

**LEONARDO ANDRÉS LONDOÑO VANEGAS**<sup>1</sup>

Trabajo de grado para optar el título abogado.

**LA AUSENCIA DE IMPUTABILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD, POR  
PRISIÓN PREVENTIVA, ANTE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA  
SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL CONSEJO DE  
ESTADO.<sup>2</sup>**

Asesor temático:

César Augusto Rodríguez Ramírez  
Docente Tempo Completo

Corporación Universitaria Remington  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas  
Programa de Derecho  
2024

---

<sup>1</sup> Estudiante de UNIREMINGTON CORPORACIÓN UNIVERSITARIA – Sede Medellín-.

<sup>2</sup> Monografía para optar al título como abogado de UNIREMINGTON CORPORACIÓN UNIVERSITARIA.

## **Dedicatoria**

A mi familia, a mi hijo Milán el amor de mi vida,  
y a mi esposa Carolina, sin ellos sería imposible éste logro.

## **Agradecimientos**

Agradecer al docente César Augusto Rodríguez R.  
por compartir todo su conocimiento,  
gracias por su disposición, entrega y  
compromiso en su gran labor.

## CONTENIDO

1. Resumen .....	6
1.1 Abstract.....	7
2. Introducción.....	8

## CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA .....	9
1.1 Descripción de la realidad del problema.....	9
1.2 Formulación del problema.....	14
1.2.1 Problema general.....	14
1.2.2 Problemas específicos .....	14
1.3 Objetivo de la investigación.....	15
1.3.1. Objetivo General.....	15
1.3.2. Objetivos Específicos .....	16
1.4 Justificación .....	17
1.4.1. Justificación teórica .....	17
1.4.2. Justificación práctica.....	17

1.4.3. Justificación metodológica.....	17
--	----

## CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO .....	19
2.1. Antecedentes de la Investigación.....	19
2.1.1. Tesis Internacionales.....	19
2.1.2. Tesis nacional.....	20
2.1.3. Precedente legal .....	22
2.1.4. Precedente jurisprudencial .....	23
2.2. Bases Teóricas .....	26
2.2.1. Prisión preventiva .....	26
2.2.2. Responsabilidad del Estado por la Privación Injusta de la Libertad .....	30
2.3. La falla en el servicio.....	31
2.4. Riesgo excepcional .....	31
2.5. Daño especial.....	32
2.6. Derecho a la Libertad física o personal.....	34

2.6.1. La Prisión Preventiva.....	38
2.6.1.1. Finalidad de la prisión preventiva.....	38
2.6.1.2. Prevenir el riesgo de fuga .....	40
2.6.1.3. Impedir que el procesado obstaculice los medios de prueba...	40
2.7. La Prisión preventiva en el Código de Procedimiento Penal .....	42
2.7.1 Requisitos para la procedencia de la medida de aseguramiento.....	43
2.8 Responsabilidad extracontractual del Estado por Privación Injusta de la Libertad...	44
2.9 La Indemnización de Perjuicios por Privación Injusta de la Libertad .....	55
2.9.1 Perjuicios inmateriales, daño moral .....	56
2.9.2 Perjuicios Materiales.....	57
2.9.2.1. Frente al Daño Emergente .....	57
2.9.2.2. Frente al Lucro Cesante .....	59

### CAPÍTULO III

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	61
3. Conclusiones .....	61
3.1. Recomendaciones .....	64

## CAPÍTULO IV

FUENTES DE INFORMACIÓN.....	65
4.1. Fuentes bibliográficas .....	65
4.2. Fuentes documentales.....	66
4.3. Fuentes electrónicas .....	68

## 1. Resumen

En un Estado social de derecho como el nuestro, se establecen unas reglas dirigidas a regular las relaciones entre las autoridades públicas, los asociados y el derecho, dentro de las cuales, encontramos los fines del Estado, y uno de ellos consiste en proteger y garantizar la efectividad de los derechos y deberes consagrados en la Constitución Política y en la ley, ello implica el impulso de políticas públicas de protección, cuidado, certeza, disfrute y goce de los derechos civiles y políticos del ciudadano, debiendo restringirse toda practica que atente en contra del equilibrio social, justo y equitativo y, en el evento que con ocasión de las actuaciones de dichas autoridades públicas, se le cause daño a particular, el Estado estará obligado a restablecer el orden justo frente aquel que haya sufrido un perjuicio si tener la obligación de soportar dicha carga pública.

De ahí que uno de los fines fundamentales del Estado colombiano, (Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política, 1991, artículo 2º, fines del Estado) es el “mantenimiento del orden justo”, entendiendo por tal, aquel deber que tiene el Estado de reestablecer el equilibrio frente a las cargas públicas, cuando con ocasión de una actividad o actuación de las autoridades públicas, se le causa un daño antijurídico a un particular, sin que éste tenga el deber legal de soportar dichas cargas.

**Palabras claves:** Derecho a la libertad. Privación injusta de la libertad. Falla en el Servicio. Riesgo Excepcional. Daño especial. Presunción de Inocencia. Non bis in Idem. Indubio pro reo. Debido proceso. Imputabilidad. Culpabilidad. Responsabilidad Extracontractual. Daño antijurídico. Acción penal.

## 1.1. Abstract

In a social State of law like ours, rules are established aimed at regulating the relationships between public authorities, associates and the law, within which we find the purposes of the State, and one of them consists of protecting and guaranteeing the effectiveness of the rights and duties enshrined in the Political Constitution and in the law, this implies the promotion of public policies of protection, care, certainty, enjoyment and enjoyment of the civil and political rights of the citizen, and any practice that violates against the social, just and equitable balance and, in the event that, due to the actions of said public authorities, damage is caused to an individual, the State will be obliged to restore fair order to anyone who has suffered harm without having the obligation to bear said public charge.

Hence, one of the fundamental purposes of the Colombian State (National Constituent Assembly, Political Constitution, 1991, article 2, purposes of the State) is the “maintenance of just order”, understood as the duty that the State has to reestablish the balance against public burdens, when, on the occasion of an activity or action of public authorities, unlawful damage is caused to an individual, without the latter having the legal duty to bear said burdens.

**Keywords:** Right to freedom. Unfair deprivation of freedom. Special damage. Service Failure. Exceptional Risk. Special damage. Presumption of innocence. Non bis in Idem. Indubio pro reo. Due process. Imputability. Culpability. Extracontractual Liability. Illegal damage. Criminal action.

## 2. Introducción

En el presente trabajo de grado, se abordará desde un punto de vista teórico narrativo, la constitucionalidad de la institución jurídica de la Responsabilidad Extracontractual del Estado, cuando por excepción, no se declara responsable administrativamente a las entidades encargadas de ejercer la acción penal por activa y pasiva, cuando priva injustamente de la libertad a una persona, a pesar de estar dados todos los elementos del daño antijurídico, enunciados en el artículo 90 (Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política, artículo 90, 1.991)<sup>3</sup>, que consagra la regla que hace responsable administrativamente al Estado con fundamento en el título de imputación objetiva del daño especial, daño que se configura cuando se presenta un indebido funcionamiento de la administración de justicia se ocasiona un daño antijurídico que el administrado no está en el deber legal de soportar dicho desequilibrio de las cargas públicas.

En tal sentido, el tema que se pretende abordar, se presenta en capítulos; en el primer acápite aborda el planteamiento del problema, en donde se aprecia el diagnóstico respecto a las implicaciones que tienen las sentencias de unificación de la jurisprudencia, frente a los postulados constitucionales, en tratándose de una restricción injusta del derecho fundamental a la libertad personal o individual, en donde se niega la antijuridicidad formal y material al daño causado con ocasión de la aplicación de la prisión preventiva en Colombia, de conformidad con el artículo 306 (Congreso de la República, Código de Procedimiento Penal, Ley 906, 2004).

En el segundo capítulo, se consagra el marco teórico, en donde se aborda el estado de arte, y los antecedentes del problema jurídico-procesal, que se presenta con la decisión del Consejo de Estado contenida en la sentencia de unificación jurisprudencial, sobre la inexistencia de antijuridicidad del daño, por parte de la administración de justicia, cuando impone la medida cautelar de la prisión preventiva, disfrazada con la denominación de detención preventiva, luego el pronóstico y control del mismo, proposición de los objetivos. En el mismo acápite, se desarrolla la parte teórica donde se parte del análisis del estado de arte, en relación con trabajos previos, e investigaciones planteadas sobre la inconstitucionalidad de la jurisprudencia de unificación, que en cuanto tiene que ver con la privación injusta de la libertad, en donde se encuentra los antecedentes relacionados con el tema; definición de términos jurídico-procesales comunes al proceso penal y la responsabilidad extracontractual del Estado.

Encontraremos un tercer capítulo en donde se consignan la conclusiones a que se ha

llegado con ocasión del presente trabajo de investigación y así mismo se plantean algunas recomendaciones, por parte del autor, con el fin de que sean materializadas por quienes tienen la competencia y la legitimación para ejercer tales acciones y tienen iniciativa legislativa para presentar proyectos de ley, o para presentar reformas constitucionales, en los términos de los artículos 150 y 374 de la Constitución Política.

---

<sup>3</sup> El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

## **CAPITULO I**

### **DEL PROBLEMA PLANTEADO**

#### **1.1. Descripción de la realidad del problema:**

De acuerdo con la actual posición jurisprudencial del Consejo de Estado, que modificó y al mismo tiempo unificó su jurisprudencia, frente a la imputación jurídica de la responsabilidad patrimonial del Estado, por privación injusta de la libertad, se pretende plantear mediante el análisis del tema, determinar desde un punto de vista lógico-jurídico, cuál es el efecto de dicho cambio jurisprudencial, frente a las garantías propias del derecho constitucional procesal, tales como los principios del debido proceso, el Non bis in Idem, la presunción de inocencia, y el Indubio pro reo, así como el derecho fundamental a la libertad física del individuo, decisión que desconoce abiertamente uno de los fines esenciales del Estado, como es el MANTENIMIENTO DE ORDEN JUSTO (Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política, 1991).

Pero el problema que se pretende plantear, no solo viola el Debido Proceso constitucional en Colombia, sino que vulnera abiertamente el derecho fundamental a la libertad física o individual enunciado en nuestro contrato social (Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política, 1991, artículo 28) de todos los ciudadanos en Colombia, a la luz de la implementación de una nueva política criminal por parte del Estado, que se salta de los parámetros mínimos del garantismo constitucional del Estado Social de Derecho, al tenor de lo establecido en los artículos 90 de la Constitución Política, 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 68 de la Ley 270 de 1996; disfrazando así, una sanción de PRISIÓN PREVENTIVA indefinida, con la detención preventiva, con ocasión de la aplicación de la jurisprudencia de unificación adoptada en los artículos 10 y 102 (Congreso de la República, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-CPACA Ley 1437 de 2011 artículo 10).

La aplicación de dicha institución jurídica de la jurisprudencia de unificación, excepciona la aplicación en el proceso contencioso administrativo de Reparación Directa (Congreso de la República, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, artículo 140), de los principios propios de la administración de justicia, enunciados en los artículos 228 y 230, tales como la primacía del derecho sustancial frente al adjetivo o procesal,

el principio del criterio y autonomía de los jueces en sus providencias, según el cual, los jueces de lo contencioso administrativo, no pueden interpretar, aplicar ni fallar con base en su criterio judicial, de acuerdo con los principios de interpretación de la ponderación, la prevalencia del derecho sustancial, y la independencia y autonomía al momento de aplicar una ley a un caso concreto, así como los métodos de la valoración probatoria, tales como la tarifa legal, la libre apreciación de la prueba y la sana crítica, frente a un caso concreto que llegue a su conocimiento, en donde se demanda la reparación del daño por privación injusta de la libertad. (Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de Colombia, 1991, artículos 228 y 230).

A contrario sensu, el criterio de interpretación judicial, que deben aplicar hoy en Colombia, los jueces administrativos para fallar, en el caso sub examen, es aquel criterio general de interpretación hecho en tiempo, modo y lugar distinto a los hechos demandados, por la máxima Corporación la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que si bien es cierto, es el órgano de cierre, es su criterio el que se debe tener en cuenta para fallar, más no el del juez de conocimiento, quien sí conoce de los hechos y circunstancias de tiempo, modo y lugar que dieron origen a la controversia jurídico-procesal, y quien de acuerdo con el principio de inmediación es el que realiza la práctica probatoria.

Solo en este escenario antes aludido, ya se está violando el derecho al debido proceso, en cuando a principio de inmediación de la prueba y al principio del juez natural artículo 29 (Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de Colombia, 1991), pues en el fondo la voluntad que prevalece en las decisiones jurisdiccionales de lo contencioso administrativo, es la de una corporación judicial, que no conoce de las circunstancias fácticas ni de la práctica de la pruebas y el juez fallador (A quo), no puede valorar los elementos de la responsabilidad del Estado, ni tiene libertad para adecuar el título de imputación jurídica frente al daño causado por la autoridad o Entidad pública, en este caso la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial, porque en sentir del Consejo de Estado, éste tiene que buscar, escudriñar, auscultar en los antecedentes judiciales, si el actor dio o no lugar al inicio del ejercicio de la acción penal.

Tal irregularidad procesal, induce a los jueces administrativos a que en sus providencias, violen y desconozcan de manera flagrantemente, no solo las garantías de la dogmática penal, consagradas en el artículo 29, tales como el principio del non bis in ídem, según el cual, nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho; el indubio pro reo, y la presunción de inocencia, así como los principios constitucionales propios de la administración de justicia, tales como la prevalencia del derecho sustancial, la autonomía de las decisiones jurisdiccionales, toda vez, que

los jueces administrativos -según la jurisprudencia unificadora del Consejo de Estado, no pueden aplicar en sus providencias su criterio judicial, ni su autonomía en la interpretación y aplicación de la ley (Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de Colombia, 1991, artículo 29).

De acuerdo con dicha sujeción, no tiene presentación desde el punto de vista jurídico-procesal, que los jueces de lo contencioso administrativo, puedan ir a escudriñar, auscultar, a indagar, en un expediente penal -en donde no fueron sujetos procesales-, a desentrañar el elemento de la antijuridicidad del daño por privación injusta de la libertad, y se deje a su libre interpretación el elemento subjetivo de la conducta punible, como es LA CULPABILIDAD, en el entendido de que actor, en el proceso de Reparación Directa, no solo debe probar los daños y perjuicios, sino que debe pasar por el sesgo de la responsabilidad penal, en el entendido, que habrá de determinarse si la víctima de la privación injusta de la libertad dio ó no lugar, al inicio del ejercicio de la acción penal, por parte de la Fiscalía General de la Nación, con el fin de desvirtuar la existencia del elemento de la antijuridicidad del daño, frente a una presunta falla en el servicio de la administración de justicia por daño especial, y así negar las pretensiones de la demanda. Así lo determinó el máximo tribunal de lo contencioso, en sentencia de unificación (Rama Judicial del Poder Público, Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 15 de agosto de 2018, Rad: 66001-23-31-000-2010- 00235 01(46947).

