

**EL CONCEPTO DE ANTIJURIDICIDAD EN LA RESPONSABILIDAD  
EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA  
LIBERTAD EN ESTABLECIMIENTO CARCELARIO**

Trabajo de grado para optar al título de abogada bajo la modalidad de monografía

Presentado por:

Jeniffer Melissa Mesa Londoño

Asesorada por:

Oscar Alberto García Arcila



Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Pregrado de Derecho

Medellín

2021

**Dedicado a**

A mis padres y hermanos por ser mi principal motivación; a mis amigos por su interminable paciencia; y a Camilo por las discusiones enriquecedoras que hicieron grandes aportes a este trabajo, pero especialmente por su apoyo incondicional.

**AGRADECIMIENTOS**

A la Universidad de Antioquia por darme todas las herramientas para mi permanencia en la universidad y con ello permitir mi formación profesional y personal.

A mi estimado asesor el profesor Oscar García por su defensa de las causas justas y por enseñarme las virtudes de la academia y la profesión con su inagotable paciencia y humanidad.

Al Semillero de Investigación en Derecho Procesal y al Semillero de Responsabilidad Extracontractual del Estado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia por su contribución en mi formación académica.

“¿Cuándo terminarán las ejecuciones extrajudiciales, las torturas, los destierros, las amenazas, las detenciones arbitrarias... Cuando terminará todo eso para que, ahora sí, nos ocupemos de una de las peores torpezas y crueldades que la humanidad ha concebido: la prisión!”

William Fredy Pérez Toro (2012), ¿Nos repugna realmente la prisión? Un recordatorio  
abolitionista

**EL CONCEPTO DE ANTIJURIDICIDAD EN LA RESPONSABILIDAD  
EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA  
LIBERTAD EN ESTABLECIMIENTO CARCELARIO**

**Contenido**

<b>Introducción .....</b>	<b>6</b>
<b>1. La detención preventiva en el ordenamiento jurídico colombiano.....</b>	<b>8</b>
1.1. Generalidades de la detención preventiva y su relación con la pena de prisión .....	8
1.2. Uso de la detención preventiva en el proceso penal.....	13
1.3. Finalidades y requisitos para la procedencia de la detención preventiva en la Ley 600 de 2000 y la Ley 906 de 2004.....	16
<b>2. La antijuridicidad en las etapas de la jurisprudencia del Consejo de Estado en la Responsabilidad Extracontractual del Estado por privación injusta de la libertad .....</b>	<b>25</b>
2.1. Primera etapa: antijuridicidad como error judicial.....	26
2.2. Segunda etapa: antijuridicidad como error judicial y responsabilidad objetiva en los tres supuestos que trae el artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991 .....	28
2.3. Tercera etapa: Responsabilidad objetiva del Estado derivada directamente del artículo 90 de la Constitución Política de 1991.....	31
2.4. Cuarta etapa: Presunción de la antijuridicidad del daño causado con la detención preventiva como regla general .....	34
2.5. Quinta etapa: El regreso a la antijuridicidad como error judicial: falla probada del servicio .....	38
<b>3. La Responsabilidad Extracontractual del Estado por privación injusta de la libertad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional: análisis de la antijuridicidad .....</b>	<b>49</b>
<b>4. Estado actual del concepto de antijuridicidad en la Responsabilidad Extracontractual del Estado por privación injusta de la libertad .....</b>	<b>62</b>

4.1. El concepto de antijuridicidad en la posición actual de la jurisprudencia del Consejo de Estado .....	62
4.2. Problemáticas de la posición actual de la jurisprudencia de cara al reconocimiento de la reparación a las víctimas .....	71
<b>5. Propuesta y conclusiones.....</b>	<b>86</b>
<b>6. Bibliografía.....</b>	<b>91</b>

## Introducción

La institución de la prisión es una de las representaciones más contundentes del ejercicio punitivo del Estado, constituyéndose en la actualidad en la sanción más gravosa que consagra el ordenamiento jurídico colombiano en cuanto a la limitación legal de derechos fundamentales de los ciudadanos. Pese a que la finalidad principal de la prisión es de carácter sancionatorio ante la comisión de conductas punibles, también se le ha utilizado como medida cautelar con carácter preventivo, a través de la detención preventiva en establecimiento carcelario, entre tanto se desarrolla el proceso penal y se determina la responsabilidad penal del procesado.

Por ser la detención preventiva una medida cautelar que limita una amplia variedad de derechos fundamentales, antes de la existencia de una sentencia condenatoria que declare la responsabilidad del sujeto al que se le impuso la medida en la comisión del hecho punible que se investiga, se han suscitado históricamente alrededor de ella discusiones en la comunidad jurídica por su aparente contradicción con garantías fundamentales propias del Estado social de derecho, como la presunción de inocencia, el derecho fundamental a la libertad e incluso a la dignidad humana. Por lo que algunos juristas como Ferrajoli (1995) han abogado por su eliminación, al considerar que en últimas es una pena anticipada:

Así pues, esa contradicción en los términos que es la cárcel sin juicio podría eliminarse, al menos hasta la conclusión del juicio en primera instancia. El imputado debe comparecer libre ante sus jueces, no sólo porque así se asegura la dignidad del ciudadano presunto inocente, sino también - es decir, sobre todo- por necesidades procesales: para que quede situado en pie de igualdad con la acusación; para que después del interrogatorio y antes del juicio pueda organizar eficazmente sus defensas; para que el acusador no pueda hacer trampas, construyendo acusaciones y manipulando las pruebas a sus espaldas. (p.559)

A pesar de ello, lo cierto es que esta figura se encuentra consagrada en la Constitución Política de 1991 (Artículo 250), y ha sido regulada tanto por el legislador en los distintos códigos de procedimiento penal, como por la jurisprudencia; además, como es una institución procesal que es utilizada en gran parte de los sistemas penales latinoamericanos, ha sido objeto de recomendaciones por parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, con la intención de hacer compatible esta medida cautelar con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

No sólo la detención preventiva cuenta con consagración expresa en la Constitución, sino que en ella también se estipuló la cláusula general de responsabilidad del Estado por los daños causados a los administrados (Artículo 90), a partir de la cual, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha reparado los daños antijurídicos ocasionados a los ciudadanos con las actuaciones u omisiones de las entidades estatales. Dentro de estos daños antijurídicos se encuentra la privación injusta de la libertad, la cual surge, precisamente, con ocasión de la detención preventiva.

El concepto de daño antijurídico causado con esta medida cautelar personal ha tenido diferentes entendimientos a lo largo del tiempo, tanto en la jurisprudencia desarrollada por el Consejo de Estado en su calidad de máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa, como en la de la Corte Constitucional a partir de sus pronunciamientos de constitucionalidad y en las providencias de revisión de tutelas.

De este modo la comprensión del elemento de la antijuridicidad del daño ha sido trascendental en las etapas de la jurisprudencia de estas altas cortes, ya que es a partir de éste que se fundamenta la procedencia de la declaración de la responsabilidad extracontractual del Estado producto de la privación injusta de la libertad. Por ello, el estudio de este elemento tiene suma importancia, por cuanto la posición asumida frente a este genera repercusiones de diversa índole: 1) económicas por la sostenibilidad fiscal del Estado; 2) jurídicas por los cambios de precedente en el Consejo de Estado y en la Corte Constitucional y, por la consecuente inseguridad jurídica para los demandantes; 3) por último, conlleva implicaciones sociales por la incidencia en la reparación de las víctimas del daño.

Bajo ese panorama, el objeto de este trabajo es realizar un análisis de la evolución del elemento de la antijuridicidad del daño en la responsabilidad extracontractual del Estado por la privación injusta de la libertad, hasta la posición actual sostenida por el Consejo de Estado, ello con el fin de evidenciar las problemáticas que tiene la actual postura de cara a la posibilidad real de que las víctimas puedan acceder a la reparación efectiva de la privación injusta de la libertad.

Para cumplir dicho propósito se utilizó el método de análisis de jurisprudencia y de doctrina, y para darle desarrollo, en un primer momento, se hará una contextualización de la detención preventiva en el ordenamiento jurídico colombiano, tanto de las discusiones que se han presentado frente a la misma, como de su consagración legal, así mismo, se pretende evidenciar el uso que se

ha hecho de esta medida de aseguramiento en el proceso penal y las circunstancias en que se lleva a cabo, toda vez que, esto permite tener un panorama del daño que se ocasiona con la imposición de esta medida. En un segundo momento, se abordarán las etapas -previas a la actual- de la jurisprudencia del Consejo de Estado en la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad, haciendo énfasis en el elemento de la antijuridicidad. En tercer lugar, se esbozará el desarrollo jurisprudencial en materia de responsabilidad extracontractual del Estado de la Corte Constitucional para evidenciar el entendimiento de la antijuridicidad en este tribunal. Los anteriores momentos servirán como antecedentes de la posición jurisprudencial actual frente a la reparación del daño causado con la detención injusta.

Seguido a ello, en un cuarto momento se expondrá la etapa actual de la jurisprudencia del Consejo de Estado en la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad, con la intención de poner de presente la comprensión que hoy se tiene de la antijuridicidad del daño, y así, evidenciar las problemáticas y los desafíos a los que se enfrentan tanto el juez de lo contencioso administrativo a la hora de determinar la responsabilidad del Estado derivada de la privación injusta, como las víctimas del daño para acceder a una reparación efectiva. Finalmente, se planteará una propuesta que permite asegurar en mayor medida la reparación de las víctimas y se darán unas conclusiones.

## **1. La detención preventiva en el ordenamiento jurídico colombiano**

### **1.1. Generalidades de la detención preventiva y su relación con la pena de prisión**

La detención preventiva es una institución del proceso penal que “consiste en la privación de la libertad llevada a cabo antes de la existencia de una sentencia firme –efectuada por un Juez o Tribunal competente– contra una o más personas imputadas por la comisión de un delito” (Kostenwein, 2017, p. 944). Es decir, es la posibilidad de limitar la libertad de una persona que está siendo investigada en un proceso penal, sin que exista sentencia que declare su responsabilidad en la comisión del delito que se investiga, esta detención puede ser en la residencia de la persona investigada o en un establecimiento carcelario, para efectos de este trabajo se hará referencia exclusiva al segundo supuesto.

La privación preventiva de la libertad es un tema que ha tenido especial atención en la doctrina jurídica, numerosos autores y entidades estatales se han referido a dicha institución procesal por su importancia en los sistemas penales del mundo donde tiene vigencia, las opiniones han estado divididas principalmente en dos posturas:

Por una parte los que consideran que la privación preventiva de la libertad es completamente legal en un Estado social de derecho, por ser una medida cautelar personal que puede diferenciarse claramente de la pena de prisión<sup>1</sup>, como es el caso de la Corte Constitucional que de manera insistente ha defendido la constitucionalidad de esta figura, concretamente en la Sentencia C-106 de 1994 lo planteó en los siguientes términos:

En síntesis, se ha puesto en tela de juicio la constitucionalidad de la detención preventiva y de las medidas de aseguramiento en general. Se trata de instituciones perfectamente compatibles con la Constitución en cuanto tienen un carácter preventivo, no sancionatorio. Por medio de ellas se busca asegurar que la persona sindicada de haber cometido delito, cuando contra ella existan indicios graves de responsabilidad, comparezca efectivamente al proceso penal, es decir que no escape a la acción de la justicia (...) Así, una cosa es detener al individuo contra el cual existen indicios graves acerca de que puede ser responsable penalmente, para que esté a disposición de la administración de justicia mientras se adelanta el proceso en su contra, y otra muy distinta que, cumplidos los trámites procesales y celebrado el juicio con observancia de todas las garantías, reconocimiento y práctica del derecho de defensa, se llegue por el juez a la convicción de que en realidad existe esa responsabilidad penal y de que, por tanto, debe aplicarse la sanción contemplada en la ley. Es entonces cuando se desvirtúa la presunción de inocencia y se impone la pena.

Las razones de la Corte para considerarla constitucional radican fundamentalmente en diferenciar la detención preventiva de la pena privativa de la libertad, siendo la primera una mera medida

---

<sup>1</sup> El ordenamiento jurídico colombiano acoge esta postura en el artículo 37 del Código Penal (Ley 599 de 2000) donde expresamente se diferencia la pena de prisión de la detención preventiva:

“ARTICULO 37. LA PRISION. La pena de prisión se sujetará a las siguientes reglas:

1. La pena de prisión para los tipos penales tendrá una duración máxima de cincuenta (50) años, excepto en los casos de concurso.

2. Su cumplimiento, así como los beneficios penitenciarios que supongan la reducción de la condena, se ajustarán a lo dispuesto en las leyes y en el presente código.

3. **La detención preventiva no se reputa como pena. Sin embargo, en caso de condena, el tiempo cumplido bajo tal circunstancia se computará como parte cumplida de la pena.**” (Negrilla y subrayado propio).

cautelar con carácter preventivo y, la segunda, una condena como consecuencia de un juicio de responsabilidad penal. Esta posición ha sido reiterada por la Corte en diferentes pronunciamientos. Bajo el anterior Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000)<sup>2</sup>, sostuvo que:

(...) 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. (...) No obstante, estima la Corte que, tal como se ha expresado en esta Providencia, de conformidad con el artículo 29 de la Constitución Política (debido proceso y presunción de inocencia), las medidas de aseguramiento deben someterse al cumplimiento de las estrictas exigencias que determinan su legalidad. Estas reglas son de dos clases, a saber: los requisitos formales, es decir, la obligación de su adopción mediante providencia interlocutoria que deberá contener: los hechos que se investigan, la calificación jurídica y los elementos probatorios que sustentan la adopción de la medida; y los requisitos sustanciales consistentes en los indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso. (Sentencia C-774 de 2001)

Esta postura fue confirmada nuevamente por la Corte en vigencia del actual Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), mediante la sentencia C-456 de 2006 en la que planteó:

Como la medida de aseguramiento comprende la afectación de derechos fundamentales es necesario, para garantizar los derechos del imputado, que la misma sea sometida a una autorización judicial que debe verificar, entre otros requisitos, la necesidad y la finalidad de la medida, al igual que prever su adecuada sustentación y la oportunidad de ser controvertida, aún más cuando dicha medida puede comprometer la libertad del procesado. (...)De otra parte es pertinente precisar también que las medidas de aseguramiento no equivalen a la sentencia condenatoria, ni pueden ser confundidas con las penas que mediante tal providencia se imponen. Son simples medidas cautelares – no sentencias- que sólo pueden dictarse, con carácter excepcional, preventivo pero no sancionatorio cuando se reúnan de manera estricta los requisitos fácticos o jurídicos señalados por la ley para el

---

<sup>2</sup> Es importante aclarar que la Ley 600 de 2000 continúa vigente para delitos que fueron cometidos con anterioridad al 1ro de enero de 2005, así mismo, es el proceso penal aplicable para los congresistas, ello de conformidad con el artículo 533 de la Ley 906 de 2004.

efecto, y cuando resulten indispensables para alcanzar la finalidad constitucional que con ellas se persigue, esto es, para asegurar la comparecencia del imputado al proceso, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial de la víctima.

Si bien es cierto que la Corte Constitucional ha reiterado que la detención preventiva es compatible con las garantías de la presunción de inocencia y de la libertad por tratarse de una medida de aseguramiento y no de una pena, también lo es que se evidencia en sus pronunciamientos una tendencia a enfatizar su carácter excepcional y estricto en cuanto al cumplimiento de los requisitos para su procedencia, puesto que reconoce que la imposición de esta medida cautelar representa una limitación a una amplia gama de derechos fundamentales.

Esta postura encuentra igualmente respaldo en la doctrina con algunas aclaraciones, por ejemplo para Fabián Sorza (2015, p.53), no hay contradicción entre las medidas cautelares y los principios constitucionales como la presunción de inocencia, pero es necesario que la aplicación de estas medidas responda a fines procesales como lo son evitar la fuga o la obstaculización de la justicia, y no a criterios subjetivos como la peligrosidad del investigado o la gravedad del delito, en tanto estos son fines de prevención que se le atribuyen a la pena de prisión.

Por otra parte, están los que consideran que la detención preventiva no se puede diferenciar tan sencillamente de una condena, con independencia de los fines que se le atribuyan, pues la ejecución de la llamada medida cautelar personal se equipara a una sanción y, es por ello, que no es compatible con los derechos y garantías propios de un Estado social de derecho, tales como la presunción de inocencia y la libertad. El profesor Hernando Londoño refiere sobre este tema que:

Resulta una burla afirmar que el sindicado es tratado como inocente, que no se le irroga pena alguna y, simultáneamente, en forma coactiva, se le priva de su derecho a la libertad ambulatoria, se le separa de su trabajo, se le rompen sus vínculos sociales y familiares, se le vulneran sus derechos humanos fundamentales, etc., todo lo cual, como la Corte Constitucional lo ha declarado, constituye un "estado de cosas inconstitucional". En definitiva, con la DP se pierden los mismos derechos del penado, la privación de la libertad se cumple generalmente en los mismos centros de reclusión de éste, es de carácter coactivo, se irroga con motivo o con el pretexto de un hecho punible y la impone un actor institucional que representa al Estado, factores que sumados permiten concluir -desde la

perspectiva sociológica- que no existe diferencia sustancial entre la privación de la libertad con motivo de la DP o de la pena. (2003, pp.199-200)

Es por ello que, sostener que la pena de prisión en establecimiento carcelario se diferencia claramente de la detención preventiva por ser esta última una medida de aseguramiento cuyos fines están orientados al desarrollo adecuado del proceso penal, en los términos en que lo ha hecho la Corte Constitucional para defender su compatibilidad con las garantías que propugna la Constitución Política de 1991, resulta cuestionable si se tiene en cuenta que la detención preventiva de la libertad: 1) Se lleva a cabo en los mismos establecimientos carcelarios que la pena de prisión y por tanto bajo las mismas condiciones; 2) Puede obedecer a fines de protección de la comunidad y de la víctima propios de la pena de prisión, y; 3) Para su procedencia tiene en cuenta criterios que hacen referencia a la gravedad del delito que se investiga, basándose en la culpabilidad y peligrosidad del sujeto procesado.

Esta dicotomía medida cautelar o pena no ha sido planteada únicamente en nuestro contexto, por el contrario, la detención preventiva es una figura que ha sido problemática en los sistemas judiciales latinoamericanos, lo que ha llevado a que sea objeto de diferentes pronunciamientos por parte de la Organización de Estados Americanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, quienes en el informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas (2013) establecieron los siguientes estándares sobre la figura a partir de la interpretación que han establecido los órganos del Sistema Interamericano:

(i) La detención preventiva debe ser la excepción y no la regla; (ii) los fines legítimos y permisibles de la detención preventiva deben tener carácter procesal, tales como evitar el peligro de fuga o la obstaculización del proceso; (iii) consecuentemente, la existencia de indicios de responsabilidad no constituye razón suficiente para decretar la detención preventiva de una persona; (iv) aun existiendo fines procesales, se requiere que la detención preventiva sea absolutamente necesaria y proporcional, en el sentido de que no existan otros medios menos gravosos para lograr el fin procesal que se persigue y que no se afecte desproporcionadamente la libertad personal; (v) todos los anteriores aspectos requieren una motivación individualizada que no puede tener como sustento presunciones; (vi) la detención preventiva debe decretarse por el tiempo estrictamente necesario para cumplir el fin procesal, lo que implica una revisión periódica de los elementos que dieron lugar a su

procedencia; y (vii) el mantenimiento de la detención preventiva por un plazo irrazonable equivale a adelantar la pena. (p.8)

Estos estándares deben ser tenidos en cuenta por aquellos Estados miembros de la Organización de Estados Americanos dentro de los cuales se encuentre consagrada en el ordenamiento jurídico la detención preventiva como medida cautelar, para que la misma sea compatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como es el caso de Colombia. Puede evidenciarse que estos criterios están orientados a restringir el uso de la detención preventiva a supuestos estrictamente necesarios, a exigir una debida motivación para su imposición y limitar su prolongación en el tiempo. En el siguiente apartado se analizará precisamente el uso que se ha hecho de esta medida cautelar en Colombia.

## **1.2. Uso de la detención preventiva en el proceso penal**

A pesar de todos los cuestionamientos mencionados que cabe hacerle a la institución de la detención preventiva por su contradicción con garantías fundamentales como la presunción de inocencia y la libertad, al ser materialmente idéntica a la pena privativa de la libertad, lo cierto es que se encuentra consagrada en la Constitución Política de 1991 en su artículo 28 y 250, y su aplicación ha sido regulada tanto por la legislación como por la jurisprudencia, la que como se evidenció en sus pronunciamientos ha defendido la constitucionalidad de esta medida cautelar personal y reiterado su carácter excepcional.

El uso de esta detención preventiva ha dado lugar a la responsabilidad extracontractual del Estado, cuando con la misma se ocasiona un daño antijurídico al procesado atribuible a la administración en los términos de la cláusula general de responsabilidad del Estado contemplada en el artículo 90 de Constitución Política, a partir de la cual la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha reparado los daños ocasionados por la privación injusta de la libertad.

Tanto en los pronunciamientos de la Corte Constitucional frente a la detención preventiva, como en los lineamientos fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se le asigna a esta medida de aseguramiento la característica de excepcionalidad, la cual encuentra sustento en la amplia limitación de derechos fundamentales que implica su imposición, por lo que, coinciden

en que su procedencia no puede ser la regla general. Pese a ello, esta figura es ampliamente utilizada en el marco del proceso penal colombiano, según el informe estadístico elaborado por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC, 2020), el 25,1% (que equivale a 24.613 personas) de la población intramural privada de la libertad corresponde a internos en condición de imputados o acusados sin sentencia condenatoria en firme, lo que pone en entredicho la excepcionalidad que se le atribuye a esta medida.

Esta situación se agrava si se tiene en cuenta que todo el sistema penitenciario está atravesando una crisis humanitaria por diversas problemáticas estructurales, administrativas e incluso económicas que reafirman la ilegitimidad del sistema, en tanto su funcionamiento es altamente violatorio de los derechos fundamentales, de las garantías y principios constitucionales. Entre los problemas del funcionamiento de la justicia penal se encuentra el hacinamiento, que es quizá el que requiere mayor atención y pronta solución por ser una situación que agudiza excesivamente la vulneración a la dignidad humana y demás derechos fundamentales como la vida, la familia, el trabajo, la salud e integridad física. Así lo manifestó la Corte Constitucional desde la sentencia T-153 de 1998, mediante la cual por primera vez declaró el estado de cosas inconstitucional en las cárceles:

Las cárceles colombianas se caracterizan por el hacinamiento, las graves deficiencias en materia de servicios públicos y asistenciales, el imperio de la violencia, la extorsión y la corrupción, y la carencia de oportunidades y medios para la resocialización de los reclusos. Esta situación se ajusta plenamente a la definición del estado de cosas inconstitucional. Y de allí se deduce una flagrante violación de un abanico de derechos fundamentales de los internos en los centros penitenciarios colombianos, tales como la dignidad, la vida e integridad personal, los derechos a la familia, a la salud, al trabajo y a la presunción de inocencia, etc. Durante muchos años, la sociedad y el Estado se han cruzado de brazos frente a esta situación, observando con indiferencia la tragedia diaria de las cárceles, a pesar de que ella representaba día a día la transgresión de la Constitución y de las leyes.

Sin duda esta situación no ha mejorado, aunque el pronunciamiento de la Corte fue hace más de 20 años, sigue sin tener fin la violación a garantías y derechos fundamentales en las cárceles del país, ya que el crecimiento exponencial de la población carcelaria dificulta en mayor medida darle

solución a esta problemática, lo que llevó a que la Corte Constitucional reiterara en los años 2013 y 2015<sup>3</sup> el estado de cosas inconstitucional.

