



Honorables

MAGISTRADOS CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Magistrado ponente: JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

E.S.D.

Referencia: Expediente número T-6.304.188 y T-6.390556

Respuesta Oficio OPTB-3067/17

Acción de tutela instaurada por la Fiscalía General de la Nación contra el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A y Blanca Gómez de García y otros contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección tercera, Subsección B y el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C

Asunto: Concepto sobre el sistema de responsabilidad del Estado en casos de privación injusta de la libertad (Auto del 13 de diciembre de 2017).

JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARIN, actuando como ciudadano y **Director del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá** y **NORBERTO HERNÁNDEZ JIMÉNEZ**, actuando como ciudadano y **docente del área de Derecho Penal de la Universidad Libre**, identificados como aparece al pie de nuestras correspondientes firmas, dentro del término señalado mediante auto datado 13 de diciembre de 2017 (notificado el 16 de enero de 2018), presentamos el siguiente concepto:

I. Generalidades

El Consejo de Estado en diversas ocasiones ha discutido y aceptado la posibilidad de que el Estado se vea obligado a la reparación de perjuicios como consecuencia de (i) un grave error jurisdiccional¹, o por (ii) privación injusta de la libertad². No obstante, aunque el reproche en cada uno de los casos es distinto, estos títulos de imputación en términos generales buscan salvaguardar valores como la debida administración de justicia y los derechos procesales de las personas.

En esta medida, la jurisdicción contencioso administrativa se ha visto en la necesidad de acudir a marcos de responsabilidad generales para responder a las solicitudes de indemnización de perjuicios con ocasión de la privación de la libertad. Para ello, la jurisprudencia ha oscilado principalmente entre la aplicación de un régimen objetivo³ y un régimen subjetivo por falla en el servicio⁴. Algunos consideran que adicional a

¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Providencia del 14 de agosto de 1997. Radicado No. 13258; providencia de 31 de agosto de 2005. Radicado No. 08001-23-31-000-2003-00076-01 (28513)

² CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 4 de abril de 2002. Radicado No. 05001-23-24-000-1994-3606-01 (13606)

³ Este régimen se centra en el daño antijurídico que se causa al administrado. En otras palabras, se parte del supuesto de que la antijuricidad no se predica del comportamiento administrativo sino del daño ocasionado. Puede darse entonces la situación que a pesar de que la actuación de la Administración se ajuste al ordenamiento jurídico, la Entidad Estatal tiene la obligación de reparar el daño causado. Consecuentemente, la entidad accionada únicamente puede eximirse de responsabilidad si rompe el vínculo de causalidad a través de causas extrañas; prohibiéndose la debida diligencia como medio de defensa. Esto, sin embargo, no implica que el actor de la acción no tenga la carga probatoria respecto de la existencia del daño y el nexa de causalidad. *Cfr.* Melo (1991, p. 263).

⁴ Bajo este régimen, la responsabilidad surge a partir de la comprobación de la existencia de tres elementos fundamentales: 1) el daño antijurídico sufrido por el interesado; 2) la falla del servicio propiamente dicha, que consiste en el deficiente funcionamiento del servicio por haber sido ejecutado de manera tardía o equivocada (imputación); y

estos dos regímenes, existe una tercera vía que se edifica con base en lo normado en el artículo 90 Constitucional, siendo responsable patrimonialmente el Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables *“de manera que si un sujeto es privado de la libertad en desarrollo de una investigación penal y posteriormente es liberado mediante providencia judicial en la que se resuelve desvincularlo del proceso penal, los daños que demuestre y que se deriven de la detención deben serle indemnizados, toda vez que no estaba en el deber de soportarlos”* (Hoyos, Zambrano y Jaramillo, 2006).

Sobre la evolución jurisprudencial de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, el Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca [Expediente 20050079400 (06-05-10)] expresó:

“El alcance de la modalidad de responsabilidad del Estado por privación de la libertad, ha sido un tema tratado de forma activa en la jurisprudencia del Consejo de Estado, en efecto, se han identificado tres líneas jurisprudenciales, así lo ha reconocido esa misma Corporación al explicar que la primera tesis jurisprudencial que se puede calificar como “restrictiva”, reservó el deber de reparar sólo a aquellas personas que por causa de alguna decisión judicial se hubieren visto ilegítimamente privadas de su libertad, de manera que solamente existía deber de reparar la “falla del servicio judicial”. La segunda línea jurisprudencial estableció que la responsabilidad por privación de la libertad regulada por el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, sería objetiva y que era procedente únicamente si la situación podía subsumirse en alguna de las tres causales normativas, en el evento contrario, el actor tenía el deber de demostrar la ocurrencia de error jurisdiccional derivado del carácter “injusto” o “injustificado” de la detención. La responsabilidad objetiva derivada de las causales establecidas en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, ha quedado explicada en los siguientes términos por el Consejo de Estado: “Una segunda línea jurisprudencial entendió que en los tres eventos previstos en el artículo 414 (absolución cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible) la responsabilidad es objetiva, por lo cual resulta irrelevante el estudio de la conducta del juez o magistrado para tratar de definir si por parte de él hubo dolo o culpa. Se consideró, además que, en tales eventos, “la ley presume que se presenta la privación injusta de la libertad”, pero se precisó que en aquellos casos no subsumibles en tales hipótesis normativas se exigiría al demandante acreditar el error jurisdiccional derivado no sólo del carácter “injusto” sino “injustificado” de la detención. Nótese que la jurisprudencia encontró, en el artículo 414 del derogado C.P.P., dos preceptos. Un primer segmento normativo, previsto en su parte inicial, conforme a la cual “quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios”, que vendría a constituir una suerte de cláusula general de responsabilidad del Estado por el hecho de la privación injusta de la libertad, la cual amerita su demostración bien por error o ilegalidad de la detención. La segunda parte de la disposición, en cambio, tipificaría los tres únicos supuestos (absolución cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible) que, probados, daban lugar a la aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva, o lo que es igual, no era menester demostrar la ocurrencia de error judicial o de ilegalidad en la adopción de la medida privativa de la libertad. Respecto de la aplicación del artículo 414 del decreto 2700 de 1991, en sus inicios, el Consejo de Estado señaló que sólo procedía la indemnización cuando se demostrara que la ocurrencia de unos de los elementos de la disposición se debió a la falla en la prestación del servicio, posteriormente la postura fue recogida para señalar que en estos eventos la responsabilidad era objetiva, para ilustrar esta circunstancia se transcribe el siguiente aparte jurisprudencial: “En relación con la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad prevista en el artículo 414 del decreto 2700 de 1991, la jurisprudencia de la Sección Tercera consideró inicialmente que no bastaba con que el proceso terminara con decisión absolutoria, en virtud de uno de los tres supuestos previstos en la norma, para conceder el derecho a la indemnización en forma automática, sino que era necesario acreditar el error o la ilegalidad de la providencia que dispuso la detención, ya que “la investigación de un delito, cuando medien indicios serios contra la persona sindicada, es una carga que todas las personas deben soportar por igual y la absolución final que puedan éstas obtener no prueba, per se, que hubo algo indebido en la retención”. En decisiones posteriores se consideró, en cambio, que en tales eventos y por disposición legal se estaba en presencia de una detención injusta, con abstracción de la conducta o de las providencias dictadas por las autoridades encargadas de administrar justicia y que, por lo tanto, surgía para el Estado la obligación de reparar los perjuicios causados con la misma. (Subrayado fuera texto). Finalmente, la última tendencia que puede calificarse como “amplia”, ha señalado que la responsabilidad por privación injusta de la libertad, va más allá de los tres supuestos normativos del mencionado artículo 414, por lo que la obligación de reparación surge aún en eventos en los que el sindicado ha sido absuelto en

finalmente 3) una relación de causalidad entre estos dos elementos. Es decir, la verificación de que el daño se produjo como consecuencia de la falla del servicio, y que consiste en el incumplimiento de una obligación o un deber legal. Por consiguiente, al tratarse de un régimen que se centra en el análisis de la culpa, el Estado puede liberarse de responsabilidad si dentro del proceso de reparación directa demuestra debida diligencia, ausencia de causalidad, o rompimiento del nexo causal por causas extrañas como la fuerza mayor, caso fortuito o culpa exclusiva y determinante de un tercero o de la propia víctima.