Concordante con lo anterior, en la precitada sentencia jurisdiccional, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, modificó su interpretación judicial, en cuanto a la institución jurídica de la responsabilidad extracontractual del Estado, también entendido como el título de imputación aplicable a los casos en los cuales se reclamaba la reparación directa de un daño causado a una persona como resultado de la imposición de una medida preventiva con privación de la libertad de una persona a la que, posteriormente, se le revocó tal medida preventiva o se le absolvió de los cargos, sea por la aplicación del principio de la duda razonable "Indubio Pro Reo", o porque el hecho no existió, o por ausencia de participación del acusado como autor ni partícipe en la conducta investigada, lo cierto del caso, porque la Fiscalía General de la Nación, no pudo desvirtuar la presunción de inocencia del acusado. Pero si como resultado de examen exhaustivo de las pruebas que fueron incorporadas al proceso penal, el juez administrativo, desentraña, colige u observa que el daño alegado fue causado por el obrar doloso o gravemente culposo de la propia víctima, caso en el cual, no había lugar a la imputabilidad del daño.

Dicho de otra manera, con la nueva sentencia de unificación jurisprudencial del honorable Consejo de Estado, se irrumpe en un escenario que es de estricta competencia de la honorable

Corete Constitucional, dado que le imparte legitimidad a aquellas privaciones injustas de la libertad, sin importar si la persona haya sido absuelta o no, de los cargos formulados, negando la antijuridicidad del daño causado a la víctima, como lo podemos observar en el siguiente aparte:

“Los casos cuya litis gravita en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por privación de la libertad, en el sentido de que, en lo sucesivo, cuando se observe que el juez penal o el órgano investigador levantó la medida restrictiva de la libertad, sea cual fuere la causa de ello, incluso cuando se encontró que el hecho no existió, que el sindicado no cometió el ilícito o que la conducta investigada no constituyó un hecho punible, o que la desvinculación del encartado respecto del proceso penal se produjo por la aplicación del principio in dubio pro reo, será necesario hacer el respectivo análisis a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, esto es, identificar la antijuridicidad del daño.” (Rama Judicial del Poder Público, Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 15 de agosto de 2018, Rad: 66001-23-31-000-2010- 00235 01(46947)).

En tal sentido, al modificarse la posición del alto tribunal en cuanto a la manera como se tiene que verificar el elemento de la antijuridicidad del daño respecto de las decisiones de las autoridades judiciales que imponen una medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, así como cualquier otra forma de privación de la libertad en el marco de una investigación penal, aun cuando se haya proferido sentencia absolutoria, bien porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no es constitutiva de delito, viola por inconstitucionalidad, los fines de la detención preventiva, y la muta o convierte en una sanción anticipada de Prisión Preventiva, sin haberse aún hallado culpable al procesado, viola el derecho a debido proceso, a la presunción de inocencia, al indubio pro reo y el non bis in idem; así como la autonomía de los jueces según su criterio judicial, y el principio de la cosa juzgada material.

Frente a la tesis anterior, se debe recordar que el mismo Consejo de Estado, en sentencia, había manifestado lo siguiente:

La posición jurisprudencial ha llegado a reconocer la existencia de responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad, inclusive en el evento en el cual el investigado sea absuelto en aplicación de la duda razonable en su favor o in dubio pro reo y ya no sólo por los supuestos recogidos por la jurisprudencia como fuente de responsabilidad, esto es, porque (i) el hecho no ocurrió; (ii) el sindicado no lo cometió y (iii) la conducta no estaba tipificada como hecho punible, por cuanto no resulta justo que el individuo deba soportar las consecuencias adversas de la restricción de su libertad cuando fue justamente la incapacidad del Estado en desvirtuar la presunción de inocencia que

primaba en favor suyo la que lo condujo a sufrir innecesariamente los rigores de la restricción de su libertad y dado que resulta desproporcionado que el detenido no encuentre compensación por el desamparo que sufrió en carne propia. Además, de las anteriores causales de atribución objetiva de la responsabilidad derivada de la privación injusta de la libertad, la jurisprudencia adicionó la aplicación del principio de in dubio pro reo favorable al implicado en el proceso penal. (Rama Judicial del Poder Público, Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección C, consejero ponente: Nicolás Yepes Corrales, Bogotá D.C., veintiocho (28) de junio, 2019, Radicado 41001-23-31-000-2004-01096-01(46956)).

## **1.2. Formulación del Problema**

### **1.2.1. Problema.**

Uno de los fines del Estado es el restablecimiento del orden justo, entendiendo por tal, la garantía que tenemos todas las personas en un Estado bajo el modelo social y democrático de derecho, a no soportar ciertas cargas públicas, cuando no tenemos ese deber legal. El anterior principio se ratifica en el artículo 5° de la Constitución, al disponer que el Estado garantiza sin discriminación alguna la primacía de los derechos inalienables de la persona humana, dentro de los cuales encontramos sin lugar a dudas, la libertad física o personal.

Para lograr la efectividad de los anteriores postulados, la constitución, en el artículo 29 consagra varios principios entre los cuales encontramos la presunción de inocencia, el *nom bis in ídem*, y el principio de legalidad, preceptos propios del derecho al Debido Proceso, los cuales se materializan a luz de los artículos 228 *ibidem*, al enunciar como un principio propio de la administración de justicia, el de la prevalencia del derecho sustancial y la autonomía de los jueces en sus decisiones, y, en el artículo 230, el respeto por la autonomía de los jueces, al reconocer que, frente al criterio judicial, los jueces solo están sujetos al imperio de la ley y que, la jurisprudencia, solo es un criterio auxiliar de la actividad judicial.

Contrariando lo anterior, viene el legislador y en los artículos 10 y 102, enuncia que lo jueces de lo contencioso administrativo, al momento de resolver cualquier problema jurídico, deberán estarse de manera obligatoria a la jurisprudencia de unificación del

Consejo de Estado, so pena de las consecuencias de apartarse de la misma. Hasta este estadio, es entendible que el legislador, sólo pretende que las decisiones, en materia de control de legalidad frente a las actuaciones de la administración giren o se orienten en un solo sentido en cuanto a la solución del problema jurídico objeto de controversia.

Pero lo que desborda la ilegalidad y trasciende a la inconstitucionalidad, es el hecho de que el Consejo de Estado, vía sentencia judicial de unificación frente al tema de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, desconozca, contraríe y se aparte de los principios, derechos y garantías mínimas a que tienen todas las personas, a no ser privados de su libertad de manera injusta, y sin que se les haya declarado culpables y no tengan derecho al resarcimiento de tales daños y perjuicios causados por dichos actos jurisdiccionales, lo que nos conduce necesariamente a formularnos la siguiente pregunta frente al problema jurídico, que se pretende abordar la presente investigación.

¿Puede el Consejo de Estado vía sentencia judicial, negar la antijuridicidad del daño causado por la Prisión Preventiva, al desconocer principios y garantías fundamentales del debido proceso, tales como la presunción de inocencia, el non bis in ídem, la libertad y la cosa juzgada, so pretexto, de indagar si el procesado dio lugar o no al inicio de la acción penal?

El anterior interrogante, nos conduce inexorablemente, a plantearnos los siguientes problemas jurídico procesales, que se vienen presentando en la praxis contencioso administrativa en relación con la constitucionalidad y legalidad, de las decisiones jurisprudenciales que tiene el carácter de unificadoras, fundadas a parecer en una extralimitación del legislador colombiano, al crear la institución jurídica de la jurisprudencia unificadora por parte del Consejo de Estado, despojando a los jueces y magistrados de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del criterio y autonomía judicial, para ponderar la interpretación judicial frente a una demanda por prisión preventiva, a la luz de los derechos, principios y garantías fundamentales consagrados en los artículos 228 y 230 de la Constitución Política.

Existen innumerables situaciones fácticas en Colombia, en las cuales, como resultado de procesos de Reparación Directa instaurados por personas que han padecido perjuicios de naturaleza pecuniaria y no pecuniaria, por haber estado privados de su libertad, en procesos penales, en donde pudieron demostrar su inocencia en los hechos investigados, se les ha negado tutela judicial frente a dicha carga de la administración de justicia, si tener la obligación de soportar dichas cargas públicas.

En esa misma línea procesal, encontramos sentencias por parte de los jueces

administrativos y magistrados de los tribunales, en donde se intuye, la incapacidad y falta de criterio judicial, al momento de valorar las pruebas debatidas en el proceso, por temor a desacatar las sentencias de unificación del Consejo de Estado, en materia de responsabilidad por privación injusta de la libertad, apartándose de la prevalencia del derecho sustancial, ante la falta de autonomía de los jueces en su providencias judiciales.

Se pretende cuestionar, el alcance de la jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado, en cuanto a su legalidad y frente al rol que debe cumplir como criterio auxiliar de la actividad judicial, más no como supletivo del criterio judicial de los jueces, al momento de ponderar la aplicación de una norma jurídica a la luz de los principios, derechos y garantías constitucionales.

Con el presente trabajo de investigación se pretende proponer un mecanismo jurídico procesal de control de constitucionalidad, frente a las sentencias de unificación proferidas por el Consejo de Estado, como órgano de cierre, diferente a la acción de tutela, la cual tiene unos límites frente a su procedibilidad, y se hace inoperante, ante los casos reales de sentencias del máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa, que desconocen, garantías, derechos y principios fundamentales que protegen los bienes, la vida y la honra de todas las personas en Colombia, con un tinte más político-económico que sustancial.

Por último, existe un vacío jurídico, en nuestro ordenamiento normativo, en cuanto al límite y el alcance de la competencia de la Sala de lo contencioso administrativo del Consejo de Estado, en sus interpretaciones jurídicas al momento de ejercer su rol de proteger y garantizar la efectividad de los derechos y garantías constitucionales, con fundamento en la cláusula general de responsabilidad del Estado, cuando son contrarias a los postulados constitucionales, tales como el principio del restablecimiento del orden justo, la primacía de los derechos inalienables de la persona humana, la presunción de inocencia, el indubio pro reo, la primacía del derecho sustancial, la autonomía del criterio judicial y el de la cosa juzgada material. Frente a las circunstancias jurídico procesales antes aludidas, debemos plantearnos lo siguiente con el ánimo de buscar las posibles soluciones al problema desde el punto de vista jurídico positivo.

¿Si el restablecimiento del orden justo, es un principio fundamental, que no trae excepciones; porqué razón, en tratándose de la Prisión Preventiva con sentencia absolutoria, el Consejo de Estado desconoce, la prevalencia de los principios constitucionales y el de la presunción de inocencia, ¿al negar la antijuridicidad del daño causado a la víctima durante el tiempo que perduró su privación de la libertad?

### **1.3. Objetivo de la Investigación**

#### **1.3.1. Objetivo General.**

Analizar desde el punto de vista del derecho procesal constitucional, que acciones judiciales se pueden plantear, tendientes a restablecer el orden jurídico colombiano, vulnerado por algunas decisiones jurisdiccionales del órgano contencioso administrativo, cuando se pretende el restablecimiento de derechos vulnerados por la prisión preventiva, quienes están sometidos al imperio, no de la ley, sino de la jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado, fundadas en premisas y conjeturas, que desconocen los principios, derechos y garantías procesales que tiene todas las personas que son víctimas de Prisión Preventiva, y que no pueden exigir el restablecimiento de todos los daños y perjuicios causados que les ha causado el Estado, con ocasión de un proceso penal, en donde no se les pudo desvirtuar su presunción de inocencia.

#### **1.3.2. Objetivos específicos.**

Analizar de qué forma se vulnera la libertad personal del individuo, en un proceso penal, cuando se le impone como medida cautelar la prisión preventiva, bajo los alcances del artículo 306 del Código Procesal Penal, la jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado del 15 de agosto de 2018.

Determinar si en Colombia, existe frente a los imputados una medida de detención preventiva restrictiva de la libertad personal, o si lo que existe realmente es una sanción penal sin culpabilidad consistente en la Prisión Preventiva, cuando no se logra desvirtuar su presunción de inocencia por parte del órgano acusador.

Plantear, la necesidad de un control de constitucionalidad, que revise las sentencias de unificación del Consejo de Estado, frente a la interpretación y aplicación de normas constitucionales que contienen principios, derechos y garantías fundamentales, al momento de resolver los casos que llegan a su conocimiento, en materia de privación injusta de la libertad.

### **1.4 Justificación**

#### **1.4.1. Justificación teórica:**

Es justificado en la medida en que es un tema de relevancia jurídico- procesal en materia penal, sino que se sienta un precedente sobre el estado de cosas inconstitucional, frente a la adopción por parte del legislador colombiano jurisprudencia de unificación en materia

contencioso administrativa, como una obligación al momento de interpretar y aplicar la ley en el medio de control de Reparación Directa por privación injusta de la libertad personal.

#### **1.4.2. Justificación práctica:**

El objeto del presente trabajo se justifica sobre la base, de que no solo es un tema de relevancia procesal en materia penal, sino que además es una realidad social la carga injusta, tanto moral como patrimonial que están padeciendo un gran número de persona honestas, honorable y trabajadoras, que han perdido todo su patrimonio, al estar privados de la libertad y demostraron su inocencia, quienes demandaron y se les negó las pretensión bajo el argumento de que habían dado lugar el inicio de la acción penal.

#### **1.4.3. Justificación metodológica.**

En el presente trabajo se aplicaron métodos de investigación cualitativa con un alcance descriptivo y hermenéutico jurídico, y la fuentes de consulta utilizada fueron el rastreo documental, tales como sentencias del Consejo de Estado, de la Corte Constitucional e investigaciones ya elaboradas en materia procesal penal y expedientes de procesos administrativos ejecutoriados ante el contencioso administrativo, y normas propias del derecho procesal constitucional y constitucional procesal que contienen principios, derechos y garantías, que permitirán al lector, llegar a conclusiones con certeza, confianza y credibilidad. La metodología que se utilizó será acertada y fundada jurídicamente para eventuales demandas de inconstitucionalidad por trasgresión del principio de supremacía constitucional.

El resultado del presente trabajo, se logró fruto del análisis de fuentes documentales, tomados de los parámetros de los artículos 2º, 5º, 28, 29, 90 y 230 de la Constitución Política de 1.991, libros, leyes 270 de 1996 y 1437 de 2011, sumado con la jurisprudencia del dieciocho (18) de julio de dos mil diecinueve (2019), Radicación: 73001-23-31-000-2009-00133-01 (44.572), expedientes judiciales adelantados ante el contencioso, de reparación directa por privación injusta de la libertad y de temas doctrinales sobre la institución de la prisión preventiva.

## **CAPITULO II**

### **MARCO TEÓRICO**

#### **2.1. Antecedentes de la Prisión Preventiva:**

##### **2.1.1. Tesis Internacionales:**

Santisteban (2020) en su tesis concluyó que una prisión preventiva resulta extrema en cuanto a la privación de la libertad de las personas, tanto más dañoso implicara que la sanción final es de exculpación o absolución, en este caso debería imponerse una sanción a quienes arbitrariamente coactaron la libertad e indemnizar a quien se le sancionó injustamente.

Se consulto a Gonzabay (2016) quien en su tesis concluye que el principio de la presunción de inocencia se afecta siendo los de raza negra los más afectados, Puerto Bolívar presenta más incidencia, afectación psicológica y económica que afrontan los familiares que tienen un procesado

con prisión preventiva; por lo que, urge reformar el código orgánico penal.

Se encontró también a Zavaleta & Calderón (2014), quien en investigación realizada concluye que el principio constitucional de inocencia se ve vulnerado con el mandato de prisión preventiva, por lo que la misma solo debe ser una medida limitativa.

Por su parte, Castillo (2015), en su tesis concluye que esta medida a fin de que se evite la obstaculización del proceso o la fuga del procesado y se garantice las decisiones emitidas a fin de que al emitirse no sean desproporcionales, arbitrarias o afecten derechos del procesado.