En estas sentencias la Corte Constitucional hace un estudio de la situación carcelaria dejando nuevamente en evidencia las condiciones tan lamentables en las que se encuentran reclusos los presos en los distintos centros penitenciarios del país y llega incluso a comparar su situación con la de los animales, lo que contraría claramente el principio base de los demás derechos: LA DIGNIDAD HUMANA<sup>4</sup>. Llama la atención de estas sentencias que referencian un punto clave de la problemática y es la política criminal, que hasta el momento no ha sido acorde con el modelo de Estado social de derecho y ha puesto en evidencia que es ineficaz:

En la etapa de ejecución de penas y medidas de aseguramiento es en la que se muestran los síntomas de todas las dificultades que emergen de la política criminal actual. Entre dichos síntomas se encuentran afectaciones relacionadas con las condiciones de reclusión a las que, sindicados y condenados, son sometidos: el hacinamiento y las otras causas de violación masiva de derechos, la reclusión conjunta entre condenados y sindicados, las fallas en la prestación de los servicios de salud en el sector penitenciario y carcelario, la precariedad de la alimentación suministrada y las condiciones inhumanas de salubridad e higiene de los establecimientos de reclusión, entre otras. (Sentencia T-762 de 2015)

Es claro que las condiciones de los presos son realmente precarias y lamentables, pero esta realidad se torna más gravosa si se tiene en cuenta el gran porcentaje de los presos sin condena que han sido detenidos preventivamente y que sin duda influyen en la sobrepoblación carcelaria; las mencionadas circunstancias en las que se encuentran reclusos tienen relevancia no sólo porque contrarían los pronunciamientos de la Corte Constitucional y los lineamientos internacionales, sino también de cara a una eventual responsabilidad extracontractual del Estado cuando se ocasiona al detenido preventivamente un daño antijurídico, puesto que, deben ser consideradas al momento de la tasación de la indemnización del daño, especialmente de los perjuicios inmateriales, esto es, del

---

<sup>3</sup> Corte Constitucional, (28 de junio de 2013), sentencia T-388 de 2013, [M.P. María Victoria Calle Correa].  
Corte Constitucional, (16 de diciembre de 2015), sentencia T-762 de 2015, [M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado].

<sup>4</sup> “La deshumanización de las personas en los actuales contextos carcelarios es evidente. Las condiciones en que son mantenidas las personas privadas de la libertad, por ejemplo, suelen ser relacionadas con las condiciones en que existen algunos de los animales relegados en nuestra sociedad a los lugares de suciedad.” (Sentencia T-388 de 2013).

daño moral y a bienes constitucional y convencionalmente protegidos, lo cual tiene un impacto económico de gran magnitud en la sostenibilidad fiscal del Estado teniendo en cuenta que las condenas al Estado por privación injusta de la libertad para el año 2018 ascendían a la suma de \$1.021.921.723.001<sup>5</sup>.

### **1.3. Finalidades y requisitos para la procedencia de la detención preventiva en la Ley 600 de 2000 y la Ley 906 de 2004**

Una de las causas que ha dado lugar a la responsabilidad extracontractual del Estado por la privación injusta de la libertad, es el incumplimiento de los requisitos para su procedencia, por lo que, se hace necesario realizar un estudio de éstos en los Códigos de Procedimiento Penal sobre los cuales se ha impuesto dicha medida en los últimos años, esto es, de la Ley 600 de 2000 y en el actual Código, la Ley 906 de 2004; teniendo de presente los lineamientos fijados por los organismos internacionales anteriormente mencionados y por la Corte Constitucional, de cara a evidenciar si son acogidos o no por el ordenamiento jurídico colombiano.

Uno de los aspectos más importantes en los lineamientos jurisprudenciales y los estándares internacionales es precisamente lo referido a las finalidades que se le atribuyen a la detención preventiva y los requisitos para su procedencia, los cuales, como se pasa a explicar, presentan variaciones en los dos códigos de procedimiento penal vigentes que se analizan en el presente capítulo.

Bajo la Ley 600 de 2000 el decreto de las medidas de aseguramiento, que para el caso de los imputables existe en este Código únicamente la detención preventiva, está en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, es esta entidad la encargada de evaluar su procedencia e imponerla en caso de que se cumplan los requisitos para ello. En el artículo 3° y 355 de este estatuto procesal se establecen las finalidades a las cuales debe obedecer la detención preventiva, esto es, I) Asegurar la comparecencia al proceso del sindicado y la ejecución de la pena privativa de la libertad. II) Evitar la fuga o la continuación de la actividad delictiva, y III) Garantizar la preservación de la

---

<sup>5</sup> Véase en: Unifican jurisprudencia sobre responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad. (11 de julio de 2018). *LEGIS: ÁMBITO JURÍDICO* <https://www.ambitojuridico.com/noticias/general/administracion-publica/unifican-jurisprudencia-sobre-responsabilidad-del-estado>

prueba. El artículo 3°, además de estas finalidades consagra la protección de la comunidad, pero este fin no quedó establecido en capítulo específico de la detención preventiva en el cual quedaron únicamente fines de índole procesal.

Dada la necesidad de garantizar alguno de los fines mencionados, la detención preventiva procede si se cumple, además, con los requisitos establecidos en los artículos 356 y 357, esto es, si con base en las pruebas producidas dentro del proceso existen por lo menos dos indicios graves de responsabilidad del sujeto investigado por la comisión de un delito y cuando la pena de prisión prevista para el delito es por un término mínimo de 4 años.

En los lineamientos fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se plantea que las finalidades legítimas y permisibles de la detención preventiva son las de carácter procesal, lo cual se cumple en este Código de Procedimiento Penal porque aunque en el artículo 3° se menciona la protección a la comunidad, en las disposiciones especiales de la detención preventiva no quedó incluida; sin embargo, en los lineamientos también se establece que no basta con las finalidades procesales para que dicha medida de aseguramiento sea compatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino que además la medida debe responder a una estricta necesidad y proporcionalidad; es decir, que no pueden existir otros medios para garantizar los mismos fines y, en el mismo sentido se plantea que la existencia de indicios no constituye una razón suficiente para la procedencia de esta medida cautelar personal, lo que es completamente opuesto a lo consagrado por este estatuto procesal, en el cual expresamente se estipuló como requisito para su procedencia únicamente la existencia de indicios.

Así las cosas, en la Ley 600 de 2000, la medida cautelar de detención preventiva procede cuando: 1) se cumple con alguno de los fines procesales; 2) existen mínimo dos indicios graves de responsabilidad en contra del sujeto investigado y; 3) la pena de prisión prevista para el delito investigado es de mínimo 4 años.

Con la Ley 906 de 2004, actual Código de Procedimiento Penal en Colombia, hubo grandes cambios en cuanto a las medidas de aseguramiento en el proceso penal, en primer lugar, se consagraron tanto medidas privativas de la libertad (detención preventiva en establecimiento carcelario o en el lugar de residencia del imputado), como medidas no privativas<sup>6</sup>, lo que

---

<sup>6</sup> “ARTÍCULO 307. MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO. Son medidas de aseguramiento: (...) B. No privativas de la libertad

representó un avance en comparación con el anterior estatuto procesal, al ampliar la gama de medidas de aseguramiento e incluir no privativas de la libertad, las cuales cumplen con las mismas finalidades que la detención preventiva y, por tanto, permiten, en aplicación del principio de necesidad, limitar la procedencia de las medidas privativas de la libertad sin la restricción excesiva de derechos fundamentales que implica la detención preventiva para el ciudadano que está siendo objeto de investigación penal, al respecto Claudio Fuentes (2010) plantea que las medidas no privativas de la libertad “suponen un punto intermedio entre la presunción de inocencia del imputado y la prisión preventiva, y ciertamente constituyen una respuesta más sofisticada por parte del sistema penal a las demandas del principio de proporcionalidad que rige esta materia” (p. 37).

En este Código de Procedimiento Penal, no sólo se incluyeron estas medidas como alternativas a la detención preventiva, sino que con la reforma introducida por la Ley 1760 de 2015 y la Ley 1786 de 2016, expresamente fueron consagradas como las medidas preferentes, ya que en parágrafo 2° del artículo 307 se establece:

PARÁGRAFO 2o. Las medidas de aseguramiento privativas de la libertad solo podrán imponerse cuando quien las solicita pruebe, ante el Juez de Control de Garantías, que las no privativas de la libertad resultan insuficientes para garantizar el cumplimiento de los fines de la medida de aseguramiento.

A pesar de esta reforma los índices de uso de la detención preventiva dentro del proceso penal siguen siendo muy elevados, tal como lo revela el porcentaje actual de personas privadas de la libertad sin sentencia condenatoria en firme (25,1%), lo cual deja en evidencia que sigue siendo la

- 
1. La obligación de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica.
  2. La obligación de someterse a la vigilancia de una persona o institución determinada.
  3. La obligación de presentarse periódicamente o cuando sea requerido ante el juez o ante la autoridad que él designe.
  4. La obligación de observar buena conducta individual, familiar y social, con especificación de la misma y su relación con el hecho.
  5. La prohibición de salir del país, del lugar en el cual reside o del ámbito territorial que fije el juez.
  6. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares.
  7. La prohibición de comunicarse con determinadas personas o con las víctimas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa.
  8. La prestación de una caución real adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, entrega de bienes o la fianza de una o más personas idóneas.
  9. La prohibición de salir del lugar de habitación entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m.
- (...)

medida más utilizada. En el citado informe estadístico del INPEC (2020) se da una conclusión alarmante de cara a la situación actual de las prisiones en el país<sup>7</sup>:

En octubre la capacidad de los ERON se estableció en 80.669 cupos y el número de condenados en 73.559; si el INPEC tuviera a su cargo únicamente a la población condenada, a la fecha de corte del documento, no habría hacinamiento a nivel nacional y se tendría disponibilidad de 7.110 cupos (2020, p.40).

En segundo lugar, se le asignaron nuevas finalidades a las medidas de aseguramiento como requisitos para su procedencia, las cuales quedaron consagradas en el artículo 308, estas son: 1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia. 2. Que el imputado constituya un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima. 3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia. De allí que, si bien hubo un avance frente a la gama de medidas de aseguramiento, la estipulación de finalidades no procesales implica un retroceso con respecto al cumplimiento de los lineamientos internacionales, bajo los cuales la protección de la sociedad o de la comunidad y de la víctima del delito, no constituyen fines permisibles y legítimos para la detención preventiva, puesto que, como se planteó anteriormente, corresponden a finalidades propias de la pena de prisión y no a una medida de aseguramiento. Frente a este punto plantea Ferrajoli (1995) que:

La perversión más grave del instituto, legitimada desgraciadamente por Carrara, y antes por Pagano, ha sido su transformación, de instrumento exclusivamente procesal dirigido a «estrictas necesidades» sumariales, en instrumento de prevención y de defensa social, motivado por la necesidad de impedir al imputado la ejecución de otros delitos. Es claro que tal argumento, al hacer recaer sobre el imputado una presunción de peligrosidad basada únicamente en la sospecha del delito cometido, equivale de hecho a una presunción de culpabilidad; y, al asignar a la custodia preventiva los mismos fines, además del mismo contenido afflictivo que la pena, le priva de esa especie de hoja de parra que es el sofisma

---

<sup>7</sup> De acuerdo con las cifras dadas en el mismo informe, en octubre de 2020 el total de la población carcelaria era de 98.172 internos, de los cuales 24.613 (25,1%) correspondían a personas imputadas o acusadas sin sentencia condenatoria, y el porcentaje de hacinamiento era del 21,7%, lo que evidencia que el porcentaje de personas privadas de la libertad preventivamente; es decir, sin sentencia condenatoria, es superior al de hacinamiento.

conforme al cual sería una medida <procesal>, o <cautelar>, y, en consecuencia, <no penal>, en lugar de una ilegítima *pena sin juicio*. (p.553)

La atribución de estas nuevas finalidades a la detención preventiva desnaturaliza la esencia cautelar de la medida, al asignarle un fin preventivo que es propio de la pena de prisión por partir de la culpabilidad del sujeto investigado y, en consecuencia, de la peligrosidad que representa para la víctima y la comunidad en general. Si se partiera de un correcto entendimiento del principio de presunción de inocencia, el cual exige que sólo puede desvirtuarse la misma en el momento en que el juez natural emite una sentencia condenatoria después de un juicio de responsabilidad penal, no tendrían cabida estas nuevas finalidades en un proceso penal respetuoso de las garantías y derechos del procesado, máxime en el marco de un Estado social de derecho en el que los derechos fundamentales gozan de especial protección constitucional.

En tercer lugar, este Código de Procedimiento Penal, trajo cambios en cuanto a los requisitos para la procedencia de las medidas de aseguramiento y específicamente en relación con la detención preventiva. Antes de referir los requisitos concretos, es necesario hacer una referencia a las últimas reformas legislativas que ha sufrido en la materia este Código:

•**Ley 1760 de 2015:** antes de esta Ley, los cambios normativos introducidos al Código de Procedimiento Penal en materia de medidas de aseguramiento (Ley 1142 de 2007 y Ley 1453 de 2011), eran tendientes a expandir la procedencia de dichas medidas, especialmente la detención preventiva, a pesar de que como se vio, los pronunciamientos de la Corte Constitucional se esforzaban por reiterar su carácter excepcional.

Estos cambios normativos habían sido indiferentes frente a las garantías de los imputados y frente a la falta de una limitación temporal clara de la detención preventiva, la cual en la Ley 600 de 2000 puede extenderse hasta incluso pagar la totalidad de la pena del delito que se investiga, así lo reconoce el numeral 2 del artículo 365 que consagra las causales de libertad: “2. Cuando en cualquier estado del proceso hubiere sufrido el sindicado en detención preventiva un tiempo igual al que mereciere como pena privativa de la libertad por la conducta punible que se le imputa, (...)”; por ello, una de las principales razones que motivaron la expedición de esta Ley, fue precisamente la falta de limitación temporal que persistía en el texto original de la Ley 906 de 2004. En la exposición de motivos se plantea así:

El artículo 307 del Código de Procedimiento Penal no contempla un término o límite para que cese la detención preventiva, situación que ha repercutido gravemente en el derecho al debido proceso de las personas por la dilación injustificada de la privación de la libertad o la prolongación indefinida de los términos procesales [...] Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta, como arriba se ha reiterado, que actualmente se presenta un uso inadecuado de la detención preventiva por parte de los operadores judiciales. La situación descrita, no solo incide negativamente en el derecho a la defensa, sino que también ha generado efectos perversos e innecesarios en el Sistema Penitenciario y Carcelario, pues la población sindicada ha presentado un incremento acelerado. (Reyes & Montealegre, 2014, pág. 9)

Esta duración indefinida de la detención preventiva sin duda fue un factor determinante en las condenas del Estado por privación injusta de la libertad, puesto que mientras más prolongada fuera la detención injusta mayor indemnización requería para su correcta reparación, lo que se vio reflejado en la cifra anteriormente mencionada a la que ascendían las condenas por privación injusta de la libertad.

Esta Ley no sólo introdujo que el límite temporal para la duración de la detención preventiva es de un año como regla general, sino que además resolvió vacíos normativos imponiendo términos perentorios para la duración máxima de la detención entre las diferentes etapas procesales, so pena de la configuración de una causal de libertad (imputación-escrito de acusación-audiencia de juicio-audiencia de lectura del fallo) y creó, como se mencionó anteriormente, otro requisito para la procedencia de las medidas privativas de la libertad, **probar la insuficiencia de las no privativas**, además impuso que no basta considerar exclusivamente la naturaleza de la conducta punible imputada o la pena a imponer, sino que, deben atenderse los requisitos constitucionales de la medida de aseguramiento.

• **Ley 1786 de 2016:** a pesar de los avances que introdujo la Ley 1760 de 2015, un sector de la población se encontraba inconforme con su entrada vigencia<sup>8</sup>, concretamente, con la excarcelación

---

<sup>8</sup> Véase en:

- Los 22.000 presos sin pena que saldrían de la cárcel. (20 de junio de 2015). *Revista Semana*. <https://www.semana.com/nacion/articulo/los-22000-presos-sin-pena-que-saldrian-de-la-carcel/432037-3/>
- Culpan al Gobierno y la Fiscalía por inminente excarcelación de presos. (23 de mayo de 2016). *Revista Semana*.

masiva que se produciría con la limitación temporal establecida, así que, presentaron un proyecto de contrarreforma. En la exposición de motivos, se adujo lo siguiente:

Este proyecto de ley atiende a esta nueva realidad y busca extender el plazo de entrada en vigencia del término máximo de detención preventiva para los procesos más complejos con el fin de evitar el escenario de una excarcelación masiva e indiscriminada que podría representar un peligro inminente para la seguridad de los ciudadanos y la administración eficaz de justicia. (Perdomo, J., Cristo, J. y Ramos, A. (2016).

Con esta contrarreforma se postergó la entrada en vigencia de la Ley 1760 de 2015 y se ampliaron las posibilidades para prorrogar el plazo máximo de un año a supuestos donde la investigación se torna más compleja, así quedó establecido en el parágrafo 1 del artículo 307:

Cuando el proceso se surta ante la justicia penal especializada, o sean tres (3) o más los acusados contra quienes estuviere vigente la detención preventiva, o se trate de investigación o juicio de actos de corrupción de los que trata la Ley 1474 de 2011 o de cualquiera de las conductas previstas en el Título IV del Libro Segundo de la Ley 599 de 2000 (Código Penal), dicho término podrá prorrogarse, a solicitud del fiscal o del apoderado de la víctima, hasta por el mismo término inicial.

Ahora bien, hechas las anteriores anotaciones respecto de la evolución normativa de la detención preventiva, se tienen hoy como requisitos para su procedencia, los siguientes:

**1. Requisitos generales:** El artículo 308 del actual Código de Procedimiento Penal establece los requisitos que se deben verificar para la procedencia de todas las medidas de aseguramiento privativas y no privativas de la libertad; el primero de ellos es de índole probatorio consiste en que “de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga”. Si bien, el escenario para la práctica probatoria en el proceso penal es el juicio oral, en esta etapa preliminar se exige que la Fiscalía en uso de sus amplias facultades investigativas alcance el estándar de inferencia razonable de autoría. Al respecto ha planteado la doctrina:

---

<https://www.semana.com/nacion/articulo/gobierno-pide-ley-expres-para-frenar-libertad-de-presos-por-graves-delitos/474959/>

(...)la controversia que se genera en torno a los elementos cognoscitivos es si estos soportan o no la medida de aseguramiento, y en ese sentido equivale a averiguar si la responsabilidad penal en ese momento, dentro de las iniciales exigencias probatorias, está o no comprometida, pero no para anticipar el debate de si se es inocente o culpable, discusión que puede presentarse antes del juicio oral, pero dentro de otros linderos procesales, como por ejemplo, respecto a la preclusión; lo que nada impide el examen de todos los caracteres de la conducta punible. (Sandoval y Del villar, 2013, p.144)

Establece este artículo que además de cumplir con el estándar probatorio, las medidas de aseguramiento proceden siempre y cuando se cumpla con algunas de las siguientes finalidades:

1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.
2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.
3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

**Parágrafo.** La calificación jurídica provisional contra el procesado no será, en sí misma, determinante 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. El Juez de Control de Garantías deberá valorar de manera suficiente si en el futuro se configurarán los requisitos para decretar la medida de aseguramiento, sin tener en consideración exclusivamente la conducta punible que se investiga.

En este punto puede evidenciarse que hubo un avance con respecto a los lineamientos establecidos por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, toda vez que, ya no es suficiente con la existencia de indicios para la procedencia de la medida cautelar personal, sino que se exige el cumplimiento de los demás requisitos que implican una mayor carga argumentativa, como que se acredite alguna de las finalidades enunciadas, para las cuales no basta con el tipo de delito que se investiga y la gravedad de la pena, tal como lo establecen los lineamientos, así mismo deben cumplirse los requisitos específicos que se pasan a explicar.

**2. Requisitos específicos:** Además de los anteriores requisitos generales, para que proceda la detención preventiva en establecimiento carcelario es necesario que se dé alguno de los siguientes supuestos contemplados en el artículo 313:

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. 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.

Cumplidos los requisitos generales y específicos referenciados puede imponerse la detención preventiva en establecimiento carcelario, siempre que se logre, además, acreditar que las medidas no privativas de la libertad resultan insuficientes para garantizar las finalidades que se le asignan, ello conforme al parágrafo 2 del artículo 307 de la Ley 906 de 2004.

Todo lo anterior permite tener un panorama de la institución de la detención preventiva en la legislación colombiana, en contraste con los lineamientos internacionales y los pronunciamientos de la Corte Constitucional en la materia, que sirven de contexto para la responsabilidad extracontractual del Estado que se deriva de la privación injusta de la libertad, la cual puede darse por el incumplimiento de los requisitos para su imposición cuando con ello se ocasiona un daño antijurídico en los términos de la cláusula general de responsabilidad del Estado contemplada en el artículo 90 de la Constitución Política y conforme a los parámetros jurisprudenciales fijados por el máximo órgano de la jurisdicción de contencioso administrativa, los cuales han sufrido variaciones a lo largo del tiempo, punto que se aborda en el siguiente apartado.

## **2. La antijuridicidad en las etapas de la jurisprudencia del Consejo de Estado en la Responsabilidad Extracontractual del Estado por privación injusta de la libertad**

El artículo 90 de la Constitución Política de 1991 consagra la cláusula general de responsabilidad del Estado por los daños que causa a los administrados: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.” A partir de allí, la doctrina y la jurisprudencia del Consejo de Estado como máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa han desarrollado los elementos para que se configure la responsabilidad del Estado frente a un daño y los requisitos para que surja la obligación de repararlo. Jaime Santofimio Gamboa (2017) ha planteado que en la actualidad el régimen de la responsabilidad del Estado se fundamenta en la existencia de los elementos que a continuación se enuncian:

(i) el daño antijurídico cuya comprensión no se agota en una simple lesión material o patrimonial, sino que en el modelo del constitucionalismo contemporáneo y moderno obedece a la lesión, afectación, vulneración o violación de derechos humanos, fundamentales de toda persona que resulte víctima; (ii) al anterior se agrega la imputación que en términos básicos opere (SIC) por la acción o por omisión de las administraciones públicas, pero en la actualidad trasciende a la inactividad, a la acción deficiente, a la desatención prolongada, entre otras modulaciones del juicio de imputación, y (iii) por la comprensión de nuestra Carta Política se trata de un régimen de víctima, esto es, que en esencia el eje del mismo no es la actividad, omisión o inactividad del Estado, sino la persona que resulte lesionada, afectada o vulnerada en sus derechos, bienes e intereses que la reviste de la relevancia jurídica para estructurar todo el régimen de responsabilidad. (pp. 87-88)

De este modo, el daño antijurídico causado con una acción u omisión de alguna entidad estatal y su imputación fáctica y jurídica se constituyen en los requisitos centrales para que se configure la responsabilidad del Estado, para lo cual, conforme a lo afirmado por Santofimio, debe examinarse la lesión o daño de la víctima y no la actividad estatal. Tal y como se mencionó en la introducción, este daño antijurídico puede surgir con ocasión de la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario que se produce en el marco del proceso

penal, cuando la misma se torna injusta y lesiona, entre otros, el derecho fundamental a la libertad del sujeto investigado; para este caso concreto la doctrina ha definido el daño antijurídico como “la lesión que le genera a la persona el hecho de restringir la libertad mediante la imposición de una medida de aseguramiento o por abrir en su contra un proceso penal en el que finalmente se le absolvió.” (Gil, 2017, p. 548)

Si bien en la actualidad resulta clara la obligación que tiene el Estado de reparar a las víctimas que han sido lesionadas por una acción u omisión de una entidad pública, este entendimiento no siempre fue claro y ha sido objeto de diversas posiciones e interpretaciones. Concretamente en el ámbito de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha presentado varios cambios que han girado alrededor de la interpretación que debe darse a las distintas disposiciones normativas que consagran dicha responsabilidad, esto es, el referido artículo 90 de la Constitución Política de 1991, el artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991 y el artículo 65 de la Ley 270 de 1996.

Previo al momento jurisprudencial actual se logran identificar cinco etapas de la jurisprudencia del Consejo de Estado en la materia, dentro de las cuales tiene especial importancia el entendimiento del concepto de la antijuridicidad del daño, ya que de este depende que se garantice en mayor o menor medida (de acuerdo a la posición adoptada) la correcta reparación de las víctimas de la privación injusta de la libertad. Así, el presente capítulo pretende evidenciar la evolución que ha tenido el elemento de la antijuridicidad en cada una de estas etapas, haciendo para ello referencia a algunas de las sentencias proferidas en cada posición jurisprudencial.

