deba soportar, ello en razón al carácter excepcional de su procedencia y el interés general que lleva consigo la cautela pero que de ninguna forma puede ser aval para que se desconozcan los derechos fundamentales de los asociados:

g. El carácter eminentemente excepcional que tanto los compromisos internacionales asumidos por Colombia y las propias leyes de la República, como la Jurisprudencia nacional en diversos órdenes, que aquí se han relacionado y que de manera uniforme atribuyen e identifican como nota que debe acompañar necesariamente al instituto de la detención preventiva que respecto de un determinado individuo pueden decretar, en específicos supuestos, las autoridades judiciales competentes durante el curso de la investigación y/o del juicio penal, esa excepcionalidad –se itera– pone de relieve, por sí misma, que dicho instituto –en tanto excepcional— de ninguna manera podría considerarse entonces y menos podría llegar a convertirse en una carga generalizada que todo individuo tuviere que soportar por el solo hecho de vivir en sociedad, cuestión que evidencia, de manera palmaria, la antijuridicidad del daño que se irroga a quien se le impone dicha carga a pesar de que posteriormente se le releva de responsabilidad penal; en modo alguno podría exigírsele a un individuo que asuma como una carga social normal o jurídica una situación que por definición es excepcional y, por tanto, contraria a la regla general constituida por el principio, valor y a la vez derecho fundamental a la libertad. (subrayado fuera del texto) (Consejo de Estado, sentencia 23.354 de 2013).

Conforme lo anterior la privación de la libertad termina erigiéndose en una carga que la persona privada no está obligado a soportar y de allí surja el deber indemnizatorio en cabeza del Estado, por esto que no importe la existencia de un



juicio subjetivo que verifique las negligencia, imprudencia e impericia del funcionario jurisdiccional y por ello solo deba identificarse el daño antijurídico, este entendido desde el título de imputación del daño especial por cuanto es el funcionario judicial quien debe evidenciar el desequilibrio de las cargas públicas con la imposición de la medida.

Por último, frente a las cargas de la prueba cuando se pretende probar un eximente de responsabilidad se tiene:

Dicho de otra manera, si el juez de lo contencioso administrativo encuentra, en el análisis que debe realizar en cada caso en el cual se demanda la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado, que efectivamente hay lugar a estimar las pretensiones de la demanda, ello necesariamente debe tener como antecedente la convicción cierta de que se reúnen todos los elementos que estructuran dicha responsabilidad, lo cual excluye de plano la existencia de alguna causal eximente, puesto que si al adelantar ese análisis el juez encuentra debidamente acreditada la configuración de alguna o varias de tales causales - independientemente de que así lo hubiere alegado, o no, la defensa de la entidad demandada-, obligatoriamente deberá concluir que la alegada responsabilidad no se encuentra configurada y, consiguientemente, deberá entonces denegar las pretensiones de la parte actora. Lo anterior sin perjuicio de recalcar que la carga de la prueba respecto de los hechos determinantes de la configuración de la eximente de responsabilidad de la cual se trate corresponde a la parte demandada interesada en la declaración de su ocurrencia. (Consejo de Estado, sentencia 23.354 de 2013).

### **Sentencia de Unificación del 15 de agosto de 2018**

Pese al anterior pronunciamiento de la sección tercera del Consejo de Estado, con posterioridad la misma sala modificaría su jurisprudencia frente a la privación injusta de la libertad y volcaría su tesis hacia el carácter subjetivo cuando se da este supuesto de hecho. Por ello recopila nuevamente las tendencias dentro de la jurisprudencia del Consejo de Estado, en donde una primera tesis es de carácter restrictivo en donde la declaración de responsabilidad del Estado se encuentra circunscrita a un error judicial; una segunda tesis que pregona por el establecimiento de un régimen objetivo de responsabilidad bajo determinadas circunstancias; y finalmente, un tercer concepto en donde se aplicara el régimen objetivo de



responsabilidad aun cuando se de aplicación al principio de *indubio pro reo*, esta ultima la acogida en la sentencia de Unificación del año 2013.