### **2.1.2. Tesis a nivel nacional**

Hernández (2019), en su investigación indicó que la detención preventiva no puede continuar funcionando como un placebo para que la ciudadanía en general considere que el sistema judicial funciona. Es imprescindible informar a la comunidad que la falta de imposición de esta medida no implica impunidad y que eventualmente, tras el devenir del proceso penal, se puede obtener una condena, siempre y cuando la Fiscalía General 180 de la Nación demuestre –más allá de toda duda razonable– la ocurrencia del ilícito y la responsabilidad del sujeto.

### **2.1.3. Precedente jurisprudencial.**

Sobre la institución jurídica de la responsabilidad extracontractual del Estado, por privación injusta de la libertad, hasta antes de la Constitución Política de 1991, es poco lo que hay que hablar, puesto que no sobra recordar, que sólo a partir de esta época, se crea la Fiscalía General de la Nación, quien bajo la vigencia del Decreto 270 (Congreso de la República, Código de Procedimiento Penal, Decreto 270, 1991) y la Ley 600 (Congreso de la República, Código de Procedimiento Penal, Ley 600, 2000), anteriores códigos de procedimiento penal, la Fiscalía a nadie le negaba una orden de captura, esto es, que tales disposiciones procesales, le daban amplias facultades jurisdiccionales a la Fiscalía General de la Nación, para ordenar la privación de la libertad de las personas, sin que existiera ningún control de constitucionalidad, fecha a partir de la cual, se empezó a regular la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad.

Por ello, es importante indicar que la cultura jurídica nuestra es la romano-germánico, razón por la cual, nuestro sistema jurídico colombiano es positivista; no obstante, lo anterior, resulta curioso encontrar una teoría de la responsabilidad extracontractual del Estado, que carezca de precedente jurídico-normativo, durante toda la vida republicana, por lo que se puede afirmar, que hasta el año de 1991, el Estado era irresponsable y que, tanto en su origen como en gran parte de su evolución y aplicación, dicha responsabilidad es producto de la iniciativa de los jueces, como es el caso de la Responsabilidad extracontractual del Estado, que en sus fundamentos y principios

es fruto de la jurisdicción Contencioso Administrativa, apoyada en los pilares constitucionales, la jurisprudencia extranjera, como el famoso Fallo Blanco de 1873, proferido por el Tribunal de Justicia Francés y los valiosos aportes de la doctrina.

Congruente con los precedentes doctrinales, la Corte Constitucional (Rama Judicial del Poder Público, Corte Constitucional, Sentencia T 276 de 2.016, párrafo 3, página 48) hablando del Derecho a la Libertad indicó, lo siguiente:

El ordenamiento jurídico contempla la posibilidad de proferir medidas restrictivas de la libertad, siempre y cuando obedezcas a mandatos legales previamente definidos. La restricción del derecho a la libertad debe estar entonces, plenamente justificada en el cumplimiento de fines necesarios para la protección de derechos o bienes constitucionales y, además, ser notoriamente útil y manifiestamente indispensable para el logro de tales objetivos. (Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión de Tutelas, ST276, 2016, pár.3, p. 48).

#### **2.1.4. Precedente legal.**

Sobre el precedente legal de la responsabilidad extracontractual del Estado, por privación injusta de la libertad, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en fallo de septiembre 30 de 1960 expresó:

Nuestra Corte Suprema de Justicia influenciada por la doctrina francesa acogió en múltiples fallos la concepción civilista de la responsabilidad del poder público con base en el artículo 2349 del Código Civil (...) de conformidad con ella asimilaba al Estado o a la entidad de Derecho público al amo, patrón o empleador para deducirle responsabilidad.

La jurisprudencia del Consejo de Estado La Constitución Política de 1886, no contemplaba una norma que sirviera de fundamento legal a la obligación del Estado de indemnizar por los perjuicios ocasionados, lo cual exigió un notable esfuerzo por vía jurisprudencial para desarrollar la figura de la responsabilidad extracontractual del Estado, hecho que hizo posible la autonomía de esta institución respecto de la existente en el derecho privado y la dotó de unas reglas propias inferidas de los principios de la Carta Política mencionada.

Desde 1947, el Consejo de Estado buscó apartarse de las normas del Código Civil en cuanto al tema de la responsabilidad estatal, ya que encontraba como suficientes las consagradas en la ley 167 de 1941 para determinar la indemnización de los perjuicios que el Estado causaba. Este esfuerzo por fundar la responsabilidad del Estado en reglas diferentes a las establecidas en el Código Civil para los particulares se convirtió en una constante en la jurisprudencia del esa Corporación.” (Rama Judicial del Poder Público, Consejo de

Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en fallo de septiembre 30 de 1960)

Armenta (2009), en su obra *El régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado*, citando a partes de la sentencia de septiembre 30 de 1960, expresó:

A juicio del Consejo de Estado las normas precedentes consagraban en términos generales los deberes, derechos y obligaciones de la administración pública, frente a los deberes, derechos y obligaciones de los particulares. Continuó con el artículo 33 de la C.P. de 1886 del que se predicó contenía una responsabilidad del Estado de tipo objetivo.

La lectura de la jurisprudencia del Consejo de Estado de esa época muestra que este órgano desligó la responsabilidad extracontractual del Estado de las reglas del Código Civil y la situó en preceptos constitucionales y del Código Contencioso Administrativo vigente para la época, Ley 167 de 1941.

Lo anterior es relevante, por cuanto, fueron las teorías y las bases trazadas por el esfuerzo interpretativo de los jueces las que permitieron la formación de los diversos regímenes de responsabilidad patrimonial del Estado y que obviamente facilitaron el camino para la entrada de la cláusula general de responsabilidad de naturaleza constitucional consagrada en la Constitución Política de 1991, que en su artículo 90 inciso primero reza: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”.

Los principios constitucionales aplicados al tema inician con el artículo 2 de la Constitución Política de 1886, según el cual “Los poderes públicos se ejercerán en los términos que la Constitución señala”, norma que presentaba las tesis más importantes del derecho público moderno como son: el principio de legalidad, el principio de la auto limitación del poder público y el Estado de Derecho. (Armenta, 2009, pg. 27).

Frente a la enunciación de la medida de detención preventiva en Colombia, se tiene que, el juez de control de garantías, una vez analizados los requisitos indispensables, para la privación preventiva de la libertad, de acuerdo al artículo 308 de la norma ibidem, deberá tener en cuenta que esta una restricción de carácter excepcional, frente a la libertad del imputado, por lo que debe tener claro, que solo procederá “cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia físicas recogidas y aseguradas o de la información obtenida legalmente, se pueda inferir que el imputado es autor o participe de la conducta que se imputa”. (Congreso de la República, Código de Procedimiento Penal, Ley 906, 2004, art. 308).

De ahí que, de conformidad con el artículo 296 (Congreso de la República de Colombia, Código de Procedimiento Penal, Ley 906, 2004), en Colombia, el régimen penal acusatorio, no

trae como medida cautelar frente a la libertad del individuo, una simple restricción de la libertad, como lo da a entender dicha norma instrumental, sino una verdadera sanción sin aún ser hallado culpable de Prisión Preventiva, toda vez, que de acuerdo con la jurisprudencia unificadora del Consejo de Estado (Rama Judicial del Poder Público, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, 2019), toda acción penal se inicia por un informe, una denuncia o de oficio por parte de la Fiscalía General de la Nación. En tratándose del inicio de la acción penal de oficio o en casos de flagrancia, siempre primará la tesis del funcionario de policía judicial que atendió la captura o que realizó las labores de investigación o judicialización del procesado.

La Corte Suprema de Justicia en sus Salas de Casación Civil y de Negocios Generales era la encargada de asumir los conflictos atinentes a la responsabilidad patrimonial del Estado, precisando que cuando el órgano judicial conoció de estos conflictos existía un vacío normativo y aun así no podía negarse a decidir, por lo tanto, acudió de manera analógica a las normas previstas por el Código Civil sobre la responsabilidad extracontractual de los particulares, lo cual constituyó un primer período de la evolución de la responsabilidad extracontractual del Estado, que comprende dos fases en su desarrollo. Para ese entonces, la Corte Suprema de Justicia encontró el fundamento de la responsabilidad Extracontractual del Estado en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil colombiano, estos son, para ese entonces la fuente de la responsabilidad del Estado, sólo se soportaba, bajo el régimen subjetivo inspirada en las teorías de la culpa in eligiendo y la culpa in vigilando de la administración; por lo tanto, otrora, solo se hablaba de la responsabilidad del Estado a título indirecta.

## **2.2. Bases Teóricas**

### **2.2.1. La Prisión Preventiva**

Concordante con la parte de la descripción del problema, es importante anotar que referente al tema de la PRISIÓN PREVENTIVA en el derecho procesal, hay abundante literatura jurídica y sentencias de las altas cortes judiciales, tanto a nivel nacional como internacional, elemento importante para que nuestros juristas, procesalistas y constitucionalistas, se planteen, y analicen como, cambiar, el chip, que tienen los jueces y fiscales frente a procedencia o no de la medida de aseguramiento y sus efectos frente a las libertades y derechos del procesado, cuando éste por sus antecedentes, personales, sociales, laborales, y familiares, no cabe duda que se trata de una persona honorable, ciudadano correcto y de buenas costumbres, quien solo por estar en el lugar equivocado, o por despertar cierta sospecha frente a las autoridades, o por un informe falso, infundado o mal elaborado y no verificado por el Fiscal que adelanta la investigación, se le vincula a un proceso

penal y se le impone una medida de aseguramiento, como si se tratara de un delincuente NATO, y no OCASIONAL, en palabras del sociólogo criminal, Cesare Lombroso (1876) en su obra inédita “Tratado antropológico experimental del hombre delincuente”, divide en seis categorías los tipos de criminales, dentro de los cuales ubica al delincuente OCASIONAL.

De conformidad con el procedimiento penal acusatorio, vigente en Colombia, la Fiscalía no verifica si lo manifestado en el informe de captura en flagrancia, corresponde a la verdad real o material como sucedieron los hechos que dieron lugar a la privación de la libertad del indiciado; sino que, a contrario sensu, a partir de dicho informe se empieza a construir una verdad procesal que no es coherente con la forma como se presentaron las circunstancias fácticas de tiempo, modo y lugar. De ahí que podemos afirmar sin lugar a dudas, que en el procedimiento adelantado por parte de la Fiscalía General de la Nación basta con el sólo informe de policía judicial, para determinar que hay lugar a la imposición de una medida de aseguramiento consistente en detención preventiva de carácter intramural, caso en el cual, siempre se presumirá y justificará ante los jueces de control de garantías, que el procesado fue quien dio lugar al ejercicio de la acción penal por parte de las autoridades competentes.

Por tanto, en el evento de una imposición de dicha medida de aseguramiento, el individuo, siempre estará privado de su libertad aún sin ser declarado culpable o condenado, lo que en palabras de la Corte Interamericana de Derecho Humanos, equivale a una verdadera PRISIÓN PREVENTIVA, y, en el evento que fuere absuelto, así sea porque la Fiscalía General de la Nación, no cumpliera con la carga probatoria para demostrar más allá de toda duda razonable la responsabilidad penal del acusado, o por la aplicación del principio del indubio pro reo, éste no tendrá derecho a reclamar indemnización alguna por todos los daños y perjuicios causados él, durante el proceso penal, por no ser un daño imputable al Estado, bajo el argumento de tipo más político que jurídico, de que corresponde al procesado soportar dicha carga de la seguridad pública y de la buena marcha de la administración de justicia. Por lo tanto, nada se parece más a una prisión preventiva que las medidas de aseguramiento intramural, que se solicitan y se aprueban en contra de un imputado o procesado penalmente en Colombia. Lo anterior, viola el derecho al debido proceso constitucional, el principio de la presunción de inocencia y el principio del Non bis in ídem, artículo 29 (Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de Colombia, 1991), dando atribuciones a los jueces administrativos, para desarchivar el proceso penal e indagar sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar, que dieron lugar a la imposición de la medida de aseguramiento.

Por tanto, es una realidad en el Estado Colombiano, que cualquier ciudadano, a quien se le haya decretado una medida en su contra de privación de su libertad, tiene el deber legal de soportar

dicha carga pública, en palabras del Consejo de Estado y de los jueces administrativos, como resultado de la imposición de una medida cautelar de detención preventiva, aun cuando no se compruebe su culpabilidad, es decir hay sido absuelto porque no se logró desvirtuar su derecho a la presunción de inocencia, a pesar de que el mismo estatuto de la administración de justicia se establece la obligación del Estado de indemnizar el daño antijurídico a quien fuere privado de su libertad injustamente, y no fuere sido declarado culpable por los delitos que se le imputan, por error judicial o porque la Fiscalía General de la Nación, no cumplió con la carga de la prueba, en el siguiente sentido.

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. (Congreso de la República, Ley Estatutaria de la Administración de Justicia 270, 1996, art. 65).

Es aquel cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley. (Congreso de la República, Ley Estatutaria de la Administración de Justicia 270, 1996, art. 66).

El error jurisdiccional se sujetará a los siguientes presupuestos: 1. El afectado deberá haber interpuesto los recursos de ley en los eventos previstos en el artículo 70, excepto en los casos de privación de la libertad del imputado cuando ésta se produzca en virtud de una providencia judicial. 2. La providencia contentiva de error deberá estar en firme. (Congreso de la República, Ley Estatutaria de la Administración de Justicia 270, 1996, art. 67).

Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios. (Congreso de la República, Ley Estatutaria de la Administración de Justicia 270, 1996, art. 68).

Por su parte, frente a la autonomía de los jueces en sus providencias y, el criterio judicial, la Constitución Política de Colombia, establece que “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial” (Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de Colombia, 1991, art. 230).

Concordante con lo anterior, y con el fin de demostrar la incompatibilidad del artículo 10 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la Constitución Política de Colombia, establece como uno de los principios fundamentales, los fines esenciales del

Estado, entre los cuales, encontramos “la vigencia de un orden justo”, cuando se indica que:

Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, art. 2).

### **2.2.2. Responsabilidad del Estado por la Privación Injusta de la Libertad**

El inciso primero del artículo 90 de nuestra carta fundamental, contiene la cláusula general de responsabilidad del Estado, en el entendido de que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos imputables a él, cuya fuente tenga lugar en una conducta de una autoridad pública, sea tanto por acción como por omisión.

El lado de la responsabilidad estatal, encontramos el principio de legalidad, pilares fundamentales de la fórmula Estado Social de Derecho, dicho eje, deberá ser interpretado a la luz de los deberes de las autoridades públicas, de protección de todas las personas, en su vida, honra y bienes, así como la garantía de un ORDEN JUSTO, y cuyas decisiones deberán siempre estar circunscritas a la Constitución y la ley, tal como lo enuncian tanto el preámbulo, como los artículos 2º y 6º de la Constitución Política.

A través de dicha cláusula de responsabilidad extracontractual del Estado, se articula el principio de justicia correctiva, a fin de rectificar la injusticia causada por las actuaciones de la administración pública frente a los particulares. Esta rectificación se garantiza mediante el derecho de acción artículo 229, para acudir ante las autoridades judiciales, en busca de tutela jurídica, con el fin de impugnar las acciones o omisiones de las autoridades públicas de naturaleza antijurídica artículo 6, mediante las cuales se ha causado un daño, y puedan exigir una indemnización patrimonial de aquel, artículo 2º (Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de Colombia, 1991).