aplicación del principio de *in dubio pro reo*, pues si bien es cierto el Estado tiene el deber jurídico de investigar, el ciudadano no tiene la obligación jurídica de soportar la privación de la libertad que es uno de los derechos de mayor protección en el Estado Social de Derecho. La última tesis ha sido explicada por el Consejo de Estado, en los siguientes términos: “Esta Corporación ha sostenido que a los asociados corresponde soportar la carga pública que implica participar, por voluntad de la autoridad, en una investigación. Sin embargo, ahora la Sala considera oportuno recoger expresiones en virtud de las cuales algunos sectores de la comunidad jurídica han llegado a sostener, sin matiz alguno, que el verse privado de la libertad ocasionalmente es una carga pública que los ciudadanos deben soportar con estoicismo. Definitivamente no puede ser así. Lo cierto es que cualquiera que sea la escala de valores que individualmente se defienda, la libertad personal ocupa un lugar de primer orden en una sociedad que se precie de ser justa y democrática. Por consiguiente, mal puede afirmarse que experimentar la pérdida de un ingrediente fundamental para la realización de todo proyecto de vida, pueda considerarse como una carga pública normal, inherente al hecho de vivir dentro de una comunidad jurídicamente organizada y a la circunstancia de ser un sujeto solidario. Si se quiere ser coherente con el postulado de acuerdo con el cual, en un Estado Social y Democrático de Derecho la persona □ junto con todo lo que a ella es inherente □ ocupa un lugar central, es la razón de la existencia de aquél y a su servicio se hallan todas las instituciones que se integran en el aparato estatal, carece de asidero jurídico sostener que los individuos deban soportar toda suerte de sacrificios, sin compensación alguna, por la única razón de que resultan necesarios para posibilitar el adecuado ejercicio de sus funciones por las autoridades públicas. La afirmación contraria sólo es posible en el seno de una organización estatal en la que la persona □ con todos sus atributos y calidades □ deviene instrumento, sacrificable, reductible y prescindible, siempre que ello se estime necesario en aras de lograr lo que conviene al Estado, es decir, en un modelo de convivencia en el que la prevalencia de un □ desde esta perspectiva, mal entendido □ interés general, puede justificar el desproporcionado sacrificio del interés particular □ incluida la esfera de derechos fundamentales del individuo □ sin ningún tipo de compensación. Y es que si bien es cierto que en el ordenamiento jurídico colombiano la prevalencia del interés general constituye uno de los principios fundantes del Estado □ a voces del artículo 1º in fine de la Constitución Política □, no lo es menos que el artículo 2º de la propia Carta eleva a la categoría de fin esencial de la organización estatal la protección de todas las personas residentes en Colombia en sus derechos y libertades. Ello implica que la procura o la materialización del interés general, no puede llevarse a cabo avasallando inopinada e irrestrictamente las libertades individuales, pues en la medida en que la salvaguarda de éstas forma parte, igualmente, del contenido teleológico esencial con el que la Norma Fundamental programa y limita la actividad de los distintos órganos del Estado, esa protección de los derechos y libertades también acaba por convertirse en parte del interés general. (...). Entre las consideraciones acerca de la naturaleza del daño antijurídico se ha sostenido que, en cada caso, ha de corresponder al juez determinar si el daño va más allá de lo que, normalmente y sin compensación alguna, debe soportar una persona por el hecho de vivir en una comunidad jurídicamente organizada y comportarse como un sujeto solidario. En ese orden de ideas, no pocas veces se ha concluido que constituye daño antijurídico aquel que se experimenta en el ámbito puramente material, por vía de ejemplo, cuando se devalúa un bien inmueble por la proximidad de un puente vehicular que ha sido construido y puesto en funcionamiento para el bienestar de toda la colectividad. (Subrayado fuera de texto) No se entiende entonces con apoyo en qué tipo de argumento no habría de ser catalogado como igualmente antijurídico el daño que sufre quien se ve privado de la libertad □ como en el presente caso □ durante cerca de dos años y acaba siendo absuelto mediante sentencia judicial. Ciertamente resulta difícil aceptar que, con el fin de satisfacer las necesidades del sistema penal, deba una persona inocente soportar dos años en prisión y que sea posible aducirle, válidamente, que lo ocurrido es una cuestión “normal”, inherente al hecho de ser un buen ciudadano y que su padecimiento no va más allá de lo que es habitualmente exigible a todo individuo, como carga pública derivada del hecho de vivir en sociedad. Admitirlo supondría asumir, con visos de normalidad, la abominación que ello conlleva y dar por convalidado el yerro en el que ha incurrido el sistema de Administración de Justicia del Estado. Considera la Sala, de todas formas y como líneas atrás se ha apuntado, que no es posible generalizar y que, en cada caso concreto, corresponderá al juez determinar si la privación de la libertad fue más allá de lo que razonablemente debe un ciudadano soportar para contribuir a la recta Administración de Justicia. Lo que no se estima jurídicamente viable, sin embargo, es trasladar al administrado el costo de todas las deficiencias o incorrecciones en las que, en ocasiones, pueda incurrir el Estado en ejercicio de su *ius puniendi*. En relación con la inconveniencia □ si no imposibilidad □ de verter juicios generales y abstractos en relación con asuntos como el que atrae la atención del presente proveído, ya había expresado esta Corporación lo siguiente: ‘Al respecto, debe reiterarse lo expresado en otras oportunidades, en el sentido de que no cualquier perjuicio causado como consecuencia de una providencia judicial tiene carácter indemnizable. Así, en cada caso concreto deberá establecerse si el daño sufrido es de tal entidad que el afectado no está en la obligación de soportarlo, y resulta, en consecuencia, antijurídico, sea que tenga causa en una providencia errada o en una providencia ajustada a la ley. No puede considerarse, en principio, que el Estado deba responder siempre que cause inconvenientes a los particulares, en desarrollo de su función de administrar justicia; en efecto, la ley le permite a los fiscales y jueces adoptar determinadas decisiones, en el curso de los respectivos procesos, en aras de avanzar en el esclarecimiento de la verdad, y los ciudadanos deben soportar algunas de las incomodidades que tales decisiones les causen. Sin embargo, tampoco pueden hacerse afirmaciones categóricas, para suponer que, en determinados casos, será siempre inexistente el daño antijurídico, mucho menos cuando ha habido lugar a la privación de la libertad de una persona, así sea por corto