Ahora entonces en un primer momento la sala recuerda que el establecimiento de títulos de imputación no obedece a mandato constitucional o legal alguno, sino que este se circunscribe a situaciones en concreto en donde el Juez administrativo define el titulo aplicable, criterio que se acompasa con la autonomía del funcionario jurisdiccional al momento de decidir.

Así entonces la sentencia toma como un primer argumento la desfiguración de la responsabilidad extracontractual del Estado por la simple demostración del daño para que se dé por cierto el deber de reparar los perjuicios ocasionados a un ciudadano, un segundo punto, en tanto señala que la anterior sentencia de unificación confunde el régimen subjetivo de responsabilidad con juicios de valor realizados a los funcionarios jurisdiccionales sobre su responsabilidad pero esta vez desde un carácter personal, ello por cuanto en esta providencia se deja entrever que la continuidad de la aplicación de la tesis amplia termina implicando que los funcionarios jurisdiccionales se cohíban a imponer medidas de aseguramiento incluso al borde de prevaricar, todo en razón a una posible declaración de responsabilidad en cabeza de Estado.

(...) lo dicho en los últimos párrafos atrás transcritos de la sentencia de octubre de 2013 pierde asidero, en el sentido de que tal autonomía y el cumplimiento de los deberes del agente -contrario a lo que allí se sostiene- sí pueden llegar a verse afectados con la teoría hasta ahora vigente, pues es evidente que aquél (el agente) debe debatirse entre imponer la medida de detención preventiva cuando se den las condiciones o requisitos que al efecto indican las disposiciones legales –sea el Decreto 2700 de 1991, la Ley 600 de 2000 o la 906 de 2004- o, por el contrario, desacatar la ley y hasta la Constitución Política y abstenerse de imponerla (...) (Consejo de Estado, sentencia SU- del 15 de agosto de 2018)

Esta sentencia también reconceptúa la discusión sobre el principio de presunción de inocencia, y dispone el carácter relativo del mismo de cara a una sistemática propia del ordenamiento jurídico colombiano, en tanto que a juicio del Consejo de Estado una postura como la adoptada en sentencia de Unificación del año 2013



Esta obra está bajo una [licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/).



termina haciendo nugatoria la medida de aseguramiento y con ello, los fines que busca este tipo de medidas:

(...) es necesario rectificar la tesis conforme a la cual la medida de aseguramiento de detención preventiva, aun cuando constitucional, pugna con la presunción de inocencia, en primer lugar, porque la libertad no es un derecho absoluto (como luego se expondrá -ver infra, numeral 4.4.) y, en segundo lugar, por cuanto aquella forma de restricción de la libertad no tiene relación alguna con esta última presunción, ni mucho menos comporta un desconocimiento de la misma, ya que, en la medida en que durante el proceso penal no se profiera una sentencia condenatoria, la inocencia del implicado se mantiene intacta; por consiguiente, si la terminación del proceso responde a su preclusión y si, por igual razón, la inocencia de la persona se sigue presumiendo, no hay cabida a hablar de un daño (mucho menos antijurídico) ni de una privación injusta de la libertad sobre la cual se pueda edificar un deber indemnizatorio fundamentado exclusivamente en la vulneración de dicha presunción. (Consejo de Estado, sentencia SU- del 15 de agosto de 2018)

Así entonces la sala recuerda los estándares que sirven como criterios para la aplicación de las medidas de aseguramiento, con todo entiende que sin lugar a dudas la Ley 906 de 2004 aumento el estándar, por esto recuerda la sala que la imposición de medida de aseguramiento no se sustenta en una recaudación de plena prueba sobre la responsabilidad penal del posible autor de la conducta punible, por ello que una postura como la desarrollada en el año 2013 termine siendo vulneratoria y contradictoria del propio ordenamiento jurídico. Argumento de lo anterior termina siendo la misma carta política que toma el Consejo de Estado en esta providencia:

sin embargo, lo que sí se quiere poner de presente, por un lado, es que las medidas a través de las cuales se puede restringir la libertad son, igualmente, de carácter constitucional, si se tiene en cuenta que el artículo 28 de la Carta Política dispone que las personas pueden ser detenidas o arrestadas en virtud de mandato escrito del juez, “con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley”<sup>45</sup> y, por otro lado, que la detención, a propósito de su carácter preventivo y excepcional, se impone con estricto cumplimiento de los requisitos que ella exige, mientras se define la responsabilidad del investigado. (Consejo de Estado, sentencia SU- del 15 de agosto de 2018)