Por tanto, con base en el anterior planteamiento jurídico, la responsabilidad del Estado exige tres elementos para su imputabilidad: 1. La existencia de un daño antijurídico, esto es, que haya un perjuicio que la víctima no tenía el deber de soportar. 2. Una acción u omisión imputable a una autoridad o entidad pública. 3. La existencia de un nexo de causalidad entre la acción del Estado y el daño antijurídico. Tales elementos son un requisito sine quanon, para que la justicia contencioso administrativa pueda declarar responsable administrativamente al Estado, sin que importe por cuál de los títulos de imputabilidad del daño se haya invocado por el actor, porque su

diferencia radica se podría decir, en la forma como se presentó el hecho dañino y la necesidad de hacer un análisis frente a la acción u omisión que ocasionó el perjuicio.

Dicho análisis de la imputabilidad del daño al Estado puede consistir en los siguientes criterios, de acuerdo al título de imputación que se pretenda incoar:

### **2.3. La falla en el servicio.**

De acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina administrativista, el título de imputación de la falla en el servicio, consiste en que hubo o no se prestó el servicio público, o se prestó tardíamente, o que se prestó de manera defectuosa; pero a partir de 1991, dicho título de imputación varió en su interpretación considerándolo como una violación a una obligación por parte del Estado, por lo que se puede concluir que es de naturaleza subjetiva, dado que implicaría un reproche en abstracto a la actuación de la administración pública, sin observancia de la culpa o dolo de la conducta del agente del Estado.

De lo anterior, se puede colegir, que, en este título de imputación, no se cuestiona la actuación de la administración pública, sino el daño que con ocasión de ésta se causa a quien no tenía el deber legal de soportar dicho perjuicio. Por lo que según esta institución el daño antijurídico se presenta sin tener en cuenta el hecho de que haya una causa ilícita necesariamente.

### **2.4. El Riesgo Excepcional.**

Bajo este título de imputabilidad de la responsabilidad estatal, se presente cuando la administración pública se encontraba ejecutando una actividad lícita pero generando o creando un riesgo, o manipulando elementos peligrosos, como es el caso del uso de armas de fuego, la conducción de vehículos pesados, como resultado de dicha actividad se produce un daño a un particular, quienes sólo deberán acreditar que se les causó un daño antijurídico y su relación causal con la acción realizada por la autoridad pública, por lo que se trata de un régimen de responsabilidad de naturaleza objetiva.

### **2.5. El Daño Especial.**

En este evento la actuación de la administración pública frente a los particulares es totalmente legítima, pero se produce un desequilibrio frente a las cargas públicas que debemos soportar los ciudadanos; por lo que la naturaleza de éste, es objetiva, ni exige que la actuación de la administración haya sido ilegal, por lo que no admite ningún elemento subjetivo frente a la antijuridicidad del daño.

Para los efectos se determinar, si el Estado debe reparar el daño, por privación injusta de la libertad, debemos hacer un análisis a partir del hecho de que hubo un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia. Para el caso sub judice, debemos partir del régimen especial que la constitución le ha otorgado a la Rama Judicial del Poder Público, en la Ley estatutaria 270 de 1996, la cual, en su artículo 65, desarrolla la cláusula general de responsabilidad del artículo 90 ibidem, en tratándose de una acción u omisión por parte de los agentes judiciales.

Según esta cláusula de responsabilidad, el Estado tiene la obligación constitucional y legal de indemnizar todo daño de naturaleza antijurídica causado por una actuación judicial, independientemente si fue voluntaria o no, que pudo haberse originado en un hecho, una omisión, una operación administrativa, en un contrato etc, de cualquiera de sus autoridades públicas, o que provenga de un particular que se le haya encomendado un función pública y que la víctima del daño, no esté en la obligación legal de soportar dicho daño, responsabilidad ésta que se puede endilgar por cualquiera de los título de imputación que la doctrina y la jurisprudencia, nacional e internacional han desarrollado a lo largo de la vida republicana, entre los cuales, se pueden citar la falla en el servicio, el daño especial o el riesgo excepcional, la ocupación temporal o perdurable de inmueble, el error judicial, el indebido funcionamiento de la administración de justicia, la privación injusta de la libertad, el error médico, el enriquecimiento sin causa, etc.

Frente al caso que ocupa este análisis la ley estatutaria de la administración de justicia (Ley 270, 1996, art. 68), dispone que puede haber detención arbitraria, cuando no se cumplen los fines de la detención preventiva, o porque no se observan los principios y garantías mínimas procesales, tales como: la finalidad, la necesidad, la idoneidad y la proporcionalidad, frente a la medida restrictiva de la libertad, de lo contrario se convertiría dicha invasión las libertades del individuo en una sanción anticipada de PRISIÓN PREVENTIVA. Por tanto, podríamos definir de acuerdo con la honorable corte constitucional, la privación injusta de la libertad, como “toda aquella actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma en que se torne evidente que la privación no ha sido ni apropiada, ni razonable ni conforme al derechos”. (Rama Judicial, Corte Constitucional, Sentencia Expediente T-7.785.966, 2021, p.17, acción de tutela instaurada por Martha Lucía Ríos Cortés y otros en contra de la Sección Tercera del Consejo de Estado, Magistrado Ponente: ALBERTO ROJAS RÍOS, del veintidós (22) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Al respecto, la honorable Corte Constitucional del Colombia, en la Sentencia Expediente T-7.785.966 de 2021, antes citada, manifestó frente al deber de reparar el daño por privación injusta de la libertad, lo siguiente:

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**.

En efecto, estando en ciernes la investigación, el ente acusador debe tener claro que el hecho sí se presentó y que puede ser objetivamente típico, luego, en este tipo de casos el juez administrativo puede ser laxo desde el punto de vista probatorio y valorativo, en tanto en estas circunstancias es evidente que la Fiscalía, hoy los jueces, disponen de las herramientas necesarias para definir con certeza estos dos presupuestos y, en tal virtud, deberá ser la administración la que acredite que fueron causas ajenas e irresistibles a su gestión, las que propiciaron la imposición de la medida. Negrillas fuera de texto. (Rama Judicial, Corte Constitucional, Sentencia Expediente T-7.785.966, 2021, p.19).

Ahora bien, existen otros escenarios en un proceso penal, que le permiten al Estado eximirse de responsabilidad patrimonial o que hace desaparecer el elemento de la antijuridicidad del daño como es el caso por ejemplo, de la culpa exclusiva de la víctima, caso en el cual, del análisis del expediente penal, se pudo deducir con meridiana claridad, a pesar de que el proceso no terminó en condena, se observa en la actuación penal, que hubo un comportamiento doloso por parte del procesado, esto es, que se probó en el juicio que hubo una confesión falsa por ejemplo, que existió una fuga de presos o evasión del proceso, que se realizaron de amenazas a un testigo de cargo por ejemplo, que hubo destrucción u ocultamiento de elementos probatorios, que se llevaron a cabo maniobras para obstruir la acción de la justicia o también que se observó un actuar a título de culpa grave por parte del actor.

## **2.6. Derecho a la Libertad física o personal**

La libertad es un concepto que lo podemos definir desde varias ópticas desde el punto de vista constitucional, en el entendido que para nadie es ajeno, que las constituciones contemporáneas, se inspiraron en el ius naturalismo racionalistas, hacia un ius positivismo normativista, esto es, que se parte de la concepción de la existencia de unos derechos inalienables de la persona humano, como eje central del pacto o acuerdo social, adoptando así en los estados un modelo constitucional, que enuncia un conjunto de libertades individuales, tales como: la libertad física o personal, la libertad de conciencias, de pensamiento, de locomoción, de enseñanza, de cultos, de cátedra, de profesión u oficio, de desarrollo de la persona, etc, que se deben entender como la enunciación de las libertades del individuo frente al Estado.

En este orden de ideas, cuando el artículo 5° de la constitución política, enuncia el principio de que “el Estado reconoce la primacía de los derechos inalienables de la persona humana”, significa ello que, estas facultades, están por encima de cualquier interés público o estatal, y que es deber de éste proteger a todas las personas, en su vida, honra y bienes, entre cuyos bienes jurídicos ubicamos el derecho a la libertad personal, enunciado en el artículo 28 ibidem. Es por ello, que en el evento de una restricción a este derechos fundamental de hombre, con ocasión del ejercicio legítimo de la acción penal, no puede desconocerse que, en el evento de no poderse demostrar la culpabilidad, del acusado en el juicio, éste será absuelto, pero es innegable que por la acción u omisión de las autoridades judiciales, ha habido un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, que le ha causado un daño antijurídico a una persona que no tenía el deber legal de soportar dichas cargas públicas, y por ende, deberá reparársele el daño patrimonialmente, con fundamentos en el artículos 2°, 5°, 28, 90 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 66, 67 y 68 de la ley estatutaria de la administración de justicia 270 de 1996.

Por lo tanto, no es difícil concluir, que no existe una norma en la constitución política, que disponga que la decisión jurisprudenciales de unificación de una Corporación Judicial, como el Consejo de Estado, prevalezca en el orden interno y que esté por encima de la constitución política y que impida a los jueces administrativos ponderar la interpretación de las normas que deben aplicar, frente a los valores, principios y garantías constitucionales, enunciadas en el artículo 2°, 4°, 5°, 29, 228 y 230 de la constitución política, en armonía con los artículos 93 y 94 ibidem, permitiendo que aquel a quien se le cercenó o restringió su derecho a la libertad personal por un período de duración de un proceso penal, no se le repare dicho daño antijurídico, l no lograrse la finalidad de la detención preventiva, lo que se muta o convierte en una sanción de PRISIÓN anticipada, de una condena que nunca existió, por circunstancias imputables a los agentes del estado que intervienen en esta clase de actuaciones judiciales.

En la historia constitucional colombiana se ha dispuesto a la libertad como derecho fundamental, derecho que la Constitución de 1.991, en el artículo 13 ratificó su naturaleza suprema. Naturaleza que es defendida, respetada y garantizada por las diferentes ramas del poder público y, que, además, constituye la base de todo estado social de derecho, sobre el cual, gira la normatividad vigente.

Ahora bien, respecto al derecho fundamental de la libertad, debe decirse que esta consiste en la decisión libre y espontánea, no viciada, para que, dentro de la normatividad jurídica vigente, cada persona pueda actuar como lo disponga, lo que quiere decir que el individuo tiene la absoluta potestad y disposición de su vida sin la coacción o restricción de un tercero. Ello, siempre

y cuando actúe respetando el marco normativo establecido. Por lo anterior, debe afirmarse que, en Colombia, la libertad como derecho fundamental, ha sido consagrada en los artículos 13 y 28 de la Carta Constitucional de 1.991. pero, además de los parámetros Constitucionales, hay que agregar que la historia convencional también ha dispuesto a la libertad como valor supremo, hecho por el cual, los Estados deberán adelantar políticas públicas en aras de establecer garantías de protección factico jurídico del derecho fundamental referido.

Gerson (2018), concluye que la carta constitucional de 1991, en el preámbulo dispuso como fin del Estado

Asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, [...], dentro de un marco jurídico, democrático y participativo [...] Imponiendo el deber de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la constitución, por lo que deberá proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, [...] derechos y libertades, [...] asegurar el cumplimiento de los deberes del estado. Acorde con lo anterior, hay que indicar que el estado está en el deber jurídico de prestar a los ciudadanos, servicios y garantías esenciales para el disfrute y goce de sus derechos. [...] para garantizar su deber constitucional, cumpliendo así, con el deber objetivo cuidado. (Gerson, 2018. Pg 49).

Ahora bien, y en aras de ampliar la especial garantía de protección del valor supremo de la libertad, hay que agregar que la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en el artículo 25 dispone que “nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y en las formas establecidas por las leyes preexistentes”. En la misma línea, se encuentra la Ley 16 de 1.972, por cual se aprobó la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), dispone:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios. 4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella. 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. 6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que

éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona. 7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

(Convención Americana de Derechos Sociales, Políticos y Culturales, Pacto de San José, 1969, ratificada por el Congreso de la República, mediante Ley 16, 1972, art. 7).

Seguido, con la normatividad reproducida, conviene transcribir los citados artículos 13 y 28 de Constitución Política de Colombia, 1991, que disponen:

“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. (Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de Colombia, 1991, art. 13)

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

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley. (Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de Colombia, 1991, art. 28)

Congruente con los reproducidos textos constitucionales, no es de menos indicar que mediante Sentencia C 163 de 2008, la Honorable Corte Constitucional en concordancia con los artículos 13 y 28 de la Constitución, refiriéndose al derecho Constitucional de la libertad, indico:

Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino i) en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, ii) con las formalidades legales y iii) por motivo previamente definido en la ley (Rama Judicial del Poder Público, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-

163, 2008).

### **2.6.1. La Prisión Preventiva**

Peña, (2016), sobre la prisión preventiva, ha manifestado lo siguiente:

Es preciso establecer la conceptualización de la medida cautelar personal que es relevante en la investigación, como medida cautelar, tiende a garantizar la presencia del acusado durante el proceso penal en su contra, a fin de que se concluya con una sentencia, que sustente la responsabilidad penal, fundamentada por la autoridad judicial que aplica la pena con certeza (Peña, 2016, p.472).

De acuerdo con el anterior concepto, se tiene claro que las normas del Código de Procedimiento Penal Colombiano, que autorizan de manera excepción la restricción de la libertad individual del imputado, deben interpretarse y aplicarse de manera restrictiva, conforme lo establecido en los artículos 295 y 296 (Congreso de Colombia, Código de Procedimiento Penal Acusatorio, Ley 906 de 2004, artículos 295 y 296), siempre y cuando existan motivos fundados que permitan establecer que cumplen los requisitos de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.

#### **2.6.1.1. Finalidad de la prisión preventiva**

Por su parte Cusi, (2017), Sobre las características de la institución Identificada la prisión preventiva y sus caracteres para reconocer su razón de ser, indica:

Se ha discutido mucho respecto al propósito de la prisión preventiva, es decir que se pretende con esta medida, pues el encierro o enclaustramiento del hombre es la sanción más grande contra la naturaleza del ser humano, de allí que las legislaciones en su mayoría tienen por tendencia no aplicar ordinariamente la prisión preventiva, sino que su aplicación resulta una acción demasiado excepcional y que debe ajustarse a parámetros bastante exigentes y que en los últimos años, en diferentes pronunciamientos, tanto, las salas y el mismísimo TC, no solo sostienen que su aplicación es eminentemente excepcional, sino que su dación debe tener una serie de catálogos de requisitos que necesariamente al justificar o motivar debe tener que satisfacerse, caso contrario su mandato no debe darse.

Partiendo de ello las condiciones y supuestos deben establecerse con criterio, pues su finalidad es la motivación de su existencia, por lo cual se puede señalar que el fin de dicha medida cautelar personal es la protección de la víctima, el cumplimiento de la pena, proteger la comunidad y garantizar la comparecencia al proceso.

### **2.6.1.2. Prevenir el riesgo de fuga**

Cusi (2017), indica que

Siendo su fin el evitar el riesgo de fuga, lo cual no es prever una sentencia (firme o ejecutoria en la versión más extrema), sino es salvaguardar la presencia del acusado en el proceso para todas aquellas actividades que se puedan efectuar y en las que se necesita la presencia o participación del acusado; ya que sin su presencia el proceso se detendría, declarando al acusado reo contumaz y suspendiendo el proceso hasta que sea ubicado y conducido a fuerzas, con intervención de la policía, instalándose el proceso. (p.83).