### **2.1. Primera etapa: antijuridicidad como error judicial**

Antes de la entrada en vigencia del Decreto 2700 de 1991, Código de Procedimiento Penal de la época, el Consejo de Estado se negaba a reconocer la responsabilidad del Estado con ocasión de la privación injusta de la libertad, argumentando que no existía una disposición normativa que la consagrara y, por ello, se entendía que la misma era una carga que los ciudadanos debían soportar; es decir, el daño carecía del elemento de la antijuridicidad. No obstante, después de la entrada en vigencia del mencionado Código, la jurisprudencia empezó a reconocer la existencia de

responsabilidad del Estado pero sólo cuando la medida era abiertamente desproporcionada e ilegal, ya que se entendía que en estos casos existía un error judicial que la administración debía reparar. En esta etapa se tenía entonces una concepción de la antijuridicidad como error judicial, así lo plantea el Consejo de Estado en la sentencia del 1 de Octubre de 1992 (Expediente No. 7058), en la cual sostuvo:

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 definitiva 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.

En esta sentencia el Consejo de Estado es claro en exigir la existencia de una falla o error en la administración de justicia que sea abiertamente ilegal para que pueda declararse la responsabilidad del Estado, puesto que, bajo esta postura, es en esos casos que se genera un daño antijurídico susceptible de ser reparado. Esta misma posición fue sostenida por el Consejo de Estado en diferentes providencias<sup>9</sup>, en la sentencia del 30 de junio de 1994 (Expediente No. 9734) afirmó que se había presentado un daño antijurídico porque el procesado había sido capturado por la Policía Nacional de manera ilegal, ya que no había flagrancia ni orden de captura y después fue puesto en libertad por la inexistencia del hecho investigado, de esta detención ilegal el Consejo de Estado deriva la responsabilidad del Estado, por cuanto se constituye en un error judicial: “El

---

<sup>9</sup> Dentro de este momento de la jurisprudencia se encuentra, entre otras, las siguientes sentencias:

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Sentencia del 25 de julio de 1994) Expediente No. 8.666. [C.P. Carlos Betancur Jaramillo].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Sentencia del 15 de septiembre de 1994) Expediente No. 9391. [C.P. Julio Cesar Uribe Acosta].

Estado es responsable de los perjuicios sufridos por el actor al ser capturado ilegalmente por agentes de la Policía Nacional.”

De todo lo anterior se concluye que en este momento de la jurisprudencia la regla general era que los daños ocasionados por la medida de aseguramiento de detención preventiva eran jurídicos y por lo tanto los administrados tenían la obligación de soportarlos, salvo que, ocurriera la excepción, la cual se daba cuando existía un evidente error de la administración de justicia, sólo en estos casos se configuraba la responsabilidad del Estado; por tanto, desde esta óptica la antijuridicidad estaba dada por el error judicial, lo que restringía en gran medida la posibilidad de reparar a las víctimas de la privación de la libertad, en aquellos casos en que a pesar de ser absueltos dentro del proceso penal por cualquier causa, y por tanto, de haber tenido que soportar una restricción del derecho fundamental a la libertad, no podían acceder a una indemnización si no existía un yerro evidente de la administración o una decisión judicial abiertamente desproporcionada y contraría a la ley.

## **2.2. Segunda etapa: antijuridicidad como error judicial y responsabilidad objetiva en los tres supuestos que trae el artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991**

El antiguo Código de Procedimiento Penal, Decreto Ley 2700 de 1.991, estableció en su artículo 414 la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad en los siguientes términos:

**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.

A pesar de que este Código entró en vigencia desde julio de 1992, en el primer momento de la jurisprudencia no fue determinante a la hora de establecer la responsabilidad del Estado; sin embargo, en esta etapa este razonamiento tuvo un cambio, puesto que, el Consejo de Estado

comenzó a apoyarse en la citada disposición normativa para declarar la responsabilidad por la privación injusta de la libertad.

En este segundo momento de la jurisprudencia se entendía que cuando la absolución o preclusión del ciudadano investigado en el proceso penal se producía por alguno de los tres supuestos que trajo el artículo 414 de dicho decreto, esto es, cuando: 1) el hecho no existió; 2) el sindicado no lo cometió; o 3) la conducta no constituía hecho punible, la Ley presumía que la detención había sido injusta, por tanto se trataba, en esos casos, de un régimen objetivo de responsabilidad por privación injusta de la libertad.

Como ejemplo de esta postura se tiene la sentencia del 12 de diciembre de 1996 (Expediente No. 10229), en la que se evaluaba el caso de un ciudadano que fue privado de la libertad mientras se adelantaba la investigación penal en su contra por el delito de secuestro y que posteriormente fue exonerado de responsabilidad por cuanto se demostró que no participó en la comisión del delito, el Consejo de Estado sostuvo que en este caso existía responsabilidad del Estado porque el supuesto encajaba en los establecidos por el artículo 414 (el sindicado no lo cometió), en los cuales se presume que la detención fue injusta, en términos del alto tribunal:

Se reitera que es un tipo de responsabilidad objetiva en la medida en que no requiera la existencia de falla del servicio, razón por la cual no tiene ninguna incidencia la determinación de si en la providencia que ordenó la privación de la libertad hubo o no error judicial; y no es posible la exoneración de responsabilidad de la administración con la sola prueba de diligencia que en este caso se traduciría en la demostración de que la providencia estuvo ajustada a la ley.

De esta manera se entendía que en los tres casos que trajo el artículo 414 había responsabilidad objetiva del Estado por la privación injusta de la libertad, en los demás eventos se continuaba exigiendo para la declaratoria de responsabilidad un evidente error judicial:

En este orden de ideas, fuera de los casos señalados en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, en los cuales la ley presume que se presenta la privación injusta de la libertad, cuando se pretenda obtener indemnización de perjuicios por esta causa, el demandante debe demostrar que la detención preventiva que se dispuso en su contra fue injusta; y, en tales eventos, habiéndose producido la detención preventiva por una

providencia judicial, la fuente de la responsabilidad no será otra que el error jurisdiccional. Y que para que la responsabilidad estatal resulte comprometida por el error jurisdiccional, como ya lo ha dicho la Sala, se requiere que la providencia a la cual el mismo se imputa contenga una decisión abiertamente ilegal. (Sentencia del 17 de noviembre de 1995, Expediente No. 10056)

Con fundamento en lo anterior se puede afirmar que la antijuridicidad del daño se presumía cuando la exoneración en el proceso penal se producía porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, en los demás casos los demandantes tenían la carga de demostrar la existencia de una falla o error de la administración para que se reconociera la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad, es decir que en estos supuestos seguía sosteniéndose el mismo concepto de la antijuridicidad como error judicial. Este entendimiento derivaba de la interpretación que se hizo del referenciado artículo 414; del primer enunciado se infería la carga de probar el error judicial para acreditar la antijuridicidad del daño y, del segundo, se desprendía la responsabilidad objetiva del Estado en esos tres casos específicos<sup>10</sup>.

Desde esta concepción de la antijuridicidad se logró un avance con respecto a la primera posición de la jurisprudencia, en la que siempre se exigía un error judicial para que prosperara la declaración de responsabilidad del Estado y la consecuente indemnización, de suerte que, la aplicación del régimen objetivo de responsabilidad en los tres casos planteados en el Decreto 2700 de 1991 permitía garantizar en mayor medida la posibilidad de que las víctimas de un daño antijurídico con ocasión de la detención preventiva pudieran acceder a la correspondiente indemnización de los perjuicios sufridos, ello por cuanto la ley presumía la antijuridicidad del daño lo que conllevaba a que se invirtiera la carga probatoria.

---

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Sentencia del 12 de diciembre de 1996). Expediente No. 10229. [C.P. Carlos Betancur Jaramillo]. En esta posición se encuentran, entre otros, los siguientes fallos:

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Sentencia del 18 de septiembre de 1997). Expediente No. 11754 [C.P. Jairo Hernán Martínez Nieves].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Sentencia del 14 de marzo de 2002). Expediente No.12076. [CP. Germán Rodríguez Villamizar].

### **2.3. Tercera etapa: Responsabilidad objetiva del Estado derivada directamente del artículo 90 de la Constitución Política de 1991**

Con la interpretación del Consejo de Estado de la existencia de responsabilidad objetiva en los supuestos contemplados en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, comenzó a modificarse la idea de que la antijuridicidad resultaba de la conducta dolosa o culposa del agente y/o del error judicial por una decisión desproporcionada y abiertamente contraría a ley, hasta el punto de que empezó a entenderse que lo antijurídico devenía del daño mismo causado a la víctima, de modo que, no era imprescindible evaluar si la conducta del funcionario judicial era ilegal o arbitraria, no en razón de que la ley presumía la antijuridicidad, es decir, el error judicial, sino más bien porque era una carga que los ciudadanos no estaban en la obligación de soportar. En este sentido afirmó el Consejo de Estado en la sentencia del 4 de diciembre de 2006 (Expediente No. 13168):

Se ha venido sosteniendo el carácter injusto de los tres casos de detención que preveía el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal y que, por consiguiente, frente a la reclamación de perjuicios fundada en alguno de los tres supuestos consignados en dicho precepto, resulta indiferente establecer si en la providencia que ordenó la privación de la libertad se incurrió o no en error judicial, **por cuanto lo que compromete la responsabilidad del Estado no es la antijuridicidad de la conducta del agente del Estado, sino la antijuridicidad del daño sufrido por la víctima, en tanto que ésta no tiene la obligación jurídica de soportarlo.** (Negrilla y subrayado propio).

Esta idea logra consolidarse con la entrada en vigencia de un nuevo Código de Procedimiento Penal, Ley 600 de 2000, y la consecuente derogatoria del Decreto Ley 2700 de 1991, puesto que en aquel no se consagró la responsabilidad objetiva que sí traía éste en los supuestos contemplados en el citado artículo 414; es decir, al perder vigencia la norma bajo la cual se había interpretado la existencia de un régimen objetivo de responsabilidad, llevó a que el Consejo de Estado comenzara en estos casos a derivar dicha responsabilidad objetiva directamente de la cláusula general contenida en el artículo 90 de la Constitución Política.

Así las cosas, en esta etapa la jurisprudencia del Consejo de Estado presentó un cambio en dos aspectos; en primer lugar, se abandonó la concepción de la antijuridicidad del daño como error judicial proveniente de una decisión manifiestamente ilegal, que se había venido sosteniendo en

las primeras etapas, incluso cuando la ley misma lo presumía en los tres supuestos expresamente consagrados en el derogado Código de Procedimiento Penal y, por el contrario, se acogió un entendimiento de la antijuridicidad basado en que la injusticia de la detención preventiva no devenía de la decisión que imponía la medida de aseguramiento, sino del hecho de que era una carga que el ciudadano no estaba en la obligación de soportar.

Este nuevo concepto de la antijuridicidad del daño implicaba que, por ejemplo, se reconociera que a pesar de que la detención preventiva hubiera sido impuesta con el cumplimiento de todos los requisitos legales y, por tanto, mediante una decisión ajustada a la ley, podía existir un daño antijurídico susceptible de ser indemnizado por ser absuelto el ciudadano investigado al que se le impuso la medida, así lo reconoció expresamente el Consejo de Estado en la mencionada sentencia del 4 de diciembre de 2006:

De hecho, puede ocurrir que en un caso concreto hayan estado dados los requisitos para proferir una medida de aseguramiento que afecte la libertad personal del sindicado, sin que finalmente -en el mismo supuesto fáctico- se reúna la totalidad de presupuestos de una condena, situación que, a juicio de la Sala, es la que ha tenido lugar en el sub lite. (...)

Se estaría, en estos casos, ante la necesidad de diferenciar entre una decisión legal -la que ordena la detención preventiva- pero que a la postre se revela equivocada, pues si bien se trata de una situación en que la ley autoriza, con el propósito de proteger a la colectividad y garantizar el cumplimiento de una sentencia eventualmente condenatoria, la vulneración del derecho fundamental a la libertad aunque no se encuentre demostrada la responsabilidad del sindicado, cuando esta demostración termina por no producirse y la decisión, por el contrario, es absolutoria, el yerro en que se incurre salta a la vista y debe, entonces, pasar a analizarse si se ha producido un daño antijurídico.

En ese orden de ideas, para determinar la existencia de un daño antijurídico pierde relevancia evaluar la providencia que impone la medida de aseguramiento, ya que éste se establece es a partir del análisis de si el procesado tenía la obligación de soportar la limitación al derecho fundamental a la libertad, el cual, constituye uno de los pilares fundamentales del modelo de Estado social de derecho y su limitación, para que sea legítima, requiere una debida fundamentación que no se agota en el hecho de que el Estado, en uso del poder punitivo que le asiste, tiene la facultad de limitar este derecho entre tanto se adelanta el proceso penal. En la citada sentencia concluye al

respecto el Consejo de Estado que no puede sostenerse que la limitación a un derecho fundamental que afecta el desarrollo normal del proyecto de vida del individuo “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”.

En segundo lugar, por perder vigencia el artículo 414 que consagraba la responsabilidad objetiva, el Consejo de Estado empezó a hacer uso del artículo 90 constitucional para declarar la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad, sin que se dejaran de lado los tres supuestos objetivos (el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible), en los cuales seguía presumiéndose que el daño había sido antijurídico, ya no en razón de un error judicial, sino con fundamento en que era una carga que el ciudadano investigado no estaba en la obligación de soportar y que se configuraba con la sentencia absolutoria. Frente a este punto ha planteado la doctrina que la responsabilidad del Estado en este momento de la jurisprudencia encuentra 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 esta 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. (Hoyos y Zambrano, 2006, p. 19)

De esta manera se logra un cambio no sólo en la concepción de la antijuridicidad del daño, sino también en su fundamento normativo, ya que se entiende que este radica directamente en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991, lo cual, sin lugar a dudas constituye un entendimiento más amplio de la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad, en comparación con las anteriores posiciones jurisprudenciales, en tanto para probar su procedencia ya no se requiere ineludiblemente una decisión equivocada o contraria a derecho, basta con probar un daño antijurídico que puede originarse “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.” (Consejo de Estado, Sentencia del 4 de abril del 2002, Expediente No. 13606)

#### **2.4. Cuarta etapa: Presunción de la antijuridicidad del daño causado con la detención preventiva como regla general**

Con la sentencia del 17 de octubre del 2013 (Expediente No. 23354), el Consejo de Estado consolida y unifica una posición que se venía desarrollando frente a la procedencia de responsabilidad objetiva por la privación injusta de la libertad, en los casos en que la preclusión o absolución en el proceso penal se daba por aplicación del principio de *in dubio pro reo*, ampliando así los tres supuestos en los que se aplicaba el régimen objetivo de responsabilidad desde el Decreto 2700 de 1991, esto es, cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible. Por tanto, se presumía que el daño había sido injusto además de en estos tres supuestos cuando se absolvía al ciudadano por la duda en favor del reo.

Es importante aclarar en este punto que aunque el Decreto 2700 de 1991 ya no se encontraba vigente, se seguían utilizando como parámetro los tres supuestos que allí se contenían para aplicar el régimen de responsabilidad objetiva del Estado, bajo el entendimiento indicado en el punto precedente; es decir, porque se entendía que en esos casos la detención preventiva era una carga que el procesado no debía soportar por aplicación directa del artículo 90 constitucional, la cual era la fuente normativa aplicable.

Con la entrada en vigencia de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (Ley 270 de 1996) se volvió a debatir el fundamento normativo de la responsabilidad del Estado, en tanto ésta estipuló en su artículo 65 y 68 la responsabilidad por la privación injusta de la libertad en los siguientes términos:

**ARTÍCULO 65. DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.** El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales.

En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad.

**ARTÍCULO 68. PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD.** Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios.

En virtud de estas disposiciones normativas comenzó a discutirse si seguía existiendo responsabilidad objetiva en los mismos supuestos del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, ante lo cual, la jurisprudencia del Consejo de Estado sostuvo, en este momento de la jurisprudencia, una respuesta afirmativa por cuanto el fundamento de dicha responsabilidad estaba dado por el artículo 90 de la Constitución y, además, como se dijo, bajo la misma argumentación se ampliaron los supuestos en los cuales era procedente aplicar régimen objetivo de responsabilidad con la inclusión del caso en el que la absolución o preclusión en el proceso penal se producía por el principio de *in dubio pro reo*, así lo planteó el Consejo de Estado en diferentes pronunciamientos<sup>11</sup>:

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. (Sentencia del 2 de mayo del 2007, Expediente No. 15463)

En el mismo sentido fue la sentencia del 26 de marzo del 2008 (Expediente No. 16902) en la cual se afirmó que:

De acuerdo con los principios tutelares del Estado Social y Democrático de Derecho, entre los cuales la libertad y la justicia ocupan un lugar privilegiado, frente a la materialización de cualquiera de las hipótesis enunciadas, cuando una persona privada de la libertad sea absuelta, porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, la conducta no constituía hecho punible o por *in dubio pro reo*, se habrá de calificar sin ambages como detención injusta. Es por ello, que se trata de una responsabilidad objetiva, dado que en eventos de

---

<sup>11</sup> Véase como ejemplo:

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Sentencia del 23 de abril de 2008). Expediente No. 17534.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (sentencia del 25 de febrero de 2009). Expediente No. 25.508.

esta naturaleza, ambos valores se encuentran en juego y un argumento de tipo utilitarista, en el sentido de afirmar que se trata de una carga que se debe soportar en bien de la mayoría, no tiene justificación alguna.

Con la mencionada sentencia de unificación del 2013 se consolida esta línea jurisprudencial y, en consecuencia, el concepto de antijuridicidad que se venía sosteniendo, según el cual, en esos supuestos la víctima de la detención preventiva no estaba en la obligación de soportar la limitación a sus derechos. En este pronunciamiento tiene especial trascendencia la preponderancia que se da a los principios constitucionales de presunción de inocencia y de libertad personal, a partir de los cuales, se unifica el entendimiento del daño antijurídico como la ruptura del principio de igualdad frente a las cargas públicas, de esta forma en el referido fallo de unificación se plantea en relación con la absolución por aplicación del principio de *in dubio pro reo* que:

(...) la injusticia de la privación de la libertad en estos —como en otros— eventos no deriva de la antijuridicidad o de la ilicitud del proceder del aparato judicial o de sus funcionarios, **sino de la consideración consistente en que la víctima no se encuentra en el deber jurídico de soportar los daños que le irroga una detención mientras se adelantan la investigación o el correspondiente juicio penal pero que a la postre culmina con la decisión absolutoria o pronunciamiento judicial equivalente que pone en evidencia que el mismo Estado que ordenó esa detención no pudo desvirtuar la presunción constitucional de inocencia que siempre (sic) al afectado: antes, durante y después de los aludidos investigación o juicio de carácter penal.** (Negrilla y subrayado propio)

Esta comprensión de la antijuridicidad del daño provocado con la detención preventiva de la libertad, se constituye en la postura más amplia sostenida por el Consejo de Estado de cara a la reparación de las víctimas, ya que amplía la procedencia de la declaración de responsabilidad del Estado bajo un régimen objetivo y entiende que aunque la medida cautelar personal sea impuesta con el cumplimiento de todos los requisitos legales, ocasiona un daño antijurídico al procesado cuando éste es exonerado de responsabilidad en el proceso penal, porque pese a que la limitación de la libertad fue legítima al momento de su imposición, el Estado no logró desvirtuar la presunción de inocencia, la cual por mantenerse intacta torna en injusta la detención y la limitación al derecho fundamental a la libertad, principios que gozan de especial protección en el marco del Estado social

de derecho y, por tanto, su vulneración amerita la correspondiente indemnización, al respecto Norberto Hernández (2019), señala que:

La medida de aseguramiento consistente en detención preventiva puede haber afectado el sistema penitenciario y carcelario, mediante la ocupación de plazas carcelarias que preponderantemente deberían estar destinadas a los condenados (...)Igualmente ha lesionado el derecho a la libertad que tienen las personas, estableciendo que en la mayoría de los casos, los ciudadanos sometidos al proceso penal deben aguardar por la decisión definitiva privados de la libertad y, en caso de resultar absueltos, hacerse merecedores a una disculpa, y eventualmente a una indemnización, que luego de varios lustros podrá ser fallada como compensación de un tiempo irrecuperable. (p. 163)

Como puede observarse de las anteriores consideraciones, en esta posición jurisprudencial se consolida el concepto de antijuridicidad que mejor armoniza con el Estado social de derecho y con los principios constitucionales de presunción de inocencia y libertad personal, por cuanto, se reitera, resulta evidente que frente a la persona que es privada preventivamente de su libertad, entre tanto transcurre el juicio sobre su responsabilidad penal y que, finalmente, el proceso concluye con su absolución o con la preclusión de la investigación, ocurrió una ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, ya que si bien el Estado legítimamente podía limitar su libertad para garantizar un interés general de administrar justicia, en última instancia termina declarando la ausencia de responsabilidad del ciudadano que vio limitados sus derechos, lo que vuelve la medida en una carga desproporcionada que los administrados no están obligados a soportar por conservar su inocencia. De acuerdo con Enrique Gil (2017):

(...) el hecho de que el Estado imponga a un ciudadano un instrumento procesal penal que garantice su comparecencia al proceso, o que lo someta a las consecuencias negativas que en todo sentido se padecen por la sola existencia del proceso para luego absolverlo por cualquier circunstancia, constituye una decisión que en sí misma configura un daño antijurídico. Es decir, siempre que la administración de justicia absuelva a una persona que ha sido vinculada a un proceso penal, se configura un daño que puede ser catalogado de antijurídico puesto que no está en la obligación de soportarlo, es decir, el ordenamiento jurídico no le impone la obligación de tolerar los perjuicios que de esa circunstancia se derivan. (p. 544)

Esta comprensión de la existencia de un daño antijurídico por la sola absolución del procesado se vuelve más clara y evidente si se tienen en cuenta las consideraciones realizadas en el primer capítulo del presente trabajo, esto es, que: 1) la medida cautelar de detención preventiva debe ser excepcional y no la regla general, 2) las condiciones actuales de los establecimientos carcelarios del país en los cuales se lleva a cabo esta medida de aseguramiento son altamente violatorias de una amplia gama de derechos fundamentales, 3) la detención preventiva puede prolongarse por largos periodos de tiempo, el cual es irrecuperable para el ciudadano al que se le impuso, 4) la imposición de esta medida cautelar personal no sólo vulnera los derechos fundamentales del procesado, sino que también genera afectaciones en su grupo familiar.

Es innegable que existe en el proceso penal colombiano una práctica generalizada de hacer un uso excesivo de la detención preventiva, que como se señaló en el primer apartado de este trabajo, se ve reflejada en la cifra de las personas privadas de la libertad en establecimientos carcelarios sin sentencia condenatoria en firme, lo cual a su vez, ha generado como consecuencia un aumento de las condenas al Estado por la privación injusta de la libertad y con ello un problema de sostenibilidad fiscal, pero dicha realidad no puede constituirse en un subterfugio para evadir la responsabilidad del Estado por los daños ocasionados a los administrados con el ejercicio del poder punitivo, tal como parece que intentó hacerse con el cambio jurisprudencial que se pasa a explicar.

## **2.5. Quinta etapa. El regreso a la antijuridicidad como error judicial: falla probada del servicio**

Pese a todas las virtudes que presentaba la cuarta etapa de la jurisprudencia en cuanto a la reparación de las víctimas de la detención preventiva, en el año 2018 el Consejo de Estado modificó esta postura con la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018 (Expediente No. 46947) mediante la cual se da una ruptura con lo que se venía sosteniendo frente a la responsabilidad en esta materia desde 1995, en tanto, como pudo evidenciarse, existía una tendencia a objetivar la responsabilidad del Estado cuando la absolución o preclusión se daba porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, y posteriormente se incluyó el supuesto del *in dubio pro reo*, en todos estos casos, se entendía que

existía responsabilidad objetiva y que por ello el título de imputación aplicable era daño especial (ruptura del principio de igualdad frente a las cargas públicas), lo cual era plausible en términos de garantías y derechos fundamentales de los ciudadanos que fueron víctimas de la privación preventiva de su libertad.