tiempo, dado que se trata de la vulneración de un derecho fundamental, cuya injusticia, al margen de la licitud o ilicitud de la decisión que le sirvió de fundamento, puede hacerse evidente como consecuencia de una decisión definitiva de carácter absolutorio. He aquí la demostración de que la injusticia del perjuicio no se deriva de la ilicitud de la conducta del agente del Estado (Subrayas y negrillas fuera del texto original). El umbral de resistencia de los ciudadanos ha de ser mayor cuando se trata de cargas públicas cuya asunción se hace necesaria para garantizar la sostenibilidad de la existencia colectiva, pero deberá analizarse la magnitud de tales cargas con un escrutinio más estricto y comprensivo [siempre desde la perspectiva de la víctima— allí en donde estén involucrados aspectos que tocan en toda su plenitud la esfera de derechos fundamentales del individuo, al punto de, incluso, poder llegar a hacer inviable su proyecto personal de vida, circunstancia que se da, sin asomo de duda, cuando se ha afectado de manera tan intensa [como en el sub lite] una garantía tan cara a la naturaleza humana como lo es el sagrado derecho a la libertad.”En desarrollo de esta última posición, el Consejo de Estado ha manifestado que las normas que respaldan la procedencia de la responsabilidad por la privación injusta de la libertad son el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, el cual debe ser interpretado en armonía con las consideraciones del artículo 90 de la Constitución Política, sin olvidar que los supuestos del artículo 414 no quedan excluidos a pesar de estar derogados, porque el artículo 90 constituye una cláusula general y amplia de imputación de la responsabilidad de la administración sustentada en el daño antijurídico, en el cual se encuentran inmersos los elementos de responsabilidad que consagraba el precitado artículo 414, textualmente se señaló: “En definitiva, no resultan compatibles con el artículo 90 de la Constitución, interpretaciones de normas infraconstitucionales que restrinjan la cláusula general de responsabilidad que aquél contiene. Partiendo de la conclusión anterior, la Sala determinó que en el artículo 90 de la Constitución Política tienen arraigo, aún después de la entrada en vigor de la Ley 270 de 1996, todos los supuestos en los cuales se produce un daño antijurídico imputable a la Administración de Justicia que no están contemplados –más no por ello excluidos, se insiste en el premencionado artículo 68 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia–, entre ellos, como en los eventos en los cuales se impone a un ciudadano una medida de detención preventiva como consecuencia de la cual se le priva del ejercicio del derecho fundamental a la libertad pero posteriormente se le revoca tal medida al concluir que los aspectos fácticos por los cuales el investigado fue detenido no constituyeron hecho delictuoso alguno, supuesto que estaba previsto en el artículo 414 del C. de P. P., y que compromete la responsabilidad de la Administración, pues con su actuación causó un daño antijurídico consistente en la privación de la libertad en contra de quien no cometió el hecho delictuoso imputado, circunstancia que torna injusta la medida y que debe ser reparada por la autoridad que produjo el hecho.”

En este punto cabe recordar que aunque tanto en los regímenes subjetivos como objetivos la parte actora debe demostrar plenamente el daño antijurídico, así como el nexo causal que vincula ese perjuicio con la actuación u omisión por parte de la Administración, en principio la diferencia consiste en que en los regímenes objetivos la voluntad en la actuación pública reprochada no es un requisito indispensable⁵. Sin embargo, estos dos argumentos también pueden predicarse del régimen objetivo, por lo que la transición a un régimen subjetivo se vuelve esencialmente discursiva.

Ahora bien, entre las citadas alternativas, la Corte Constitucional ha reconocido que la jurisprudencia actual del Consejo de Estado está situada bajo el régimen de responsabilidad objetiva para los casos de privación injusta de la libertad (Sentencia T-667/15). Congruente con esto, en la sentencia del 31 de agosto de 2017 [Proceso No. 50001233100020052042201 (41515)] se señala que en estos casos, el título de imputación es el daño especial, bajo el régimen objetivo de responsabilidad y que basta con verificar los siguientes aspectos: (i) Se impuso en contra de los accionantes una medida restrictiva de la libertad en el marco de un proceso penal; (ii) El proceso culminó con decisión favorable a la inocencia y (iii) El daño y los consecuentes perjuicios surgidos de la restricción de la libertad originan obligación de reparar.