### **2.6.1.3. Impedir que el procesado obstaculice los medios de prueba**

Cafferata (1998), refiere:

El Estado peruano ha asumido la protección pasiva de los medios de prueba del proceso penal o en términos de la norma adjetiva “elementos de prueba”. El elemento de prueba son los indicios, los cuales tienen que ser objetivos y legalmente introducidos al proceso penal, ahora bien, es prueba cuando es actuado en el juicio oral con el contradictorio en su máxima expresión (Cafferata, 1998, p.16).

De acuerdo con el anterior planteamiento, se debe partir del hecho de que en nuestro ordenamiento jurídico, la libertad personal es un derecho inalienable del ser humano y columna vertebral de todas las libertades individuales, por lo que dicha medida de coerción debe ser la última instancia para asegurar que el acusado se encuentre presente en el proceso penal que se le sigue en su contra, ello debido a que limita el derecho constitucional de libre tránsito del investigado, su procedencia se debe solo únicamente si se encuentra debidamente justificado con medios de prueba y fundamentado su requerimiento por el juez competente.

No obstante, a la especial protección y garantía del valor supremo de la libertad que la Constitución, las Convenciones y las leyes ofrecen, hay que reconocer, que la libertad no es un derecho absoluto; puesto que las normas de la ley procesal que autorizan su limitación, deben ser interpretadas de manera restrictiva, y excepcionalmente, podrá privársele de libertad a una persona cuando se trate del cumplimiento de los fines Constitucionales, y de manera excepcional, a una persona se le puede restringir el disfrute y goce de su libertad, por los únicos motivos establecidos en el artículo 28 (Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política, 1.991, artículo 28), la libertad puede restringirse en los siguientes eventos: **(I)** mediante sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada y **(II)** mediante la imposición de medidas preventivas (medidas de aseguramiento).

Teniendo de presente que en el actual trabajo de grado se realizará un **ANÁLISIS SOBRE**

**LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA FACULTAD DEL JUEZ ADMINISTRATIVO, PARA NEGAR LA ANTIJURIDICIDAD DEL DAÑO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD**, es imperioso indicar que solo se analizara el elemento segundo por el cual se puede restringir la libertad (imposición de medidas preventivas restrictivas de la libertad).

### **2.7. La Prisión preventiva en el Código de Procedimiento Penal**

De conformidad con los tratados internacionales que protegen los derechos humanos en los Estados miembros y que prohíben su limitación aún en los estados de excepción en Colombia, en los estrictos términos establecidos por el constituyente derivado de 1991, en los artículos 93 y 94 de la Carta Fundamental (Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de Colombia, 1991), bajo el entendido de que según el principio fundamental consagrado en el artículo 5° ibidem, la libertad es un derecho fundamental e inalienable de la persona humana, por su naturaleza no se puede restringir, sino verbigracia, de manera excepcional, y ello, siempre que su restricción sea (a) necesaria, (b) adecuada, (c) proporcional y (d) razonable. Lo cual se infiere cuando el imputado (I) pueda obstruir el debido ejercicio de la justicia, (II) sea probable que no comparezca al proceso, (III) su libertad represente un peligro para la sociedad o la víctima o (IV) que no cumplirá la pena. Restricción que solo procederá una vez cumplidos los requisitos de los artículos 296 y 308 (Congreso de la República de Colombia, del Código de Procedimiento Penal, ley 906, 2.004). disposición que al tenor literal indica:

La libertad personal podrá ser afectada dentro de la actuación cuando sea necesaria para evitar la obstrucción a la justicia, o para asegurar la comparecencia del imputado al proceso, la protección de la comunidad y de las víctimas o para el cumplimiento de la pena. (Congreso de la República de Colombia, Código de Procedimiento Penal, 2004, art. 296).

#### **2.7.1 Requisitos para la procedencia de la medida de aseguramiento**

Cuando se pretenda, solicitar la imposición de una medida de aseguramiento, invasiva de los derechos del imputado, solo basta con que el juez de control de garantías, pueda inferir razonablemente, que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta punible que se investiga, y que se cumplan los siguientes requisitos:

- A. Que la medida se muestre como necesaria para que evite la obstrucción de la justicia
- B. Que por la relevancia de la conducta, se infiera que el imputado puede constituir un peligro para la sociedad o para la víctima.
- C. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

Resueltos los anteriores requisitos, habrá de determinarse la procedencia o no de la detención preventiva, que, en nuestro Código de Procedimiento Penal, esta medida procede cuando:

- En todos los delitos de competencia de los jueces penales especializados.
- En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de 4 años.

Una vez analizada la libertad como valor supremo y los elementos indispensables para su restricción, debe indicarse que la privación de la libertad puede reputarse injusta, aun cuando se hayan cumplidos a cabalidad los requisitos indicados en los artículos 296 y 308 de la ley 906 de 2004. Por lo anterior, debe indicarse que la privación de la libertad se reputa injusta cuando quiera que, en el proceso penal, el acusado, no sea declarado penamente responsable como autor o participe de la conducta atribuida y, en su efecto, se le absuelve de la responsabilidad acusada. Hecho que muestra que la medida impuesta fue innecesaria, inadecuada, desproporcional e irrazonable. Y ello por cuanto no se cumplió con los fines descritos en los artículos mencionados.

Ahora bien, debido a lo antes afirmado, debe precisarse que la privación de la libertad se reputa injusta toda vez que quien estuvo privado del valor supremo sea exonerado de la responsabilidad atribuida ya sea porque (I) la estimación fáctica, por la cual se le imputo y acuso, no tuvieron relevancia jurídica, es decir, no existo, (II) la fiscalía no desvirtuó la presunción constitucional de inocencia, de manera tal que probara que el procesado es autor ni participe de la conducta punible

(III) la conducta reprochada no cumple con los elementos de la (a) tipicidad (b) antijuricidad y (c) culpabilidad (IV) el in dubio pro reo y por (V) la absolución penal por el principio del non bis in ídem.

Aunado a lo anterior, debe agregarse que, según el honorable Consejo de Estado, manifestó que la privación injusta de la libertad se configura siempre que, (I) se imponga una medida restrictiva de la libertad en el marco de un proceso penal y (II) el proceso culmine con decisión favorable a la inocencia. (Consejo de Estado, Sección Tercera S50001233100020052042201 41515, 2017). No obstante, los requisitos precitados, es imperioso resaltar que el exconsejero de estado, Doctor Enrique Gil Botero, en su libro, Responsabilidad Extracontractual del Estado indica que la “la privación injusta de la libertad, se configura por cualquier causa de absolución de la responsabilidad penal” criterio que amplía los elementos configurativos de la privación injusta de la libertad.

## **2.8. Responsabilidad extracontractual del Estado por Privación Injusta de la Libertad.**

Sobre la institución jurídica de la responsabilidad extracontractual del Estado, por privación injusta de la libertad, hasta antes de la Constitución Política de 1991, es poco lo que hay que hablar, puesto que no sobra recordar, que sólo a partir de esta época, se crea la Fiscalía General de la Nación, quien bajo la vigencia del Decreto 270 (Congreso de la República, Código de Procedimiento Penal, el Decreto 270, 1991) y la Ley 600 (Congreso de la República, Código de Procedimiento Penal, Ley 600, 2000), anteriores códigos de procedimiento penal, la Fiscalía a nadie le negaba una orden de captura, esto es, que tales disposiciones procesales, le daban amplias facultades jurisdiccionales a la Fiscalía General de la Nación, para ordenar la privación de la libertad de las personas, sin que existiera ningún control de constitucionalidad, fecha a partir de la cual, se empezó a regular la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad.

Tal como lo habíamos enunciado en acápite anterior, que el artículo 90 (Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de Colombia, 1991), contiene la cláusula general de responsabilidad extracontractual del Estado Colombiano como persona jurídica, sujeto de derechos y obligaciones es responsable patrimonialmente por los daños antijurídicos, a él imputables, causados a los particulares. Valga aclarar, que la expresión particulares hace referencia a las personas naturales y jurídicas de derecho privado. No obstante, es importante dicha responsabilidad se extiende, además, a las entidades públicas, cuando éstas con víctimas o demandantes en proceso de reparación directa o contractual, por lo que también está en la obligación legal de reparar el daño.

No obstante, lo anterior, hay que aclarar que no es objeto del presente trabajo es ahondar sobre la responsabilidad patrimonial entre las entidades de derecho público ni con las personas jurídicas de derecho privado, sino que, contrario a ello se limitara a analizar la responsabilidad patrimonial pública causada a las personas naturales, derivada del daño antijurídico por privación injusta de la libertad, bajo el título de imputación del daño especial. Precisión que se hace debido a que la anterior enunciación se indicó con fines explicativos.

Ahora bien, y sumado a lo anterior, García, (2009), indica:

El estado debe responder patrimonialmente por los daños que les cause a los particulares. Esa fue la proposición que le dio origen al derecho administrativo y actualmente unos de los pilares del derecho público universal. [...] El estado debe reparar los daños antijurídicos que le sean imputables. (p.115).

Ahora, y en relación con la responsabilidad patrimonial del Estado por el daño antijurídico

derivado de la privación injusta de la libertad, debe agregarse lo dicho por el Consejo de Estado quien en sentencia (2.017), indico:

La declaratoria de responsabilidad por privación injusta no dependerá de la ilegalidad, falla o yerro en la decisión que ordena la privación preventiva de la libertad, sino que se fundamentará en el sobreseimiento a posteriori, por lo que no es necesario realizar un análisis de la actuación defectuosa de las entidades demandadas, sino que basta con verificar si (a) Se impuso en contra de los accionante una medida restrictiva de la libertad en el marco de un proceso penal y (b) El proceso culminó con decisión favorable a la inocencia. (Rama Judicial del Poder Público, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expediente S50001233100020052042201, número interno 41515, 2017, p.23).

Lo anterior, con fundamento en la cláusula general de responsabilidad se dispone que “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas” (Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de Colombia, 1991, art.90), de donde se colige, que la responsabilidad extracontractual del Estado, se predica en todos los casos o eventos en que el juez de conocimiento dicte Sentencia absolutoria o su equivalente (preclusión de la investigación o cesación del procedimiento) porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no era constitutiva de un hecho punible, dado que la finalidad de la medida de detención preventiva no se cumplió, al no haber pena que cumplir, y la decisión del órgano jurisdiccional, hace que se mantenga incólume la presunción de inocencia del procesado.

Carlos, (2019), indica que, La responsabilidad del estado no solo oscila en obligación jurídica de salvaguardar y garantizar la efectividad de los derechos constitucionales y legales, sino que además, a la luz del artículo 90 precitado, cobija el deber de reparar los daños antijurídicos (materiales e inmateriales) causado a los administrados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, obligación que consiste en asumir las consecuencias económicas derivados de los daños antijurídicos a ella (nación) imputable, ocasionados por la acción u omisión de las autoridades públicas. (Viveros, C. C. Manual de Responsabilidad Patrimonial Publica, 2015. P. 30).

Deber de responder que además del artículo 90 superior, se fundamenta bajo los parámetros proporcionados en el artículo 2º de la misma Carta, al establecer como fines del Estado la garantía de los derechos constitucionales y el restablecimiento del ORDEN JUSTO. (Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de Colombia, 1991, art. 2)

En torno a la privación injusta de la libertad, varias han sido las posiciones jurisprudencias sobre la materia, entre las cuales encontramos la posición, según la cual, podría calificarse de

restrictiva, y parte del entendido de que la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad de las personas se fundamenta en el error judicial, que se produce como consecuencia de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, previa valoración, seria y razonada, de las distintas circunstancias del caso. En ese sentido, la responsabilidad del Estado se origina como consecuencia de un error ostensible del juez, que causa perjuicios a sus coasociados (Rama Judicial del Poder Público, Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 1 de octubre de 1992, exp. 7058).

Salvo que, del análisis de la prueba incorporada al proceso penal, se pueda deducir ausencia de antijuridicidad del daño, como es por ejemplo el caso en donde medien indicios serios contra una persona sindicada de haberlo cometido un delito y se pueda presumir el dolo, o que éste haya dado lugar al inicio del ejercicio de la acción penal, caso en cual, se trataría de una carga pública que todas las personas deben soportar por igual, de manera que la absolución final no es indicativa de que hubo algo indebido en la detención (Rama Judicial del Poder Público, Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 25 de julio de 1.994, exp. 8666).

Una segunda línea de argumentación entiende que, en los eventos previstos en el artículo 332 (Congreso de la República de Colombia, Código de Procedimiento Penal, Ley 906, 2004), se describen tres causales de preclusión tales como -la preclusión de la acción penal cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible-, la responsabilidad es objetiva, por lo que resulta irrelevante el estudio de la conducta del juez para tratar de definir si éste incurrió en dolo o culpa (Rama Judicial del Poder Público, Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 15 de septiembre de 1994, exp. 9391). Se considera que, en tales eventos, la ley presume que se presenta una privación injusta de la libertad y que, en aquellos casos no subsumibles en tales hipótesis normativas, se debe exigir al demandante acreditar el error jurisdiccional derivado no sólo del carácter “injusto” sino “injustificado” de la detención.

Rodríguez, (2003), indica:

En el marco de esta segunda línea, el artículo 414 (Ley 600 de 2000, Código de Procedimiento Penal, derogado), contenía dos preceptos: El primero, previsto en su parte inicial, señalaba que “quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios”, disposición que vendría a constituir una cláusula general de responsabilidad del Estado por el hecho de la privación injusta de la libertad, la cual requiere su demostración bien por error ora por la ilegalidad de la detención; el segundo, en cambio, tipificaba los tres precitados supuestos -absolución cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible-, los cuales, una vez acreditados, dan lugar a la

aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva, evento en el que no es menester demostrar la ocurrencia de error judicial o de ilegalidad en la adopción de la medida privativa de la libertad. (Rodríguez, 2003, p.107).

Una tercera tendencia jurisprudencial morigeró el criterio absoluto conforme al cual la privación de la libertad es una carga que todas las personas deben soportar por igual, pues ello implica imponer a los ciudadanos una carga desproporcionada; además, amplía, en casos concretos, el espectro de responsabilidad por privación injusta de la libertad, fuera de los tres supuestos de la del artículo 332 del citado código y, concretamente, a los eventos en que el sindicado sea exonerado de responsabilidad en aplicación del principio universal del in dubio pro reo.

Frente a lo anterior, conviene a nuestro juicio, traer en referencia lo indicado MP Mauricio Fajardo Gómez (Rama Judicial del Poder Público, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de unificación del consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez. diecisiete (17) de octubre de dos mil trece (2013). Radicación número: 52001-23-31-000-1996-07459-01(23354), manifestó:

Constituye prácticamente una obviedad que la detención preventiva como medida de aseguramiento en el proceso penal comporta la más intensa afectación del principio derecho-valor que se encuentra en la base de la organización jurídico- política que constituye el Estado Social y Democrático de Derecho, cual es la libertad, circunstancia que impide soslayar, en este lugar, una referencia, así sea sucinta, a la trascendencia del papel que la libertad desempeña dentro del sistema jurídico vigente y, por tanto, a la evidente excepcionalidad con que deben tratarse los eventos en los cuales resulte legítima y jurídicamente viable su afectación por parte de las autoridades públicas en cuanto no se trate de la ejecución de una sanción en firme, impuesta mediante sentencia penal condenatoria.