Es por lo anterior, que la declaratoria de responsabilidad del Estado no se encuentre circunscrita a la absolución o no del imputado, ya que esto sería decir que debe



Esta obra está bajo una [licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/).

existir prueba categórica de la responsabilidad penal de quien es acusado, motivo por el cual la declaratoria de responsabilidad del Estado se encuentra sustentada en el cumplimiento de los requisitos y formalidades legales definidos de antemano por la Ley para la procedencia de la medida de aseguramiento, por lo que para que se dé la privación injusta de la libertad tendrá que efectuarse una ilegalidad o ilicitud en la imposición y decreto de la medida de aseguramiento. Con todo el Consejo de Estado señala que si el imputado fue sospechoso o su conducta dio lugar a que se iniciase proceso penal, la declaratoria de responsabilidad del Estado es improcedente:

(...) la participación o incidencia de la conducta del demandante en la generación del daño alegado resulta preponderante, se torna necesario que el juez verifique, incluso de oficio, si quien fue privado de la libertad actuó, desde el punto de vista civil, con culpa grave o dolo, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva, pues no debe olvidarse que, para los eventos de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 dispone que aquél (el daño) “se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo”, de modo que en los casos en los que la conducta de la víctima esté provista de una u otra condición procede la exoneración de responsabilidad del Estado, por cuanto en tal caso se entiende que es esa conducta la determinante del daño. (Consejo de Estado, sentencia SU- del 15 de agosto de 2018)

Por lo que termina concluyendo:

Así las cosas y como al tenor de los pronunciamientos de esta Sala la privación de la libertad de una persona puede ser imputada al Estado siempre y cuando ella no haya incurrido, bajo la perspectiva de lo civil, en culpa grave o dolo civil, es menester determinar si, a la luz del artículo 63 del Código Civil<sup>62</sup>, la conducta de quien fue privado de la libertad se puede considerar como tal y si, por consiguiente, fue esa persona quien dio lugar a la apertura del respectivo proceso penal y a la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva cuyos perjuicios subsecuentes pretende le sean resarcidos.

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



Esta obra está bajo una [licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/).

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, sentencia SU-del 15 de agosto de 2018)

## **Sentencia de Tutela que deja sin efectos la sentencia de Unificación del año 2018.**

Empero, en el año 2019 mediante sentencia de tutela el Consejo de Estado dejó sin efectos jurídicos la sentencia de unificación del año 2018, por lo que en esta sentencia expuso que la culpa de la víctima como causal eximente de responsabilidad maneja dos líneas conceptuales: una inicialmente que la conducta del imputado posterior a los hechos y en el curso del proceso permite la configuración de esta causal y una segunda que el actuar sospechoso de quien es imputado permite la configuración de esta eximente: con todo la sala de tutela parte del problema jurídico *¿ puede el juez de la responsabilidad exonerar al Estado con base en la culpa de la víctima, construida a partir de su conducta preprocesal sin violar directamente su derecho al debido proceso y sin vulnerar su presunción de inocencia, cuando la Fiscalía, precluyó la investigación por atipicidad de la conducta en una decisión ejecutoriada que hizo tránsito a cosa juzgada?*

Si por un hecho que no está calificado por la Ley como delito se detiene a una persona y la propia justicia penal lo reconoce en un fallo declarando su inocencia por tal razón, es evidente que al declarar judicialmente que la detención no fue generada por tal el fallo administrativo:

Esta prohibición de regreso también aplica en los casos de privación injusta de la libertad. En este tipo de asuntos, la decisión que pudo generar el daño se produjo en el marco de un proceso, y, en consecuencia, tal prohibición implica considerar que las únicas conductas de la víctima aptas para romper el nexo de entre esa decisión y el daño, suceden en el marco del mismo proceso y no antes de él. La sala en consecuencia, debido valorar si la imposición de la medida de aseguramiento fue causada por la actuación procesal de la señora Ríos, pues ninguno de los juicios necesarios para examinar los elementos de la responsabilidad la autorizaba, como el juez administrativo, a remplazar al funcionario judicial penal. La Sala no podía, tampoco, desconocer el derecho a la presunción de inocencia de la señora Ríos,



que en este caso se traducía en el derecho a no ser tratada como si ella fuera culpable, por sus conductas preprocesales, de la detención que se le impuso. (p.15)

Con todo el juez administrativo no puede realizar un juicio de reproche una vez el juez penal profiere una sentencia de carácter absolutorio, en sí mismo eso sería desconocer el principio de presunción de inocencia:

Si el juez penal declaro inocente a la demandante porque el delito que le imputo al detenerla no estaba previsto como tal en la Ley y el juez de la responsabilidad afirmo que la demandante, con esa misma conducta, genero su detención, no cabe duda de que este último violo el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Esa regla se desconoce al tratar como sospechosa a la demandante, y por tal razón negarle el derecho a la reparación del daño sufrido con su privación de la libertad. Si bien la sentencia en el acápite 4.3 estudio la presunción de inocencia, lo hizo en el marco del proceso penal, pero no la garantizo en el proceso contencioso administrativo. Al determinar que la víctima fue culpable de su detención, con base en la misma conducta que el juez penal ya había considerado atípica, la propia sentencia si violo su presunción de inocencia; no bastaba anunciar teóricamente que la presunción de inocencia de la demandante seguía intacta: era necesario tratarla, pues ese ese el alcance de este derecho que nuestra constitución política consagra como derecho fundamental. (subrayado fuera de texto) (p,16)

Es por lo anterior que la sospecha no puede ser generadora de un juicio eximente de responsabilidad, por cuanto una decisión que tienda a remplazar la definición de la responsabilidad penal del sindicado en el proceso penal altera las garantías y derechos de las personas involucradas:

La sala ampara el derecho al debido proceso, particularmente en lo referente a la presunción de inocencia, deja sin efectos la sentencia de 15 de agosto de 2018 proferida por la Sección tercera del Consejo de Estado (exp. 46.947) y dispondrá que en la sentencia de remplazo se valore la culpa de la víctima sin violar su presunción de inocencia; y por las razones explicadas al determinar el problema jurídico, se resalta que este fallo no tiene ninguna incidencia respecto de la forma en que el juez natural del caso decida operar los títulos jurídicos de imputación de responsabilidad del Estado. (subrayado fuera de texto) (p.19)

Por tal motivo el principio de presunción de inocencia impone que cualquier procesado sea tenido como inocente hasta que se demuestre lo contrario, razón por la cual no se entiende como la sospecha dentro del proceso administrativo se



termine convirtiendo en una causal eximente de responsabilidad, por esto es que Bustamante (2010) explique:

La presunción de inocencia impone, a la vez, la obligación de tratar al procesado como si fuere inocente, desde la perspectiva de que toda persona se presume inocente hasta tanto se acredite lo contrario –a través de sentencia condenatoria y ejecutoriada–. Ello supone que el procesado debe ser tratado durante el curso de la actuación como un inocente y no como si fuese culpable. En este orden de ideas, la Corte Constitucional colombiana ha señalado que frente a la medida de aseguramiento de detención preventiva, la presunción de inocencia no deviene en contraposición, siempre y cuando dicha detención no se convierta en un cumplimiento anticipado de la pena, evento en el cual se estaría brindado el procesado el tratamiento de culpable: La institución de la detención preventiva es compatible con la Constitución y no resulta contraria a la presunción de inocencia, en cuanto que, precisamente, tiene un carácter preventivo, no sancionatorio. Es por eso que la Corte Constitucional ha distinguido entre ella y la pena. (subrayado fuera de texto)(p.84)

Es como de esta manera que la presunción de inocencia imponga dos garantías para los procesados dentro de un proceso penal que por ninguna razón puede ser desconocidas en el proceso administrativo, esto se da cuando existe ausencia de prueba y como regla de valoración probatoria. Respecto a la presunción de inocencia y su función como criterio de valoración probatoria:

(...) tras no haberse derrumbado la presunción iuris tamtum que constitucionalmente cobija a todo acusado. Lo que debe darse al acusado cuando el proceso concluye y la duda subsiste, es: la absolución. Eso es justicia, en tanto reporta dar al individuo sometido al ejercicio de máxima severidad de poder estatal – el ius puniendi- lo que se ha preacordado en esas circunstancias como una de sus garantías. (subrayado fuera de texto)(Bustamante, 2010, p.85)

De cualquier manera, no puede perderse de vista que la carga de la prueba representa una verdadera obligación para el Estado de demostrar la culpabilidad de un sujeto llevado a juicio en un proceso penal, sin embargo, la propia institución de la carga procesal dentro del proceso penal debería indicar que en casos en donde exista ausencia de prueba una vez llevadas a cabo las etapas investigativas, no debería llevarse a juicio. Con todo, cuando se llega a etapa de juicio debe existir un mínimo de recaudo probatorio que pueda derruir la presunción de inocencia del imputado. (Nieva, 2016)



Además de ello, la presunción de inocencia guarda unas especiales funciones dentro del sistema jurídico que guardan relación con la carga de la prueba, con señala Aquilo (2006):

Si la regla de presunción es aceptada, es decir, si se considera que está fundamentada, que expresa una regularidad, normalidad o alta probabilidad de verdad, lo seguro es atenerse a ella. Es decir, el papel primario de la regla de presunción es aproximarnos a la verdad en el sentido material de la expresión. De ahí se sigue, me parece, una función secundaria (derivada) que también cumplen las reglas de presunción como las aquí consideradas. Esta función está íntimamente relacionada con la derrotabilidad antes aludida del razonamiento presuntivo. Desde la perspectiva procedimental o dialéctica cumplen también la función de distribuir la(s) carga(s) de la argumentación o de la prueba. Lo seguro de atenerse a la regla presuntiva no estriba en que siempre y en cada caso sea más probable la verdad del resultado que la regla arroja, sino en que de manera general (de ahí su carácter de regla) esas reglas son más seguras y, por tanto, lo seguro es atenerse a lo que ellas determinan como verdadero. Quien acepta la regla de presunción y se opone a la conclusión corre, naturalmente, con la carga de la argumentación y/o de la prueba. (subrayado fuera de texto) (p.13)

De tal manera que la presunción de inocencia termina fungiendo como un estándar de prueba para determinar cuando una persona es inocente o culpable dentro de un proceso penal, por ello el principio de inocencia puede entenderse como un criterio procesal para la resolución de un caso en específico (Nieva, 2016).

De cualquier forma, no sobra señalar como la mera vinculación a un proceso penal genera daños a una persona, en tanto su interacción con los demás no lo será de la misma forma, de esta manera indica Nieva (2016):

Por otra parte, se ha acreditado científicamente que difundir un rumor es una forma de crear lazos entre los seres humanos. La murmuración, por mucho que repugne afirmarlo, es curiosamente una forma de cohesión social, que probablemente aprovecha la tendencia humana a querer descubrir lo que es desconocido, curiosidad que tanto nos ha hecho avanzar pero que, en otros ámbitos, como el presente, es indudablemente negativa. (subrayado fuera de texto) (p.7)

Con todo, la exposición a un proceso penal altera las condiciones de convivencia e interacción de una persona hacia la sociedad:



Pero al margen de esa posición en el proceso, que hace del acusado la persona más visible del mismo, lo cierto es que el simple hecho de señalar a una persona como sospechosa, genera automáticamente un recelo social ante ese individuo. Es muy raro que alguien le tenga por inocente. Siempre que aparece una noticia periodística sobre un sospechoso, o acerca de una simple detención policial, el ciudadano tiende sistemáticamente a dar por cierta la información, y a tener, no como sospechoso, sino directamente como culpable a esa persona. (subrayado fuera de texto) (p.5)

