

El *in dubio pro reo* como fundamento de la responsabilidad del Estado

The *in dubio pro reo* as the foundation
of State responsibility

L'*in dubio pro reo* comme fondement
de la responsabilité de l'Etat

El *in dubio pro reo* como fundamento
da Responsabilidade do Estado

Dany Steven Gómez Agudelo*
orcid.org/0000-0003-2687-0146

* Abogado egresado de la Universidad Católica Luis Amigó. Estudiante de la especialización en Derecho Administrativo de la Universidad de Antioquia. Abogado litigante. Este artículo es presentado para optar el título de especialista en Derecho Administrativo de la Universidad de Antioquia. Email: dany-gomez@hotmail.com

Cómo citar este artículo:

Gómez, D. (2018). El *in dubio pro reo* como fundamento de la responsabilidad del Estado. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 48 (128), pp. 107-134.

Recibido: 23 de enero de 2018.

Aprobado: 6 de marzo de 2018.

Resumen

En el *in dubio pro reo* el juez penal, después de practicadas las pruebas en el juicio oral y escuchar los alegatos de partes e intervinientes, determina que no pudo llegar a la verdad y, en consecuencia, resuelve la duda en favor del procesado, disponiendo la absolución y ordenando la libertad inmediata. De este modo, el propósito principal de este artículo es exponer los fundamentos de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad en aquellos casos donde el procesado es absuelto por duda en su favor, a fin de aportar elementos teórico-prácticos que contribuyan al análisis de la causal de *in dubio pro reo*, detallando parámetros claros sobre una jurisprudencia extensa en materia de privación injusta de la libertad. De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, el *in dubio pro reo* implica en la responsabilidad extracontractual del Estado una deficiencia en la labor probatoria adelantada por el Estado, y toda vez que la duda en materia penal equivale a una absolución, ello constituye la base para exigir el derecho a la reparación, donde no se minimizan las pretensiones indemnizatorias por los perjuicios causados.

Palabras clave

Absolución, antijuridicidad, libertad, perjuicios, privación.

Abstract

In the *in dubio pro reo*, the criminal judge after practicing the evidence in the oral proceedings and hearing the arguments of the parties and interveners, determines that he could not arrive at the truth and consequently resolves the doubt in favor of the defendant, ordering the acquittal and ordering immediate freedom. Thus, the main purpose of this specialized article is to expose the foundations of the State's responsibility for unfair deprivation of freedom in those cases where the defendant is acquitted by doubt in their favor, in order to provide theoretical and practical elements that contribute to the analysis of the cause of *in dubio pro reo*, detailing clear parameters on an extensive jurisprudence regarding the unjust deprivation of liberty. In accordance with the jurisprudence of the Council of State, *in dubio pro reo* implies in the Extracontractual Responsibility of the State a deficiency in the probatory work advanced by the State, and whenever the doubt in criminal matters amounts to an acquittal, this constitutes the basis to demand the right to reparation, where compensation claims for damages caused are not minimized.

Key words

Absolution, unlawfulness, freedom, damages, deprivation.

Résumé

Dans le *in dubio pro reo*, le juge pénal, après avoir pratiqué les preuves aux procès oral et écouter les arguments des parties et des participants, il a déterminé qu'il n'a pas pu trouver la vérité et, par conséquent, il résout le doute en faveur de l'accusé, il a fait une absolution et a ordonné la liberté immédiate. Ainsi, l'objectif principal de cet article est de présenter les fondements de la responsabilité de l'Etat pour la privation injustifiée de liberté dans les cas où l'accusé est acquitté par le doute en sa faveur, afin de fournir des éléments théoriques et pratiques qui contribuent à l'analyse de la cause d'*in dubio pro reo*, détaillant des paramètres clairs sur une jurisprudence étendue concernant la privation injustifiée de liberté. Selon la jurisprudence du Conseil d'Etat, l'*in dubio pro reo* implique dans la responsabilité extracontractuelle une carence dans le travail de probation avancé par l'État, et chaque fois que le doute en matière pénale équivaut à un acquittement, c'est la base pour exiger le droit à réparation, où les demandes d'indemnisation pour les préjudices causés ne sont pas minimisées.

Mots clés

Acquittement, liberté, préjudices, privation, anti-juridique.

Resumo

Em o *in dubio pro reo*, o juiz penal após praticadas as provas no julgamento oral e escutar as alegações de partes e intervenientes, determina que não pode chegar à verdade e em consequência resolve a dúvida em favor do processado, dispendo a absolvição e ordenando a liberdade imediata. Deste modo, o propósito principal deste artigo especializado é expor os fundamentos da Responsabilidade do Estado por privação injusta da liberdade naqueles casos onde o processado é absolvido por dúvida em seu favor, a fim de contribuir elementos teórico-práticos que contribuam à análise da causal de *in dubio pro reu* detalhando parâmetros claros sobre uma jurisprudência extensa em matéria de privação injusta da liberdade. De acordo com a jurisprudência do Conselho de Estado, o *in dubio pro reu* implica na Responsabilidade Extracontratual do Estado uma deficiência no labor probatório adiantada pelo Estado, e toda a vez que a dúvida em matéria penal equivale a uma absolvição, isso constitui a base para exigir o direito ao reparo, onde não minimizam as pretensões indemnizatórias pelos prejuízos causados

Palavras-chave

Absolvição, ilegalidade, liberdade, danos, privação.

Introducción

En la vida cotidiana cualquier ciudadano puede enfrentar un proceso judicial, desde el sistema penal acusatorio un fiscal puede solicitar al juez de control de garantías la imposición de una medida de aseguramiento, en establecimiento carcelario o en la residencia del imputado, mientras se adelanta el respectivo proceso penal, lo cual finalmente tiene como resultado un fallo de carácter absolutorio o condenatorio; en el primer caso, habilitando al ciudadano para demandar al Estado y solicitar el reconocimiento y pago de los perjuicios ocasionados por la privación injusta de su libertad.

Para empezar, la característica principal de la población privada de la libertad objeto de estudio de este artículo, es que como el juez penal no alcanzó en la etapa de juicio oral el convencimiento más allá de toda duda razonable, en relación a la responsabilidad penal del procesado, este optó por conceder su absolución en virtud del principio universal del *in dubio pro reo*, en el cual la duda se resuelve en favor del procesado.

El tema se abordó por un interés académico en determinar el tratamiento legal y jurisprudencial de aquellos ciudadanos que obtienen la absolución dentro del proceso penal, específicamente por casos de *in dubio pro reo* y profundizar en la solución a problemas jurídicos que generan estos casos. Como por ejemplo, definir con precisión los presupuestos jurisdiccionales para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado, la valoración del proceso penal por parte del juez contencioso administrativo y la descripción de varios estudios de casos para la comprensión del fenómeno.