No obstante, en esta sentencia la Sala modifica el entendimiento del concepto de antijuridicidad que se defendía en la mencionada sentencia de unificación del 2013 de la Sección Tercera, planteando que, al evaluar la responsabilidad patrimonial del Estado por la privación de la libertad de una persona a la que, posteriormente, se le revoca esa medida, sea cual fuere la causa de ello, el juez deberá verificar en todos los casos los siguientes elementos para la prosperidad de las pretensiones indemnizatorias:

- 1) Si el daño (privación de la libertad) fue antijurídico o no, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política;
- 2) Si quien fue privado de la libertad actuó con culpa grave o dolo, desde el punto de vista meramente civil -análisis que hará, incluso de oficio-, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva (artículos 70 de la ley 270 de 1996 y 63 del Código Civil) y,
- 3) Cuál es la autoridad llamada a reparar el daño.

En virtud del principio *iura novit curia*, el juez podrá encausar el análisis del asunto, siempre en forma razonada, bajo las premisas del título de imputación que, conforme al acervo probatorio, considere pertinente o que mejor se adecúa al caso concreto.

De estos elementos logran extraerse varias conclusiones. En cuanto al primero, resulta válido cuestionarse si en realidad constituye una modificación del concepto de antijuridicidad que se ha utilizado por el Consejo de Estado desde la tercera etapa de la jurisprudencia, en la cual precisamente, la Sección Tercera argumenta que la responsabilidad objetiva del Estado -en los cuatro eventos reiteradamente mencionados- derivaba directamente de la aplicación del artículo 90 de la Constitución. Por ello, en principio podría afirmarse que este punto no plantea ninguna modificación, dado que a la luz de la cláusula general de responsabilidad del Estado se entendía que estos supuestos debían analizarse bajo un régimen objetivo de responsabilidad. Empero, al

realizar un análisis de la sentencia en su conjunto, se puede concluir que los cambios en el entendimiento del daño antijurídico fueron:

En primer lugar, se plantea que la sentencia absolutoria por sí misma no es suficiente para probar que la medida fue injusta independientemente de la razón por la cual se exonere de responsabilidad al procesado, puesto que, por las lógicas del proceso penal, los estándares probatorios varían en cada una de las etapas y, por ello, la exigencia probatoria para imponer la medida de aseguramiento es menor que la requerida para condenar, así, puede suceder que la detención preventiva se imponga cumpliendo con el estándar probatorio y demás requisitos, pero no se alcance el exigido para condenar, esto es, conocimiento más allá de toda duda razonable; bajo este argumento, la Sala en esta sentencia de unificación afirma que:

La medida de detención preventiva de una persona no está condicionada a la existencia de una prueba categórica e infectible de su responsabilidad penal, sino a que medie un mandamiento escrito de la autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por un motivo previamente definido en la ley (como la existencia de indicios en su contra), **requisitos sin los cuales su imposición sí se torna injusta e, incluso, ilícita y da lugar a que se declare la responsabilidad extracontractual del Estado.** (Negrilla y subrayado propio)

Del apartado resaltado, se entiende que si se cumplió con el estándar probatorio para imponer la detención preventiva junto con los demás requisitos, ésta es justa y por tanto no ocasiona un daño antijurídico, el cual, por consiguiente, sólo se daría cuando se incumplen los requisitos para la procedencia de dicha medida de aseguramiento. Como puede apreciarse esta comprensión de la antijuridicidad es completamente opuesta a la que se venía sosteniendo, puesto que, en ésta se entendía que incluso cuando la medida cumplía con los requisitos legales se podía configurar un daño antijurídico, justificado en el hecho de que había un rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas. Obsérvese como en la sentencia de unificación del 2013 la Sección Tercera del Consejo de Estado sostuvo que no se requería una actuación irregular:

Resulta indiferente que el obrar de la Administración de Justicia al proferir la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva y luego absolver de responsabilidad

penal al sindicado en aplicación del principio *in dubio pro reo*, haya sido un proceder ajustado o contrario a Derecho, en el cual resulte identificable, o no, una falla en el servicio, un error judicial o el obrar doloso o gravemente culposo del agente judicial, pues si la víctima no se encuentra en el deber jurídico de soportar el daño que le fue irrogado, devendrá en intrascendente –en todo sentido– que el proceso penal hubiere funcionado correctamente, pues lo cierto será, ante situaciones como la que se deja planteada, que la responsabilidad del Estado deberá declararse porque, aunque con el noble propósito de garantizar la efectividad de varios de los fines que informan el funcionamiento de la Administración de Justicia, se habrá irrogado un daño especial a un individuo.

El fundamento de la antijuridicidad era entonces compensar al procesado en el que se había concretado la medida de aseguramiento y a la postre se le había absuelto, por el rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas. Genera sorpresa que la misma Sección Tercera sostenga en la sentencia de unificación del 2018, una postura completamente opuesta al exigir el incumplimiento de los requisitos legales para que la medida sea injusta:

Como la indemnización se abre paso cuando se demuestra que la privación de la libertad del procesado fue injusta, podría no ser admisible ni justo con el Estado -el cual también reclama justicia para sí- que se le obligara a indemnizar a quien ha sido objeto de la medida de detención preventiva cuando para la imposición de esta, se han satisfecho los requisitos de ley ni cuando a pesar de haber intentado desvirtuar la duda mediante la práctica de pruebas, no se ha podido obtener o lograr ese objetivo, **es decir, cuando sobre el investigado persisten dudas acerca de su participación en el ilícito y, por lo tanto, también persisten respecto de lo justo o lo injusto de la privación de la libertad caso en el cual, si el juez verifica que se cumplieron los deberes y exigencias convencionales, constitucionales y legales que corresponden al Estado para privar provisionalmente de la libertad a una persona (...) mal puede imponer una condena en contra de este último.** (Negrilla y subrayado propio)

La conclusión resaltada es problemática porque desconoce manifiestamente el principio de presunción de inocencia, al sostener que si a pesar de la práctica probatoria existen dudas de la participación en el ilícito, también las habrá en la injusticia de la privación, ya que esta idea deja

de lado el hecho de que el proceso penal ya concluyó con una sentencia ABSOLUTORIA o equivalente; es decir, que un juez penal ya declaró que el ciudadano investigado no tenía responsabilidad en el proceso penal, sea cual fuere la causa de ello, dando fin a cualquier duda respecto de su participación en el ilícito con una sentencia, que además, tiene efectos de cosa juzgada, por lo cual, es incomprensible sostener que, pese al fallo absolutorio en firme, existen dudas en la participación en el delito y con ello frente a la injusticia de la detención, para a partir de allí, justificar que el juez debe verificar el cumplimiento de los requisitos, que de presentarse, impediría la condena del Estado, pues en ese evento se entiende que el daño fue jurídico.

Por otra parte, aunque en la sentencia de unificación del 2018 la Sección Tercera afirma que el juez de lo contencioso administrativo podrá escoger el título de imputación que mejor se ajuste al caso, lo cierto es que, bajo lo que esta posición entiende por injusto, se requiere que se pruebe la existencia de una falla en el servicio, es decir, de un error de la administración. Esta conclusión es clara cuando se tiene en cuenta la definición de este título de imputación:

Se considera como el régimen común de la responsabilidad estatal. En esta teoría, el Estado como administrador de los servicios públicos tiene el deber de prestarlos oficiosamente y eficientemente; por el contrario, si no se prestan, se prestan mal o se prestan tardíamente, generan un daño y se da lugar a la responsabilidad del Estado. (Jurado, Londoño y Toro, 2011, p. 49)

Por tanto si se exige el incumplimiento de requisitos para la configuración de un daño antijurídico, es claro que se está en presencia de un régimen subjetivo de responsabilidad, falla probada del servicio, aunque en la sentencia no se diga expresamente y se aluda al principio *iura novit curia*, para afirmar que el juez puede establecer el título de imputación que mejor resuelva el caso.

Este cambio claramente representa un retroceso para el reconocimiento de la reparación a las víctimas del daño ocasionado con la imposición de la detención preventiva, cuando la misma se ajustó a los parámetros legales, olvidando que, en estos casos, la injusticia deviene del rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas, que encuentra fundamento en la equidad y solidaridad con quienes se vieron sometidos a una medida cautelar personal que limita garantías fundamentales como la presunción de inocencia y la libertad, para el desarrollo de un

proceso que finalmente concluye con su absolución o con la preclusión de la investigación, impidiendo que las víctimas accedan a la reparación del daño ocasionado, porque nuevamente se retorna al ya superado error de analizar el daño en el agente y no en la víctima, como bien lo expone Juan Carlos Henao (2007):

La prevalencia que se ha dado históricamente a la noción de falla del servicio o de culpa en el derecho privado es la que en ocasiones ha impedido indemnizar daños ciertos, porque la indagación primera se hace hacia el autor del daño y no hacia la víctima del mismo. (p. 37)

En segundo lugar, en esta sentencia de unificación logra deducirse que existe un cambio frente a la comprensión de la culpa exclusiva de la víctima como causal exonerativa de responsabilidad, la cual se encontraba consagrada desde el derogado Código de Procedimiento penal (Decreto Ley 2700 de 1991) en la expresión final del artículo 414 “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”. Posteriormente, con la entrada en vigencia de la Ley 270 de 1996, quedó establecida en el artículo 70 en los siguientes términos:

ARTÍCULO 70. CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA. El daño se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley. En estos eventos se exonerará de responsabilidad al Estado.

Con fundamento en estas disposiciones normativas el Consejo de Estado ha exonerado de responsabilidad al Estado por la privación injusta de la libertad, por cuanto entiende que con la conducta de la víctima se rompe con el nexo causal y por tanto con la imputación del daño a la administración, empero no cualquier conducta de la víctima tiene la capacidad de romper el nexo causal, se requiere que ésta haya sido determinante en la causación del daño, así lo plantea el Consejo de Estado en la sentencia del 15 de diciembre de 2017 (Expediente No. 45408)<sup>12</sup>:

---

<sup>12</sup> Véase en el mismo sentido la siguientes sentencias:

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Sentencia del 28 de mayo de 2015). Expediente No. 33907. [C.P. Stella Conto Díaz Del Castillo].

En cuanto a las causales eximentes de responsabilidad, el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 estableció que el hecho de la víctima da a lugar a exonerar de responsabilidad al Estado (...) De acuerdo con el fundamento normativo citado, y lo señalado por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado ha indicado que el hecho de la víctima como eximente de responsabilidad se origina cuando el suceso causalmente vinculado a la producción del daño no es predicable de la administración, sino del proceder -activo u omisivo- de la propia víctima (...) La conducta del capturado, al no justificar la tenencia de las llaves del vehículo del afectado, no constituyó un elemento suficiente para confirmar la condena penal en su contra, sí tiene la vocación de romper el nexo causal entre la actuación estatal y el daño, puesto que fue determinante para su captura y vinculación al proceso penal, como autor del hurto investigado

En la sentencia de unificación del 2018, aunque de manera poco clara, el Consejo de Estado cambia la comprensión mencionada que venía dándose de esta causal, bajo la cual la exoneración de responsabilidad del Estado se daba porque no era posible realizar el juicio de imputación; contrario a ello, en esta sentencia se da a entender que la conducta de la víctima deberá ser analizada para excluir el daño antijurídico y no la imputación; es decir, si hubo una conducta gravemente culposa o dolosa de la víctima de la privación que haya sido decisiva en la imposición de la medida de aseguramiento, no se rompe el nexo causal y con ello la imputación, sino que el daño se vuelve jurídico, generándose la exoneración del Estado.

A esta conclusión se llega porque, por una parte, en el primer punto resolutorio del fallo se plantea como una exigencia para el juez de la responsabilidad del Estado, que en todos los casos y de oficio, examine, antes de realizar el juicio de imputación, si la conducta de la víctima gravemente culposa o dolosa desde la perspectiva del derecho civil dio lugar a que se iniciara la investigación; y, por otra parte, al momento de resolver el caso concreto, la Sala afirma:

- 
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Sentencia del 15 de diciembre de 2017). Expediente No. 56225. [C.P. Guillermo Sánchez Luque].
  - Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Sentencia del 13 de diciembre de 2017). Expediente No. 42806. [C.P. Stella Conto Díaz Del Castillo].

De los supuestos fácticos que se acaban de mencionar se colige, entonces, en primera medida, que la decisión de precluir la investigación que se tramitó en contra de la señora Martha Lucía Ríos Cortés obedeció a que la conducta investigada carecía del elemento primordial para ser considerado contrario al ordenamiento jurídico: la tipicidad (...). Pero recuérdese que, en los términos en los que se edifica la posición plasmada en esta sentencia, ello ya no resulta suficiente para imputar responsabilidad patrimonial al Estrado en casos de privación de la libertad. **Hay que determinar entonces, en primer lugar, si la señora Martha Lucía Ríos Cortés incurrió -desde el punto de vista puramente civil- en alguna conducta gravemente culposa o dolosa y si con ello dio lugar a la restricción de su libertad o si, en cambio, ésta resultó ser una medida injusta y generadora, por consiguiente, de un daño antijurídico imputable a la administración.** (Negrilla y subrayado propio)

De lo anterior, puede verse que para resolver el caso el Consejo de Estado, en primer lugar, analiza si fue la conducta de la víctima la que dio lugar a la medida de aseguramiento, antes de determinar si el daño es antijurídico y, a reglón seguido afirma que si no es atribuible a la víctima, entonces la medida se torna injusta y generadora de un daño imputable al Estado. Así que, desde esta óptica la injusticia de la medida de aseguramiento de detención preventiva no sólo requiere el incumplimiento de presupuestos legales, sino también que no haya tenido causa en el comportamiento de la víctima. Esto desnaturaliza la lógica de esta causa extraña, en tanto la misma excluye la responsabilidad del Estado por romper el nexo causal y con esto el juicio de imputación y no la antijuridicidad, así lo ha entendido la doctrina:

(...) no siendo suficiente con constatar la existencia del daño antijurídico, es necesario realizar el correspondiente juicio de imputación, que permita determinar si cabe atribuirlo fáctica y jurídicamente, o si opera alguna de las causales exonerativas de responsabilidad, o se produce un evento de concurrencia de acciones u omisiones en la producción del daño, **para lo que se precisa determinar primero los presupuestos de configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado.** (Santofimio, 2017, p.104) (Negrilla y subrayado propio)

Y en este mismo sentido sostiene Enrique Gil Botero que:

(...) el hecho de que haya sido la víctima quien hubiere dado origen a la apertura del proceso penal o a la imposición de una medida de aseguramiento no excluye la antijuridicidad del daño, pues para que la lesión sea jurídica se requiere que previamente el ordenamiento jurídico la catalogue como una carga que el asociado debe soportar (...) Distinto es el problema de establecer si el daño es imputable a la administración de justicia, pues si esa alteración o lesión al derecho de libertad personal tuvo su génesis en el comportamiento de la víctima, al margen de considerarlo antijurídico, no le será atribuible al Estado.(pp.548-549)

Si bien es cierto que la sentencia fue tímida en declarar expresamente los anteriores puntos, la consejera Marta Nubia Velásquez en su aclaración de voto a la sentencia, respalda la interpretación mencionada en este trabajo, pues en ésta explícitamente refiere que:

Bajo la nueva postura, la antijuridicidad del daño ya no dependerá de la absolución o preclusión de la investigación por los eventos antes descritos ni por alguna otra, sino porque dicha antijuridicidad deberá ser establecida: i) a partir de la conducta de la víctima y/o ii) desde la validez o legalidad de la medida de aseguramiento.

Esta etapa de la jurisprudencia del Consejo de Estado, sin lugar a dudas, representa un retroceso para los ciudadanos que han sido privados injustamente de su libertad en virtud de un proceso penal que termina sin declarar su responsabilidad en el delito investigado, puesto que, aumenta la carga probatoria de las víctimas del daño al exigir siempre la existencia de una falla en el servicio al momento de la imposición, con lo que, retorna al entendimiento de la antijuridicidad que se sostenía en la primera etapa de la jurisprudencia; además, con la exigencia de analizar la culpa exclusiva de la víctima como elemento de la antijuridicidad, se excluye la posibilidad de la concurrencia de culpas, la cual es propia del elemento de la imputación, y esto quedó en evidencia en la sentencia de unificación, que terminó declarando en el caso concreto que se había presentado culpa exclusiva de la víctima, pero en razón de lo anotado no analizó la concurrencia de culpas, frente a la cual ha sostenido la doctrina:

Las causales exonerativas de responsabilidad pueden liberar totalmente al demandado de responsabilidad, cuando la fuerza mayor, el hecho de un tercero y/o el hecho de la víctima

son consideradas con la causa única exclusiva y determinante del daño. Pero también puede demostrarse que probada esa causal exonerativa su ocurrencia tuvo incidencia en la producción del daño junto con el actuar del demandado a título de concausalidad, evento en el cual la consecuencia no será, en principio, la exoneración total de responsabilidad sino que estará frente a una reducción en la apreciación del daño, es decir, una reducción en la indemnización. (Patiño, 2008, p.198)

Esta regresión parece estar motivada por razones económicas, en vista de que, como se mencionó en el primer apartado de este trabajo, las condenas al Estado por privación injusta de la libertad para el año 2018 ascendían a la suma de \$ 1.021.921.723.001, lo cual no es de extrañar si se tiene en cuenta el uso excesivo de esta medida en el proceso penal colombiano, lo que sí está claro, es que a la luz de los principios que orientan el Estado social de derecho, esta carga no debería ser trasladada a las víctimas.

La mencionada sentencia de unificación del 2018 de la Sección Tercera fue objeto de revisión por vía de tutela, en la cual los accionantes solicitaban que se ampararan sus derechos a la igualdad, a la presunción de inocencia y al debido proceso, que consideraron vulnerados por la sentencia de unificación en la que se declaró la culpa exclusiva de la víctima pese a la absolución en el proceso penal, igualmente refirieron que en esa sentencia se desconocieron los precedentes jurisprudenciales que establecían la responsabilidad objetiva del Estado en los casos de privación injusta de la libertad. La tutela fue fallada en primera instancia por la Sección Quinta del Consejo de Estado, la cual negó el amparo de los derechos argumentando que al hacer un análisis de las circunstancias de la detención de la accionante, se podía concluir que hubo culpa grave en su conducta y que por ello la sentencia censurada no se apartó de los lineamientos de la jurisprudencia.

Este fallo de tutela fue impugnado y en la sentencia de segunda instancia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 15 de noviembre de 2019 (Expediente No. 2143888 (AC)), se resolvió amparar los derechos fundamentales al debido proceso y a la presunción de inocencia de la accionante, los cuales consideraron se habían vulnerado al examinar su conducta preprocesal para establecer la causal de exoneración de culpa exclusiva de la víctima, así se planteó en la sentencia:

¿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 la apreciación equivocada de la Fiscalía, sino porque sus conductas preprocesales la generaron, se está desconociendo tal decisión y se está violando la presunción de inocencia derivada de la misma porque se está tratando como culpable a quien la justicia ya había declarado inocente. Cuando la Sala determinó que la conducta preprocesal de la demandante la hizo culpable de su detención, desconoció la presunción de inocencia y trasladó a un particular inocente la responsabilidad por el ejercicio indebido del *ius puniendi* del Estado.

Con fundamento en tal razonamiento, en este fallo se ordena dejar sin efectos la sentencia de unificación del 2018 de la Sección Tercera y proferir un fallo de reemplazo que analice la culpa exclusiva de la víctima sin violar el derecho a la presunción de inocencia.

Cabe aclarar que en el mes de agosto de 2020 se profirió la sentencia de reemplazo ordenada; sin embargo, la misma hace parte de la posición actual de la jurisprudencia del Consejo de Estado, razón por la cual, será abordada en el punto 4 del presente trabajo, por ahora, basta con decir que la razón fundamental del fallo de tutela radica en que la conducta de la víctima que debe analizar el juez de la responsabilidad administrativa es la procesal, no las conductas que se dan con anterioridad al proceso penal, pues hacerlo así vulnera la presunción de inocencia, en tanto dicha conducta ya fue examinada por el juez de la responsabilidad penal. Este es uno de los aspectos en los cuales existen posiciones contrarias en la jurisprudencia actual de la Sección Tercera del Consejo de Estado, puesto que, como se verá, algunos defienden la posibilidad de examinar las actuaciones de la víctima al momento de la captura o previas a su vinculación al proceso penal.

Antes de realizar un análisis de la postura actual del Consejo de Estado frente a la responsabilidad extracontractual por la privación injusta de la libertad, se hace necesario hacer un recuento del

desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional frente a dicha responsabilidad, ya que, como se verá en el punto 4, ésta tiene especial transcendencia en la posición actual.

### **3. La Responsabilidad Extracontractual del Estado por privación injusta de la libertad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional: análisis de la antijuridicidad**

Paralelamente al desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado frente a la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad, la Corte Constitucional ha venido estableciendo su propio precedente en la materia, el cual, a diferencia de lo visto en el máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa, ha sido tendencialmente estable sin que se puedan evidenciar grandes cambios, ello puede deberse a que no es el órgano de cierre de los jueces de la responsabilidad del Estado y sus pronunciamientos en la materia están limitados esencialmente a las sentencias de constitucionalidad y de revisión de tutela. Lo anterior no quiere decir que la jurisprudencia de la Corte Constitucional sea poco significativa, por el contrario, como se verá más adelante es a partir de sus providencias que se sustenta la posición jurisprudencial actual.

El primer pronunciamiento en la materia es la sentencia C-037 de 1996, en ésta la Corte Constitucional realiza el control previo de constitucionalidad del proyecto de ley, de la que sería la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (Ley 270 de 1996), en el cual, en el artículo 68 se consagró expresamente la responsabilidad extracontractual del Estado por la privación injusta de la libertad:

ARTICULO 68.PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios.

En esa oportunidad la Corte planteó que no existía contradicción entre esta norma y la Constitución, puesto que, precisamente, la misma Constitución le daba fundamento con lo dispuesto por los artículos 6, 28, 29 y 90; empero, condicionó su exequibilidad frente al entendimiento de la expresión “injustamente”, en el siguiente sentido:

Conviene aclarar que el término “injustamente” se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria. Si ello no fuese así, entonces se estaría permitiendo

que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados. Por el contrario, la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de la responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia, debe contemplarse dentro de los parámetros fijados y teniendo siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención.

De este pronunciamiento se desprende que la Corte Constitucional adopta una comprensión de la antijuridicidad como error judicial, así, se exige que exista una actuación ilegal y abiertamente desproporcionada para que se entienda que la detención fue injusta. No obstante, el Consejo de Estado, como se vio en el capítulo anterior, desde la tercera y cuarta etapa de su jurisprudencia se aparta de esta interpretación y defiende la procedencia de un régimen objetivo de responsabilidad cuando el proceso penal concluye porque 1) el hecho no existió; 2) el sindicado no lo cometió; o 3) la conducta no constituía hecho punible; y 4) por aplicación del principio de *in dubio pro reo*, y lo hace a partir de la aplicación directa del artículo 90 de la Constitución Nacional. La doctrina ha manifestado frente a esta sentencia que:

Como se aprecia, de avalarse el contenido y alcance fijado por la Corte Constitucional respecto a la privación injusta de la libertad, sería imperativo concluir que la responsabilidad por este supuesto sólo procede cuando el demandante acredite que la detención o la restricción configuró una vía de hecho judicial, por cuanto exige que la medida sea “abiertamente arbitraria”. En consecuencia, se concluiría que ni siquiera en las hipótesis que preveía el derogado artículo 414 del decreto 2700 de 1991, o en el *in dubio pro reo*, sería suficiente demostrar que se había presentado falla del servicio para que se pueda deducir la responsabilidad patrimonial de la administración pública. No obstante el Consejo de Estado en su condición de tribunal supremo de lo contencioso administrativo y de interprete original y autónomo del artículo 90 de la Constitución Política (...), se ha apartado del razonamiento de la Corte Constitucional, al sostener que es posible declarar la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad mediante el empleo de títulos objetivos de imputación (...) (Gil, 2017, p.561)

A pesar de que a partir de esta sentencia de constitucionalidad pareciera existir oposición entre el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, lo cierto es que en otros pronunciamientos de la Corte en los cuales analiza la regla general de responsabilidad del Estado que deriva directamente del artículo 90 de la Constitución, se plantea que de acuerdo a ésta son dos los requisitos para su configuración, por un lado, que haya un daño antijurídico y, por otro, que sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública, y concretamente, cuando define el daño antijurídico se vislumbra que es en esencia lo mismo que sostiene el Consejo de Estado; para ejemplificar se tiene la sentencia C-333 de 1996 ampliamente citada por la Corte Constitucional al momento de evaluar la responsabilidad del Estado, en ésta afirma que el daño antijurídico es:

El perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. La Corte considera que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho, pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración. Así, la responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. (Sentencia C-333 de 1996)

De allí que, si bien es cierto que en la sentencia C-037 de 1996 se sostiene que el artículo 68 de la Ley 270 de 1996 establece un concepto de antijuridicidad como error judicial a partir del condicionamiento hecho para la exequibilidad de la expresión “injustamente”, también lo es que el artículo 90 de la Constitución no establece un régimen de responsabilidad específico, y, por tanto, permite, incluso en los casos de privación injusta de la libertad, adoptar un régimen objetivo, y en este punto están de acuerdo las dos altas cortes. Nótese que en la sentencia C-333 de 1996 la Corte Constitucional reconoce explícitamente que las entidades públicas pueden ocasionar daños antijurídicos como resultado normal y legítimo de su propia actividad; es decir, sin falla o ilegalidad, posición que es sostenida por el Consejo de Estado desde la tercera etapa de la jurisprudencia hasta la quinta en la cual se rompe con dicho entendimiento.