II. Detención preventiva y privación injusta de la libertad

La privación de la libertad en una cárcel o penitenciaría en Colombia, se produce de manera exclusiva por dos vías, que exigen en todo caso la intervención de un Juez Penal. La primera, a través de la imposición de una medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, que puede solicitarse con posterioridad a la formulación de imputación o tras el traslado de la acusación, en tratándose del

⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 31 de mayo de 2007. Radicado No. 16898.

proceso abreviado (Ley 1826 de 2017) y, la segunda, en virtud de una sentencia condenatoria ejecutoriada, tras la declaratoria de responsabilidad penal, una vez superadas las fases del proceso penal, con la culminación del juicio oral o por las salidas alternas que conllevan a una terminación anticipada del proceso a través de la aceptación de cargos unilateral o negociada con el ente acusador.

El presente acápite se centrará fundamentalmente en la detención preventiva y la posible ocurrencia de una privación injusta de la libertad ante la adopción de un fallo absolutorio, *contrario sensu* a la ejecutoria del fallo condenatorio, sin remoción de su firmeza ante una eventual revisión, supuesto en el cual no se predica injusta la privación de la libertad.

La detención preventiva es una medida de aseguramiento de carácter excepcional, que pretende evitar que el sindicado altere los elementos materiales probatorios y evidencia física inherente a la investigación judicial o se fugue y no responda frente a una eventual sentencia condenatoria. También se impone como respuesta a la predicción, con base en su comportamiento anterior, que permite inferir que al permanecer en libertad, constituirá un peligro para la víctima y/o la comunidad (Hernández, 2013, pp. 135-136).

Los efectos negativos que tiene para el Estado la aplicación de la detención preventiva se reflejan no solo en convertirlo en un actor que viola sistemáticamente los derechos de las personas reclusas en centros carcelarios, sino también por las millonarias indemnizaciones que debe pagar como consecuencia de la privación injusta de la libertad.

La anterior situación ha encendido las alarmas de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, que como se mencionará más adelante, apuesta fuertemente por la restricción en la aplicación de la detención preventiva como estrategia de defensa jurídica, toda vez que desde lo contencioso administrativo **se ha impuesto una tesis de responsabilidad objetiva que obliga a la reparación patrimonial al Estado cuando la detención preventiva recae sobre un inocente.**

Desde la otra orilla, esto es desde la perspectiva del individuo que sufre esta medida, se encuentra la vulneración de su derecho a la libertad y casi con carácter general el quebrantamiento de la presunción de inocencia de la cual goza. Al respecto, es conocida la posición de la Corte Constitucional, que en términos generales ha sostenido *“que la presunción de inocencia, a pesar de ser un derecho fundamental, necesita ser ponderado y por consiguiente, existirán casos donde se tenga que ceder frente a otros derechos del mismo rango, pues se trata de mandatos de optimización que obligan a que uno de ellos sea realizado en mayor medida.”* (Tisnés, 2012, p.55)

Del examen de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se encuentra que esta ha defendido como legítima la limitación del derecho a la libertad que se produce como consecuencia de la detención preventiva, la finalidad eminentemente procesal de esta restricción y la diferencia existente entre la misma y la pena. Todo ello exaltando siempre el carácter excepcional de esta medida.

Respecto de la naturaleza procesal y de su justificación al interior del ordenamiento penal colombiano, dijo en sentencia C-634 de 2000, que:

“...Las medidas cautelares constituyen actos jurisdiccionales de naturaleza preventiva y provisional que, de oficio o a solicitud de parte, se ejecutan sobre personas, bienes y medios de prueba para mantener respecto de éstos un estado de cosas similar al que existía al momento de iniciarse el trámite judicial, buscando la efectiva ejecución de la providencia estimatoria e impidiendo que el perjuicio ocasionado con vulneración de un derecho sustancial, se haga más gravoso como consecuencia del tiempo que tarda el proceso en llegar a su fin...”

De igual forma ha caído en esa distinción lingüística entre pena y detención preventiva. En concreto dijo en sentencia C-106 de 1994:

“...En cuanto se refiere a la detención, la Carta Política distingue claramente entre ella y la pena. El artículo 28 alude a la primera y exige, para que pueda llevarse a cabo, mandamiento escrito de autoridad judicial competente, impartido y ejecutado con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley. A la segunda se refiere el artículo 29, que plasma la presunción de inocencia a favor de toda persona, estatuyendo, para que pueda imponerse una pena, el previo juzgamiento conforme a las leyes preexistentes, ante juez o tribunal competente, con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio y con la integridad de las garantías que configuran el debido proceso...”

...Así, una cosa es detener al individuo contra el cual existen indicios graves acerca de que puede ser responsable penalmente, para que esté a disposición de la administración de justicia mientras se adelanta el proceso en su contra, y otra muy distinta que, cumplidos los trámites procesales y celebrado el juicio con observancia de todas las garantías, reconocimiento y práctica del derecho de defensa, se llegue por el juez a la convicción de que en realidad existe esa responsabilidad penal y de que, por tanto, debe aplicarse la sanción contemplada en la ley...”