El propósito principal de este artículo es exponer los fundamentos de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad en aquellos casos donde el procesado es absuelto por duda en su favor, a fin de aportar elementos teórico-prácticos que contribuyan al análisis de la causal de *in dubio pro reo*, detallando parámetros claros sobre una jurisprudencia extensa en materia de privación injusta de la libertad.

La primera hipótesis del trabajo de investigación será que el alcance de la eximente de responsabilidad del *in dubio pro reo* se debe reducir, por falta de fundamentos constitucionales, retornando en consecuencia al régimen objetivo con el fin de ampliar las indemnizaciones en favor de los privados de la libertad. La segunda hipótesis consiste en que el proceso penal si se puede valorar y que la tendencia jurisprudencial es devolverse al análisis del proceso

y dejar a un lado el régimen objetivo de la responsabilidad del Estado por *in dubio pro reo*.

Para lograr el propósito planteado en este artículo se utilizó el tipo cualitativo en investigación, toda vez que el interés se centra en recoger datos que deben ser interpretados para alcanzar una lectura de la sociedad, no desde el dato estadístico, sino desde sus valores, sus factores culturales y sus características de orden subjetivo.

Para el desarrollo de este artículo se utilizó la técnica de investigación de la revisión documental para exponer un desarrollo veraz y profundo del tema, acudiendo a la literatura existente en libros, revistas y sentencias emitidas por las Altas Cortes, estableciendo las diferencias y semejanzas en los datos obtenidos, para luego realizar un análisis de la información recolectada, a fin de brindar objetividad en los hallazgos expuestos.

Se espera con este artículo brindar aportes a la comunidad académica y a los privados injustamente de su libertad, para que se determine previamente si de la causal del *in dubio pro reo* se pueden configurar los presupuestos jurisdiccionales para la consecuente indemnización a cargo del Estado.

El corpus de este artículo se compone de cinco capítulos temáticos y un acápite final de conclusiones. En el primer capítulo, se realiza un examen del derecho a la libertad personal y la concepción de privación injusta. En el segundo capítulo, se lleva a cabo una descripción de la responsabilidad del Estado y de su relación en los casos de absolución por *in dubio pro reo*. El tercer capítulo, se ocupa de desarrollar los presupuestos jurisdiccionales para la configuración de la responsabilidad del Estado por *in dubio pro reo*. El cuarto capítulo, se encarga de describir varios fallos de la Sección Tercera del Consejo de Estado relacionados con el tema.

Por último, se expone una breve propuesta a la concepción de la responsabilidad del Estado, a partir de los términos de la Convención Americana de Derechos Humanos y de la iniciativa de redefinir los criterios jurisprudenciales para la concepción de la antijuridicidad del daño, lo cual implica la necesidad de abordar nuevos estudios académicos en este aspecto.

Lo injusto de la privación de la libertad

Dentro del amplio catálogo de derechos que contempla la Constitución Política de 1991, la libertad ocupa un lugar privilegiado, ya que aparece como un derecho fundamental. Esto significa que es uno de aquellos derechos que emergen como el hilo conductor del sistema democrático y vinculan el poder público.

Por este motivo, la restricción al derecho a la libertad que lleve consigo la configuración de un daño antijurídico que el ciudadano no esté obligado a soportar, implica procesalmente que el juez contencioso administrativo ordene el reconocimiento y pago de los perjuicios ocasionados por el Estado.

La libertad es una condición propia del ser humano y un atributo principal de su personalidad, el artículo 28 de la Constitución Política de Colombia establece:

Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, 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 (36) horas siguientes, para que este adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley. En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles. (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 13)

Ahora bien, se debe diferenciar el significado de pena privativa de la libertad y de detención preventiva. Por este primer concepto, se puede entender la privación de locomoción a un ciudadano, que es producto de una sentencia en firme; mientras que la detención preventiva, que también implica la privación de locomoción, sea intramural o domiciliaria, será producto de una medida transitoria (cautelar).

Además, su finalidad es diferente, mientras que la pena privativa de la libertad busca castigar al sentenciado por la comisión de un delito y su resocialización por transgredir una prohibición, la detención preventiva tiene la finalidad de asegurar la comparecencia al proceso, evitar la destrucción de pruebas, y proteger a las víctimas del hecho punible, sin quitar la presunción de inocencia.

De tal manera, la medida de detención preventiva es de carácter excepcional y siempre debe de estar ajustada a los requisitos que le impone el ordenamiento jurídico, de no ser así la pérdida de la libertad es injusta.

En efecto, la medida de aseguramiento es entonces una disposición del juez de control de garantías para privar de la libertad al imputado por la eventual comisión de un delito, en un establecimiento carcelario o en prisión domiciliaria, mientras se adelanta y culmina el proceso penal ante el juez de conocimiento. Su finalidad de acuerdo con la la ley procesal penal es:

El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:

1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.
2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.
3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia (Ley 906, 2004, artículo 308).

Así, el fiscal únicamente puede examinar las condiciones objetivas para solicitar al juez la imposición de una medida de aseguramiento de detención preventiva, mas no evaluar si se cumplen o no los requisitos de la normatividad, ya que estas son facultades de estricta competencia del juez de control de garantías.

Según Bustamante (2016): “Esta protección no es absoluta o irrestricta, pues constitucional y legalmente es viable la pérdida de la libertad en los casos y con las formalidades previstas en el ordenamiento jurídico” (p. 163).

El juez, una vez escuchadas las intervenciones de las partes y practicados los elementos materiales probatorios y evidencia física legalmente obtenida, adoptará y justificará su decisión de imponer o no una medida de aseguramiento en establecimiento carcelario o en la residencia del imputado,

decisión contra la cual proceden los recursos ordinarios, de reposición, ante el mismo funcionario judicial y de apelación, ante los jueces penales del circuito.

Evolución de la responsabilidad del Estado por *in dubio pro reo*

La jurisprudencia tiene determinado a partir de una interpretación del artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, que cuando una persona privada de la libertad sea absuelta, se configura un evento de detención injusta en virtud del título de imputación de daño especial, por el rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas:

1. Porque el hecho no existió.
2. El sindicado no lo cometió.
3. La conducta no constituía hecho punible.

A estas situaciones, la jurisprudencia agregó la aplicación del principio *in dubio pro reo*, con fundamento en la misma cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado del artículo 90 de la Constitución Política de Colombia. Las causales objetivas que describe la jurisprudencia tenían como fundamento el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 que establecía:

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

Es de resaltar que el decreto 2700 de 1991 ya no está vigente, sin embargo, el máximo tribunal de la jurisdicción de lo contencioso administrativo lo siguió aplicando y posteriormente adicionó la causal del *in dubio pro reo*.