En el mismo sentido se tiene la sentencia C-100 de 2001, en la que la Corte Constitucional nuevamente reitera el concepto de daño antijurídico como rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas, e incluso señala que es el mismo acogido por el Consejo de Estado: “Esta Corporación, siguiendo la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha indicado que éste puede definirse como aquella lesión patrimonial o extrapatrimonial, causada en forma lícita o ilícita, que el perjudicado no está en el deber jurídico de soportar.”

Este entendimiento de la antijuridicidad del daño se ha reiterado en otros pronunciamientos de la Corte Constitucional, guardando por tanto concordancia con la línea jurisprudencial desarrollada por el Consejo de Estado hasta el año 2018. En la sentencia C- 285 de 2002, en la cual se resolvía una demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 6 de la Ley 678 de 2001 que regula la responsabilidad de los agentes del Estado, la Corte planteó que:

El artículo 90 de la Carta, atendiendo las construcciones jurisprudenciales, le dio un nuevo enfoque normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la falla del servicio hasta el daño antijurídico. Ello implica la ampliación del espacio en el que puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal - bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía- sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación.

En la misma vía de este fallo se tiene la sentencia C -254 de 2003 en la que se afirma:

La jurisprudencia constitucional ha tomado como base la del Consejo de Estado para subrayar la idea de que la antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima. De otro lado, la concepción del daño antijurídico a partir de la consideración de que quien lo sufre no está obligado a soportarlo constituye otra forma de plantear el principio constitucional según el cual, la igualdad frente a las cargas públicas es sustento de la actividad de la administración pública.

Posteriormente con la sentencia C-043 de 2004, la Corte Constitucional expone un argumento muy importante de cara a establecer el alcance que debe darse a la referida sentencia C-037 de 1996, aunque en esta sentencia no se estaba haciendo referencia específica a la responsabilidad extracontractual del Estado por la privación injusta de la libertad, la Corte es clara en sostener que las disposiciones legales no pueden restringir la responsabilidad del Estado a un régimen subjetivo, pues la misma Constitución consagra la posibilidad de aplicar uno objetivo:

La superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define (art. 90 C.P), sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen; en efecto, la especial salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la Administración, a la que usualmente se le reconocen prerrogativas especiales para cumplir con sus finalidades constitucionales, la efectividad del principio de solidaridad y la igualdad de todos ante las cargas públicas obligan a reparar los daños causados por el actuar del ente público que el lesionado no está jurídicamente obligado a soportar.

Con base en este pronunciamiento se refuerza la línea jurisprudencial sostenida por el Consejo de Estado, en la cual se tenía una concepción de la antijuridicidad como el rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas (en los cuatro supuestos reiteradamente mencionados) a partir de la aplicación directa de la Constitución, sin que pueda argumentarse que se está desconociendo el condicionamiento fijado por la Corte Constitucional a la expresión “injustamente”, en la medida que, por la jerarquía de la Constitución, la Ley Estatutaria de Administración de Justicia no puede restringir la responsabilidad extracontractual del Estado por la privación injusta de la libertad exclusivamente a la aplicación de un régimen subjetivo de responsabilidad.

Otro argumento que avala esta interpretación se encuentra en la sentencia C-957 de 2014 en la que se alude a la voluntad que tuvo el constituyente para la determinación del daño antijurídico:

Entre los elementos históricos y originarios de análisis, la Corte encontró que la Asamblea Nacional Constituyente tomó en consideración para la noción de daño antijurídico propuesta en nuestra constitución, la expresión del artículo 106 de la Constitución española que consagraba el derecho de los particulares a ser indemnizados por toda lesión que sufrieran en sus bienes y derechos, por parte del Estado, salvo fuerza mayor o el funcionamiento de los servicios públicos. Siguiendo la doctrina española, la noción del daño antijurídico se entendió en nuestro contexto, como el perjuicio que le es generado a una persona y que ésta no tiene el deber jurídico de soportar, siendo la indemnización correspondiente, no el resultado de un mecanismo sancionatorio impuesto en contra del "agente estatal" que causa el daño, sino como un reconocimiento dirigido a lograr la adecuada reparación de la víctima.

En el mismo orden de ideas se tiene la sentencia de unificación SU-222 de 2016 en la que la Corte Constitucional procede a hacer la revisión de una acción de tutela instaurada en contra de la Sección Tercera- Subsección A, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en la cual se condenó a la accionante (en su calidad de Fiscal) a pagar el 50% del valor de la condenada impuesta dentro de un proceso de reparación directa en el que se declaró la responsabilidad del Estado por una manifiesta y protuberante falla en el servicio, dada porque la persona detenida preventivamente era un homónimo del presunto autor del delito.

En el proceso de reparación directa era procedente aplicar régimen objetivo de responsabilidad por cuanto se estaba en uno de los eventos en que la jurisprudencia del Consejo de Estado de la época aplicaba responsabilidad objetiva, esto es, cuando el sindicado no lo cometió; sin embargo, para la Sala estaba acreditada una falla en el servicio de manera palmaria y por eso debía fallarse con base en éste título de imputación. En dicha sentencia de unificación la Corte Constitucional confirma que incluso en los procesos por privación injusta de la libertad se permite la aplicación de un régimen objetivo de responsabilidad:

La Ley 270 de 1996 amplió el espectro de la responsabilidad por la actividad judicial en el artículo 65, al contemplar que el Estado debe reparar de manera directa y objetiva el daño antijurídico ocasionado, no solo por la privación injusta de la libertad, sino también como consecuencia del defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y el error jurisdiccional.

Puede concluirse que el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional en materia de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, es acorde con el sostenido por el Consejo de Estado en la tercera y cuarta etapa de su jurisprudencia, puesto que, en ambos se maneja un concepto del daño antijurídico como aquel que los administrados no están en la obligación de soportar, por considerarse que si el ciudadano investigado en el proceso penal es absuelto, ocurre frente a este un rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas, el cual encuentra fundamento directo en el artículo 90 de la Constitución Política y por esta razón no entra en contradicción con la sentencia C-037 de 1996, en la que la preocupación principal era que la responsabilidad del Estado se declarara de forma automática, lo cual no ocurre bajo estas posiciones jurisprudenciales, ya que siempre el juez de lo contenciosos administrativo debe constatar que el ciudadano no estaba en el deber jurídico de soportar el daño, como sería en el caso en el que opere una causal eximente de responsabilidad. Enrique Gil (2017), explica de manera acertada esta comprensión de la antijuridicidad del daño al señalar que:

(...)cuando el Estado vincula a una persona a un proceso penal o le impone una medida de aseguramiento, en principio, no desconoce derechos fundamentales, puesto que lo hace a partir del ejercicio legítimo de una facultad constitucional y legal derivada de ser el titular del *ius puniendi* o poder punitivo; no obstante, el hecho de que se absuelva a la persona, inclusive, fundamentado en la aplicación del principio del *in dubio pro reo*, hace posible constatar la existencia de un daño antijurídico que el sindicado o acusado no se encuentra en la obligación o deber de tolerar, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política. (p.546)

Aunque este entendimiento del daño antijurídico y de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad es el que mejor garantiza la reparación de las víctimas del daño surgido con ocasión de la imposición de la medida cautelar de detención preventiva, dada la relevancia que tiene el principio de presunción de inocencia y el derecho fundamental a la libertad personal en un Estado social de derecho, en los términos en que se ha sostenido insistentemente a lo largo de este trabajo, en el año 2018, la Corte Constitucional cambia la postura que venía sosteniendo desde 1996 con la sentencia de unificación SU- 072 de 2018, trayendo nuevamente a colación la sentencia C-037 de 1996, pero con un entendimiento estricto y restrictivo de la misma, hasta el punto de contradecir los anteriores pronunciamientos en la materia.

En esta sentencia de unificación, la Corte hace un estudio de la sentencia de unificación del 2013 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, es decir, de la que consolidó la cuarta etapa de la jurisprudencia de este tribunal, y refiere que establecer una “fórmula rigurosa e inmutable” aplicando el título de imputación de daño especial cuando en el proceso penal la absolución se da por aplicación del principio de *in dubio pro reo* o, cuando hay atipicidad subjetiva, en el sentido de que en esos casos opera de manera automática la responsabilidad del Estado, sin evaluar la decisión mediante la cual se impuso la detención preventiva, en la forma en que lo ha planteado el Consejo de Estado en dicha sentencia de unificación, contraría abiertamente lo dispuesto por la sentencia C-037 de 1996.

Varias son las objeciones que cabe hacer en este punto a esa conclusión; en primer lugar, se equivoca la Corte Constitucional al decir que es una “fórmula rigurosa e inmutable” y que la responsabilidad opera de manera automática, porque el hecho de aplicar un título de imputación objetivo no significa que inevitablemente el Estado va a ser condenado, ni mucho menos que la antijuridicidad opere de manera automática, puesto que incluso en los casos en que se utiliza daño especial como título de imputación, deben examinarse todos los elementos de la responsabilidad; esto es, 1. Una acción u omisión de una autoridad pública; 2. La existencia de un daño antijurídico cierto; y 3. Que este daño sea imputable al Estado. La diferencia esencial entre un título subjetivo y uno objetivo de responsabilidad, radica en que en el segundo no se exige una falla en la prestación del servicio, para el caso, en la administración de justicia, sino que se entiende que la antijuridicidad del daño (de la privación del derecho fundamental a la libertad y demás derechos que se vulneran con la detención) deriva de que el ciudadano no está en la obligación de soportarlo. La doctrina ha definido el título de imputación de daño especial como:

El resultado de un desequilibrio en las cargas públicas, así sea por el obrar legítimo de la administración puesto que es la actividad de ella, la que coloca en situación de riesgo al individuo, un desequilibrio que el particular no tiene el deber de soportar. (Jurado, Londoño y Toro, 2011, p. 49)

Acá se evidencia que la Corte desconoce su propio precedente, pues como se vio en todas las sentencias citadas anteriormente se reivindica la viabilidad de aplicar régimen objetivo de responsabilidad del Estado, sin que ello significara una “fórmula rigurosa e inmutable” y una condena automática para el Estado.

En segundo lugar, es válido cuestionar la afirmación de que la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 2013 desconoce el precedente fijado por la sentencia C-037 de 1996, puesto que, como se explicó precedentemente, el régimen objetivo defendido en esa sentencia para los cuatro eventos reiterados (el hecho no existió, el sindicato no lo cometió, la conducta no constituía hecho punible, o por aplicación del principio de *in dubio pro reo*) es aplicación directa del artículo 90 de la Constitución, no de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, la cual, además, no puede restringir un mandato constitucional, como la misma Corte Constitucional lo reconoció en pronunciamientos anteriores e incluso en la misma sentencia SU-072 de 2018, cuando afirma:

**Es necesario reiterar que la única interpretación posible –en perspectiva judicial-- del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 es que el mismo no establece un único título de atribución** y que, en todo caso, le exige al juez contencioso administrativo definir si la decisión que privó de la libertad a un ciudadano se apartó de los criterios que gobiernan la imposición de medidas preventivas, sin que ello implique la exigencia ineludible y para todos los casos de valoraciones del dolo o la culpa del funcionario que expidió la providencia, pues, será en aplicación del principio *iura novit curia*, aceptado por la propia jurisprudencia del Consejo de Estado, que se establezca cuál será el régimen que ilumine el proceso y, por ende, el deber demostrativo que le asiste al demandante. (Negrilla y subrayado propio)

De este modo salta a la vista una contradicción en la argumentación de la Corte, por un lado sostiene que la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 2013 desconoce el precedente fijado por la sentencia C-037 de 1996 al aplicar un régimen objetivo de responsabilidad en los mencionados cuatro eventos; empero, a reglón seguido dice que el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, que fue el condicionado en la sentencia de 1996, NO ESTABLECE UN ÚNICO TÍTULO DE IMPUTACIÓN; es decir, que puede aplicarse el título de imputación de daño especial, pero al definir lo que debe hacer el juez de la responsabilidad del Estado, exige que se mire la legalidad de la decisión que impuso la medida, lo cual, no es otra cosa que retornar a la falla del servicio, de no ser así, no se entiende porqué la necesidad de revisar dicha decisión. Es cierto que el Consejo de Estado acepta la aplicación del principio *iura novit curia*, pero esto no significa que no pueda, en uso de su autonomía, unificar su jurisprudencia estableciendo en ciertos eventos un título de imputación objetivo.

Y justamente, por la razón anterior, fue que el magistrado Carlos Bernal Pulido presentó salvamento de voto en la SU-072 de 2018, en el que manifestó:

Me encuentro en desacuerdo con la interpretación del precedente constitucional aplicable al caso que la mayoría otorgó a la Sentencia C-037 de 1996 (...) La mayoría interpreta que este pasaje prohíbe que, como lo hizo en la Sentencia de Unificación antes citada, el Consejo de Estado adopte un régimen objetivo de responsabilidad para casos de privación injusta de la libertad, como el de in dubio pro reo. Respecto de lo anterior, considero que, primero, este es un evidente *non sequitur* y, segundo, no es del todo claro que este aparte de la Sentencia C-037 de 1996 contenga una *ratio decidendi*, entre otras cosas, porque no es clara cuál sería la disposición constitucional que se vulneraría a causa de la adopción de un régimen objetivo por parte del Consejo de Estado para este tipo de casos. La Sentencia C-037 de 1996 no excluyó la posibilidad de aplicar regímenes objetivos de responsabilidad en los casos de privación injusta de la libertad, y no podía hacerlo, por cuanto, como la misma Sala en esta ocasión lo “ratifica”, “el artículo 90 de la Constitución no establece un régimen de imputación estatal específico”.

Este salvamento deja en evidencia las inconsistencias que se presentan en esta sentencia, no sólo en lo que respecta a la supuesta contradicción entre la sentencia de unificación de la Sección Tercera del 2013 y la sentencia C-037 de 1996, sino también con la línea jurisprudencial vista anteriormente que venía sosteniendo la Corte Constitucional desde la sentencia C-333 de 1996.

Con esta sentencia de unificación la Corte modifica su precedente en la materia e instaura las siguientes reglas y precisiones:

1. Ni en el artículo 90 de la Constitución, ni en el 68 de la Ley 270 de 1996 se establece un título de imputación específico, por lo que, en aplicación del principio *iura novit curia*, el juez deberá determinar en cada caso el título que mejor se acomode al mismo.
2. A pesar de lo anterior, en los supuestos en que el hecho no existió y la conducta no era típica por faltar algún elemento objetivo del tipo penal, es posible mantener un régimen objetivo de responsabilidad, puesto que, en estos casos es evidente que no se tenían los elementos necesarios para imponer la medida de aseguramiento; así lo declara la Corte:

Esta Corporación comparte la idea de que en dos de los casos deducidos por el Consejo de Estado –el hecho no existió o la conducta era objetivamente atípica- es posible predicar que la decisión de privar al investigado de su libertad resulta irrazonable y desproporcionada, luego, para esos eventos es factible aplicar un título de atribución de carácter objetivo en el entendido de que el daño antijurídico se demuestra sin mayores esfuerzos (...)

Resulta paradójico que para la Corte en estos dos eventos aplicar régimen objetivo de responsabilidad no sea una “fórmula rigurosa e inmutable” que lleve a la condena automática del Estado.

3. En los casos diferentes a los dos anteriores, siempre deberá probarse el daño antijurídico como falla del servicio.

Lo anterior implica que en las demás eventualidades que pueden presentarse en un juicio de carácter penal, no pueda asegurarse, con la firmeza que exige un sistema de responsabilidad estatal objetivo, que la responsabilidad del Estado es palmaria y que bastaría con revisar la conducta de la víctima (...) Así las cosas, incluir la absolución en ese caso o cuando, por ejemplo, no se logra desvirtuar la presunción de inocencia; concurre una causal de ausencia de responsabilidad como la legítima defensa o el estado de necesidad; o la conducta, a pesar de ser objetivamente típica, no lo era desde el punto de vista subjetivo, en los eventos en los cuales es indiscutible la responsabilidad estatal, además de negar los principios que la determinan, soslaya que tales circunstancias están determinadas por juicios esencialmente subjetivos.

Así las cosas, para la Corte Constitucional en los dos eventos en que defiende la procedencia de un régimen objetivo (el hecho no existió o la conducta era objetivamente atípica), éste se fundamenta en que en esos casos la privación al derecho fundamental a la libertad, resulta evidentemente desproporcionada e irrazonable, pero en los demás supuestos que reconocía el Consejo de Estado, a su juicio, no es evidente el daño, a pesar de que en todos los eventos se vio limitado el mismo derecho fundamental a la libertad. Esta diferenciación entre estos supuestos, por venir del máximo intérprete de la Constitución y principal garante de los derechos fundamentales es cuando menos cuestionable, por cuanto debería propugnar por el respeto al derecho fundamental a la libertad en cualquier evento, pues finalmente en todos ellos, el ciudadano

fue absuelto del proceso penal. Al respecto, resulta pertinente hacer mención de lo afirmado por Enrique Gil (2017):

No resulta oportuno prohiar una interpretación garantista en la que se defienda la libertad personal como una garantía esencial, para luego admitir la posibilidad de que sea el juez de lo contencioso administrativo el que establezca si la medida era o no razonable y, por ende, si existió daño antijurídico. El criterio que aquí se defiende es que la imposición de una medida de aseguramiento-inclusive la sola existencia del proceso penal contra una persona sindicada o acusada de un delito del cual luego se le absuelve- configura un daño antijurídico. (p. 544)

4. Por último declara la Corte en esta sentencia que con independencia del régimen que se aplique, se mantienen las exigencias de excepcionalidad y los juicios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, así como la presunción de inocencia que preceden a la imposición de una medida de aseguramiento.

De todo lo anterior se puede concluir que la jurisprudencia desarrollada por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional frente a la responsabilidad extracontractual del Estado, estuvo marcada por una tendencia a objetivar el título de imputación aplicable, por cuanto ambos tribunales propugnaban por la reparación de los derechos fundamentales lesionados con la imposición de la detención preventiva, bajo la idea de que era una carga que los ciudadanos no estaban obligados a soportar; no obstante en el año 2018 se presentaron en las dos altas cortes cambios jurisprudenciales que rompieron con este precedente que llevaba años consolidado, lo que lleva a preguntarse por las razones que motivaron estos cambios que, además, se presentaron el mismo año, primero en la Corte Constitucional en el mes de julio y luego en el Consejo de Estado en agosto.

Al revisar las notas de prensa de ese año, se encontró que el director de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en diferentes medios de comunicación, manifestó su preocupación por las condenas al Estado por la privación injusta de la libertad, las cuales representaban el 60% del total de condenas al Estado, y afirmó que esto se debía a que se había generado una jurisprudencia

en la que procede la responsabilidad del Estado de forma automática y, debido a ello estaban trabajando en un proyecto de Ley que buscaba reglamentar el artículo 90 de la Constitución.<sup>13</sup>

No es casualidad que en ese año se encuentran gran cantidad de entrevistas en el mismo sentido<sup>14</sup>, con lo cual, se puede concluir que existía una presión por parte de dicha entidad estatal para reformar la jurisprudencia en materia de responsabilidad por privación injusta de la libertad, bajo el argumento de la sostenibilidad fiscal. En la página web oficial de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado se encuentra un comunicado de prensa del 10 de julio de 2018 denominado “*Corte Constitucional fijó lineamientos en casos sobre privación de la libertad*”<sup>15</sup> haciendo alusión a la sentencia SU-072 de 2018, en el que se afirma:

Este precedente generó [se refiere a línea jurisprudencial consolidada con la sentencia de unificación del 2013 del Consejo de Estado] que la privación injusta de la libertad sea la sexta causa más frecuente por la cual se demanda al Estado y la tercera más cuantiosa. A junio de 2018 se están tramitando 16.509 procesos y sus pretensiones ascienden a más de 23 billones de pesos. Al año 2017, la Fiscalía General de la Nación tenía cuentas por pagar por \$965 mil millones por este motivo.

La Agencia presentó escrito de intervención e impugnación en la acción de tutela que presentó la Fiscalía General de la Nación contra la sentencia del 30 de junio de 2016, la cual fue tramitada ante el Consejo de Estado. **También, insistió ante la Corte Constitucional para que la tutela fuera revisada.**

---

<sup>13</sup> Véase en: Esto es lo que debe el Estado por demandas perdidas. (23 de julio de 2018). *Portafolio*. <https://www.portafolio.co/economia/esto-es-lo-que-debe-el-estado-por-demandas-perdidas-519250>

<sup>14</sup> Véase como ejemplo:

- Solo en intereses el Estado debe dos billones de pesos por demandas. (15 de julio de 2018). *El Tiempo*. <https://www.eltiempo.com/justicia/delitos/estado-debe-dos-billones-de-pesos-en-intereses-por-demandas-243928>
- “Demandar al Estado se ha convertido en deporte en Colombia”: Gobierno. (01 de abril de 2018). *El País*. <https://www.elpais.com.co/colombia/demandar-al-estado-se-ha-convertido-en-deporte-en-gobierno.html>
- “El Estado no tiene por qué responder por todo”: Agencia Jurídica del Estado. (20 de julio de 2018). *El Espectador*. <https://www.elspectador.com/noticias/judicial/el-estado-no-tiene-por-que-responder-por-todo-agencia-juridica-del-estado/>

<sup>15</sup> En: Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. *Corte Constitucional fijó lineamientos en casos sobre privación de la libertad*. (10 de julio de 2018). <https://www.defensajuridica.gov.co/saladeprensa/noticias/Paginas/100718.aspx>

Esta decisión es importante para la defensa jurídica del Estado porque reducirá el número de procesos y condenas en su contra lo cual derivará en ahorros para la Nación. (Negrilla y subrayado propio)

Por todo ello, son claras las razones económicas que impulsaron esta modificación en la jurisprudencia. A pesar de todos los problemas que se plantearon frente a la posición fijada en la sentencia SU-072 de 2018, ésta no es tan gravosa como lo era la sentencia de unificación del 2018 del Consejo de Estado, ya que si bien, mantiene una postura restrictiva del régimen de responsabilidad objetivo, permite su aplicación en los casos en los que es evidente que el ciudadano no está en la obligación de soportar el daño, aunque el fundamento sea que en estos supuestos es manifiesta la falla de la administración, además, también se rescata de esta sentencia de la Corte Constitucional la exigencia de verificar el cumplimiento no sólo de los requisitos legales, sino también constitucionales, esto es, la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la medida.

#### **4. Estado actual del concepto de antijuridicidad en la Responsabilidad Extracontractual del Estado por privación injusta de la libertad**

##### **4.1.El concepto de antijuridicidad en la posición actual de la jurisprudencia del Consejo de Estado**

Después de la sentencia de tutela del 15 de noviembre de 2019, mediante la cual se dejó sin efectos la de unificación del 2018 del Consejo de Estado, existía incertidumbre en la comunidad jurídica frente a cuál sería la posición a adoptar por el órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa, especialmente porque la sentencia de reemplazo que se ordenó en el fallo de tutela no se profirió hasta el mes de agosto de 2020.