Por último desde hace casi 20 años ha sostenido el carácter excepcional de la detención preventiva. Sobre esto afirmó en sentencia C-327 de 1997:

“(...) aún cuando el derecho a la libertad no es absoluto, es claro que su limitación tampoco ha de tener ese carácter y, por lo tanto, el legislador, al regular los supuestos en los que opere la restricción del derecho, debe observar criterios de razonabilidad y proporcionalidad que fuera de servir al propósito de justificar adecuadamente una medida tan drástica, contribuyan a mantener inalterado el necesario equilibrio entre las prerrogativas en que consiste el derecho y los límites del mismo.”

Empero, la detención preventiva es una medida excepcional. Así se encuentra consagrado tanto en nuestra legislación interna⁶ como en los instrumentos internacionales⁷. Nuestra jurisprudencia constitucional también ha sido reiterativa en este aspecto⁸ (Hernández, 2013, pp. 140-141).

En la actualidad la postura de la Corte no ha variado sustancialmente, y a pesar de haber argumentado la naturaleza cautelar y excepcional de la detención preventiva, de haber insistido en la diferencia entre pena y medida de aseguramiento, ha declarado exequible el artículo 310 del código procesal penal. Exponiendo que:

la protección de la comunidad, en aras de impedir la continuación de la actividad delictual, puede concebirse como fin propio de la detención preventiva a partir de la consideración del mandato del artículo 1º de la Constitución, según el cual, el Estado colombiano se encuentra fundado en “la prevalencia del interés general”, cuyo desarrollo explica el precepto consagrado en el artículo 2º de la Constitución Política, por el cual, es fin esencial del Estado, “asegurar la convivencia pacífica” de la comunidad (C-469 de 2016).

Otro de los interesantes discursos existentes respecto de la detención preventiva corre por cuenta del Ministerio de Justicia y la Comisión Asesora de Política Criminal, que en su informe Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano (2012), afirmaron que:

La detención preventiva es, de acuerdo con el sistema jurídico colombiano e internacional, una medida que se puede tomar excepcionalmente en el curso del proceso. No obstante, el sistema jurídico colombiano y la práctica judicial parecen no respetar este principio, y por ello si bien ha habido una tendencia a la reducción del porcentaje de personas privadas de la libertad que están bajo detención preventiva, dicho porcentaje, que tiende a ser superior al 30%, sigue siendo muy alto. Más allá de las

⁶ Cfr. Arts. 295 C.P.P. y 2 C.P.Ca.

⁷ Cfr. numeral 3 del art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, numeral 5 del art. 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 5 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales o Convenio Europeo de Derechos Humanos.

⁸ Cfr. Sentencias T-153/98, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, C-774/01, M.P. Rodrigo Escobar Gil, C-318/05, M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-827/05, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, C-425/08, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, C-1198/08, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, T-388/13, M.P. Maria Victoria Calle Correa, C-469/16, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, entre otras.

“verdades estadísticas”, la Comisión considera que se deben incrementar los esfuerzos para reducir la prisión preventiva, por los efectos estigmatizadores y de conformación de carreras criminales que tiene el hecho de ingresar a la cárcel antes de la declaración de responsabilidad, y porque una medida de detención preventiva tiene efectos –que es preciso medir– en el principio de presunción de inocencia y puede mover a los jueces a dictar sentencias condenatorias contra quienes se encuentran privados de la libertad anticipadamente.

Este entorno pareciera ser propicio para la adopción de posturas reduccionistas de la detención preventiva. Y este ambiente esperanzador lo es más a partir de la enérgica posición adoptada por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, quien en diferentes conceptos ha reiterado la importancia de limitar la detención preventiva, no solo por sus costes en términos de derechos humanos, sino también por sus costes patrimoniales para el Estado, quien día a día se ve compelido a pagar altas sumas monetarias por la privación injusta de la libertad de cientos de ciudadanos.

La mencionada Agencia, en el documento *“Esquema de decisión adecuada para imponer la medida cautelar de privación de la libertad”* señala:

Dado que la libertad es un valor constitucional de primer orden, el funcionario judicial debe atender este criterio orientado a privilegiar el encausamiento penal sin la necesidad de una medida cautelar personal. Así, solamente en casos estrictamente necesarios y definidos por la ley es menester que el procesado asuma un enjuiciamiento detenido. (Agencia...,2012,p.42)