De acuerdo al recorrido jurisprudencial de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en aquellos eventos donde al procesado se le impone una medida de aseguramiento y posteriormente es absuelto o se precluye la investigación

en su favor, se puede declarar la responsabilidad del Estado para reconocer y pagar perjuicios derivados de un daño antijurídico. Según Andrade (2014):

Incluso cuando el procesado sea absuelto por el principio universal del *in dubio pro reo*, la privación se dio producto de una aplicación del principio universal de *in dubio pro reo*, como consecuencia de una correcta actividad investigativa de la autoridad competente o por imposición de una medida de aseguramiento con la totalidad de requisitos legales. (p. 25)

Al respecto, la sentencia con ponencia del consejero de estado Dr. Guillermo Sánchez Luque, hace un recuento de las causales objetivas para que el Estado sea condenado a pagar indemnización de perjuicios por privación injusta de la libertad, con la adición de la causal del *in dubio pro reo*, cuyo fundamento es el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia.

Así mismo, la responsabilidad extracontractual del Estado derivada de la privación injusta de la libertad en su construcción normativa y jurisprudencial ha pasado por algunas etapas. Santofimio (2017) afirma:

En la primera etapa se consideró que debía aplicarse la teoría subjetiva o restrictiva, según la cual esa responsabilidad estaba condicionada a que la decisión judicial de privación de la libertad fuera abiertamente ilegal o arbitraria, es decir, que debía demostrarse el error judicial. También se sostuvo que dicho error debía ser producto de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, previa una valoración seria y razonable de las distintas circunstancias del caso. Por tal motivo, tal declaratoria de responsabilidad procedía porque la privación de la libertad fue ilegal porque la captura se produjo sin que la persona se encontrara en situación de flagrancia o porque se realizó sin orden judicial previa.

En una segunda etapa, el Consejo de Estado consideró que la privación injusta de la libertad por error judicial comprendía casos diferentes a los contemplados en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, eventos aquellos en los cuales la víctima debía demostrar lo injusto de su detención, toda vez que en los términos del artículo 414 ya referido se presumían; en este orden de ideas, fuera de los casos señalados en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, en los cuales la ley presume que se presenta la privación injusta de la libertad, cuando se pretendía obtener indemnización de perjuicios por esta causa, el demandante debía demostrar que la detención preventiva que se dispuso en su contra fue injusta y, en tales eventos, habiéndose producido la detención

preventiva por una providencia judicial, la fuente de la responsabilidad no será otra que el error jurisdiccional.

En la tercera etapa, que es la que prohija la Sala actualmente, se sostiene que se puede derivar la responsabilidad patrimonial del Estado por la privación injusta de la libertad, cuando el proceso penal termina con sentencia absolutoria (o preclusión de la investigación), incluyendo el evento del *in dubio pro reo*, aunque para la privación se hayan cumplido todas las exigencias legales, ya que se entiende que es desproporcionado, inequitativo y rompe con las cargas públicas soportables, que una persona en el Estado social de derecho vea limitado su derecho a la libertad para luego resultar absuelto del cargo imputado.

En consecuencia, se reitera que una vez que el juez de lo contencioso administrativo encuentre probado que el derecho fundamental a la libertad de una persona ha sido vulnerado como consecuencia de una decisión judicial, que constituye un daño antijurídico a la luz del artículo 90 de la Constitución, debe ordenar la reparación de los perjuicios ocasionados.

En síntesis, la privación injusta de la libertad no se limita a las hipótesis previstas en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 y además no interesa que ella sea intramural, domiciliaria, o consista en restricciones para salir del país o para cambiar de domicilio.

Finalmente, vale mencionar que se destaca la tercera y actual posición sobre la cual se pronuncia el máximo tribunal de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pues aquí ya la responsabilidad del Estado incluye actuaciones que hayan cumplido con todas las formalidades legales y constitucionales.

La antijuridicidad en la responsabilidad del Estado por *in dubio pro reo*

La Ley Estatutaria de Administración de Justicia 270 de 1996, fue objeto de examen de constitucionalidad en sentencia C 037 de 1996, en la cual la Corte Constitucional condicionó los daños causados por el juez penal al daño ostensible o a la vía de hecho, lo cual genera una interpretación muy restrictiva. Bustamante (2016) afirma:

No es aceptable la opinión de que sólo se habla de aquellos casos en los cuales la privación de la libertad obedece a una clásica vía de hecho, es decir cuando se lleva a efecto sin orden de captura o con orden absolutamente irregular, pues ello equivale a extremar drásticamente el alcance de esta figura. (p. 164)

Entonces, algunos de los fundamentos de la responsabilidad del Estado se pueden encontrar en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia:

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. (Ley 270, 1996, artículo 65)

La privación injusta de la libertad como escenario de responsabilidad patrimonial del Estado se encuentra regulada en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia 270 de 1996, dado que en su artículo 68 establece que quien haya sido privado de la libertad podrá demandar al Estado para solicitar el reconocimiento y pago de los perjuicios ocasionados: “Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al estado reparación de perjuicios” (Ley 270, 1996, artículo 68).

De ahí que la Corte Constitucional se pronunciara sobre la exequibilidad de las disposiciones de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia en sentencia C 037 de 1996 precisando:

Con todo, conviene aclarar que el término injustamente se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria. Si ello no fuese así, entonces se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados. Por el contrario, la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de la responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia, debe contemplarse dentro de los parámetros fijados y teniendo siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención (Naranjo, 1996).

Al mismo tiempo, en el referido fallo la Corte Constitucional confunde una vía de hecho con otra situación jurídicamente distinta. Hoyos (2006) afirma:

La Corte incurrió en una imprecisión al confundir la vía de hecho con la privación injusta de la libertad, pues exige como presupuesto de ésta una decisión abiertamente arbitraria que, inclusive desborda los requisitos establecidos respecto del error judicial, esto es, que la providencia sea contraria a la ley. Por ese motivo, el Consejo de Estado ha hecho caso omiso de tan insólita y regresiva interpretación por parte de la Corte Constitucional, hasta el punto de que en posteriores fallos ha seguido insistiendo en la objetividad de este tipo de responsabilidad, al margen de si la decisión que dio lugar a la privación injusta de la libertad estuvo o no ajustada a la ley. (p. 11)

Entonces exigir que para la configuración de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, se acredite una actuación desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, que haya sido abiertamente arbitraria, resulta regresivo y excesivo; en consecuencia, en la actualidad la jurisprudencia del Consejo de Estado, ya superó la fase inicial en la que confundía el error judicial con el funcionamiento defectuoso de la administración de justicia, estableciendo otro panorama. Correa (2016) afirma:

Para que exista responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, bastará con que se acredite que se estuvo detenido dentro de una actuación judicial y que posteriormente, y por ausencia de mérito procesal, se le desvinculó de la actuación al detenido, esto es, porque no se logró probar allí que la conducta daba lugar a la aplicación de la pena: no fue cometida por el procesado, o aquella nunca existió o la misma no constituía conducta punible. (p. 194)

Para el tratadista, el presupuesto será una ausencia de mérito procesal en la producción de la conducta que se investiga, ahí se encuentra la falla en el servicio que posteriormente se acredita con el hecho de que quien estuvo detenido posteriormente obtuvo su libertad con una decisión jurisdiccional.