En conclusión, si se atribuyen y se respetan en casos como el sub judice los alcances que en el sistema jurídico nacional corresponden tanto a la presunción constitucional de inocencia como al principio-valor-derecho fundamental a la libertad cuya privación cautelar está gobernada por el postulado de la excepcionalidad, según se ha expuesto-, resulta indiferente que el obrar de la Administración de Justicia al proferir la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva y luego absolver de responsabilidad penal al sindicado en aplicación del principio in dubio pro reo, haya sido un proceder ajustado o contrario a Derecho, en el cual resulte identificable, o no, una falla en el servicio, un error judicial o el obrar doloso o gravemente culposo del agente judicial, pues si la

víctima no se encuentra en el deber jurídico de soportar el daño que le fue irrogado, devendrá en intrascendente -en todo sentido- que el proceso penal hubiere funcionado correctamente, pues lo cierto será, ante situaciones como la que se deja planteada, que la responsabilidad del Estado deberá declararse porque, aunque con el noble propósito de garantizar la efectividad de varios de los fines que informan el funcionamiento de la Administración de Justicia, se habrá irrogado un daño especial a un individuo.

Y se habrá causado un daño especial a la persona preventivamente privada de su libertad y posteriormente absuelta, en la medida en que mientras la causación de ese daño redundará en beneficio de la colectividad —interesada en el pronto, cumplido y eficaz funcionamiento de la Administración de Justicia, en la comparecencia de los sindicados a los correspondientes procesos penales, en la eficacia de las sentencias penales condenatorias—, sólo habrá afectado de manera perjudicial a quien se vio privado de su libertad, a aquélla persona en quien, infortunadamente, se concretó el carácter excepcional de la detención preventiva y, por tanto, dada semejante ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, esa víctima tendrá derecho al restablecimiento que ampara, prevé y dispone el ordenamiento vigente, en los términos establecidos en el tantas veces aludido artículo 90 constitucional. (Rama Judicial del Poder Público, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia, 2013. Radicado 52001-23-31-000-1996-07459-01(23354)).

En sentencia (2007), la misma sección tercera, manifestó:

Como corolario de lo anterior, es decir, de la operatividad de un régimen objetivo de responsabilidad basado en el daño especial, como punto de partida respecto de los eventos de privación injusta de la libertad —especialmente de aquellos en los cuales la exoneración de responsabilidad penal tiene lugar en aplicación del principio *in dubio pro reo*—, debe asimismo admitirse que las eximentes de responsabilidad aplicables en todo régimen objetivo de responsabilidad pueden —y deben— ser examinadas por el Juez Administrativo en el caso concreto, de suerte que si la fuerza mayor, el hecho exclusivo de un tercero o de la víctima, determinan que el daño no pueda ser imputado o sólo pueda serlo parcialmente, a la entidad demandada, deberá proferirse entonces el correspondiente fallo absolutorio en punto a la determinación de la responsabilidad patrimonial y extracontractual del Estado o la reducción proporcional de la condena en detrimento, por ejemplo, de la víctima que se haya expuesto, de manera dolosa o culposa, al riesgo de ser objeto de la medida de aseguramiento que posteriormente sea revocada cuando sobrevenga

la exoneración de responsabilidad penal, (Rama Judicial, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 2 de mayo de 2007; Radicado 20001-23-31-000-3423-01; Exp. 15.463).

Sobre el particular, se establece que corresponde a la Fiscalía General de la Nación detectar, proteger e identificar los elementos físicos de las evidencias y conseguir información general sobre un hecho delictivo o en general diseñar el programa metodológico de la investigación con el propósito de inferir que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga y proceder a formular una imputación ante el juez de control de garantías. También es importante señalar que le corresponde a este ente autónomo, la carga de la prueba de desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia constitucional que tenemos todos los colombianos, cuando se nos ha vinculado a un proceso penal acusatorio. (Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de Colombia, 1991, artículo 250),

Sin embargo, se ha de tener en cuenta que en materia de responsabilidad Estatal la eventual privación de la libertad que se señale injusta, debe ser resarcida solidariamente por la Rama Judicial del Poder Público y la Fiscalía General de la Nación, pues para la Administración de Justicia el desempeño de cada una de las entidades resulta clave y concatenada, amén de que no existirá medida de aseguramiento sin la solicitud de imposición de la misma.

Así lo ha indicado (Rama Judicial del Poder Público, Tribunal Administrativo del Huila, Magistrado Dr. Gerardo Iván Muñoz Hermida) que en providencia del 25 de junio de 2014, dentro del expediente 2011-00387, señaló lo siguiente:

Es necesario precisar que si bien, conforme a lo expuesto, las decisiones que impliquen la privación de la libertad de una persona, únicamente corresponde adoptarlas a los jueces en función de control de garantías, ya sea al legalizar una captura, cuando ésta ha sido efectuada por otra autoridad o al ordenar la imposición de una medida de aseguramiento, la Fiscalía General de la Nación, puede en el ejercicio de sus funciones como ente instructor y acusador, encaminar la decisión que pueda adoptar el juez en relación con la privación de la libertad de un sindicado, por cuanto es ésta entidad quien dirige, coordina, controla y ejerce verificación técnica científica sobre la investigación y las actividades de policía judicial.

Para la Sala es claro que si bien la imposición de medidas de aseguramiento en el nuevo sistema penal acusatorio por medio de las cuales se materializa la privación de la libertad de los imputados, son decisiones tomadas por el Juez con funciones de control de garantías, estas son llevadas a cabo a solicitud del Fiscal correspondiente y con base en los argumentos y acervo probatorio por él expuesto en la teoría del caso, razón suficiente para

que no exista duda acerca de la responsabilidad de las hoy demandadas en los perjuicios que le fueron causados a la parte actora como consecuencia de la privación de la libertad a la que fue sometido el señor JUAN CARLOS PERDOMO POLO. (Rama Judicial del Poder Público, Tribunal Administrativo del Huila, Magistrado Dr. Gerardo Iván Muñoz Hermida) que en providencia del 25 de junio de 2014, dentro del expediente 2011-00387)

Los perjuicios causados por la privación de la libertad, solo le son imputables a la FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN y RAMA JUDICIAL – CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA), de manera conjunta tal y como se señaló en las consideraciones pertinentes, por tratarse de un asunto ventilado en vigencia de la Ley 906 de 2004.

Así las cosas, establece el artículo 67 que la acción penal le corresponde ejercerla al Estado, proactiva, a través de la Fiscalía General de la Nación -como ente encargado de investigar y acusar a los transgresores de la ley- y por pasiva a la Rama Judicial a través de los jueces de conocimiento, como institución encargada de administrar justicia. Ergo, se requiere necesariamente de la concurrencia de ambas. (Congreso de la República de Colombia, Código de Procedimiento Penal, Ley 906, 2004, artículo 67).

De ahí, que en el caso de una medida de aseguramiento con detención preventiva, intervienen dos voluntades mediante diferentes acto procesales, el primero es la petición que ha de hacer la Fiscalía ante el Juez de Control de Garantías, y el segundo, es el auto por el cual, el juez municipal le imparte aprobación a dicha solicitud de medida de aseguramiento y ordena la privación de la libertad del imputado, en consecuencia, no puede predicarse de una sola de ellas, salvo algunas situaciones especiales, verbi gratia, que el fiscal hubiese fabricado las pruebas o que el juez, a pesar de tratarse de un delito excarcelable, hubiere mantenido una medida privativa de la libertad.

Sobre éste mismo asunto, la misma corporación manifestó lo siguiente frente a dicho tema:

En este sentido, si bien el Juez de Control de Garantías puede negarse a imponer la medida de aseguramiento solicitada, dicha actuación depende de la carga probatoria y argumentativa de la Fiscalía, pues si esta cumple en su análisis legal y constitucional, a la Judicatura no le quedará otro camino que cumplir con la petición del ente acusador. El Juez de Control de Garantías debe concluir del actuar de la Fiscalía, que una medida tan gravosa de los derechos constitucionales no se solicita deliberadamente. podemos citar a (Rama Judicial del Poder Público, Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Primera de Oralidad, M.P. Dr. Jorge Iván Duque Gutiérrez).

Sobre el particular, Vanegas (2007), afirma,

Teniendo claro que si bien hoy el fiscal, a la luz de lo dispuesto en el artículo 250 de la Constitución Política, ha perdido la potestad de decidir el derecho, función jurisdiccional exclusiva de los jueces de la República, situación que además lo enmarca como rogador de jurisdicción, también es cierto que aún mantiene su naturaleza de funcionario judicial, y por ello sus intervenciones como parte ante los jueces deben estar guiadas por los principios constitucionales que regulan la función de administrar justicia. En tal sentido se ha sostenido que, si bien se necesita que manejen la técnica, no es menos cierto que se requiere que conozcan y apliquen los principios.

En este contexto, es fundamental que el fiscal conozca y esté en Capacidad de aplicar los principios constitucionales que rigen la Actuación judicial, pues estos serán tenidos en cuenta por los demás intervinientes y, en especial, por el juez al resolver los asuntos sometidos a su conocimiento.

De allí la importancia de que el fiscal, antes de ordenar el acto de investigación que somete a control judicial, previamente ejerza un agudo auto examen y control del respeto a esos principios, de manera que cuando dichos actos sean sometidos a control judicial se encuentre en capacidad de explicar la legalidad (en sentido amplio) y la proporcionalidad del acto investigativo, para que el juez pueda darle aprobación en cuanto no encuentra quebrantamiento de garantías y derechos fundamentales (Vanegas, 2012, p. 36).

De lo anterior y teniendo en cuenta lo afirmado por Vanegas (2007) se colige que no le asiste razón a la Fiscalía General de la Nación, cuando argumenta que su actuar fue conforme a Ley, y que la responsabilidad en el caso concreto recae exclusivamente en la Rama Judicial quien ejerce la acción penal por pasiva, pues como quedó expuesto el ente investigador tiene un papel protagónico y de gran importancia dentro del proceso, es quien ejerce la acción penal por activa, en nombre del Estado y es la causa directa del inicio del proceso penal de la privación de la libertad de un procesado.

## **2.9. La Indemnización de Perjuicios por Privación Injusta de la Libertad**

En materia de perjuicios, daños y liquidación de perjuicios, por responsabilidad civil extracontractual del Estado, establecen los artículos 2341, 2347, 2349, que todo aquel que le cause daño a otro, está obligado a repararlo e indemnizarlo, Al margen de lo anterior, frente a las afectaciones de tipo patrimonial y extrapatrimonial, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha

creado una variada y nutrida jurisprudencia en punto a la clasificación de los perjuicios que se deben indemnizar por el daño antijurídico causado a una persona por privación injusta de la libertad, y los clasifica en perjuicios pecuniarios y no pecuniarios; los perjuicios pecuniarios son el daño material y daño inmaterial, además de varias presunciones jurisprudenciales, que sirven para acreditar el perjuicio por parte de la víctima y su círculo más cercano. (Congreso de la República de Colombia, Código Civil Colombiano, ley 84 de 1887, RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL>. El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido).

En cuanto a los perjuicios tipo moral que pueden llegar a sufrir los miembros de una familia, con suficiente dedicación, la jurisprudencia (Rama Judicial del Poder Público, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo) – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 68001233100020020254801 (36149), M. P. Hernán Andrade Rincón (E). ) concluye lo siguiente:

Según lo ha reiterado la Jurisprudencia del Consejo de Estado, en casos de privación injusta de la libertad y con apoyo en las máximas de la experiencia, hay lugar a inferir que esa situación genera dolor moral, angustia y aflicción a las personas que por esas circunstancias hubieren visto afectada o limitada su libertad; en la misma línea de pensamiento se ha considerado que dicho

dolor moral también se genera en sus seres queridos más cercanos, tal como la Sala lo ha reconocido en diferentes oportunidades, al tiempo que se ha precisado que según las aludidas reglas de la experiencia, el dolor de los padres es, cuando menos, tan grande como el del hijo que fue privado injustamente de su libertad, cuestión que cabe predicar por igual en relación con el cónyuge, compañera o compañero permanente o estable o los hijos de quien debió soportar directamente la afectación injusta de su Derecho Fundamental a la libertad.”( Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 68001233100020020254801 (36149), M. P., Hernán Andrade Rincón (E).

Radicación: 680012331000200202548 01 (36.149). Demandante: José Delgado Sanguino y otros. Demandado: La Nación – Rama Judicial. Asunto: Apelación sentencia de reparación directa,

<https://www.eltiempo.com/contenido/politica/ARCHIVO/ARCHIVO-14485135-0.pdf>).

Así las cosas, y para aclarar el tema, conviene decir que, en el marco de un Estado social de

derecho, si una autoridad pública, en el ejercicio de las actividades y funciones que emana de la ley causa un daño, que la persona no debe soportar, configura el título de imputación del daño especial, obligándose jurídicamente a indemnizar. En ese sentir, Doctor Diego Fernando García Vásquez, en su libro Manual de Responsabilidad Civil y del Estado, indica; el daño especial se configura cuando el Estado, en desarrollo de las actividades lícitas y en cumplimiento de los deberes legales, genera daños que desbordan el equilibrio ante las cargas públicas que debe soportar los particulares. (García Vásquez, P. 119, 2.009)

Por lo anterior, y en aras de determinar la configuración del daño especial en la privación injusta de la libertad, basta indicar el artículo 250, impuso a la Fiscalía General de la Nación “adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito” [...], debiendo “solicitar al juez de control de garantía las medidas necesarias que aseguren la competencia de los imputados dentro del proceso penal” e impidiéndoles “suspender, interrumpir ni renunciar a la persecución penal”. (Asamblea Nacional Constituyente, constitución política, 1.99, art. 250).

Ahora bien, y no obstante que la Constitución le imponga a la Fiscalía General de la Nación el deber referido, en aras de determinar la entidad responsable del daño antijurídico, debe indicarse que el Tribunal Administrativo del Cauca mediante Sentencia 19001230000120100008200 preciso que la responsabilidad patrimonial pública recae sobre la Rama Judicial, por cuanto la Constitución y la ley 904 de 2.004 únicamente faculta a los jueces a imponer la respectiva medida de aseguramiento privativa de la libertad.

Vásquez, (2009), define el daño como el elemento más importante en la responsabilidad civil, pues la reparación parte de la base de su existencia. Solo puede predicarse responsabilidad civil, si hay un daño resarcible. [...] el daño, es la lesión de un interés legítimamente protegido. [...] el daño es cualquier detrimento que sufra una persona en algún interés protegido, incluidos los materiales y los de la personalidad. (García, V., P. 11, 2009)

Viveros, (2014), citando al profesor Gilberto Martínez Rave indica, al hablar del daño se establece que este es simple y llanamente el lesionamiento, menoscabo, que se le ocasiona a un interés ajeno, sin que se requiera que el interés lesionado, perturbado o agredido este consagrado como un derecho real u objetivo. (Viveros, E., P 35. 2014)

Una vez comprendida la noción del daño antijurídico, valga recordar que en todo proceso de responsabilidad civil y del estado, el daño antijurídico se vuelve indispensable debido a que la indemnización por los daños materiales e inmateriales se derivan de su existencia y demostración. Y, una vez cumplidos y probados los elementos del daño se procederá a la indemnizar. Por lo anterior, y debido a la indemnización del daño antijurídico de la privación injusta de la libertad, es

necesario indicar que el Consejo de Estado, dijo:

[...] La reparación cuando los daños provienen de una actuación legítima del estado, adelantada en ejercicio de la actividad judicial, pero que causa daños antijurídicos a las personas, en tanto estos no tengan el deber jurídico de soportarlos, como sucede con aquellos daños que sufren las personas que son privadas de la libertad durante la investigación penal, a pesar de no haber cometido un hecho punible. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en Sentencia con radicado 270012331000200400683 01, 2017)

Henao, (2007), haciendo referencia a la indemnización revela, que la reparación del daño debe dejar indemne a la persona, esto es, como si el daño no hubiera ocurrido, o, al menos en la situación más próxima a la que existía antes del suceso. Dicho de otra forma, se puede afirmar que se puede indemnizar y nada más que el daño. (Henao, J.C., El Daño. 2007, P. 45).