Más allá de estas recomendaciones protocolarias sobre el respeto a la libertad, la Agencia Nacional postula dejar de lado el criterio de la peligrosidad del imputado al momento de gravar a un ciudadano con una medida de aseguramiento, para ello cita pertinentemente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en una decisión en la que expone que:

se deben desechar todos los demás esfuerzos por fundamentar la prisión durante el proceso basados, por ejemplo, en fines preventivos como la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que cometa delitos en el futuro o la repercusión social del hecho, no sólo por el principio enunciado sino, también, porque se apoyan en criterios de derecho penal material, no procesal, propios de la respuesta punitiva. Ésos son criterios basados en la evaluación del hecho pasado, que no responden a la finalidad de toda medida cautelar por medio de la cual se intenta prever o evitar hechos que hacen, exclusivamente, a cuestiones procesales del objeto de la investigación y se viola, así, el principio de inocencia. Este principio impide aplicar una consecuencia de carácter sancionador a personas que aún no han sido declaradas culpables en el marco de una investigación penal. (Agencia...,2014, p.56)

Un último participante dentro de la discusión es el Consejo de Estado, quien a través de múltiples sentencias ha reivindicado en sede de reparación patrimonial a la presunción de inocencia como una garantía de primer orden. Este alto tribunal ha dejado en claro que *“para la jurisdicción contenciosa la legalidad de la medida no se enjuicia por las categorías penales que lo permiten sino por el resultado de todo el proceso.”* (Agencia..., 2013, p.22) De ahí que haya sostenido que siempre que un proceso penal termine con una providencia absolutoria o preclusiva porque el hecho delictivo no existió, la persona no lo cometió o no era una conducta punible, habrá lugar a la indemnización de perjuicios a cargo del Estado.

En la actualidad la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido incluso indemnizaciones por motivos como *“la prescripción de la conducta y otras violaciones del debido proceso. Un ejemplo de lo anterior es la imposición de medida de aseguramiento en delitos para los que no procede la restricción o cuando se impone por un delito que requiere querrela y se adelanta de oficio”* (Agencia..., 2013, p.25) **El fundamento de este reconocimiento radica en que el ciudadano no tiene la obligación jurídica de soportar la privación de la libertad.**

En una destacable providencia, la mencionada Corporación expresó:

Si se quiere ser coherente con el postulado de acuerdo con el cual, en un Estado Social y Democrático de Derecho la persona junto con todo lo que a ella es inherente ocupa un lugar central, es la razón de la

existencia de aquél y a su servicio se hallan todas las instituciones que se integran en el aparato estatal, carece de asidero jurídico sostener que los individuos deban soportar toda suerte de sacrificios, sin compensación alguna, por la única razón de que resultan necesarios para posibilitar el adecuado ejercicio de sus funciones por las autoridades públicas. (...) Y es que si bien es cierto que en el ordenamiento jurídico colombiano la prevalencia del interés general constituye uno de los principios fundantes del Estado —a voces del artículo 1ro in fine de la Constitución Política—, no lo es menos que el artículo 2do de la propia Carta eleva a la categoría de fin esencial de la organización estatal la protección de todas las personas residentes en Colombia en sus derechos y libertades. Ello implica que la procura o la materialización del interés general no puede llevarse a cabo avasallando inopinada e irrestrictamente las libertades individuales, pues en la medida en que la salvaguarda de éstas forma parte, igualmente, del contenido teleológico esencial con el que la Norma Fundamental programa y limita la actividad de los distintos órganos del Estado, esa protección de los derechos y libertades también acaba por convertirse en parte del interés general.

A partir de los lesivos efectos que tiene la desmedida aplicación de la detención preventiva, estos diferentes actores institucionales han abierto el camino —algunos de forma mucho más tímida que otros— para el surgimiento de propuestas que limiten realmente el uso de esta figura.

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en razón de su preocupación por reducir el número de condenas que recaen actualmente sobre la Nación por privaciones injustas de la libertad ha plasmado en diferentes documentos recomendaciones que hace tiempo venía realizando la doctrina, y que ahora encuentran acogida.

Desde el reconocimiento de una serie de falencias en la actividad de las instituciones judiciales, particularmente de la Fiscalía, y admitiendo que estas debilidades surgen desde la fase investigativa, vehementemente se ha solicitado por parte de la Agencia mejorar los protocolos internos a la Fiscalía, en especial al momento en los fiscales se enfrentan a la decisión de solicitar o no medida de aseguramiento, en concreto dijo:

(...) si bien es cierto que la investigación penal tiene por objeto la averiguación de autores y partícipes y la indagación sobre una conducta punible, lo propicio desde el punto de vista político-criminal es hacer mucho más exigente una investigación penal cuando la Fiscalía pretenda imponer una medida de aseguramiento. (Agencia...,2014, p.35)

Estos mayores niveles de exigencia deben darse respecto de los juicios de tipicidad y de autoría y participación. De ahí que se inste a que “(...) los juicios de adecuación, imputación y autoría deben estar plenamente soportados por cuenta del fiscal al momento de hacer la solicitud lo que impondría un examen más exhaustivo del juicio de tipicidad penal.” (Agencia..., 2014,p.44)