Al hacer una revisión de las providencias que se profirieron después del fallo de tutela<sup>16</sup> se tiene que la posición actual del Consejo de Estado es la planteada por la Corte Constitucional en la

---

<sup>16</sup> Para determinar la posición actual de la jurisprudencia, se realizó una selección de las sentencias proferidas por el Consejo de Estado entre el mes de diciembre de 2019 y el mes de diciembre de 2020, esta selección se hizo de forma tal que permitiera abarcar diferentes consejeros ponentes y diferentes meses, de modo que, pudiera determinarse con mayor precisión la tendencia actual.

sentencia SU-072 de 2018, pues en la mayoría de las providencias se cita esta sentencia directamente y, en otras, aunque no se hace una referencia expresa, la fundamentación jurídica y la metodología adoptada para resolver el caso es la misma propuesta por la Corte Constitucional; lo anterior quiere decir, que en la actual etapa de la jurisprudencia del Consejo de Estado se tiene una concepción de la antijuridicidad como falla del servicio que implica, entre otras cosas, que el juez administrativo evalúe si la decisión mediante la cual se impuso la medida de aseguramiento de detención preventiva cumplió con los requisitos legales y constitucionales.

Para ejemplificar y clarificar la actual posición se tienen las siguientes sentencias, con las cuales se pretende mostrar los casos más comunes encontrados, estos son: 1.) Procesos en los cuales se declara la responsabilidad del Estado porque logró probarse la existencia de una falla del servicio, sin que hubiera culpa exclusiva de la víctima u otra causal de exoneración<sup>17</sup> 2.) Eventos en los que se niega la responsabilidad del Estado dado que no se presentó falla en el servicio y no procede régimen objetivo<sup>18</sup>. 3) Procesos en que pese a haberse presentado la falla del servicio, operó la causal eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima.<sup>19</sup> 4.) casos en los que se accede a condenar al Estado por la privación injusta de la libertad en aplicación del título objetivo de imputación de daño especial.

---

<sup>17</sup> Además del ejemplo véase en este sentido las siguientes sentencias:

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Sentencia del 5 de marzo de 2020). Expediente No. 56393. [C.P. María Adriana Marín].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Sentencia del 31 de julio de 2020). Expediente No. 50771. [C.P. Ramiro Pazos Guerrero].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Sentencia del 25 de septiembre de 2020). Expediente No. 47601. [C.P. Martín Bermúdez Muñoz].

<sup>18</sup> Como ejemplos adicionales se tienen:

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Sentencia del 5 de marzo de 2020). Expediente No. 50264 [C.P. Marta Nubia Velásquez Rico].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Sentencia del 1 de junio de 2020). Expediente No. 48157 [C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Sentencia del 23 de octubre de 2020). Expediente No. 52266[C.P. José Roberto Sáchica Méndez].

<sup>19</sup> Otro ejemplo de este grupo es:

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Sentencia del 28 de febrero de 2020). Expediente No. 42518[C.P. Alberto Montaña Plata].

1.) En este grupo se encuentran varias de las sentencias revisadas, en las cuales se condena al Estado porque se comprobó una falla en el servicio al momento de la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva, con fundamento en que no se cumplieron los requisitos que exigía el Código de Procedimiento Penal vigente para el momento. De tal manera que, la antijuridicidad del daño está dada por la existencia de una actuación irregular de la administración.

Como ejemplo de este grupo está la sentencia del 13 de febrero de 2020 (Expediente No. 44094), con ponencia del Consejero Ramiro Pazos Guerrero en la que se estudia la responsabilidad del Estado por la privación de la libertad que sufrieron los señores John Paulo Quijano, Hernando Castillo Muñoz y Jairo Orlando Ponce, en el proceso penal en el cual eran investigados por el delito de Rebelión y que terminó con la preclusión de la investigación con fundamento en que nunca fueron integrantes de la guerrilla o de algún grupo ilegal. Para resolver el caso planteado, el Consejo de Estado indica:

Esta Sala, atendiendo a lo afirmado por la Corte Constitucional en sentencias C-037 de 1996 y SU-072 de 2018 estima que la metodología adecuada para abordar el estudio de responsabilidad en los casos de privación injusta de la libertad debe hacerse de la siguiente manera: 1. En primer lugar, se identifica la existencia del daño, esto es, debe estar probada la privación de la libertad del accionante; 2. En segundo lugar, se analiza la legalidad de la medida de privación de la libertad bajo una óptica subjetiva, esto es, se estudia si esta se ajustó o no (falla del servicio) a los parámetros dados por el ordenamiento constitucional y legal para decretar la restricción de la libertad, tanto en sus motivos de derecho como de hecho; 3. En tercer lugar, y solo en el caso de no probarse la existencia de una falla en el servicio, la responsabilidad se analiza bajo un régimen objetivo (daño especial). 4. En cuarto lugar, en el caso de que se considere que hay lugar a declarar la responsabilidad estatal, ya fuere bajo un régimen de falla o uno objetivo, se procede a verificar a qué entidad debe imputarse el daño antijurídico; 5. Aparte de lo anterior, en todos los casos, debe realizarse el análisis de la culpa de la víctima como causal excluyente de responsabilidad; 6. Finalmente, en caso de condena, se procede a liquidar los perjuicios.

Este es uno de los casos en los cuales expresamente se señala la sentencia SU-072 de 2018 y se establece una metodología a partir de ésta para resolver el supuesto, nótese que bajo esta metodología se analiza la decisión mediante la cual se impuso la detención preventiva para

establecer si hubo una falla del servicio, y en caso de que no, se mira la posibilidad de aplicar un título objetivo de imputación, que con base en lo planteado en el capítulo precedente, procedería sólo en los casos en que el hecho no existió o hay atipicidad objetiva.

Al resolver el caso, el Consejo de Estado examinó la legalidad de la medida a partir del cumplimiento de los requisitos de la Ley 600 de 2000, esto es, como se vio en el primer capítulo, la existencia de dos indicios graves de responsabilidad, para ello, revisó los argumentos y las pruebas que tenía la Fiscalía para sustentar la imposición de la detención preventiva, así mismo, tuvo en cuenta la decisión mediante la cual se precluyó la investigación y, finalmente, concluyó que:

(...) al no existir indicios no se cumplían los requisitos para imponer la medida de aseguramiento, y por tanto, ni la captura, ni la medida impuesta a los actores cumplían los requisitos de ley, de tal forma que se concluye, aquellos no tenían que soportar la privación de su libertad, al evidenciarse la existencia de una falla del servicio.

Como en este caso se configuró una falla en el servicio, no fue necesario apreciar si era procedente aplicar el título de daño especial, por lo que, se dio paso al análisis de la actuación de la víctima, indicando que no se encontró ninguna conducta negligente o dolosa que mereciera reproche. Así las cosas, el Consejo de Estado declaró la responsabilidad del Estado en la privación de la libertad de los procesados por estar probada la falla en el servicio.

2.) En la sentencia del 5 de marzo de 2020 (Expediente No. 50191) con ponencia de Marta Nubia Velásquez Rico, se resolvía el recurso de apelación interpuesto contra un fallo que había declarado la responsabilidad del Estado en la privación injusta de la libertad que sufrió la señora Yolanda Parra Cano, en el proceso penal en el que se le investigaba por el delito de hurto. El fallo de primera instancia condenó al Estado con aplicación de un régimen objetivo de responsabilidad, por tratarse de un caso en el que la absolución se produjo por aplicación del principio de *in dubio pro reo*, en los cuales, la jurisprudencia del Consejo de Estado de la época en la cual se dictó la providencia establecía que el título de imputación era daño especial. Para resolver el recurso el Consejo de Estado después de verificar la existencia del daño procedió a realizar el juicio de imputación y recurre para ello a la sentencia SU-072 de 2018, en consecuencia, afirma frente a la antijuridicidad que:

(...) el hecho de que una persona resulte privada de la libertad dentro de un proceso penal que termina con sentencia absolutoria o con medida de preclusión, no resulta suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial al Estado, toda vez que se debe determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable a la administración.

En el caso concreto, concluye la Sección Tercera que no se había presentado ninguna actuación irregular pues la medida de aseguramiento impuesta se ajustó a la normatividad aplicable al caso, al igual que la decisión de no revocarla, puesto que, en la solicitud de revocatoria no se invocó ninguna de las causales de la Ley 600 de 2000, que era el Código aplicable, y que por esto, no era posible atribuir responsabilidad al Estado, en esta sentencia ni siquiera se evalúa la posibilidad de aplicar un título objetivo de imputación porque, como se dijo, la absolución en el proceso penal se dio por aplicación del principio de *in dubio pro reo*, es decir, no es uno de los eventos que planteó la Corte Constitucional en la sentencia SU-072 de 2018, en los que procede régimen objetivo, el Consejo de Estado por tanto, revoca la decisión de primera instancia y niega las pretensiones.

En este sentido son las sentencias que pertenecen a este grupo, en las cuales se niega la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad, en razón de que no existe una falla en el servicio en la decisión que impuso la medida de aseguramiento; la mayoría de las sentencias encontradas en este sentido son revocatorias de fallos de primera instancia, en los que se había accedido a las pretensiones por aplicar un régimen objetivo de responsabilidad y considerar que el procesado no estaba en la obligación de soportar la limitación a su libertad, independientemente de la existencia de una actuación arbitraria o ilegal, las cuales habían sido emitidas bajo la cuarta etapa de la jurisprudencia, concretamente conforme a la sentencia de unificación del 2013 del Consejo de Estado.

**3.)** El tercer grupo de sentencias encontradas son aquellas en las cuales, si bien se presenta una falla en el servicio porque la decisión que impuso la medida de aseguramiento no cumplía con la totalidad de los requisitos exigidos para su procedencia y, por ello, el daño sufrido era antijurídico, no se condena al Estado porque operó la causal eximente de responsabilidad del Estado de culpa exclusiva de la víctima.

Para ejemplificar se tiene la sentencia del 13 de febrero de 2020 (Expediente No. 47727), en la que se estudia la responsabilidad del Estado por la privación de la libertad que padeció Nadin Nasser

Yaber Tapia, con ocasión de la imposición de la medida cautelar de detención preventiva dentro del proceso penal adelantado en su contra por los tipos penales de concierto para delinquir, hurto y porte ilegal de armas, del cual fue desvinculado por preclusión de la investigación.

En esta sentencia el Consejo de Estado afirma que va a aplicar la metodología de la sentencia SU-072 de 2018 citada en el punto 1.) de este apartado. Por lo cual, en un primer momento constató la existencia del daño, que en este caso estaba dado por el tiempo que estuvo privado de la libertad el señor Yaber Tapia, según la metodología a aplicar, el paso siguiente era analizar la legalidad de la decisión que impuso la medida; no obstante, sin dar justificación de ello, se omite este paso y se pasa a evaluar la conducta de la víctima, concluyendo que en el caso opera esta causal de exoneración de responsabilidad, en los siguientes términos:

(...) corresponde a la Sala establecer si el demandante debía soportar la privación de la libertad en consideración a la conducta que desplegó en la investigación penal.

La Sala advierte la existencia de culpa de la víctima, pues de los documentos obrantes en el plenario, se tiene que su vinculación inicial al proceso penal tuvo como propósito asegurar su comparecencia a la actuación. Conforme fue considerado por la Fiscalía delegada al momento de dar apertura de instrucción, en la Resolución del 14 de diciembre de 2007, el señor Nadin Nasser Yaber Tapia fue vinculado con fines de indagatoria y para el efecto se ordenó su captura, con fundamento en el artículo 336 del Código de Procedimiento Penal (...)

En consecuencia se confirmará la sentencia de primera instancia, que negó las pretensiones de la demanda, en tanto el demandante incurrió en una conducta reprochable a la luz del artículo 63 del Código Civil que incidió en la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva al eludir su comparecencia al proceso cuando había sido vinculado y tenía conocimiento de la orden de captura que pesaba en su contra para rendir indagatoria.

Resulta extraño que la Sección Tercera en esta providencia haya omitido establecer la antijuridicidad del daño, bien sea mediante la existencia de una falla en el servicio o del daño especial, sin embargo, por ser la metodología empleada escalonada, es decir, no se puede pasar al paso siguiente sin verificar el anterior, se asume que sí existía un daño antijurídico.

4.) Por último, se pudo constatar que hay sentencias en las cuales el Consejo de Estado aplicó el título objetivo de imputación de daño especial para declarar la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad y se encontró que no sólo se utilizó en los eventos que la Corte Constitucional había planteado que procedía responsabilidad objetiva- el hecho no existió o la conducta era objetivamente atípica<sup>20</sup>-, sino también en otros en los cuales se consideró que el ciudadano procesado no estaba en la obligación de soportar el daño, por ejemplo, cuando la absolución se da porque prescribió la acción penal.<sup>21</sup> Aunque son pocas las sentencias que aplicaron régimen objetivo fuera de los dos eventos reconocidos por la Corte, se pudo constatar la existencia de algunas, pero en ellas no se hacen mayores argumentaciones para aplicar el título de imputación de daño especial<sup>22</sup>, por lo que, no se podría sostener que está ocurriendo un cambio en la línea jurisprudencial, máxime si se tiene en cuenta que incluso en esas sentencias se utilizó la metodología basada en la sentencia SU-072 de 2018.

Para ejemplificar este grupo se tiene la sentencia del 6 de agosto de 2020 (Expediente No. 47792), en la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primera instancia que fue favorable a los demandantes, el señor Contreras Pérez y su familia, quienes pretendían la reparación de la privación injusta sufrida por el señor Contreras dentro del proceso penal en el que se le investigaba por los delitos de concierto para delinquir y tráfico y porte de armas de fuego, el cual terminó porque la Fiscalía precluyó la investigación argumentando que se desvirtuaron los cargos formulados en su contra.

Al desarrollar la metodología el Consejo de Estado verifica la existencia del daño, seguido a ello, evalúa la legalidad de la decisión que impuso la medida de aseguramiento, concluyendo que se

---

<sup>20</sup> Ver como ejemplo: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Sentencia del 28 de mayo de 2020). Expediente No. 46985 [C.P. Martín Bermúdez Muñoz].

<sup>21</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Sentencia del 4 de septiembre de 2020). Expediente No. 47765 [C.P. Martín Bermúdez Muñoz].

<sup>22</sup> Véase:

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Sentencia 4 de junio de 2020). Expediente No. 50278 [C.P. Ramiro Pazos Guerrero].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Sentencia del 3 de julio de 2020). Expediente No. 46802 [C.P. Martín Bermúdez Muñoz].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Sentencia del 4 septiembre de 2020). Expediente No. 47203 [C.P. Alberto Montaña Plata].

cumplían los requisitos vigentes para el momento y que por tanto no había falla en el servicio, por lo cual, pasa a determinar si en el caso concreto es posible aplicar un título objetivo de imputación, y plantea al respecto que:

Aunque la Fiscalía cumplió los requisitos legales para imponer la medida de aseguramiento contra el demandante Contreras Pérez, está demostrado que dicha persona estuvo privada de la libertad y posteriormente fue absuelta debido a que el proceso penal culminó con preclusión de la investigación a su favor. En la Resolución del 17 de noviembre de 2011 la Fiscalía Primera Delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializado de Sincelejo precluyó la investigación porque *<<en relación con el sindicado VIDAL ANTONIO CONTRERAS PEREZ (...) a través de esta investigación surgieron pruebas que desvirtúan los cargos que se le hacen y tan es así que el Despacho revocó la medida de aseguramiento dictada en su contra, razón por la cual se proferirá preclusión de la investigación a su favor>>*.

En consecuencia, la privación de la libertad que padeció de Vidal Antonio Contreras Pérez durante el transcurso del proceso generó un daño que no debía soportar porque superó las cargas públicas que los ciudadanos deben tolerar por el hecho de vivir en sociedad. Se trata de un daño especial, particular y grave que tiene el carácter de antijurídico a la luz de lo dispuesto en el artículo 90 de la C.P., y que debe ser indemnizado por el Estado.

Obsérvese que no se hace una explicación detallada de las razones por las cuales se consideró que en ese caso se daba un rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas, de manera que diera lugar a interpretar que se están ampliando los supuestos dichos por la Corte Constitucional, tampoco se cita la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 2013, ni ninguna otra en la que se plantee que en esos casos aplica régimen objetivo, por lo que, no queda claro si se está cambiando la línea jurisprudencial, además, en otros casos similares se negó la responsabilidad del Estado por la ausencia de falla en el servicio sin que se mirara si era aplicable el título de daño especial; es decir, que dos casos similares fueron fallados de forma distinta, sobre este punto se profundizará en el apartado de las problemáticas.

Como pudo apreciarse, después del fallo de tutela el Consejo de Estado comenzó a aplicar la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional en la sentencia SU-072 de 2018. Cuando se profirió la sentencia de reemplazo de la de unificación del 2018 del Consejo de Estado, ordenada

por la tutela, se le quitó el carácter de unificación y de sentencia modificatoria de la línea, por lo que, se podría entender que la sentencia de unificación del 2013 sigue siendo el precedente aplicable; no obstante, en las providencias estudiadas no se encontró ninguna sentencia que planteara la solución del caso a partir de la aplicación de dicha sentencia.

El caso que dio origen a la sentencia de unificación del 2018, fue el de la señora Martha Lucía Ríos Cortés, quien fue privada de su libertad dentro del proceso penal en el que se le investigaba por el delito de trata de personas, pero finalmente se precluyó la investigación por atipicidad de la conducta. Recuérdese que bajo los parámetros fijados en la sentencia de unificación del año 2018, el Consejo de Estado absolvió de responsabilidad al Estado en este caso, argumentado que hubo culpa de la víctima quien con sus acciones culposas dio lugar a que se pensara que estaba cometiendo conductas delictivas, y que, por tanto, el daño era jurídico.

Contrario a ello, en el fallo de reemplazo, sentencia del 6 de agosto de 2020 (Expediente No. 46947), en el cual se aplicó la jurisprudencia actual, es decir, la metodología derivada de la sentencia SU-072 de 2018, el Consejo de Estado procedió, en primer lugar, a evaluar la legalidad de la decisión que impuso la medida bajo la Ley 906 de 2004, y afirmó que, pese a no tener el audio de la audiencia, del análisis de las pruebas que obran en el expediente se concluye que:

(...)la medida de aseguramiento de detención preventiva que se dictó en contra de la señora Martha Lucía Ríos Cortés fue impuesta bajo las previsiones de la Ley 906 de 2004, a pesar de que la instrucción debió seguirse bajo los parámetros de la Ley 600 de 2000 (...)lo cierto es que, al analizar el material probatorio que obra en el expediente, se puede deducir que la Fiscalía no solo contaba con los elementos probatorios o indicios mínimos exigidos en el mencionado artículo 356 de la Ley 600 de 2000, los cuales permitían inferir razonadamente la probable participación de la señora Martha Lucía Cortés en la comisión de los delitos investigados, sino que también se cumplían los supuestos establecidos en los artículos 355 y 357 del mismo Código de Procedimiento Penal, en tanto que se cumplían los fines de la referida medida de aseguramiento y los delitos imputados a la demandante –trata de personas y concierto para delinquir- tenían prevista una pena superior a los 4 años.

Con fundamento en lo anterior, la Sección Tercera niega la responsabilidad del Estado porque no se logró probar que hubo falla en el servicio y, por esto, no fue necesario evaluar la conducta de la víctima. De esta sentencia resulta cuestionable que no se analizó si era posible aplicar un régimen

objetivo de responsabilidad, a pesar de que se empleó para resolver el caso el precedente de la sentencia SU-072 de 2018, en la que precisamente la Corte Constitucional plantea que hay responsabilidad objetiva en los casos en que la absolución o preclusión se da porque la conducta era objetivamente atípica, tal como ocurrió en este caso. Así mismo, es discutible que el juez de lo contencioso administrativo para evaluar la legalidad de la medida asuma el papel que le corresponde al juez penal, no sólo por examinar las pruebas que obran en el expediente del proceso penal concluido, sino especialmente por valorarlas y llegar a la conclusión de que a pesar de que no se le aplicó el procedimiento precedente, se cumplieron los requisitos que establecía el Código que era aplicable, con lo cual, se da una extralimitación de su competencia, este problema se aborda a profundidad en el siguiente punto.

Así las cosas, si bien la sentencia de reemplazo se enmarca dentro de la posición actual, concretamente en los casos que se agruparon en el numeral 2.), no aplicó estrictamente el precedente fijado por la Corte Constitucional, por cuanto el supuesto era uno en los cuales se planteó que era posible seguir aplicando responsabilidad objetiva bajo el título de imputación de daño especial y, pese a ello, no se analizó el daño desde la óptica objetiva.

#### **4.2. Problemáticas de la posición actual de la jurisprudencia de cara al reconocimiento de la reparación a las víctimas**

Al realizar un análisis de las sentencias proferidas bajo la actual posición del Consejo de Estado, según la cual, la antijuridicidad del daño está dada por una falla en el servicio al momento de la imposición de la medida de aseguramiento y sólo excepcionalmente por el rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas, se lograron identificar las siguientes problemáticas:

- 1.** El concepto de antijuridicidad manejado en la posición actual exige que el juez administrativo a la hora de establecer la responsabilidad del Estado, evalúe en todos los casos si la decisión mediante la cual se impuso la medida de aseguramiento de detención preventiva cumplía con los requisitos legales y constitucionales requeridos para su procedencia, examen que ha generado como consecuencia que los jueces incurran en imprecisiones y subjetividades porque la lógica del

proceso penal difiere del juicio de responsabilidad administrativa; así, se observaron casos en los que la sola existencia de indicios graves en contra de los procesados (para el caso de las medidas impuestas bajo la vigencia del Decreto 2700 de 1991 o Ley 600 de 2000) y el cumplimiento únicamente de los requisitos legales (Ley 906 de 2004), fue suficiente para que el Consejo de Estado estableciera que no había lugar a declarar responsabilidad del Estado por la ausencia de la falla en el servicio, bien sea porque, I) no se evalúan los requisitos constitucionales de excepcionalidad, necesidad, razonabilidad y proporcionalidad y/o se entienden acatados sin la debida justificación y II) porque se dan por cumplidos en razón de la gravedad del delito. Como ejemplo se tienen las siguientes sentencias:

**I)** Sentencia del 6 de julio de 2020 (Expediente No. 57716) con Consejera Ponente, Marta Nubia Velásquez Rico, en la cual se niega la responsabilidad del Estado por la privación de la libertad que sufrió el señor Wilmar Caicedo en el proceso penal por acceso carnal que se adelantó en su contra y terminó con fallo absolutorio por *in dubio pro reo*. Para analizar la legalidad de la medida el Consejo de Estado cita todas las disposiciones del Código de Procedimiento Penal que regulan la detención preventiva, esto es, para el caso, la Ley 906 de 2004, y sin hacer un análisis detenido de la necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, afirma:

Para la Sala es claro, entonces, que la solicitud de detención preventiva del señor Wilmar Caicedo Fontal no fue injusta, desproporcionada o irrazonable pues, por el contrario, obedeció al cumplimiento de los requisitos exigidos por el estatuto procesal penal y, si bien es cierto que no hubo una condena en contra del procesado, ello no significa que el Estado deba indemnizar los posibles perjuicios que se pudieron derivar de la medida, toda vez que, se insiste, se trató de una decisión ajustada a derecho.

Aunque se hace mención de los requisitos constitucionales, se justifica que se encuentran cumplidos porque la medida se impuso con fundamento en las exigencias legales, pero no se realiza una verdadera evaluación y justificación de su cumplimiento, se limita únicamente a mencionarlos a modo de muletilla.