En otras palabras, producto del fallo de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado estaba supeditado a lo establecido por esta sentencia, pero había algunos casos que no se ajustaban dentro de lo narrado por la Corte Constitucional, por lo cual el máximo tribunal de lo contencioso administrativo expresó que partía de la noción de daño antijurídico contemplada en el artículo 90 de

la Constitución Política de Colombia, pues la ley 270 de 1996 no lo abordó, precisando que al Estado se le imputan daños antijurídicos, con una actuación legítima, pero que generan un daño especial y grave, como la privación injusta de la libertad.

De acuerdo con la Corte Constitucional, la responsabilidad del Estado implica que no todo daño deba ser reparado, sino sólo aquel que tenga la connotación de antijurídico. En síntesis, sin antijuridicidad en el daño, no hay responsabilidad.

Esto significa que el daño justificado no se repara, esto es, aquel que el administrado si tiene la obligación de soportar, tales como los casos de prelación del interés público o social sobre el interés privado, el servicio militar obligatorio o la prestación del servicio como jurado de votación en las elecciones populares. Bustamante (2016) afirma:

El daño antijurídico se concibe como el perjuicio que sufre una persona sin estar jurídicamente obligada a soportarlo y tal situación se presenta no solamente cuando las autoridades públicas obran ilícitamente, violando el ordenamiento jurídico al cual deben ajustar sus decisiones y procedimientos, sino también cuando a pesar de obrar legítimamente en el ejercicio de sus funciones, los agentes estatales ocasionan un perjuicio anormal al administrado, imponiéndole un sacrificio adicional a los que normal y ordinariamente se debe aceptar. (p. 35)

Así, el daño es antijurídico por una parte, cuando la Administración actúa de una forma irregular o culposa. De otra parte, cuando la Administración tiene una actuación lícita y ajustada a la Ley y lesiona a quien no tenía por qué soportar el daño.

Otro fundamento constitucional de la Responsabilidad Extracontractual del Estado es el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia que establece:

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste. (Art. 90)

La concepción constitucional se traduce en que la teoría tradicional de la falla en el servicio pasa a un segundo lugar, y que el concepto de daño antijurídico ocupa un primer lugar y con ello se amplía el espectro de la responsabilidad. Esto trae como consecuencia reducir el debate en relación a cuál es el título de imputación aplicable a cada caso, o si es aplicable el régimen objetivo o subjetivo en la responsabilidad del Estado (Constitución Política, 1991, art. 90). Bustamante (2016) afirma:

No debe olvidarse que el artículo 90 de la Constitución Nacional consagra dos instituciones estrechamente relacionadas entre sí pero diferentes en su concepción y alcances. La responsabilidad patrimonial del Estado basada en el daño antijurídico y la responsabilidad personal de sus agentes fundamentada en la conducta antijurídica caracterizada por el dolo o la culpa grave. (p.38)

Pueden ocurrir casos que cumplan todos los requisitos para la procedencia de la medida de aseguramiento, porque había flagrancia, dolo, pero así la medida de aseguramiento sea legal, posteriormente, puede convertirse en injusta. Por ejemplo, un ciudadano puede ser privado provisionalmente de su libertad por tráfico de estupefacientes, pero posteriormente en el juicio oral del proceso penal se acredita que la sustancia que se comercializaba no era estupefacientes, o que la persona era inimputable, víctima de un engaño o de la coacción de un tercero.

Es importante que en los procesos de reparación directa por privación injusta de la libertad se aporte al proceso una constancia del director de la cárcel donde conste el término de reclusión, la prueba de que la privación vino del proceso determinado y el resultado mediante la providencia judicial que absuelve al procesado con una constancia de que se encuentra debidamente ejecutoriada, esto es, que contra la misma no se interpuso recurso o que habiéndose interpuesto, éste se resolvió por el superior jerárquico confirmando la decisión.

En relación con el término de caducidad del medio de control de reparación directa por la privación injusta de la libertad, jurisprudencialmente se ha sostenido que debe contabilizarse el término de dos años a partir de la ejecutoria de la providencia por medio de la cual se precluyó o se absolvió al procesado.

En lo que respecta a la participación del procesado para la producción del resultado consistente en la privación injusta de su libertad, debe señalarse

que la intervención causal no siempre viene del Estado, sino también de la víctima; por ese motivo, se analiza la participación del procesado en el hecho que conduce a que se le imponga una medida de aseguramiento.

En el *in dubio pro reo* el juez penal después de practicadas las pruebas en el juicio oral y escuchar los alegatos de partes e intervinientes, determina que no pudo llegar a la verdad y en consecuencia resuelve la duda en favor del procesado, disponiendo la absolución y ordenando la libertad inmediata. Se debe precisar que la persona en estos casos es inocente, en igual medida que aquel que es absuelto por el juez con absoluta certeza, y consecuentemente, en ambos casos se tiene derecho a la misma reparación.

Doctrinalmente, se han analizado los casos en que al final del proceso penal el procesado es absuelto por falta de plena prueba de responsabilidad, en virtud de la aplicación del *in dubio pro reo*. Bustamante (2016) afirma:

Si al concluir su actuación las autoridades penales, que profirieron la medida de aseguramiento, en la primera etapa de la investigación y luego la resolución de acusación, no pudieron finalmente desvirtuar la presunción de inocencia y reunir la plena prueba de responsabilidad penal, surge para el Estado la obligación de resarcir los perjuicios causados al procesado con la privación de la libertad, por cuando éste no tiene la obligación legal de soportar ese daño. No está jurídicamente obligada una persona vinculada a un proceso penal a soportar los daños que sufra por la ineficiencia del Estado. (p. 166)

En todo caso, el juez contencioso administrativo cuenta con la facultad de analizar tanto la providencia del juez penal como las pruebas recaudadas y practicadas en el juicio oral, para analizar si efectivamente se trató de un caso de existencia de duda probatoria que condujera a la absolución y no un caso donde hubieran las suficientes pruebas de cargo y posteriormente, el juez penal concediera la absolución con fundamento en el *in dubio pro reo*. De este aspecto se ocupará el acápite cuarto en donde una sentencia de unificación del Consejo de Estado se pronunció al respecto.