## Conclusiones

El ordenamiento jurídico colombiano tiene como pilar fundante la libertad en sentido estricto, en donde es este derecho garantía de otros derechos de contenido constitucional, sin embargo la libertad no es un derecho de carácter absoluto y por el contrario, puede ser limitado bajo determinadas circunstancias, es allí donde el proceso penal adquiere una especial importancia en la limitación de este derecho, por ello la medida de aseguramiento como institución que busca unas finalidades propias dentro del proceso jurisdiccional en Colombia se ha convertido en una regla general, olvidando el carácter excepcional de este tipo de medida, con lo cual se ha erigido esta como un medio para desconocer el principio supremo de la libertad dentro actuar procesal penal, lo cual ha conllevado a que quienes se ven sometidos a la aplicación de este tipo de medidas una vez se profiere una sentencia de carácter absolutorio incluso en donde opera el principio *indubio pro reo*.

De esta forma, como mecanismo de reparar los daños ocasionados producto de una privación injusta de la libertad opera la responsabilidad del Estado ante este tipo de medidas, es como la jurisprudencia del Consejo de Estado a lo largo de la vigencia de la Constitución política de 1991 ha adoptado tesis de naturaleza objetiva como subjetiva, en donde se han utilizado la falla del servicio como título de imputación bajo supuestos que señalen la existencia de un error jurisdiccional, con todo ha indicado el Consejo de Estado que para que se declare la responsabilidad del Estado debe existir una decisión abiertamente ilegal de parte del operador jurisdiccional; ahora, entonces la jurisdicción de lo Contencioso administrativo también ha adoptado la tesis del daño especial como título que opera para el régimen objetivo, con todo cuando se presente un daño antijurídico producto del



rompimiento del desequilibrio de las cargas públicas en donde entiende el Consejo de Estado que la privación de la libertad por la imposición de una medida de aseguramiento preventiva obedece a un interés general de la sociedad, y en donde una vez se profiere providencia absolutoria se presenta un desequilibrio de las cargas públicas en razón a que el imputado no está en la obligación jurídica de soportar esa medida.

De cualquier manera, la jurisprudencia del Consejo de Estado no ha tenido una línea jurisprudencial uniforme respecto del título de imputación aplicable a la privación injusta de la libertad, con todo se han presentado dos sentencias de unificación con consideraciones totalmente disimiles que han pregonado por distintas concepciones de entender estos supuestos facticos. Por lo tanto, es de resaltar la sentencia de unificación del año 2018 en donde como argumento novedoso, destaca la sospecha de la comisión de la conducta punible como causal eximente de responsabilidad con lo cual es necesario que exista una decisión abiertamente ilegal de parte del juez penal para que opere la responsabilidad del Estado y se configure la privación injusta de la libertad, con lo que se daba un doble juzgamiento de índole penal pero ahora en sede administrativa. Ante esa tesis, en sentencia de tutela el Consejo de Estado en virtud del principio de presunción de inocencia dejo sin efectos esa sentencia de unificación y retomo la tesis jurisprudencial del régimen objetivo de responsabilidad para lo casos de privación injusta de la libertad, entendiendo que los asociados del Estado gozan a un prerrogativa de ser inocentes hasta que se demuestre por parte del Estado su culpabilidad, con lo cual si este no derruye esa presunción la privación es abiertamente injusta y es menester que afectado demuestre los daños ocasionados para que se de la declaratoria de responsabilidad de la administración de justicia.

Conforme lo anterior, el Consejo de Estado en materia de privación injusta no ha manejado una línea jurisprudencial unánime en esta materia, con lo cual se han falado casos similares de diferentes formas lo cual afecta la seguridad jurídica de quienes acuden a la administración de justicia, así mismo ha conceptuado de diversa formas frente al principio de presunción de inocencia, con lo cual según su





posición frente a esta se ha adoptado diversos regímenes de responsabilidad, con todo la sentencia de unificación jurisprudencial no han sido una solución para el tema a tratar y por el contrario, se han presentado diversas tesis para un mismo caso, ante lo anterior se hace necesario adoptar una tesis definitiva que zanje esta problemática jurídica.



Esta obra está bajo una [licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/).