**II)** Sentencia del 12 de diciembre de 2019 (Expediente No. 55673), con ponencia de la Consejera María Adriana Marín, en la que se resuelve la responsabilidad del Estado en la privación de la libertad que padeció el señor Jhon Jairo Quiroz, dentro del proceso penal en el que se le investigaba por los delitos de hurto calificado y agravado en concurso con porte ilegal de armas, y

que terminó con su absolución por aplicación del principio de *in dubio pro reo*. En este caso, el Consejo de Estado negó la declaración de responsabilidad del Estado porque no existía falla en el servicio, y al analizar los requisitos de la medida concluyó:

Para la Sala es claro que la detención preventiva que afrontó el señor Jhon Jairo Quiroz Sincelejo, entre el 3 de junio de 1999 y el 12 de junio de 2000, no es injusta, toda vez que la participación en la conducta de hurto calificado y agravado, en concurso con porte ilegal de armas de fuego de uso privativo de la fuerza pública, al momento de la imposición de la medida, se consideraba como probable. De manera que el daño alegado en la demanda por la privación de la libertad del antes nombrado no es antijurídico y, en ese orden, estaría en el deber de soportarlo. Asimismo, **ante la gravedad de los hechos investigados, la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva en contra de la ahora demandante resultó proporcional.** (Negrilla y subrayado propio)

Tanto en los lineamientos establecidos por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos como en los parámetros fijados por la Corte Constitucional, se insiste en que la proporcionalidad de la medida no se puede fundamentar únicamente en la gravedad del delito, tal y como se hace en esta sentencia, en la que además se dejan sin análisis los demás criterios establecidos por la Corte Constitucional en la sentencia SU-072 de 2018, necesidad y razonabilidad, a pesar de que en el fallo se cita expresamente dicha providencia como precedente aplicable para resolver el caso.

Este problema evidenciado en las sentencias choca con una de las ventajas que se había previsto con la sentencia SU-072 de 2018, en la que, pese a establecerse la falla en el servicio para la determinación de la antijuridicidad, se estipuló que sin importar el régimen que se aplicara siempre debían examinarse los juicios de necesidad, razonabilidad, proporcionalidad y presunción de inocencia, puesto que, como la misma Corte Constitucional lo ha manifestado anteriormente, cuando se incumple con estos requisitos, la detención preventiva pierde su carácter de medida cautelar personal y se transforma en una medida punitiva, vulnerando la presunción de inocencia:

La jurisprudencia ha afirmado que las medidas de aseguramiento privativas de la libertad no son incompatibles con la presunción de inocencia principalmente porque no presuponen ni traen como consecuencia definición alguna acerca de la responsabilidad penal del procesado y debido a que su razón de ser descansa sustancialmente en unos fines preventivos. Sin embargo, si una orden cautelar como la detención preventiva, que

materialmente implica la suspensión del ejercicio de la libertad personal, pierde su justificación al estar desligada del criterio de proporcionalidad, se desvirtúa también su esencia preventiva y adquiere visos punitivos, con la consiguiente afectación a la presunción de inocencia. (Sentencia C-469 de 2016)

Paradójicamente, al mismo tiempo se han proferido otros pronunciamientos en la Sección Tercera del Consejo de Estado en los cuales se ha hecho un análisis adecuado de estos requisitos constitucionales y, por ello, a pesar de la existencia del cumplimiento de los requisitos legales, se concluye que la medida era injusta por la ausencia de prueba de su necesidad, razonabilidad y proporcionalidad. En este sentido se tienen las siguientes providencias:

- Sentencia del 28 de febrero de 2020 (Expediente No. 43125), con ponencia de Martín Bermúdez Muñoz, en la que se declara la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad del señor Hernán Calderón Soto, con ocasión del proceso penal adelantado en su contra por delitos contra el patrimonio público y el cual finalizó con preclusión en su favor porque se determinó que los delitos investigados no ocurrieron. En este caso se aplica la metodología de la sentencia SU-072 de 2018, por lo que, en primer lugar, se determina la legalidad de la medida que fue impuesta bajo la vigencia de la Ley 600 de 2000, análisis que concluye estableciendo la falla del servicio en razón de que no se cumplió con la debida carga argumentativa para probar la necesidad de la medida de aseguramiento de detención preventiva, así lo afirmó el alto tribunal:

Al momento de dictar la medida de aseguramiento, la Fiscalía debía exponer las razones por las cuales se encontraban cumplidos los propósitos legales de la detención preventiva, lo cual no se hizo. El análisis de este aspecto es lo que le permite al juez administrativo determinar si la detención de la víctima directa del daño fue una determinación no solo legal sino adecuada, proporcional y razonable. No se trata de saber simplemente si existían indicios de responsabilidad que pudieran justificar la imposición de una sanción en su contra: se trata de determinar si existían razones que justificaran mantenerlo privado de la libertad durante el proceso.

En esta sentencia, contrario a la citada anteriormente, el Consejo de Estado es claro en plantear que la existencia de indicios (los cuales, como se vio, eran los requisitos legales en la Ley 600 de 2000) no es suficiente para probar los requisitos constitucionales.

- Sentencia del 28 de agosto de 2020 (Expediente No.50932), con ponencia de Ramiro Pazos Guerrero, este supuesto es resuelto por el Consejo de Estado en el mismo sentido del anterior, puesto que, la falla en el servicio se sustenta no sólo en la ausencia de los requisitos legales para imponer la medida de aseguramiento, sino también en la falta de una fundamentación adecuada de la proporcionalidad y necesidad de la medida. En consecuencia, en este caso se declara la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad que padeció Yamil Antonio Bolívar Cervantes, por considerar que la misma no cumplió con los requisitos legales y constitucionales, así lo afirmó la Sala:

Por otro lado, la Sala observa que además de que la medida de aseguramiento se impuso sin el cumplimiento de los requisitos legales, tampoco se justificó su necesidad de conformidad con el artículo 3 de la Ley 600 de 2000, el cual establece lo siguiente: “(...) La detención preventiva, en los términos regulados en este Código, estará sujeta a la necesidad de asegurar la comparecencia al proceso del sindicado, la preservación de la prueba y la protección de la comunidad”. Es preciso advertir que, si bien la Fiscalía al momento de decretar la medida preventiva sostuvo que ésta era necesaria para garantizar la comparecencia de los sindicados al proceso y para evitar la continuación de su actividad delincuencial, lo cierto es que tal razonamiento se dio en el marco de la generalidad y no la sustentó con base en argumentos convincentes y elementos materiales probatorios respecto del señor Yamil Antonio Bolívar Cervantes, que dieran cuenta que, en efecto, aquél pretendía evadir su presencia en la investigación y que procuraba seguir con la presunta comisión de los punibles.

Las anteriores sentencias permiten evidenciar las contradicciones en las cuales puede incurrir el juez de lo contencioso administrativo al momento de estudiar la legalidad de la medida cautelar de detención preventiva, al declarar la responsabilidad del Estado en eventos en los cuales no se cumplió con la carga de probar los requisitos constitucionales, pero al tiempo, en supuestos similares lo exonera de responsabilidad sin que se haya cumplido con tal carga; es decir que los mismos supuestos son fallados en forma disímil.

Frente a estas incongruencias a las que puede conllevar examinar la proporcionalidad de la medida de aseguramiento para evaluar la falla en el servicio, ha planteado la doctrina que defiende un régimen objetivo de responsabilidad que:

(...) el juez debe verificar si se configuró la falla en el servicio y además aplicar las reglas del test de proporcionalidad, lo que implica ni más ni menos, que el juez administrativo no solo realice una nueva valoración de las pruebas allegadas al proceso penal, sino que además se pronuncie sobre la responsabilidad penal del investigado(...) proceder que implica una extra limitación de competencias, pues no le corresponde al juez en sede de la reparación directa determinar si la decisión de absolver o declarar la responsabilidad penal fue correcta o no”(Gil, 2017, p. 575)

De este modo, plantea Enrique Gil (2017) que en los eventos en los cuales no sea procedente el régimen objetivo de responsabilidad y se requiera examinar la falla del servicio, al juez de la responsabilidad le está prohibido “aplicar test de proporcionalidad figura que al introducirse en el ámbito de la responsabilidad por privación injusta de la libertad solo genera confusiones innecesarias en desmedro de la claridad conceptual que se había logrado hasta el momento” (p. 575). Se comparte la idea de que la aplicación del criterio de proporcionalidad puede llevar a confusiones y contradicciones, puesto que, precisamente, eso es lo que se ha evidenciado en la posición jurisprudencial actual; sin embargo, se encontró una posible solución o alternativa a esta problemática, planteada por el mismo Consejo de Estado en una providencia del 4 de diciembre de 2006 (Expediente No. 13168) bajo la tercera etapa de su jurisprudencia, en ésta se plantea que al aplicar la ley de la ponderación se va a llegar siempre a la conclusión de que la medida fue desproporcionada, en tanto que, exigir a un particular someterse a la privación de su libertad en pro de la administración de justicia y al tiempo, al final del proceso el Estado no logra desvirtuar la presunción de inocencia, es desde todo punto de vista desproporcionado. Así se aplicó el test de proporcionalidad en el caso concreto resuelto en la sentencia:

En el sub lite, la colisión entre bienes e intereses en conflicto -juicio de proporcionalidad- se da de la siguiente manera: de un lado, se tiene el interés general concretado en la eficaz, pronta y cumplida Administración de Justicia; de otro, se encuentra la esfera de los derechos fundamentales, las garantías individuales y los derechos patrimoniales de los cuales es titular el ciudadano Audy Hernando Forigua Panche, afectados con la medida de detención preventiva. (...) se impone el siguiente cuestionamiento: ¿Justificó la prevalencia de este último fin, interés o principio jurídico, el detrimento sufrido por la libertad personal y demás derechos radicados en cabeza del señor Forigua Panche, los

cuales se vieron afectados o sacrificados, al menos parcialmente, como consecuencia de haber sido privado de la libertad durante un lapso aproximado de dos años?

Como quiera que la respuesta es claramente negativa, si se tiene en cuenta que la detención preventiva a nada condujo, pues el Estado no pudo desvirtuar la presunción de inocencia que ampara al individuo y en manera alguna se justificó la notable afectación a dichos derechos fundamentales, la medida no satisfizo las exigencias de la referida “ley de la ponderación” y resultó manifiestamente desproporcionada, de manera que supuso un sacrificio especial para el particular, que supera -con mucha diferencia- las molestias o cargas que cualquier individuo ha de asumir por el hecho de vivir en comunidad.

Esta forma de examinar la proporcionalidad de la medida se constituye como una alternativa viable que permitiría resolver la problemática vista en la posición actual, en tanto no implica que el juez de lo contencioso administrativo para determinar la proporcionalidad evalúe desde el proceso penal la decisión que impuso la detención preventiva, examinando para ello las pruebas y la normatividad procesal penal ajena a su competencia, sino que, supone que el juez de la responsabilidad del Estado aplique el test de proporcionalidad desde la misma responsabilidad extracontractual del Estado; es decir, a partir de la colisión de los dos principios en juego, la administración de justicia y el derecho fundamental a la libertad y presunción de inocencia, con lo cual, se evitaría las contradicciones y confusiones evidenciadas.

**2.** Otra problemática que logró identificarse y que va en la misma vía de la anterior -en el sentido de que es consecuencia de la exigencia de que el juez administrativo realice un análisis del proceso penal para establecer la legalidad de la medida de aseguramiento, a pesar de que las lógicas de dicho proceso escapan a su competencia por los efectos de la cosa juzgada penal absolutoria-, se presenta en los casos en los cuales la detención preventiva es impuesta bajo los requisitos de un Código de Procedimiento Penal que no era aplicable, en virtud de lo cual se encuentra acreditada la falla en el servicio consistente en el error de la administración de llevar a cabo el proceso penal con una normatividad procesal que no se encontraba vigente al momento de la ocurrencia de los hechos y por tanto no era la aplicable al caso. En estos eventos el Consejo de Estado en lugar de declarar la falla del servicio que resulta evidente y declarar la responsabilidad del Estado, mediante una valoración de los elementos probatorios que obran en el proceso penal, concluye que, aunque la medida de detención preventiva fue impuesta con otro Código, igualmente cumplía con los

requisitos que exigía para su imposición la norma procesal aplicable; es decir, el juez de la responsabilidad del Estado se extralimita en sus funciones valorando pruebas que se aportaron en el proceso penal que ya se encuentra concluido y con efectos de cosa juzgada, y reemplaza al juez penal para determinar que la medida cautelar personal se encuentra ajustada a la normatividad con la cual debió imponerse.

Previo a referenciar las sentencias encontradas que ejemplifican la problemática, es menester mencionar lo que ha planteado la doctrina frente a la cosa juzgada en materia penal:

La razón de ser de esta institución es la necesidad de ponerle término a los litigios decididos y a la amenaza que contra la libertad, la vida, el honor y hasta el patrimonio representan las imputaciones penales, cuando hayan sido decididos por sentencia judicial o por otra providencia con efectos de tal, para impedir su sucesivo replanteamiento por la parte desfavorecida, evitando así la incertidumbre en la vida jurídica y dándole eficacia a la función jurisdiccional del Estado, que de otra manera sería casi inútil, pues no se obtendría con los procesos judiciales la tutela, que con ellos se quiere conseguir, de la vida, el honor, la libertad y la dignidad de las personas, ni la paz y la armonía sociales. (Echandía, 2015, p. 440)

Es claro que los efectos de la cosa juzgada de la sentencia penal que absolvió al procesado de los delitos por los cuales era investigado, implican, por la misma razón de ser de esta institución procesal, que el Estado no vuelva a replantear un estudio de los hechos que fueron materia de investigación en el proceso penal. Por lo tanto, cuando el juez de lo contencioso administrativo analiza y valora las pruebas que obran en el proceso penal, para derivar consecuencias frente a la legalidad de la medida de aseguramiento impuesta en el proceso concluido con efectos de cosa juzgada, vulnera esta institución y con ello la seguridad jurídica que se le atribuye a la sentencia absolutoria, la cual a pesar de ser dictada en un proceso de la jurisdicción penal, tiene efectos generales. Devis Echandía (2015) refiere que la sentencia penal “absolutoria o condenatoria es inmutable y definitiva frente a todo el mundo, con fuerza *erga omnes* pues nadie puede desconocerla ni pretender un nuevo proceso contra ese imputado o sindicado y por los mismos hechos, ni desconocer su absolución” (p.521).

Con fundamento en la cosa juzgada penal absolutoria es que al juez de la responsabilidad del Estado le está vedado estudiar y valorar los hechos y las pruebas del proceso penal para evaluar la

legalidad de la medida de aseguramiento, proceder de modo contrario vulnera la seguridad jurídica y la presunción de inocencia, y fue justamente lo que se encontró en algunas de las providencias de la Sección Tercera proferidas bajo la posición jurisprudencial actual.

Como ejemplo de esta problemática se tiene la sentencia de reemplazo (Expediente No. 46947), en la cual, como se vio, el proceso penal se adelantó bajo la Ley 906 de 2004, cuando la normatividad procesal aplicable era la Ley 600 de 2000 tal y como lo determinó la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia al conocer el proceso y, pese a ello, el Consejero Ponente no declara la falla en el servicio sino que realiza una valoración de las pruebas concluyendo que la medida cumplía con los requisitos para su imposición en los dos códigos de procedimiento penal:

Así las cosas, es evidente que aunque no se citó Ley 600 de 2000, para precisar los requisitos de la medida de aseguramiento, lo cierto es que al cotejar estos últimos con los medios de prueba que tenía la Fiscalía hasta ese momento de la instrucción, cabe concluir que aún de haberlos invocado, sí cumplió con la exigencia del Código de Procedimiento Penal aplicable (...)

Sin lugar a dudas, el Consejo de Estado se extralimitó en sus funciones como juez de la responsabilidad del Estado, atribuyéndose la competencia de examinar el proceso penal, aun cuando la sentencia SU-072 de 2018, bajo la cual se estudió el proceso, establece que el juez administrativo debe limitarse a determinar si existió una falla del servicio, la cual, estaba dada en el presente proceso por haberse aplicado el Código de Procedimiento Penal que no era, en tanto al momento de la ocurrencia de los hechos la normatividad vigente era la Ley 600 de 2000, aplicar un Código posterior vulnera el principio de legalidad y ocasiona una evidente falla del servicio. De este modo, bastaba con que el juez administrativo reconociera ese hecho y siguiera con el análisis de los demás elementos del juicio de imputación; sin embargo, aun reconociendo la existencia de un error, concluye que, de haberse aplicado la ley procesal procedente, también se encontraban acreditados los requisitos para su imposición, como si con ello se corrigiera la falla presentada en un juicio penal que ya había concluido.

Otro ejemplo de un evento de extralimitación de la competencia del juez administrativo, es la sentencia de tutela proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado (Expediente No, 2019-04521 (AC)), en la cual, los accionantes manifestaron que el Tribunal Administrativo de Risaralda incurrió en un defecto sustantivo en el proceso de reparación directa, al evaluar la legalidad de la

medida a partir de los requisitos de la Ley 600 de 2000 y determinar que se habían cumplido, cuando la norma que se aplicó en el proceso penal y con la cual se impuso la detención preventiva fue la Ley 906 de 2004. Al resolver la acción de tutela el Consejo de Estado afirma:

En efecto, aunque es cierto que ambos Códigos consagran distintos requisitos para la imposición de la medida de aseguramiento, puesto que la Ley 600 de 2000 exigía, en su artículo 356, la existencia de al menos 2 indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente recaudadas dentro del proceso para la imposición de la medida de detención preventiva, mientras que la Ley 906 de 2004 establece, en su artículo 308, que se “decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga”, lo cierto es que en virtud del estudio probatorio realizado por el *ad quem*, el cual fue razonado y motivado, se puede deducir que la Fiscalía y el Juez de Control de Garantías sí contaban con los elementos materiales probatorios mínimos requeridos en la ley procesal aplicable al asunto (Ley 906 de 2004), para inferir, a partir de ellos, la probable participación del señor [G] en la comisión de los delitos.

Con esta sentencia se evidencian dos problemáticas de la posición actual, la primera de ellas, es que resulta tan ajeno el proceso penal para el juez administrativo que incluso puede cometer errores al revisar la legalidad de la medida de aseguramiento mediante un Código diferente a aquel con el que fue impuesta, además, también se observa una indebida apreciación de los requisitos de la Ley 906 de 2004, que conforme a lo expuesto en el punto 1 de este trabajo, no son sólo los establecidos en el artículo 308, la procedencia de la detención preventiva no requiere únicamente el estándar probatorio de inferencia razonable de autoría; la segunda, es la normalización de evaluar los elementos materiales probatorios que obran en el proceso penal para determinar la legalidad de la medida, al punto de que el Consejo de Estado indica que el análisis que hizo el tribunal de las pruebas del proceso penal concluido fue el correcto “lo cierto es que en virtud del estudio probatorio realizado por el *ad quem*, el cual fue razonado y motivado, se puede deducir que la Fiscalía y el Juez de Control de Garantías sí contaban con los elementos materiales probatorios mínimos requeridos en la ley procesal aplicable.”

Así las cosas, a pesar de que en este caso es evidente que el Tribunal Administrativo de Risaralda cometió un error al momento de evaluar la legalidad de la decisión que impuso la medida de detención preventiva, el Consejo de Estado no ampara los derechos fundamentales de los accionantes, por considerar que se cumplían los requisitos para imponer la medida en los dos códigos de procedimiento penal, haciendo una valoración de las pruebas que escapa a su competencia y contraría la cosa juzgada.

Todas las problemáticas tratadas hasta el momento devienen del hecho de que el juez administrativo para evaluar la falla del servicio, entienda que debe examinar la decisión mediante la cual fue impuesta a través de una valoración de los hechos investigados y de los elementos materiales probatorios con base en el estatuto procesal penal, lo cierto es que esta labor le corresponde únicamente al juez penal como juez natural de esta jurisdicción y competente para determinar la procedencia de la medida de aseguramiento, labor que además ya se hizo y sobre la que ella se profirió una sentencia o equivalente con efectos de cosa juzgada que impiden volver a examinarlos. La función del juez de la responsabilidad del Estado debe limitarse a declarar la falla del servicio cuando la misma sea evidente y palmaria en las pruebas aportadas al proceso de reparación directa, sin que se requiera para ello un análisis detallado de las pruebas a la luz de la normatividad penal pues no es de su competencia. Frente a este punto, merece la pena traer a colación lo planteado por Enrique Gil (2017), quien afirma:

En los casos en que la absolución no se enmarque en ninguna de las cuatro causales regidas por la responsabilidad objetiva, será necesario que el demandante acredite en el proceso contencioso administrativo la falla del servicio de la organización estatal, sin que este hecho le permita al juez de la responsabilidad analizar el contenido y alcance de las normas procesales penales (...)

El juez de lo contencioso administrativo puede declarar una falla del servicio por privación injusta de la libertad de un ciudadano en dos casos: i) cuando la absolución se produzca por cualquier causa distinta de las cuatro que la ley y la jurisprudencia han considerado de naturaleza objetiva, **y que ese incumplimiento total, tardío o defectuoso de la obligación estatal aparezca probado en el proceso sin necesidad de que se requiera un análisis hermenéutico de las disposiciones procesales penales, lo que mutaría el título jurídico de imputación de la privación de la libertad al error jurisdiccional**, y ii) cuando no

obstante la absolución se produzca conforme a uno de los cuatro supuestos objetivos de responsabilidad, la falla se evidencia de forma palmaria en el proceso, lo que impondrá su declaratoria (pp.565-566) (Negrilla y subrayado propio)

Si bien la anterior reflexión se da en el marco de la cuarta etapa de la jurisprudencia, por estar referida a los casos excepcionales en los cuales se aplicaba el título de imputación de falla en el servicio, es perfectamente aplicable a la posición jurisprudencial actual, en la que, el juez administrativo por preferencia debe aplicar este título de imputación y está haciendo un ejercicio hermenéutico de valoración probatoria para establecer la ocurrencia de una falla en el servicio, lo que no es acorde con el precedente fijado por la Corte Constitucional en la sentencia SU-072 de 2018, en la cual se planteó que la aplicación de dicho título de imputación implicaba una mayor carga probatoria para el demandante, en el sentido de que debe aportar la prueba concreta de la actuación irregular, sin que ello significara que el juez administrativo puede examinar el proceso penal, así se planteó en la mencionada sentencia:

(...)la jurisprudencia ha nominado el régimen de imputación de la falla del servicio como un régimen restrictivo, comoquiera que exige un mayor esfuerzo probatorio por parte de quien solicita el resarcimiento de perjuicios, esa condición no puede interpretarse como un obstáculo para que el ciudadano reclame la indemnización del daño que no estaba obligado a soportar, pues en manera alguna los regímenes de imputación están diseñados para hacer más o menos accesible la administración de justicia contencioso administrativa, sino para modular el ejercicio probatorio y, sobre todo, para garantizar que la decisión que se adopte obedezca a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

**3.** Por último, dentro de la actual posición jurisprudencial se pudo constatar la coexistencia de dos posturas contrarias frente a la comprensión de la conducta de la víctima como causal de exoneración de responsabilidad del Estado, en algunas providencias se ha sostenido que la conducta que se debe analizar es la preprocesal, por lo que, bajo esta postura se permite valorar si el comportamiento del ciudadano que fue privado de su libertad fue el que dio origen a la investigación penal, como ejemplo se tiene la sentencia del 6 de febrero de 2020 (Expediente 2019-04085-01), en la que el Consejo de Estado planteó frente a la conducta de la víctima que da lugar a la exoneración de responsabilidad del Estado, lo siguiente:

Para la Sala resulta razonable, que en los casos en los que se pretende la declaración de la responsabilidad estatal derivada de la privación injusta de la libertad, el juez analice el comportamiento de la víctima directa para determinar si fue o no determinante en la producción del daño respecto del cual persigue la indemnización, y ello solo puede hacerse a partir de un estudio sobre los hechos que rodearon la captura los cuales se encuentran claramente evidenciados en el proceso penal respectivo. Entonces, resulta claro que el ordenamiento jurídico prevé el deber de analizar el comportamiento de quien fue objeto de la privación de la libertad y pretende la indemnización de los perjuicios derivados de ese hecho, para determinar desde el punto de vista del régimen de la responsabilidad civil y no penal, si existió o no una actuación gravemente culposa o dolosa determinante en la producción del daño. (...) Para ello, resulta razonable que el juez administrativo analice las pruebas del proceso penal relativas a las circunstancias que rodearon la captura. En el caso de K.A.S.M. la culpa grave se concluyó a partir del hecho de que su captura se produjo cuando conducía un vehículo con sustancias ilícitas y aun cuando se consideró en el proceso penal que él no conocía lo que estaba transportando, se advirtió un descuido de su parte al no verificar los elementos que pidieron transportar.