Debe mencionarse que el juez contencioso administrativo en ningún caso declara responsabilidad penal, lo que debe hacer es valorar la incidencia causal de la culpa de la víctima; en esta situación hay dos corrientes al respecto, una en relación al proceso en el que se imputa por la conducta, y otra en que se analiza el comportamiento del procesado frente a la víctima.

A nivel procesal, se desarrolla mucho la subjetividad en la valoración probatoria, por lo cual cabe preguntarse ¿qué tanto ese comportamiento de la víctima es reprochable y negligente, a pesar de que se hayan cumplido los requisitos objetivos para la imposición de la medida de aseguramiento?

En consecuencia, en relación a la causal eximente de responsabilidad del hecho del tercero, cabe preguntarse ¿en qué medida su intervención es causal de responsabilidad?, es preciso mencionar que mayoritariamente no hay responsabilidad. Para una corriente del Consejo de Estado, esta causal no exonera de responsabilidad al Estado; para otra corriente sí, ya que se considera que el Estado debe de creerle al denunciante, y en estos casos podría haber solidaridad demandando también al tercero responsable.

También cabe mencionar que no todo lo legal es injusto y viceversa, su justificación se encuentra en que la medida de aseguramiento tiene como fundamento posteriormente imponer una eventual pena en sentencia condenatoria, pero que degenera en injusta incluso si el término de la pena principal es inferior al de la medida de aseguramiento. En oposición a lo anterior, si la privación de la libertad culmina con una sentencia condenatoria se considera justa y por ese motivo no hay derecho a la indemnización.

La responsabilidad extracontractual del Estado por privación injusta de la libertad hace parte del régimen objetivo; sin embargo, la valoración del proceso penal por parte del juez contencioso administrativo constituye un paso subsiguiente, en donde hay una solución de tipo probatorio para todo.

De hace un tiempo, se han proferido sentencias en donde esa objetividad se ha matizado, ya que se analiza el contenido de la decisión para saber si era injusto o no, si el proceso se hizo bien y sin falla. También algunas decisiones no se han acogido a la sentencia de unificación y han exonerado de responsabilidad patrimonial a las entidades públicas, por considerar que había una carga que debía soportar el administrado, excluyendo consecuentemente la reparación de perjuicios en favor del absuelto.

Estudio de casos

El Consejo de Estado agregó por primera vez la causal de *in dubio pro reo* en sentencia del 18 de septiembre de 1997, en un fallo de la sección tercera con Consejero ponente Dr. Daniel Suárez Hernández.

Este caso llegó al máximo tribunal de lo contencioso administrativo luego de que el ciudadano Jairo Hernán Martínez Nieves fuera privado de su libertad en la Cárcel de Villa-Hermosa en Cali, por un periodo de 33 meses y 13 días, luego de que se le imputara la autoría material del homicidio perpetrado contra el ex concejal Jaime Vallejo.

Es de destacar que el Consejo de Estado valoró el proceso penal, ya que examinó las pruebas de cargo contra el ciudadano Jaime Hernán Martínez, estableciendo que la única prueba que originó su vinculación al proceso penal por el testimonio de Harvey Zapata Castro, de quien se destacaron sucesivas incongruencias y una prueba técnica que concluyó que padecía de una posible esquizofrenia, que no le permitieron al juez de conocimiento asignarle eficacia probatoria y en consecuencia le otorgó la absolución al procesado.

De este modo, la ley procesal penal exige que para imponer una medida de aseguramiento se configure un indicio grave de responsabilidad, lo cual no se satisface con un testimonio inverosímil e incoherente.

Es pertinente expresar en que consiste el indicio grave en materia penal, para efectos del fallo en mención se presentó como:

Cuando entre el hecho que se conoce y el hecho que se quiere conocer referente al delito o a la responsabilidad del agente, media un nexo probable, creado por la dependencia inmediata con el fenómeno principal o por una cadena causal fuertemente acentuada, o por la exterioridad reveladora de su composición. Probable es lo que puede ocurrir fácilmente pues se funda en razones serias y estables a diferencia de lo posible que puede tomar forma o no, ejecutarse o confinarse a un simple proyecto. El juicio de probabilidad depende, pues, del grado en que puedan sucederse racionalmente los actos y los acontecimientos (cfr. Corte Suprema de Justicia Casación Penal, sentencia de julio 27 de 1982).

De lo anterior, el tribunal de cierre estableció que no surgía el asomo de indicio requerido y que la privación se acreditaba con la prueba documental allegada, tales como la certificación de tiempo de reclusión por el INPEC y la providencia judicial absolutorio, por lo cual efectivamente sí se configuró la responsabilidad patrimonial del Estado, revocando la decisión previa del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que inicialmente había considerado que la vinculación al proceso del procesado no había sido producto de un acto arbitrario o ilegal.

Por la naturaleza de carácter objetivo de la responsabilidad generada por la privación injusta de la libertad, procesalmente era la parte demandada quien debía realizar un esfuerzo probatorio tendiente a acreditar una eventual causal de exoneración de responsabilidad.

Si bien la absolución del procesado fue producto de la aplicación del *in dubio pro reo*, para el caso concretó se estimó que lo que ocurrió fue una medida de aseguramiento con falta de prueba incriminatoria. No obstante, en el evento de haberse acreditado una duda o sospecha en contra del procesado, ello no justifica su privación ya que Colombia es un Estado social de derecho, donde constitucionalmente ha de prevalecer la filosofía garantista del proceso penal.

Además, es conveniente precisar el fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado por la aplicación del principio del *in dubio pro reo*. Suárez (1997) afirma:

El presupuesto de la aplicación de tal principio, supone una duda para el juzgador penal, lo cual evidencia, precisamente, la deficiencia de la actuación estatal en la labor probatoria, circunstancia que no puede servir de base, ni por asomo, para la exoneración del Estado por la privación injusta de la libertad, pues ha de tenerse presente que, como principio fundamental informador de toda la normativa penal, están los de buena fe y de inocencia, los cuales no pueden desvanecerse y mucho menos inobservarse, por una circunstancia meramente probatoria. La duda, en materia penal, se traduce en absolución y es ésta precisamente a la luz del art. 414 del C.P.P. la base para el derecho a la reparación. (p. 2)

Así las cosas, la absolución por duda probatoria en cabeza del procesado no minimiza de plano las pretensiones indemnizatorias por los perjuicios ocasionados, pues una privación injusta se opone al valor de la justicia, y ante todo se aplica la garantía del derecho a la libertad y la recta aplicación del principio a la presunción de inocencia.