### **2.9.1. Perjuicios inmateriales, daño moral**

En relación con el perjuicio moral, tal y como lo ha deducido el Consejo de Estado (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; Sentencia del 18 de febrero de 2010, Expediente 18.093. Actor: José Apóstol Rondón Muñoz <https://consejodeestado.gov.co/buscador-de-jurisprudencia2/index.htm>) que, en casos de privación injusta de la libertad, ha manifestado:

“Conviene entonces enfatizar en ello y adicionalmente destacar que la afectación injusta de la libertad personal constituye una afrenta innegable y definitiva contra la propia dignidad humana, condición inherente y esencial de todo ser humano, siendo en esa medida innegable el hecho de que la privación de tal derecho incide negativamente y de manera trascendental en el ámbito subjetivo, moral e interno del ciudadano que sin fundamento legal o probatorio suficiente se ve compelido a experimentar el presidio.

Para la determinación de la cuantía de la indemnización del perjuicio moral se debe tener en cuenta la proporción valor-tiempo que ha desarrollado la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, en sentencia de unificación proferida el 28 de agosto de 2013, que para el efecto estableció una tabla que a continuación se transcribe:

	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
Reglas para liquidar el perjuicio moral derivado de la privación injusta de la libertad	Victima directa, cónyuge o compañero (a) permanente y parientes en el 1° de consanguinidad	Parientes en el 2° de consanguinidad	Parientes en el 3° de consanguinidad	Parientes en el 4° de consanguinidad y afines hasta el 2°	Terceros damnificados
Término de privación injusta en meses		50% del Porcentaje de la Victima directa	35% del Porcentaje de la Victima directa	25% del Porcentaje de la Victima directa	15% del Porcentaje de la Victima directa
	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV
Superior a 18 meses	100	50	35	25	15
Superior a 12 e inferior a 18	90	45	31,5	22,5	13,5
Superior a 9 e inferior a 12	80	40	28	20	12
Superior a 6 e inferior a 9	70	35	24,5	17,5	10,5
Superior a 3 e inferior a 6	50	25	17,5	12,5	7,5
Superior a 1 e inferior a 3	35	17,5	12,25	8,75	5,25
Igual e inferior a 1	15	7,5	5,25	3,75	2,25

## 2.9.2 Perjuicios Materiales

### 2.9.2.1. Frente al Daño Emergente

El código civil colombiano, en los artículos 1613 y 1614 (Congreso de la República, Código Civil Colombiano, ley 84 de 1887, artículos 1613 y 1614, [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo\\_civil.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html)), define las modalidades de perjuicios con ocasión del incumplimiento de una obligación, sea total, parcial o tardía, y con ocasión del daño que una persona le pueda causar a otro, veamos:

“ARTÍCULO 1613. <INDEMNIZACION DE PERJUICIOS>. La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúense los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente.

ARTICULO 1614. <DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE>. Entiéndese por daño

emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la

ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento.”

Esta modalidad de los perjuicios materiales ha sido entendida como aquella suma

correspondiente a una erogación realizada en razón a los hechos que compren aquel pasivo que sale del patrimonio de la víctima o perjudicado, desde la fecha del hecho causante del año, esto es, en el caso sub lite, desde el día de la privación física de la libertad, hasta el día de la fecha de la sentencia. Es la pérdida patrimonial misma o desembolso en que se debió incurrir con ocasión del daño.

En este acápite se hace referencia también, al valor de las costas y agencias en derecho, que comprenden los honorarios de abogado en el proceso penal y contencioso administrativo, que se llegaren a probar, los viáticos, los gastos por concepto de investigador privado, y expensas de manutención en la cárcel etc.

No obstante, debe aclararse que la Sentencia de Unificación citada ut supra, sobre el específico reconocimiento de este tipo de perjuicios, se ha ocupado en concluir acerca del reconocimiento del lucro cesante, tratándose de la privación injusta de la libertad, la Sala ha dicho:

“En relación con estos pedimentos, advierte la Sala que la demanda no conceptúa adecuadamente las nociones de daño emergente y lucro cesante. Éstas se hallan consagradas en el artículo 1614 del Código Civil, a cuyo tenor:

Entiéndase por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido la imperfectamente, o retardado su cumplimiento» (Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 68001233100020020254801 (36149), M. P. Hernán Andrade Rincón (E)).

Así las cosas, y de acuerdo con el anterior pronunciamiento de la máxima corporación de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se puede definir el daño emergente, como aquella pérdida sufrida, en sus bienes, derechos o intereses económicos, que obliga a la víctima a sacar un activo de su propio patrimonio, con el fin de salir del problema causado por el daño, y que comprende todos los gastos en que incurre el damnificado, desde la fecha del hecho hasta la fecha de la sentencia, en otros términos, siempre que se pretenda recurrir un perjuicio por concepto de daño emergente, ello indicará que algún bien económico salió o saldrá del patrimonio del perjudicado o de la víctima. Por último, cuando dicho activo, no sale del patrimonio del damnificado, sino que por el contrario, deje de entrar, lo correcto no es hablar de daño emergente, sino de lucro cesante, entendiendo por tal, aquel perjuicio material, que ya no es presente, sino futuro, dependiendo del momento en que se haga su valoración. Es el caso por

ejemplo, si se tratare de demandar la indemnización por concepto del reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir por la víctima, desde el momento en que se produce la suspensión del demandante en el ejercicio de sus funciones, no podría calificarse dicha evento como una modalidad del daño emergente, sino de lucro cesante, en los términos que a continuación se exponen.

### 2.9.2.2. Frente al Lucro Cesante

La institución jurídica del lucro cesante, de acuerdo con la definición que ella hace la doctrina y la jurisprudencia (Rama Judicial, Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 4 de diciembre de 2006. Expediente 13.168), comprende aquella ganancia frustrada, esto es, aquel activo que dejó de entrar al patrimonio de la víctima, por causa del hecho o actuación de la administración; dentro la misma podemos comprender, todo bien económico que, si los acontecimientos hubieran seguido su curso normal, habría ingresado ya o lo haría en el futuro, al patrimonio de la víctima. Caso por ejemplo, es la figura del pago de los salarios y prestaciones mientras se prolongó la detención preventiva.

Respecto de los criterios que deben tenerse en cuenta para reconocer la indemnización de este perjuicio, la jurisprudencia del honorable Consejo de Estado, ha exigido que éste debe ser cierto:

“El lucro cesante, de la manera como fue calculado por los peritos, no cumple con el requisito uniformemente exigido por la jurisprudencia de esta Corporación, en el sentido de que el perjuicio debe ser cierto, como quiera que el perjuicio eventual no otorga derecho a indemnización. El perjuicio indemnizable, entonces, puede ser actual o futuro, pero, de ningún modo, eventual o hipotético. Para que el perjuicio se considere existente, debe aparecer como la prolongación cierta y directa del estado de cosas producido por el daño, por la actividad dañina realizada por la autoridad pública” (Rama Judicial, Consejo de Estado. Sección Tercera, sentencia del 2 de junio de 1994, CP Dr. Julio César Uribe Acosta, actor: Julio César Delgado Ramírez, expediente 8998, o el de 27 de octubre de 1994, CP Dr. Julio César Uribe Acosta, actor Oswaldo Pomar, expediente 9763).

En este sentido, cuando se trata, por ejemplo, de los asuntos que se refieren a la privación injusta de la libertad, la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, ha sostenido de manera reiterada -y mediante esta providencia se unifica el criterio- que:

“para la procedencia del reconocimiento de los perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, se requiere que se acredite que la víctima de la referida privación, al

momento de la ocurrencia de ese hecho dañoso, es decir cuando fue detenida, se encontraba en edad productiva. razón por la cual, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, hay lugar a aplicar la presunción según la cual toda persona que se encuentre en edad productiva devenga, por lo menos, el salario mínimo legal vigente, monto que será tenido en cuenta por la Subsección para liquidar el lucro cesante. A esa suma se le debe adicionar el 25% por concepto de prestaciones sociales.”

A manera de ejemplo, frente a un caso similar, de liquidación de perjuicios por lucro cesante, el alto tribunal ha dicho, que, al ingreso base de liquidación se adicionará un 25% por concepto de prestaciones sociales (1.160.000+ 0.25), lo que arroja un valor de \$1.450.000, valor sobre el cual se liquidará el lucro cesante correspondiente a la víctima. Así mismo, se tendrá en cuenta como periodo indemnizable la fecha del día de la captura y la fecha en que recobró su libertad, esto es, 14.5 meses.

## CAPÍTULO III

### CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

#### 3. CONCLUSIONES

De conformidad con los anteriores pronunciamientos del máximo tribunal de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, no queda duda alguna, que la sentencia de unificación, que niega la antijuridicidad del daño por privación injusta de la libertad, mediante la sentencia de unificación del 18 de agosto del año 2018, de la honorable Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera del Consejo de Estado, permite concluir lo siguiente:

En primer lugar, que el decreto de una medida restrictiva de la libertad, no es una carga que indefectiblemente todo ciudadano este obligado a soportar, pues por encima de ello se encuentran los derechos fundamentales, entre otros a la libertad.

En segundo lugar, que, con la sentencia de unificación del 18 de agosto del año 2018, de la honorable Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera del Consejo de Estado, los jueces, prevarican, yendo más allá de sus competencias, al desconocer el principio de la presunción de inocencia; del non bis in ídem, y de la cosa juzgada material como efecto de las sentencias

judiciales.

De otra parte, la sentencia de unificación del 18 de agosto del año 2018, de la honorable Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera del Consejo de Estado, viola el los principios de la prevalencia del derecho sustancial (artículo 228), y el de la autonomía de los jueces en sus providencias (artículo 230).

Por último, que no existe en la constitución política, fundamento jurídico alguno, que permite que una corporación pública, tal como la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera del Consejo de Estado, que vía sentencia judicial, excepcione la aplicación de los principios y garantías antes anotados, lo que nos permite concluir, que en el orden jurídico colombiano, existe un vacío en cuanto a la ausencia de un control de constitucionalidad, frente a las decisiones jurisprudenciales de unificación, cuando pretende limitar, interpretar, o reconocer indemnizaciones relacionadas con violaciones o abusos de las autoridades públicas invasoras de los principios, garantías y derechos fundamentales, protegidos y reconocidos por la constitución política y pro los instrumentos internacionales de derechos humanos, que prohíben su limitación aún en los estados de excepción.

Es imperioso, demandar, a través de la acción de inconstitucionalidad, los artículos 10 y 102 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, ley 1437 de 2001, por vicios de contenido material, y ante la ausencia de fundamento constitucional, que le permita a un órgano constituido, excepcionar, vía sentencia judicial, la aplicación y respeto de los principios constitucionales de la presunción de inocencia, non bis in ídem, la prevalencia del derecho sustancial frente al adjetivo o procesal y la autonomía y criterio judicial, que deben tener los jueces administrativos en sus providencias, y a manera provisional, mientras estas normas sean demandadas, inaplicar por parte de los jueces administrativos, vía control de constitucionalidad por vía de excepción, con fundamento en los artículos 102 del CPACA y 4º de la constitución política, tales disposiciones legales.

Con la expedición de la sentencia de unificación del 18 de agosto del año 2018, de la honorable Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera del Consejo de Estado, la medida de Detención Preventiva en el sistema penal acusatorio colombiano, se convirtió en una sanción de PRISIÓN PREVENTIVA, al negarse la antijuridicidad del daño causado por Privación Injusta de la Libertad y se violan las garantías sustanciales de los procesados penalmente en Colombia.

Que cuando los jueces administrativos, argumentan, que para resolver si un acusado en un proceso penal, estuvo o no injustamente privado de su libertad, debe ir a verificar en las circunstancias fácticas, de tiempo, modo, si el actor dio lugar, por su culpa o dolo a los hechos que dieron origen al proceso penal; lo que resulta contraproducente, que el juez vuelva y reviva una decisión judicial que ya está ejecutoriada, en la cual, se absuelve al acusado, lo que viola

flagrantemente, los principios de presunción de inocencia y de cosa juzgada material.

Independientemente, que la sentencia absolutoria, sea por duda razonable (in dubio pro reo); sea por que el hecho no existió; o, porque el acusado no lo cometió; o, porque la conducta no era constitutiva de delito, existe una presunción de inocencia frente al procesado, que ni siquiera es de rango legal, sino constitucional, por lo que, afirmar que no hay antijuridicidad del daño, porque el actor dio lugar al inicio de la acción penal, son facultades que desbordan los límites de competencia de la actividad judicial por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Permitir que un juez administrativo, entre a valorar la culpabilidad o no, del acusado en los hechos que fueron materia del enjuiciamiento, excede el ámbito de sus competencias y atribuciones dadas en el artículo 237 de la Constitución Política, por ser un asunto estrictamente que le correspondería al juez penal de conocimiento, lo que violaría tajantemente el principio del non bis in ídem, y el efecto de la cosa juzgada material que tienen las sentencias judiciales ejecutoriadas, generando en la sociedad una ambiente de inseguridad jurídica por parte de la administración de justicia.

Cuando un tribunal que no tiene la guarda y protección de la Constitución Política, Absuelve de responsabilidad patrimonial al Estado, con el fundamento de que el daño causado al actor, por privación injusta de su libertad, no es antijurídico, significa con ello, que se desconoce y se violan los principios del debido proceso, del non bis in ídem (nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho), por parte de la jurisdicción de la jurisdicción contencioso administrativa, puesto, que en tales circunstancias el procesado se estaría enfrentando nada más y nada menos, que aun nuevo enjuiciamiento de carácter subjetivo, con fines de reparación directa, porque el juez administrativo no tiene la competencia para desconocer la autonomía e independencia del juez penal (principio de la cosa juzgada material), so pretexto de que se va a revisar los alcances y facultades con que gozan cada una de las entidades en el trámite procesal penal y si el inicio de la acción penal es o no imputable a la conducta del demandante.

De acuerdo con la interpretación errada que hace la Sala de lo contencioso administrativo de la cláusula general de responsabilidad del Estado, contenida en el artículo 90 de la Constitución política de 1.991, según la cual, el Estado responderá patrimonialmente por todos los daños antijurídicos causados con ocasión de las actuaciones tanto por acción o como por omisión por parte de las autoridades públicas, como es el caso de la privación injusta de la

libertad. Daño que se reputa injusto cuando, mediante sentencia penal en firme o su equivalente, la persona que preventivamente estuvo privado de su valor supremo es absuelto de toda responsabilidad penal como autor o partícipe, en los hechos por los cuales se le acusó, no cabe duda, que en Colombia, existen tres clases de derecho: el ius naturalismo, el ius positivismo y el derecho de los jueces, por lo que el artículo 230 de la constitución, no tiene aplicación alguna por parte de las autoridades que ejercen jurisdicción contencioso administrativa.