En esta sentencia se entiende que la conducta de la víctima previa al proceso penal dada por conducir un vehículo con sustancias ilícitas fue la causa exclusiva de su privación de la libertad; contrario a esto, existen otros pronunciamientos que sostienen que la conducta que puede dar lugar a la exoneración de responsabilidad del Estado es la procesal; es decir, todas las actuaciones adelantadas por la víctima desde su vinculación al proceso penal, en tanto, se entiende que la conducta previa a éste ya fue valorada por el juez penal en el proceso que concluyó con preclusión o absolución en favor del procesado, decisión que tiene fuerza de cosa juzgada y por esto no puede ser examinada nuevamente porque hacerlo implicaría vulnerar el principio de presunción de inocencia.

Bajo esta perspectiva se tiene la sentencia 28 de agosto de 2020 (Expediente No. 42036) en la cual se declaró la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad que sufrieron los demandantes y, pese a que la Fiscalía propuso la excepción de culpa exclusiva de la víctima esta fue negada por cuanto dentro del proceso penal no se presentó una conducta gravemente culposa o dolosa, así se planteó en la sentencia:

A la luz del artículo 70 de la Ley 270 de 1996, el estudio de la culpa de la víctima debe versar sobre las conductas realizadas por la persona privada de la libertad vinculadas al proceso penal, lo que excluye el estudio de aquellas preprocesales que ya fueron objeto de estudio por parte del juez penal. El hecho de que el sindicado sea <<sospechoso>> de un delito no puede considerarse como constitutivo de culpa de la víctima.

(...)Adicionalmente, si bien en la residencia donde estaban Víctor Alfonso Carvajal Quintero y Sandra Patricia Gómez Hoyos se encontraron algunas prendas y materiales de guerra, esta incautación no puede considerarse como una conducta relevante para efectos de determinar la configuración de la culpa exclusiva de la víctima, toda vez que es anterior al proceso, es decir, se refiere a las circunstancias fácticas atinentes a su conducta, las cuales fueron objeto de análisis en el caso del demandante Carvajal Quintero en la resolución de preclusión y de la demandante Gómez Hoyos en la sentencia penal en la que fue absuelta.

Estas diferencias frente a la determinación de cuál es la conducta de la víctima (preprocesal o procesal) que debe ser analizada para aplicar la causal de exoneración de responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad, son de gran trascendencia en tanto pueden conllevar nuevamente a decisiones contradictorias e injustas, situando a la víctima de la privación injusta de la libertad en una inseguridad jurídica, pues la resolución de su caso dependerá de la concepción que tenga el Consejero Ponente frente a la conducta que puede estudiarse para establecer esta causal de exoneración.

De este modo, pueden presentarse casos en los cuales, si bien, los hechos que rodearon la captura y el inicio del proceso penal sean similares, en el sentido de que los investigados adoptaron conductas semejantes, los procesos de reparación directa sean fallados de forma disímil, por haber sido conocidos por consejeros con diferentes concepciones de la conducta de la víctima que debe estudiarse para determinar la existencia de la causal de exoneración de culpa exclusiva de la víctima; el Consejero Ponente que sostenga que la conducta preprocesal adoptada por el investigado al momento de su captura fue determinante para la imposición de la medida de aseguramiento y acepte que ésta es la que debe analizarse, fallará declarando probada la causal de exoneración de culpa exclusiva de la víctima y absolverá al Estado de responsabilidad en la privación de la libertad; y por el contrario, el Consejero Ponente que defienda que la conducta que

puede ser objeto de análisis es la procesal, declarará en la sentencia que no hay lugar a exonerar de responsabilidad al Estado por culpa exclusiva de la víctima, por tratarse de conductas preprocesales que ya fueron valoradas por el juez penal en un proceso penal que concluyó con efectos de cosa juzgada. De modo que, aunque se trate de casos similares, pueden ser fallados en formas contrarias.

Esta problemática reviste especial importancia ya que no sólo se presenta en la posición jurisprudencial actual donde tiene aplicación por regla general el título de imputación de falla en el servicio, sino que puede darse incluso en el escenario de la responsabilidad objetiva, es decir, en aplicación del título de imputación de daño especial, puesto que la causal de exoneración de culpa exclusiva de la víctima es procedente sin importar el título de imputación que se utilice. De ahí que, se pueda concluir que si se adopta la postura de que la conducta de la víctima que se puede analizar es la preprocesal, aunque se aplique por regla general responsabilidad objetiva, se restringiría en gran medida la posibilidad de que las víctimas de la privación injusta de la libertad puedan acceder a la indemnización del daño causado, con la aplicación de la causal de exoneración de culpa exclusiva de la víctima.

Es importante destacar en este punto que la sentencia de tutela del 2019 (Expediente No. 2143888) mediante la cual se dejó sin efectos la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 2018, se enmarca en la posición que sostiene que la conducta de la víctima que puede ser analizada es la procesal y en ningún caso el comportamiento anterior al proceso penal porque con ello se vulneraría la presunción de inocencia, por lo que, en el fallo se ordenó expresamente que en la sentencia de reemplazo sólo podían examinarse las actuaciones de la víctima en el marco del proceso penal; pero, recordemos que el fallo de reemplazo no evaluó la conducta de la víctima por cuanto no se superó el análisis de la falla en el servicio y se concluyó que la decisión que impuso la detención preventiva fue legal.

No obstante, al ser dicha sentencia de tutela la que dio los lineamientos bajo los cuales debía reemplazarse la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 2018, es válido sostener que esta es la posición que debería adoptar de forma unánime la Sección Tercera para, por una parte, darle coherencia a los fallos y seguridad jurídica a las víctimas que pretenden la reparación del daño y, por otra parte, para garantizar en mayor medida el respeto por la presunción de inocencia que fue declarada por el juez penal en la sentencia absolutoria o su equivalente.

## 5. Propuesta y conclusiones

La medida de aseguramiento de detención preventiva se caracteriza, entre otras cosas, por ser una medida que se impone a un ciudadano amparado bajo la presunción de inocencia; limita por su misma esencia el derecho fundamental a la libertad, a la intimidad personal, a la familia, al trabajo y, además, por las condiciones particulares de los establecimientos carcelarios del país en los cuales se lleva a cabo esta medida de aseguramiento, limita consecuentemente otra gama de derechos como la salud, la integridad física, sexual y en general la vida en condiciones dignas. Si se tienen en cuenta todas estas características resulta claro que cuando esta medida ocasiona un daño antijurídico el Estado debe garantizar al máximo su correcta reparación y es con ese objetivo que se plantea esta propuesta.

De todas las posiciones jurisprudenciales desarrolladas en este trabajo la que mejor permite salvaguardar el derecho a la reparación de las víctimas de la privación injusta de la libertad es la sostenida en la sentencia de unificación del 2013 del Consejo de Estado, que, como se abordó ampliamente en el punto 2 de este escrito, consolidó una concepción del daño antijurídico que venía aplicándose desde hacía varios años en el Consejo de Estado, bajo la cual, la detención preventiva de la libertad en el marco del proceso penal se tornaba injusta cuando el procesado no estaba en la obligación de soportar esa privación a su libertad, por considerarse que frente a este ocurrió un rompimiento de las cargas normales que deben soportar los administrados por el hecho de vivir en sociedad, lo que se daba cuando el proceso penal en virtud del cual se le había impuesto la medida de aseguramiento entre tanto se concluía la investigación, terminaba por preclusión o absolución en razón de que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, la conducta era atípica o por aplicación del principio de *in dubio pro reo*, con fundamento en ello, en estos casos se aplicaba el título de imputación de daño especial, que aligera la carga probatoria de las víctimas y permite en mayor medida asegurar el acceso a la reparación del daño sufrido con la detención preventiva.

Como se vio, hubo un intento de modificar la línea jurisprudencial sostenida en este fallo, mediante la sentencia de unificación del 2018 del Consejo de Estado que estuvo motivada en intereses claramente económicos del gobierno ante las crecientes condenas al Estado por la privación injusta de la libertad. Sin embargo, la sostenibilidad fiscal no puede convertirse en un subterfugio para

evadir la responsabilidad ante las detenciones injustas. Recordemos que esta sentencia fue dejada sin efectos mediante una acción de tutela y con ello se genera como consecuencia que no hubo un cambio en la línea jurisprudencial planteada en la sentencia de unificación del 2013, la cual por consiguiente, sigue siendo un precedente que puede ser aplicado en los procesos de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, máxime si se tiene en cuenta que en la sentencia de reemplazo se le quitó el carácter de sentencia de unificación y de modificadora del precedente.

Aunque en las sentencias examinadas no se encontró una posición en este sentido, esto no implica que no pueda hacerse uso de dicha sentencia para fallar los casos de responsabilidad por privación injusta de la libertad, pues, de hecho, es la única sentencia de unificación en la materia que se encuentra vigente en el Consejo de Estado. De este modo, se considera que aplicar el precedente fijado en la sentencia de unificación del 2013, es una alternativa viable para solucionar los problemas que pudieron evidenciarse en la posición actual del Consejo de Estado y al mismo tiempo permite una reparación efectiva de las víctimas de la privación injusta de la libertad.

### **Conclusiones:**

- La detención preventiva es una medida cautelar personal alrededor de la cual se han generado múltiples discusiones en la comunidad jurídica por su limitación a derechos fundamentales como la presunción de inocencia y la libertad personal, pese a ello, está consagrada en la Constitución Política y es ampliamente utilizada en el marco del proceso penal colombiano, al punto de que, según el informe del INPEC (2020), de no existir personas privadas de la libertad sin sentencia condenatoria en firme no habría hacinamiento en las cárceles del país.
- Los Códigos de Procedimiento Penal mediante los cuales se ha regulado la institución de la detención preventiva han sufrido algunas reformas tendientes a hacer compatible esta medida de aseguramiento con los parámetros fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la Corte Constitucional; no obstante, no sólo los cambios introducidos no son suficientes para reducir su uso y afirmar su carácter excepcional, sino que además no se cumplen a cabalidad por los operadores de la justicia. Adicionalmente, en el actual Código de Procedimiento Penal persisten disposiciones que se basan en la gravedad del delito y en la

peligrosidad del sujeto investigado presumiendo su culpabilidad, lo que contraría los lineamientos internacionales establecidos para el uso legítimo de la detención preventiva en los sistemas penales.

- La medida cautelar de detención preventiva puede ocasionar daños antijurídicos que el Estado debe reparar en los términos del artículo 90 de la Constitución Política que consagra la cláusula general de responsabilidad del Estado. El entendimiento del concepto de la antijuridicidad del daño ha sido determinante en la evolución de la jurisprudencia de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad en el Consejo de Estado y en la Corte Constitucional, puesto que, dependiendo de la comprensión que se tenga de este concepto se garantiza en mayor o menor medida la reparación a las víctimas de la privación injusta de la libertad. Así, si se adopta un concepto que exige la existencia de un error o falla en el servicio en la administración de justicia para que el daño sea antijurídico, se restringe la posibilidad de acceder a una indemnización por la privación de la libertad por ser más exigente la carga probatoria; pero, si por el contrario se entiende que la antijuridicidad de la detención deviene del rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas y se aplica un título objetivo de imputación, se garantiza en mayor medida la reparación del daño sufrido por la víctima, por no ser necesaria una actuación irregular.
- La jurisprudencia del Consejo de Estado ha tenido varias etapas frente a la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad, en las cuales si bien se han sostenido diferentes concepciones del daño antijurídico, estas posturas estaban marcadas por una tendencia a objetivar la responsabilidad del Estado por la privación injusta, hasta la sentencia de unificación del 2018 que rompió con esta línea e implicó un retroceso de cara al acceso a la reparación de las víctimas, al imponerles una carga probatoria más exigente y analizar su conducta con miras a excluir la antijuridicidad del daño y con ello la responsabilidad del Estado.
- La Corte Constitucional desarrolló su propio precedente en materia de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, el cual estuvo igualmente marcado por una tendencia a analizarla bajo un régimen objetivo, hasta la sentencia SU-072 de 2018, en la cual

se planteó la falla en el servicio como título de imputación preferente para establecer la responsabilidad del Estado.

- Los cambios jurisprudenciales en el año 2018 presentados tanto en el Consejo de Estado como en la Corte Constitucional parecen ser producto de las presiones que ejerció el gobierno para modificar los precedentes, con un fundamento meramente económico dado por la preocupación ante las sumas adeudadas por el Estado por condenas por privación injusta de la libertad, que estaban generando afectaciones en la sostenibilidad fiscal. La solución a las crecientes demandas por privación injusta de la libertad no debe buscarse en el escenario de la responsabilidad extracontractual del Estado, por cuanto el daño ya se ha causado a las víctimas y dejarlas sin reparación con un fundamento económico no es compatible con los postulados de un Estado Social de Derecho, por el contrario, la búsqueda de soluciones debe orientarse al origen mismo del daño, esto es, al uso de la detención preventiva en el proceso penal.
- Como respuesta a la tutela del 2019 del Consejo de Estado que dejó sin efectos la sentencia de unificación del 2018 y ordenó proferir una de reemplazo, la Sección Tercera, en lugar de aplicar su propio precedente sentado por la sentencia de unificación del año 2013, comenzó a aplicar el fijado por la Corte Constitucional en la sentencia SU-072 de 2018, en la cual se fundamenta la posición actual del Consejo de Estado y se entiende que la antijuridicidad del daño está dada por una actuación irregular en la administración de justicia, lo que implica una mayor exigencia probatoria para las víctimas de la privación injusta y por tanto una postura restrictiva de cara a la reparación del daño.
- El concepto de antijuridicidad de la posición jurisprudencial actual conforme al cual se debe aplicar la falla del servicio como título de imputación preferente en los procesos de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, conlleva el riesgo de que el juez administrativo se extralimite en sus competencias e incurra en subjetividades por la apreciación de los hechos y pruebas penales que fueron practicadas en un proceso penal que terminó con sentencia absolutoria o equivalente con efectos de cosa juzgada, lo cual, como se vio, por una parte vulnera la seguridad jurídica que supone la terminación de un proceso mediante una sentencia que plasmó la decisión definitiva e inmodificable del Estado frente al litigio, y de

otra parte, genera como consecuencia que se profieran decisiones contrarias en casos similares, afectando el principio de igualdad ante la Ley que le asiste a los demandantes víctimas de la privación injusta de la libertad.

## 6. Bibliografía

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos-CIDH- & Organización de los Estados Americanos-OEA-. (2013). *Informe Sobre el uso de la Prisión Preventiva en las Américas* (46/13) <https://oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/Informe-PP-2013-es.pdf>
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta.
- Fuentes, C. (2010). Régimen de prisión preventiva en América latina: la pena anticipada, la lógica cautelar y la contrarreforma. *Sistemas judiciales. Una perspectiva integral sobre la administración de justicia*. (14), 34-45.
- Echandía, D. (2015). *Teoría General del Proceso*. Temis.
- Gil, E. (2017). *Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Temis S.A.
- Henao, J. C. (2007). *El daño. Análisis comparativo de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en el derecho colombiano y francés*. Universidad del Externado de Colombia.
- Hernández, N. (2019). Incompatibilidad de la detención preventiva con la presunción de inocencia en Colombia. En M. Gutiérrez y A. Olarte. (Eds.). *Los Riesgos del Puntivismo, Presunción de Inocencia e Indignidad Carcelaria en Colombia* (pp. 155-184). Universidad externado de Colombia.
- Hoyos, R. y Zambrano M. V. (Enero-junio 2006). Responsabilidad del Estado por la Privación Injusta de la Libertad. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, IX (17), 11-21.
- Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC-. (Octubre-2020). *Informe Estadístico Población Privada de la Libertad* (10). [https://www.inpec.gov.co/estadisticas/-/document\\_library/TWBUJQCWH6KV/view/49294](https://www.inpec.gov.co/estadisticas/-/document_library/TWBUJQCWH6KV/view/49294)
- Jurado, A., Londoño G.E., y Toro, S. L. (Julio-diciembre, 2011). La responsabilidad extracontractual del Estado frente a la privación injusta de la libertad bajo el principio de *in dubio pro reo*. *Nuevo Derecho*. 7 (9), 45-57.
- Kostenwein, E. (2017). La prisión preventiva en plural. *Direito & Práxis*, 08(2), 942-973.

Londoño, H.L. (Mayo-Agosto, 2003). La detención preventiva en las jurisprudencias de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia. Reflexiones a propósito de la sentencia C-774 de 2001. *Nuevo Foro Penal*. 1 (65), 191-270.

Patiño, H. (2008). Responsabilidad extracontractual y causales de exoneración. Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano. *Revista de Derecho Privado*. (14), 193-217.

Perdomo, J., Cristo, J. y Ramos, A. (2016). *Proyecto de Ley “Por medio de la cual se modifican algunas disposiciones de la Ley 1760 de 2015”*, Bogotá.

Reyes, Y., y Montealegre, E. (2014). *Proyecto de Ley” Por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 906 de 2004 en relación con las medidas de aseguramiento privativas de la libertad*. Bogotá.

Sorza, F. (2015). La detención preventiva en Colombia frente al principio de libertad en los derechos humanos. *Revista Análisis Internacional*, 6 (2) Julio-diciembre, 36-66.

Sandoval, J., y Del villar, D. (2013). *Responsabilidad penal y detención preventiva. El proceso penal en Colombia – Ley 906 de 2004*. Universidad del Norte.

Santofimio, J. (2017). *Tratado de derecho administrativo: derecho de víctimas y responsabilidad del estado. Tomo V*. Universidad Externado de Colombia.

### **Prensa:**

Los 22.000 presos sin pena que saldrían de la cárcel. (20 de junio de 2015). *Revista Semana*.

<https://www.semana.com/nacion/articulo/los-22000-presos-sin-pena-que-saldrian-de-la-carcel/432037-3/>

Culpan al Gobierno y la Fiscalía por inminente excarcelación de presos. (23 de mayo de 2016).

*Revista Semana*.

<https://www.semana.com/nacion/articulo/gobierno-pide-ley-expres-para-frenar-libertad-de-presos-por-graves-delitos/474959/>

“Demandar al Estado se ha convertido en deporte en Colombia”: Gobierno. (01 de abril de 2018).

*El País.*

<https://www.elpais.com.co/colombia/demandar-al-estado-se-ha-convertido-en-deporte-en-gobierno.html>

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. *Corte Constitucional fijó lineamientos en casos sobre privación de la libertad.* (10 de julio de 2018).

<https://www.defensajuridica.gov.co/saladeprensa/noticias/Paginas/100718.aspx>

Unifican jurisprudencia sobre responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad. (11 de julio de 2018). *LEGIS: ÁMBITO JURÍDICO.*

<https://www.ambitojuridico.com/noticias/general/administracion-publica/unifican-jurisprudencia-sobre-responsabilidad-del-estado>

Solo en intereses el Estado debe dos billones de pesos por demandas. (15 de julio de 2018). *El Tiempo.*

<https://www.eltiempo.com/justicia/delitos/estado-debe-dos-billones-de-pesos-en-intereses-por-demandas-243928>

“El Estado no tiene por qué responder por todo”: Agencia Jurídica del Estado. (20 de julio de 2018). *El Espectador.*

<https://www.elespectador.com/noticias/judicial/el-estado-no-tiene-por-que-responder-por-todo-agencia-juridica-del-estado/>

Esto es lo que debe el Estado por demandas perdidas. (23 de julio de 2018). *Portafolio.*

<https://www.portafolio.co/economia/esto-es-lo-que-debe-el-estado-por-demandas-perdidas-519250>

### **Jurisprudencia Corte Constitucional:**

Corte Constitucional (10 de marzo de 1994) Sentencia C-106 de 1994 [M.P Jose Gregorio Hernández Galindo].

Corte Constitucional (5 de febrero de 1996) Sentencia C-037 de 1996 [M.P. Vladimiro Naranjo Mesa].

Corte Constitucional (1 de agosto de 1996) Sentencia C-333 de 1996 [M.P. Alejandro Martínez Caballero].

Corte Constitucional (28 de abril de 1998) Sentencia T-153 de 1998 [M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz].

Corte Constitucional (31 de enero de 2001) Sentencia C-100 de 2001 [M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez].

Corte Constitucional (25 de julio de 2001) Sentencia C-774 de 2001 [M.P. Rodrigo Escobar Gil].

Corte Constitucional (23 de abril de 2002) Sentencia C-285 de 2002 [M.P. Jaime Córdoba Triviño].

Corte Constitucional (25 de marzo de 2003) Sentencia C- 254 de 2003 [M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra].

Corte Constitucional (27 de enero de 2004) Sentencia C- 043 de 2004 [M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra].

Corte Constitucional (7 de junio de 2006) Sentencia C-456 de 2006 [M.P. Alfredo Beltrán Sierra].

Corte Constitucional (10 de diciembre de 2014) Sentencia C-957 de 2014 [M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado].

Corte Constitucional (16 de diciembre de 2015), sentencia T-762 de 2015 [M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado].

Corte Constitucional (4 de mayo de 2016), sentencia SU- 222 de 2016 [M.P. María Victoria Calle Correa].

Corte Constitucional (31 de agosto de 2016), sentencia C-469 de 2016 [M.P. Luis Ernesto Vargas Silva].

Corte Constitucional (5 de julio de 2018), sentencia SU- 072 de 2018 [M.P. José Fernando Reyes Cuartas].

**Jurisprudencia Consejo de Estado:**

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Sentencia del 01 de octubre de 1992). Expediente No. 7058. [C.P. Daniel Suárez Hernández].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Sentencia del 30 de junio de 1994). Expediente No. 9734. [C.P. Daniel Suárez Hernández].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Sentencia del 17 de noviembre de 1995). Expediente No. 10056. [C.P. Carlos Betancur Jaramillo].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Sentencia del 12 de diciembre de 1996). Expediente No. 10229. [C.P. Carlos Betancur Jaramillo].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Sentencia del 4 de abril de 2002). Expediente No. 13606. [C.P. María Elena Giraldo Gómez].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Sentencia del 4 de diciembre del 2006). Expediente No. 13168. [C.P. Mauricio Fajardo Gómez].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Sentencia del 2 de mayo de 2007). Expediente No. 15463. [C.P. Mauricio Fajardo Gómez].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Sentencia del 26 de marzo de 2008). Expediente No. 16902. [C.P. Enrique Gil Botero].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013). Expediente No. 23354. [C.P. Mauricio Fajardo Gómez].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Sentencia del 15 de diciembre de 2017). Expediente No. 45408. [C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018). Expediente No. 46947. [CP, Carlos Alberto Zambrano].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Sentencia del 15 de noviembre de 2019). Expediente No. 2143888 (AC). [C.P. Martín Bermúdez Muñoz].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Sentencia del 12 de diciembre de 2019). Expediente No. 55673. [C.P. María Adriana Marín].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta (Sentencia del 6 de febrero de 2020). Expediente No. 2019-04085-01. [C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Sentencia del 13 de febrero de 2020). Expediente No. 44094. [C.P. Ramiro Pazos Guerrero].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Sentencia del 13 de febrero de 2020). Expediente No. 47727. [C.P. Ramiro Pazos Guerrero].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Sentencia del 28 de febrero de 2020). Expediente No. 43125. [C.P. Martín Bermúdez Muñoz].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Sentencia del 5 de marzo de 2020). Expediente No. 50191. [C.P. Marta Nubia Velásquez Rico].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Sentencia del 5 de marzo de 2020). Expediente No. 2019-04521-01 (AC). [C.P. Marta Nubia Velásquez Rico].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Sentencia del 6 de julio de 2020). Expediente No. 57716. [C.P. Marta Nubia Velásquez Rico].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Sentencia del 6 de agosto de 2020). Expediente No. 47792. [C.P. Martín Bermúdez Muñoz].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Sentencia del 6 de agosto de 2020). Expediente No. 46947. [C.P. José Roberto Sáchica Méndez].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Sentencia del 28 de agosto de 2020). Expediente No. 50932. [C.P. Ramiro Pazos Guerrero].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Sentencia del 28 de agosto de 2020). Expediente No. 42036. [C.P. Martín Bermúdez Muñoz].