Es necesario entonces inmiscuirse en la discusión, por lo menos tangencialmente, acerca de la responsabilidad penal del imputado al momento de decidir sobre la detención preventiva. Tal y como lo mencionan Sandoval Fernández y Del Villar Delgado “ el tema de la responsabilidad penal o su ausencia es presupuesto sustancial e indiscutible, habida cuenta que la afirmación que se hace de la libertad en el Nuevo Código de Procedimiento Penal tiene desarrollo extenso en principios rectores y en la interpretación del artículo 295 (...)” (Sandoval, y Del Villar, 2013, p.163)

Más allá de estas exigencias, se ha recomendado también dejar de lado por parte de la Fiscalía la correlación que parece existir entre ciertos delitos y la necesidad de la detención preventiva. Indica la Agencia en relación con esto que:

(...) nuestro estudio ha encontrado que ese primer enfoque, en determinado tipo de delitos, se muestra prácticamente como una decisión automática de restricción de la libertad, por ejemplo, en delitos de la justicia especializada o las situaciones relacionadas con la corrupción administrativa. Sin duda, ha sido la jurisprudencia la que ha avalado esta concepción que ya es parte de una práctica forense muy difícil de erradicar, pero que debe pasar por los filtros de política criminal. (Agencia...,2014, p.35)

En concreto lo que se está postulando es abandonar la presunción que pareciera existir en la práctica jurídica en la que las investigaciones por ciertos delitos, como aquellos contra la administración pública, la libertad sexual, o en aquellos en que las víctimas son menores, se ven siempre seguidas por una restricción a la libertad del investigado. Afirma de nuevo esta institución que, *“lo acertado en estos casos sería seguir el dictado constitucional que indica la noción de necesidad sin consideración al delito investigado siguiendo las pautas de demostración previa con fundamento probatorio de los riesgos de evasión, alteración probatoria o amenaza para la comunidad en especial la víctima.”* (Agencia...,2014, p.41) Este requisito de necesidad impone entonces un juicio de proporcionalidad en el caso concreto, de ahí que no será suficiente verificar los requisitos exigidos por la Ley, para poder reputar como legítima una medida de aseguramiento.

No suena aventurado afirmar que el origen de algunos de estos discursos está en la crisis carcelaria, que es el estado de cosas inconstitucional actual (Sentencia T-388/13 y T-762/15), sin dejar de lado los cuantiosos gastos que acarrea para el Estado no contar con una política criminal seria y articulada. Puesto que mientras en instancias como la Agencia Nacional o la Comisión de Política Criminal se apuesta por la contención de la aplicación de la detención preventiva, los jueces y fiscales siguen restringiendo libertades en razón de las demandas de seguridad provenientes de otros actores institucionales, de los medios de comunicación y de la ciudadanía (Hernández, 2013).

Esto último desemboca, en repetidas oportunidades, en demandas contra el Estado, que como quedó anotado con anterioridad, se manejan bajo un título de imputación de daño especial y corresponden al régimen de responsabilidad objetiva.

De esta manera dejamos rendido el concepto solicitado mediante oficio OPTB-3067/17.

Atentamente,



JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARIN
Director Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional
Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.
Calle 8 5-80, Segundo Piso. Cel. 3153465150
Correo: jkbv@hotmail.com

NORBERTO HERNÁNDEZ JIMÉNEZ
Miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional
Docente del Área de Derecho Penal
Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá
Calle 8 5-80, Centro de Investigaciones. Cel. 3183778724
Correo: norberto.hernandezj@unilibrebog.edu.co

Bibliografía consultada: **(i)** Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (2013) Privación injusta de la libertad: entre el derecho penal y el derecho administrativo. Recuperado de: http://www.defensajuridica.gov.co/gestion/publicacionesandje/documentos_especializados/Paginas/default.aspx; **(ii)** Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. (2014) Esquema de decisión adecuada para imponer la medida cautelar de privación de la libertad. Recuperado de: http://www.defensajuridica.gov.co/gestion/publicacionesandje/documentos_especializados/Paginas/default.aspx; **(iii)**, Comisión Asesora de Política Criminal (2012) *Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano*. Recuperado de: https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/INFO%20POLI%20CRIMINAL_FINAL23NOV.pdf; **(iv)** Hernández, N. (2013). *¿La detención preventiva es una medida excepcional? Estudio de caso. Diálogos de saberes*, 39, pp. 135-158; **(v)** Hoyos, R., Zambrano, M. y Jaramillo, L. (2006). *Responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad. Prolegómenos*, XI (17), pp. 11-21; **(vi)** Melo, F. (1991). *La responsabilidad objetiva de la administración pública*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana (Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas); **(vii)** Sandoval, J. y Del Villar, D. (2013) *Responsabilidad penal y detención preventiva*. Barranquilla: Editorial Universidad del Norte; **(viii)** Tisnés, J. (2012) Presunción de inocencia: principio constitucional absoluto. *Ratio Juris*, 7 (14), pp. 53- 71.