Ni en la Constitución Política, ni en la ley 270 de 1996, se hacen excepción alguna, frente al régimen de responsabilidad por el indebido funcionamiento de la administración de justicia, cuando no se cumple por parte del ente acusado, la carga de la prueba, requerida para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia del acusado, configurándose por ende, el Daño Antijurídico, como presupuesto indispensable para la imputabilidad de la responsabilidad al Estado, conforme lo indica el artículo 90 de la Constitución, según el cual, para dicho propósito se requieren tres elementos, como son: la acción por parte de las autoridades judiciales; el daño antijurídico y, la relación de causalidad entre el daño y el acto que ordenó como medida preventiva, la privación de la libertad, de la víctima o procesado. en cuyo escenario, tanto la Fiscalía General de la Nación, como la Rama Judicial, deben responder de manera solidaria por todos los daños y perjuicios por la privación injusta de la libertad, cuyo régimen de imputabilidad ha de ser el DAÑO ESPECIAL, según el cual, hay lugar a responsabilidad, cuando la administración está actuando de manera legítima o en ejercicio de un deber u obligación legal, pero con ocasión de dicha actividad se produce un daño a un particular, sin que éste tenga el deber legal de soportarlo y por razones de equidad y justicia equitativa, debe ser indemnizado.

De conformidad con la sentencia de la honorable Corte Constitucional C-634 de 201, negar la reparación integral de perjuicios por privación injusta de la libertad, en un Estado Social de Derecho como el nuestro, mientras subsista en cabeza del actor su presunción de inocencia, es lo más próximo a una trasgresión al sistema de fuentes del derecho, en el entendido las autoridades judiciales, deben tener en cuenta y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos puestos en su conocimiento, a las cuales deberá estar también las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado.

Así las cosas, y de conformidad con las conclusiones antes enunciadas, ha de colegirse, que, en los procesos de responsabilidad extracontractual en contra del Estado, para la procedencia de las pretensiones indemnizatorias deberá demostrarse el daño antijurídico. Daño que deberá imputarse por la acción u omisión de las autoridades públicas y, que, además, deberá ser antijurídico, cierto, real y personal.

### **3.1. RECOMENDACIONES**

De conformidad con los tratados internacionales que protegen los derechos humanos y prohíben su limitación aún en los Estados de Excepción, debidamente ratificados por Colombia, mediante la Ley 16 de 1968 y la Ley 74 de 1972, en el ordenamiento jurídico colombiano, no existe la institución jurídico procesal penal de la PRISIÓN PREVENTIVA, de acuerdo con el régimen propio del Sistema Penal Acusatorio, adoptado por nuestro legislador mediante Ley 906 de 2004, en cuyos artículos 295 y 296, la norma hace alusión es a la institución de la medida es DETENCIÓN PREVENTIVA, y ante la negación del elemento de la antijuridicidad del daño, por privación de la libertad en la sentencia de unificación, el Consejo de Estado yerra, al confundir una institución jurídica con otra, al cambiar la naturaleza jurídica de dicha institución procesal, tal como lo confirman los artículos 66, 67 y 68 de la ley estatutaria de la administración de justicia 270 de 1996.

Para evitar que antinomias jurídicas o errores judiciales como el que nos ocupa en el presente trabajo de investigación, causen un agravio injustificado o indebido a una persona, nuestra constitución política, en el artículos 4º, trae el mecanismo o instrumento procesal, para dar solución a dicho problema jurídico, como es por ejemplo la EXCEPCIÓN DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD, que en la teoría constitucional, se conoce como el control de constitucionalidad difuso o por vía de excepción, para que los jueces, de oficio o a petición de parte, no apliquen una norma jurídica a un caso concreto, cuando al hacer el juicio de ponderación de constitucionalidad, encuentran que la misma, contraría o viola los principios, las garantías y los derechos fundamentales enunciados en la Constitución Política, así lo ratifica el propio legislador, cuando en el proceso contencioso administrativo, preceptúa dicho instrumento en el artículo 148 de la Ley 1437 de 2011.

Otro instrumento procesal de rango constitucional, que se debe utilizar, es el consagrado en el artículo 241 de la Constitución Política, a fin de garantizar la guarda y protección del principio de supremacía constitucional, es el control de constitucionalidad por vía de acción de inconstitucionalidad, a través del cual, cualquier ciudadano puede demandar la inconstitucionalidad de los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011, por violación de los principios constitucionales de la primacía de los derechos inalienables de la persona humana, el principio de la presunción de inocencia, el principio del non bis in ídem, principio de autonomía de la actividad judicial, el principio de las formas propias de cada juicio, el principio de la cosa juzgada material y, el derecho al debido proceso y a la libertad personal o individual, al

considerar que la limitación a éste derecho es una actividad legítima y conforme a derecho, aún no se pueda desvirtuara la presunción de inocencia del procesado.

Se recomienda una reforma constitucional al artículo 241, creando un control de constitucionalidad frente a las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado, cuando en dichas decisiones, de interpreten, se nieguen, se resuelvan conflictos o controversias jurídicas, que tengan por objeto legitimar la acción de las autoridades públicas, que limiten o desconozcan la esfera de los derechos, principios y libertades individuales de los sujetos procesales, enunciados en la Carta Política y en los Instrumentos internacionales que protegen derechos humanos, ante el inconveniente de que dicho órgano jurisdiccional no se le ha confiado la competencia, para interpretar, ni para ejercer la guarda y protección de los valores, principios, derechos y garantías constitucionales, toda vez que dicha atribución o facultad es inherente a un tribunal especializado en derecho constitucional, como lo es la Corte Constitucional, a la luz del artículo 239 de la Constitución Política.

El error de la sentencia de unificación jurisprudencial en materia de privación injusta de la libertad, es, creer que las decisiones en sede jurisdiccional de los conflictos o controversias por parte de los jueces, se encuentran sometidas a la aplicación de una sola regla de derecho, sino que por el contrario, de acuerdo con los distintos preceptos normativos de nuestra constitución, existen diversas disposiciones aplicables a cada caso concreto, en donde se pueden presentar al momento de proferir fallo diversas reglas de la misma jerarquía que ofrezcan distintos criterios para a decisión; de ahí que de acuerdo con el principio de supremacía constitucional, el juez contencioso está obligado a aplicar, de manera preferente, las normas de las constitución y demás pertenecientes al bloque de constitucionalidad, en cada uno de los casos sometidos a su resolución, teniendo en cuenta que no todas las disposiciones constitucionales están construidas a manera de un regla, sino que por el contrario, en la constitución concurren disposiciones que no responden a dicha estructura, en especial los principios, dado que tales preceptos nos están contruidos bajo el criterio precepto-sanción, sino que son mandatos que optimizan y que deben cumplirse en la medida de lo posible, dado que estos no ofrecen respuestas particulares prima facie a casos específicos, como sí lo hacen algunas de las reglas.

Se requiere una reforma constitucional los artículos 116 y 237 de la Constitución Política, y a la Ley 270 de 1996 y 1285 de 2009, “estatuto de la Administración de Justicia”, que limite y regule el alcance de las decisiones jurisprudenciales de unificación del Consejo de Estado, en el entendido, de que se establezca, de manera clara y contundente, dos cosas, primer lugar, que las

sentencias de unificación del Consejo de Estado, deben estar sometidas y subordinadas a la interpretación que hace la Corte Constitucional sobre la manera como se deben armonizar los preceptos constitucionales cuando entren en colisión los distintos principios, derechos y garantías con las reglas procesales, tales como la prevalencia del derecho sustancial frente al adjetivo o instrumental, la autonomía y criterio judicial de los jueces, la presunción de inocencia, el principio del non bis in ídem, el principio de la cosa juzgada material, la primacía de los derechos inalienables de la persona humana, el restablecimiento del orden justo, frene a la cláusula de responsabilidad extracontractual del Estado, conforme lo enuncian los artículo 228, 230, 29, 5° y 2° respectivamente de la constitución política.

## CAPITULO IV

### FUENTES DE INFORMACIÓN

#### 4.1. Fuentes Bibliográficas

Armenta, A.M., *El régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia: El título jurídico de la imputación*, Colombia, Junio, 2009.

Cafferata, J. (1998). *La prueba en el proceso penal* (Tercera Edición ed.). Buenos Aires: Ediciones Depalma.

Cusi, J. E. (2017). *Prisión Preventiva ¿Qué alego en mi audiencia?* Lima: A & C Ediciones Jurídicas S.A.C.

García Vásquez, D. (2009). *Manual de responsabilidad civil y del estado*. Bogotá, Colombia: Librería ediciones de la profesional Ltda.

Henao, J. (2007). *El daño*, Universidad Externado de Colombia.

Gil Botero, E. (2011). *Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Bogotá: Temis.

Real Academia Española. (2010). *Diccionario de la lengua española (22.aed.)*. Consultado en <http://www.rae>

Agudelo Buriticá, G (2018) *CADUCIDAD DE LA ACCIÓN EN EL DESPLAZAMIENTO FORZADO INTERNACIONAL: ESTUDIO DE CASO* (tesis de grado). Corporación Universitaria de Colombia IDEAS, Itagüí, Colombia.

Gerson Edú A. B. en su tesis de grado *Caducidad de la acción en el desplazamiento forzado*

*internacional: estudio de caso*, Tesis de grado 2.018

Gonzabay, S. R. (10 de 2016). el principio de presunción de inocencia en la aplicación de la prisión preventiva. Obtenido de Tesis para optar el grado de magister en derechos fundamentales y justicia constitucional. Universidad de Guayaquil - Ecuador:  
<http://repositorio.ug.edu.ec/bitstream/redug/21660/1/Tesis%20N%C2%B0%2013%20Ab.%20Socrates%20Gonzabay%20Alvear.pdf>)

Andy Aurelio Santisteban, A.A., Prisión Preventiva y la afectación del principio constitucional de presunción de inocencia en el distrito judicial de Huaura - año 2016,  
<https://repositorio.unjfsc.edu.pe/bitstream/handle/20.500.14067/4396/ANDY%20AURELIO%20SANTISTEBAN%20FALC%C3%93N.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Lombroso, H.C. *Tratado antropológico experimental del hombre delincuente*, 1876, Italia.  
<https://www.unir.net/derecho/revista/tipos-de-delincuentes-criminales/>

Viveros Echeverri, C. (2015). Manual de responsabilidad civil y del estado. Medellín, Colombia: Librería jurídica sanchez Ltda.

## 4.2. Fuentes documentales

Constitución Política de Colombia [Const.] (1991) 20 Ed. Legis.

Convención Americana de Derechos, sociales, políticos y culturales, Pacto de San José, 1969,  
ratificada por el Congreso de la República, mediante ley 16, 1972, art. 7

Tribunal Administrativo del Huila, Magistrado Dr. Gerardo Iván Muñoz Hermida) que en  
providencia del 25 de junio de 2014, dentro del expediente 2011-00387

Vanegas, P.L., “Las Audiencias Preliminares en el Sistema Penal acusatorio”, Escuela de  
Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses de la Fiscalía General de  
la Nación, <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2012/01/LasAudienciasPreliminaresenelSistemaPenalAcusatorio.pdf>)

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; Sentencia del 18 de  
febrero de 2010, Expediente 18.093. Actor: José Apóstol Rondón Muñoz

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera,

sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 68001233100020020254801 (36149), M. P. Hernán Andrade Rincón (E).

Congreso de Colombia. (30 de diciembre de 1972) por medio de la cual se aprueba la Convención

Americana sobre Derechos Humanos [ley 16 de 1.972]. RD: Diario Oficial 33.780 de febrero 5 de 1973

Corte Constitucional, sentencia C- 634 del 24 de agosto de 2011, expediente D-8413, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, pag.29  
<https://consejodeestado.gov.co/documentos/biblioteca/revistas/edi00/doc/C-634.pdf>

Corte Constitucional, Sala Plena (20 de febrero de 2008) Sentencia SC163 [ MP Jaime Córdoba Triviño]

Corte Constitucional, Sala Plena (20 de mayo de 1993) Sentencia SC197 [ MP Antonio Barrera Carbonell]

Corte Constitucional, Sentencia Expediente T-7.785.966, Magistrado Ponente, ALBERTO

ROJAS RÍOS, veintidós (22) de octubre de dos mil veintiuno, 2021, pagina 17.

Corte Constitucional, Séptima de Revisión de tutela (25 de mayo de 2016) Sentencia ST276 [MP Jorge Ignacio Pretelt]

Consejo de Estado, Sección Tercera (31 de agosto de 2017) Sentencia 50001233100020052042201 (41515) [CP Ramiro Pazos Guerrero]

Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca, Sala de decisión 01 (06 febrero de agosto de 2013) Sentencia 19001230000120100008200) [MP Carmen Amparo Ponce Delgado]

Consejo de Estado, SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “B” (26 noviembre de 2015) Sentencia 270012331000200400683 01) [MP Danilo Rojas Betancourth]

Código de Procedimiento Penal [código] (2004) 9na ed. Legis

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Seccion Tercera, sentencia de

unificación del consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez. diecisiete (17) de octubre de dos mil trece (2013). Radicación número: 52001-23-31-000-1996-07459-01(23354)

### 4.3. Fuentes Electrónicas

Congreso de la República, Código Civil Colombiano, ley 84 de 1887, artículos 1613 y 1614, [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo\\_civil.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html))

Vanegas, P.L., “Las Audiencias Preliminares en el Sistema Penal acusatorio”, Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses de la Fiscalía General de la Nación, <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2012/01/LasAudienciasPreliminaresenelSistemaPenalAcusatorio.pdf>

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 18 de febrero de 2010, Expediente 18.093. Actor: José Apóstol Rondón Muñoz  
<https://consejodeestado.gov.co/buscador-de-jurisprudencia2/index.htm>

Corte Constitucional, Sentencia Expediente T-7.785.966, Magistrado Ponente, ALBERTO ROJAS RÍOS, veintidós (22) de octubre de dos mil veintiuno, 2021, pagina 17.

Corte Constitucional, sentencia C- 634 del 24 de agosto de 2011, expediente D-8413, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva,  
<https://consejodeestado.gov.co/documentos/biblioteca/revistas/edi00/doc/C-634.pdf>  
[https://jurinfo.jep.gov.co/normograma/compilacion/docs/su-363\\_2021.htm](https://jurinfo.jep.gov.co/normograma/compilacion/docs/su-363_2021.htm))

<https://co.linkedin.com/in/gerson-ed%C3%BA-agudelo-b-7072566b>)

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; Sentencia del 18 de febrero de 2010, Expediente 18.093. Actor: José Apóstol Rondón Muñoz  
<https://consejodeestado.gov.co/buscador-de-jurisprudencia2/index.htm>

Gonzabay, S. R. (10 de 2016). el principio de presunción de inocencia en la aplicación de la prisión preventiva. Obtenido de Tesis para optar el grado de magister en derechos fundamentales y justicia constitucional. Universidad de Guayaquil - Ecuador:  
<http://repositorio.ug.edu.ec/bitstream/redug/21660/1/Tesis%20N%C2%B0%2013%209%20Ab.%20Socrates%20Gonzabay%20Alvear.pdf>.

Andy Aurelio Santisteban, A.A., Prisión Preventiva y la afectación del principio constitucional de presunción de inocencia en el distrito judicial de Huaura - año 2016,  
<https://repositorio.unjfsc.edu.pe/bitstream/handle/20.500.14067/4396/ANDY%20AURELIO%20SANTISTEBAN%20FALC%C3%93N.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

ARMENTA ARIZA, Angelica Maria. El régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia: El título jurídico de la imputación, Colombia, Junio 2009,  
<file:///C:/Users/ASUS/Downloads/DialnetElRegimenDeLaResponsabilidadPatrimonialDelEstadoEn-3293455.pdf>