El Consejo de Estado en sentencia del 14 de marzo de 1996, se pronunció sobre el caso del señor Luis Carlos Ruiz Palacios, a quien se le impuso una medida de aseguramiento en establecimiento carcelario por los delitos de tentativa de homicidio, hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas, pues tenía un indicio grave de responsabilidad penal que lo incriminaba como el autor intelectual del atentado que sufrió el señor Jorge Gómez Castro.

Sin embargo, una vez practicadas las pruebas dentro del proceso penal se determinó que las afirmaciones del testigo de cargo eran falsas y que no existían otras pruebas que permitieran establecer su participación en las hipótesis delictivas, situación que analizó el Consejo de Estado indicando que el título de imputación aplicable es la falla del servicio, ya que la medida de aseguramiento se le impuso en ausencia de una prueba de cargo sólida, lo cual convierte en injusta la privación de su libertad.

La entidad accionada, Fiscalía General de la Nación, argumentó que no había responsabilidad patrimonial por la causal de culpa exclusiva de un tercero, debido a que el testigo de cargo con el que contaba el ente acusador fue quien indujo en error a la entidad al incriminar al procesado, que posteriormente en juicio obtuvo la libertad, lo que puso en evidencia que la medida de aseguramiento fue injusta y que el procesado no estaba obligado a soportarla.

Al respecto, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo desechó el argumento explicando que en términos del artículo 250 de la Constitución Política de Colombia es la Fiscalía General de la Nación la titular de la acción penal. Sánchez (2016) afirma: “Es su responsabilidad recaudar, analizar y verificar la veracidad de las afirmaciones a partir de los elementos materiales probatorios y evidencia física legalmente obtenida que acrediten la real comisión de conductas punibles” (p. 13).

El fallo recapitula las causales objetivas de responsabilidad del Estado, (i) porque el hecho no existió, (ii) el sindicado no lo cometió, (iii) la conducta no constituía hecho punible, (iv) la aplicación la del *in dubio pro reo*, aclarando que si el proceso es exonerado por una causa diferente a las expuestas, la reparación de perjuicios procede si se acredita una falla del servicio en el momento en que se impuso la medida de aseguramiento, por ejemplo, no se cumplieron los requisitos de ley para restringir la libertad del ciudadano, o la absolución obedeció a que no existía una prueba de cargo sólida, lo cual acredita la privación injusta de la libertad.

El Consejo de Estado en sentencia del 10 de noviembre de 2016 destacó que no siempre ha condenado a pagar perjuicios por ponerse en evidencia una providencia absolutoria, en virtud de la incidencia de la actuación dolosa o gravemente culpable por parte del procesado, que dio lugar a la imposición de la medida de aseguramiento, si esta fue la causa eficiente en la producción del resultado o daño. Sánchez (2017) afirma:

En el proceso penal se acreditó el comportamiento gravemente culposo del procesado, pues declaró sobre los hechos en forma contradictoria, el proyectil del arma de fuego que fue asociada con el crimen era del mismo calibre que la de su propiedad y el día de los hechos sufrió una herida en la pierna, por lo que su accionar representó evidencia sólida de no ser ajeno a los hechos. (p. 11)

En consecuencia, el Consejo de Estado analizó el comportamiento del procesado a partir del concepto de culpa y dolo que trae el artículo 63 del Código Civil. Según Sánchez (2016):

La culpa es la conducta reprochable de la víctima, por violación del deber objetivo de cuidado, al no prever los efectos nocivos de su acto o, habiéndolos previsto, confió imprudentemente en poder evitarlos. Reviste el carácter de culpa grave aquel comportamiento grosero, negligente, despreocupado o temerario, al paso que el dolo es asimilado a la conducta realizada con la intención de generar daño a una persona o a su patrimonio. (p. 10)

Entonces, de la situación generada por el privado de la libertad, el ente acusador no tenía otra opción diferente a la de ordenar su captura y solicitar la imposición de una medida de aseguramiento, que por indicios recaudados que sugerían la participación del procesado en el delito de homicidio, de tal manera, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo exoneró de responsabilidad a la Fiscalía General de la Nación por la configuración de una causa extraña.

En sentencia del 27 de septiembre de 2016, el Consejo de Estado analizó el caso del señor Jhon Bayron Cardona Sepúlveda, a quien le fue impuesta medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito homicidio agravado; a este ciudadano el Juzgado Cuarto Penal Especializado del Circuito Judicial de Medellín lo condenó sobre la base de su calidad de dirigente de un grupo rebelde y, posteriormente, el Tribunal Superior revocó la decisión por falta de pruebas en su participación en los hechos y ordenó su libertad, en aplicación del principio de *in dubio pro reo*. Sánchez (2016) afirma:

El comportamiento del procesado revela un actuar gravemente culposo, pues era uno de los líderes de un grupo ilegal, porque fue probado en el otro proceso condenado en primera instancia por el delito de rebelión, y también se acreditó que el grupo armado al que pertenecía ordenó la muerte de los hermanos Jhon Jairo y Saúl Restrepo Muñoz y, en definitiva,

su comportamiento representa evidencia sólida de no haber sido ajeno a los hechos (p. 17).

En la responsabilidad extracontractual del Estado no existe una definición legal de culpa y por ese motivo se recurre a la doctrina y a disposiciones del Código Civil, donde tradicionalmente se ha considerado como la falta de previsibilidad en lo previsible y ha estado vinculada a los conceptos de imprudencia y negligencia. Bustamante (2016) afirma:

Al contrario de lo que sucede en el campo de la responsabilidad contractual que la culpa admite graduación (grave, leve y levísima), en la responsabilidad civil extracontractual la culpa es una sola y cualquiera sea el grado que teóricamente pudiera asignarse a la conducta del causante del daño, éste responde frente al afectado. Si fue leve o levísimamente culposa, el Estado tiene que asumir la totalidad de la reparación. (p.49)

Por lo tanto, el ente acusador no tenía una opción diferente a la de solicitar la imposición de la medida de aseguramiento por los indicios y elementos recolectados, que apoyaban la tesis de la participación del procesado en el delito de homicidio, finalmente la Sección Tercera declaró la configuración de una causa extraña que impide imputar el daño antijurídico a la parte demandada.

Finalmente, el Consejo de Estado en una sentencia con ponencia del consejero de estado Dr. Mauricio Fajardo Gómez expidió una sentencia de unificación en la que se pronunció sobre la absolución del procesado por *in dubio pro reo* en el proceso penal, por lo cual explicó las razones para que la Responsabilidad del Estado se analice bajo el título objetivo de imputación, fundamentado en el daño especial que se le ocasiona a la víctima.

El fallo establece que el fundamento de la responsabilidad en casos de privación injusta de la libertad debe de buscarse en el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, que requiere de la existencia de un daño antijurídico que sea imputable al Estado. Igualmente, indicó la decisión que en relación a la aplicación del *in dubio pro reo* en el proceso penal, no existen categorías o grados entre los inocentes; es decir, parcialmente inocentes, sino totalmente inocentes, aún en los casos de la duda en favor del procesado.