## Referencias

Aguilo, J. (2006). Presunciones, verdad y normas procesales. Recuperado: <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/27/27>

Ariza, A. (2016). Interpretación del Consejo de Estado frente a la privación injusta de la libertad: <https://repository.usta.edu.co/handle/11634/2049>

Bustamante, M.(2010). La relación del estándar de la prueba de la duda razonable y la presunción de inocencia desde el garantismo procesal penal colombiano. Recuperado: <https://www.redalyc.org/pdf/945/94516348004.pdf>

Consejo de Estado (1 de octubre de 1992) sentencia 7058 de 1992 [MP. Daniel Suarez Hernández]

Consejo de Estado (30 de julio de 1994) [MP. Daniel Suarez Hernández]

Consejo de Estado (15 de septiembre de 1995) sentencia 9391 de 1995 [

Consejo de Estado (18 de septiembre de 1997) sentencia 11.754 de 1997 [MP. Daniel Suarez Hernández]

Consejo de Estado (14 de marzo de 2002) sentencia 12.076 de 2002 [MP. German Rodríguez Villamizar]

Consejo de Estado (4 de abril de 2002) sentencia 13.606 de 2002 [MP. María Elena Giraldo Mora]

Consejo de Estado (4 de diciembre de 2006) sentencia 13.168 de 2006 [MP. Mauricio Fajardo Gómez]

Consejo de Estado (2007) sentencia 15.463 de 2007 [MP. Mauricio Fajardo Gómez]

Consejo de Estado (5 de junio de 2008) sentencia 16.819 de 208 [MP.Enrique Gil Botero]

Consejo de Estado (2008) sentencia 17.174 de 2008 [MP. Ruth Stella Correa Palacio]

Consejo de Estado (2009) sentencia 25.508 de 2009 [MP. Mauricio Fajardo Gómez]



Consejo de Estado (2011) sentencia 21.653 de 2011 [MP. Ruth Stella Correa Palacio]

Consejo de Estado (20 de mayo de 2013) sentencia 27001 de 2013 [MP. Hernán Andrade]

Consejo de Estado (29 de agosto de 2013) sentencia [MP. Stella Conto Diaz del Castillo]

Consejo de Estado (17 de octubre de 2013) sentencia 23354 de 2013 [MP. Mauricio Fajardo Gómez]

Diaz, M. (2011). Privación injusta de la libertad- causales eximentes de responsabilidad- culpa exclusiva de la víctima. recuperado de: [https://intellectum.unisabana.edu.co/bitstream/handle/10818/1210/maria\\_juliana\\_diaz\\_sanz.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://intellectum.unisabana.edu.co/bitstream/handle/10818/1210/maria_juliana_diaz_sanz.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Ferrajoli, L. (2014). El fundamento de los derechos fundamentales. Editorial Trotta: Madrid.

Ferrer, J. (2007). Los estándares de prueba en el proceso penal español. Recuperado de: <https://www.uv.es/cefd/15/ferrer.pdf>

García, D. (2015). Responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad en Colombia “título de imputación jurídica”. Tunja: Universidad de Boyacá.

Gil, E. (2017). La responsabilidad extracontractual del Estado. 7 ed. Temis: Bogotá

Hoyos, R, Zambrano, M y Jaramillo, L. (2006). Responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, prolegómenos Vol.9 N°17. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/pdf/876/87601701.pdf>

Muñoz, J.(s.f.). Títulos jurídicos en la responsabilidad extracontractual del Estado por privación injusta de la libertad.

Nieva, J. (2016). La razón de ser de la presunción de inocencia. Recuperado: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2737834](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2737834)

Quinche, M. (2015). Derecho constitucional colombiano. 3 ed. Temis: Bogotá.



Esta obra está bajo una [licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/).

Rivera, R. (2019). Análisis de las medidas cautelares privativas de la libertad en el derecho procesal penal. Congreso Internacional de Derecho Procesal. Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

Santofimio, J. (2017). Tratado de derecho administrativo. Universidad Externado de Colombia: Bogotá.

Zuleta, J., Noreña, L., y Posada, V. (2011). Guía práctica del sistema Penal acusatorio. 2 ed. Librería jurídica Sanchez Jurídica Ltda. Medellín.



Esta obra está bajo una [licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/).