En efecto, el Estado debe brindarle un tratamiento como inocentes, absteniéndose de realizar la anotación en los antecedentes judiciales por el proceso que culminó el ciudadano, de lo contrario, se cercena el derecho a

la presunción de inocencia que el Estado no pudo desvirtuar, que queda en evidencia con la aplicación del *in dubio pro reo* por parte del juez penal. Fajardo (2013) afirma:

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 procesados 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 aquella 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. (p. 9)

En el caso concreto, el ciudadano Luis Carlos Orozco Osorio estuvo privado preventivamente de su libertad del 30 de junio de 1992 al 22 de agosto de 1995, por una presunta infracción a la Ley 30 de 1986 y hurto agravado, pero el ente acusador decidió precluir la investigación en favor del ciudadano con fundamento en el *in dubio pro reo*, ya que no pudo despejar las dudas existentes a pesar de contar con material de cargo.

El juez de lo contencioso administrativo cuenta con un problema probatorio, que consiste en analizar si efectivamente la decisión del juez penal se produjo en aplicación del principio del *in dubio pro reo* o no, caso en el cual deberá valorar todo el material probatorio. Fajardo (2013) afirma:

El Juez de lo contencioso administrativo se encuentra llamado a realizar -como en todos los casos- un análisis crítico del material probatorio recaudado en el plenario a efectos de establecer, aun cuando el juez penal u otra autoridad lo hayan afirmado o indicado expresamente ya, si en realidad la absolución de responsabilidad penal del procesado se produjo, o no, en aplicación del aludido beneficio de la duda o si, más bien, la invocación de éste esconde la concurrencia de otro tipo de hechos y de razonamientos que

fueron y/o deberían haber sido los que sustentaran la exoneración penal, como, por ejemplo, deficiencias en la actividad investigativa, de recaudo o de valoración probatoria por parte de las autoridades judiciales intervinientes, extremo que sin duda puede tener incidencia en la identificación de título de imputación en el cual habría de sustentarse una eventual declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado, al igual que en el examen respecto de la procedencia de la instauración y las posibilidades de éxito de la acción de repetición en contra de los servidores públicos que con su actuar doloso o gravemente culposo pudieren haber dado lugar a la imposición de la condena en contra de la entidad estatal demandada. (p. 65)

En el caso analizado por el Consejo de Estado a pesar de que la decisión absolutoria tenía como fundamento el *in dubio pro reo*, se determinó que no se configuraba dicha causal pues no existían pruebas suficientes para acreditar la responsabilidad del procesado; subsiguientemente, el ciudadano no estaba en la obligación de soportar el daño que se le generó, por lo cual se configura el daño antijurídico, y la consecuente indemnización de perjuicios a cargo de la Fiscalía General de la Nación.

Una nueva propuesta a la concepción de la responsabilidad del Estado

El consejero de estado Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa presentó en la aclaración de voto en la sentencia con radicación 32765 de 2017, un riguroso examen sobre la aplicación de la responsabilidad del Estado, en el que indica que el juez contencioso administrativo decide sobre la base de la verificación del daño cuando se le acredita que el procesado obtuvo su libertad producto de una decisión absolutoria, perdiendo de vista la valoración de la antijuridicidad. El consejero cuestiona las decisiones donde no se justifica porqué el administrado no se encontraba en el deber jurídico de soportar la privación de la libertad, de allí que algunas veces se hayan reparado daños que no eran antijurídicos, transgrediendo los presupuestos del artículo 90 de la Constitución Política.

En el fallo se describen doce decisiones del Consejo de Estado donde se evidencia que los jueces olvidaron examinar la antijuridicidad del daño en la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, en los cuales

se avalaba la reparación de daños que no necesariamente tenían la cualidad de antijurídicos, y que en sentir del Consejero de Estado mostraban la incompreensión de que la libertad se puede restringir de forma excepcional. Santofimio (2017) afirma:

La hipótesis a la cual debe aproximarse la jurisprudencia de la Sección Tercera debe ser aquella según la cual en sede de valoración del daño antijurídico, el Juez de la responsabilidad no solo debe examinar la existencia de una medida de detención preventiva contra una persona, su materialización efectiva y el haberse dictado decisión absolutoria en firme; sino también, en orden a valorar el presupuesto de antijuridicidad, revisar si la detención preventiva sufrida se ajustó a los estándares convencionales y constitucionales que admiten excepcionalmente limitación al derecho de libertad personal, de donde se debe concluir que si la detención se dispuso de conformidad a ese marco normativo se estará en presencia de un daño jurídicamente permitido o, lo que es lo mismo, un daño al que le faltará el elemento de antijuridicidad. (p. 9)

Se tiene establecido que no existen derechos absolutos, y la libertad no es la excepción, ya que la autoridad cuenta con competencias para privar de la esfera de este derecho a los ciudadanos. Del artículo 30 y 32.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos se deduce que cualquier restricción a la libertad, en términos convencionales y constitucionales. Santofimio (2017) afirma: “queda supeditada a la adopción de criterios formales (reserva de ley y competencia) y materiales (razonabilidad, proporcionalidad), de suerte que no se trata de habilitación para la arbitrariedad estatal sino ejercicio razonado de esa potestad normativa” (p 11).

La aclaración de voto presenta un resumen de los estándares convencionales. Santofimio (2017) afirma:

En desarrollo de ese pensamiento se advierte que de manera conjunta los artículos 7° de la Convención Americana de Derechos Humanos y 9° PIDCP establecen las siguientes disposiciones de protección del derecho de libertad personal: (i) Nadie puede ser privado de su libertad física; (ii) Se exceptúa lo anterior en las causas y condiciones fijadas previamente por la Constitución y la Ley y según el procedimiento establecido en ésta; (iii) Nadie será objeto de detención o encarcelamiento arbitrario; (iv) derecho a ser informado de las razones de la detención y a ser notificado sin demora del cargo o acusación en su contra; (v) derecho a ser llevado ante autoridad

judicial sin demora; (vi) derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de continuar el proceso; (vii) la libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio o a diligencias procesales o para la ejecución del fallo; (viii) derecho de toda persona privada a recurrir ante autoridad judicial competente para que decida, sin demora, sobre la legalidad del arresto o detención y ordene su libertad si el arresto, prisión o detención fuere ilegal.

A partir de estos referentes, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha elaborado los siguientes criterios sobre el instrumento de la detención preventiva y el derecho de libertad personal:

(i) Regla general. Se predica el principio de la libertad del individuo mientras se resuelve la responsabilidad penal; (ii) Limitaciones. La medida de detención está limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia y proporcionalidad; (iii) Fines legítimos. Solo se reconocen como fines legítimos de imposición de la medida el aseguramiento de que el procesado no impedirá el desarrollo del proceso ni eludirá la acción de la justicia; (iv) Fines ilegítimos. La detención preventiva es una medida cautelar, no puede ser concebida como una pena anticipada ni como instrumento para la realización de fines de prevención general o especial, pues estos son propios de la pena. La obligación de revisar periódicamente la detención preventiva y ofrecer razones que justifiquen su mantenimiento; (v) Cuestiones probatorias. La decisión que impone una medida de aseguramiento debe basarse en elementos probatorios suficientes que permitan establecer razonablemente la participación de la persona en el delito objeto de investigación; no se satisface este parámetro cuando el apoyo probatorio consiste en meras conjeturas o intuiciones abstractas, “el Estado no debe detener para luego investigar”; (vi) Estigmas y prejuicios. La medida no puede adoptarse por estigmas o prejuicios como, por ejemplo, en razón al origen racial de un grupo poblacional; tampoco cuenta como justificación suficiente elementos tales como las características personales del supuesto autor o la gravedad del delito; (vii) Juicio de Proporcionalidad. La imposición de la medida debe obedecer a un juicio de proporcionalidad en el caso concreto, atendiendo los elementos de prueba y los hechos objeto de investigación; en este marco, debe perseguir un fin compatible con la Convención, ser idónea, necesaria [absolutamente indispensable para conseguir el fin y que no exista medida menos gravosa] y proporcional [debe ser estrictamente proporcional, el sacrificio de la restricción de la libertad no debe resultar

exagerado ni desmedido frente a las ventajas que se obtienen y los fines]; (ix) Motivación Suficiente. La falta de motivación suficiente respecto del fin legítimo constituye violación del derecho de libertad personal y (x) aun cuando esté previsto en la Ley, puede existir violación a la libertad personal cuando la detención se ampare en causas o métodos irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad. (p. 14)

En la aclaración de voto se explica la necesidad de dotar de contenido sustantivo el elemento de la antijuridicidad, mediante el análisis de si la detención del ciudadano se adoptó de acuerdo a los estándares convencionales, y a partir de allí determinar si la víctima debía soportar el daño. Lo anterior conduce a determinar el elemento antijuridicidad, ya que los parámetros de la Convención Americana de Derechos Humanos brindan criterios para establecer si la restricción a la libertad personal se mantuvo dentro de la legalidad, proporcionalidad, excepcionalidad y temporalidad, pues en caso afirmativo, el ciudadano que se le restringió la libertad con el cumplimiento de estos estándares convencionales, acreditaría la existencia de un daño sin el componente antijurídico, que implica que no se configure el juicio de imputación y la consecuente indemnización de perjuicios.

Como resultado, el consejero de estado Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa hizo un llamado para que se delibere sobre el criterio jurisprudencial por privación injusta de la libertad y que a partir de la Convención Americana de Derechos Humanos se adopten nuevos parámetros para estructurar la Responsabilidad del Estado, a tono con el contenido del artículo 90 de la Constitución Política y la posición jurídica sobre la libertad personal desarrollada en el escenario convencional, lo cual implica la necesidad de abordar nuevos estudios académicos en este aspecto.

Conclusiones

El *in dubio pro reo* parte de la base de la garantía del derecho a la libertad, la presunción de inocencia y la filosofía garantista del proceso penal, su aplicación implica en la responsabilidad extracontractual del Estado una deficiencia en la labor probatoria adelantada por el Estado; toda vez que la duda en materia penal equivale a una absolución, ello constituye la base para exigir el derecho a la reparación, donde no se minimizan las pretensiones indemnizatorias por los perjuicios causados.

El Consejo de Estado ha precisado que hay lugar a la indemnización de perjuicios por privación injusta de la libertad cuando, además de los presupuestos objetivos del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 (el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, el hecho no es punible), se prueba la existencia de un daño causado por esa privación de la libertad, que debe tener la connotación de antijurídico y, en consecuencia, ser reparado por el Estado. Es de resaltar que el Decreto 2700 de 1991 ya no está vigente, sin embargo, el máximo tribunal de la jurisdicción de lo contencioso administrativo lo siguió aplicando y posteriormente adicionó la causal del *in dubio pro reo*.

La teoría objetiva que permaneció en el tiempo no se estabilizó y ahora viene cambiando el régimen de responsabilidad a lo subjetivo, a partir de una ponencia del consejero de estado Dr. Orlando Santofimio quien indicó que el Juez Contencioso Administrativo no está necesariamente sujeto a la decisión del juez penal y por ello puede valorar la sentencia absolutoria, lo cual puede tener incidencia en la identificación de título de imputación en el cual habría de sustentarse una eventual declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado.

Del tema desarrollado surgen nuevas preguntas como qué medidas se podrían adoptar judicialmente para que se realice debidamente el examen de antijuridicidad y se eviten reparar daños antijurídicos, así mismo, analizar perspectivas de reflexión que conduzcan a determinar la posibilidad de adoptar parámetros del escenario convencional, para estructurar la responsabilidad del Estado. ■

Referencias bibliográficas

- Bustamante, A. (2016). *La responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá: Leyer. Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución política*, (1991).
- Congreso de la República de Colombia. *Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004*.
- Congreso de la República de Colombia. *Ley Estatutaria de Administración de Justicia, Ley 270 de 1996*.
- Consejo de Estado- (2013). *Sentencia 23354*. Magistrado Ponente: Mauricio Fajardo.

- Consejo de Estado. (1997). *Sentencia 11754*. Magistrado Ponente: Daniel Suárez.
- Consejo de Estado. (2014). *Sentencia 36149*. Magistrado Ponente: Hernán Andrade Rincón]
- Consejo de Estado. (2016). *Sentencia 39585*. Magistrado Ponente: Guillermo Sánchez.
- Consejo de Estado. (2016). *Sentencia 39684*. Magistrado Ponente: Guillermo Sánchez.
- Consejo de Estado. (2016). *Sentencia 45984*. Magistrado Ponente: Guillermo Sánchez.
- Consejo de Estado. (2017). *Sentencia 32765*. Magistrado Ponente: Jaime Santofimio.
- Consejo de Estado. (2017). *Sentencia 42917*. Magistrado Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
- Correa, R. (2016). *Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Bogotá: Leyer.
- Corte Constitucional. (1996). *Sentencia C 037*. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo.
- Hoyos, R. (2006), *Erradicar la pobreza extrema en el 2030, una nueva meta mundial*. Bogotá: Leyer.
- Presidencia de Colombia. (1991). *Normas de Procedimiento Penal, Decreto 2700 de 1991*.