

**La re-significación del principio de la seguridad jurídica para efectivizar indemnización
por injusta privación de la libertad en el orden jurídico colombiano**

**Proyecto de investigación
como trabajo de grado para optar el título de abogado**

Director de tesis: Fernando Giraldo Herrera

Luis Carlos Perez Rocha

Universidad de Manizales

Facultad de Derecho

Manizales, Junio de 2016

Summary

Is historical ineffectiveness of the judicial system Colombian regarding compliance with the principle of swift and effective justice. In this degree work will be exhibited, as a working hypothesis, the re-significance of the principle of legal certainty in the Colombian legal order for the contentious administrative justice rule background on the claims of individuals in matters of deprivation unjust of freedom. The hypothesis proposes an expeditious way to avoid the re-victimization of the particular requesting compensation effectuate its fair and timely manner over time. The research is conducted in the different chapters from describing the conceptual categories of membership rules and legal principles in the organizational structure of any judicial system. Subsequently, the background and current criteria that maintains the Colombian criminal justice system to result in the deprivation of liberty of an individual is analyzed. Finally, from the statistical data held by the National Agency for Legal Defense of the State, with respect to claims for wrongful deprivation of liberty in Colombia during the period 2002-2014, a procedural strategy, which involves the principle of Security resignificar it is proposed legal, either through case-law or legislation, to effect timely compensation for the individual who was unjustly deprived of their freedom, so that an exceptional procedure for these matters to be established and so avoid re-victimization of the person affected with the measure, having to wait for more than a decade to be fully repaired by the Colombian State.

Key words

Principle of legal certainty , fundamental right , through judicial review, unjust deprivation of liberty, service failure , special damages , compensation for damage , legal liability, re- victimization , compensation, direct compensation .

Resumen del proyecto

Es histórica la ineficacia del sistema jurisdiccional colombiano con respecto al cumplimiento del principio de pronta y cumplida justicia. En este trabajo de grado se expondrá, como hipótesis de trabajo, la re-significación del principio de la Seguridad Jurídica en el orden jurídico colombiano para que, la justicia contenciosa administrativa se pronuncie de fondo sobre las pretensiones de los particulares en aquellos asuntos de privación injusta de la libertad. La hipótesis propone un camino expedito para evitar la re-victimización del particular que solicita efectivizar su indemnización de manera justa y oportuna en el tiempo.

La investigación se desarrolla en los diferentes capítulos a partir de describir las categorías conceptuales de normas de membresía y principios jurídicos en la estructura organizativa del cualquier sistema judicial. Posteriormente, se analizarán los antecedentes y criterios actuales que mantiene el sistema jurídico penal colombiano para dar lugar a la privación de la libertad de un particular. Por último, desde los datos estadísticos que posee la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, respecto a demandas por privación injusta de la libertad en Colombia durante el periodo 2002-2014, se propone una estrategia procesal, que consiste en resignificar el principio de Seguridad Jurídica, bien sea por vía jurisprudencial

o legislativa, para efectivizar de manera oportuna la indemnización del particular que fue privado injustamente de su libertad, de tal suerte que se establezca un trámite excepcional para estos asuntos y así evitar la re-victimización de la persona afectada con la medida, al tener que esperar por más de una década a ser reparada integralmente por el Estado Colombiano.

Palabras claves

Principio de la Seguridad jurídica, derecho fundamental, medio de control judicial, privación injusta de la libertad, falla del servicio, daño especial, reparación de perjuicios, responsabilidad judicial, re-victimización, indemnización, reparación directa.

Introducción

Históricamente el sistema judicial colombiano ha sido deficitario en el cumplimiento de términos temporales establecidos en la Ley para efectos de concluir de fondo las Litis que a él se someten. Ninguna jurisdicción escapa a éste aspecto de la eficiencia del aparato judicial colombiano.

Los antecedentes en el orden jurídico colombiano para efectivizar el derecho a ser reparado, bien sea por una falla del servicio o un daño especial de la justicia ordinaria, muestran que la decisión judicial de fondo puede prolongarse en un promedio de una década, constituyéndose en una re-victimización al particular. Distintas han sido las estrategias para disminuir o reducir la congestión judicial en Colombia, convirtiéndose dicha ineficacia en un asunto generalizado de la administración de justicia. Por ello, para éste trabajo de

investigación en particular, se estudiará la ineficacia que ha tenido la jurisdicción administrativa durante las últimas dos décadas, para el caso de aplicar el principio de pronta y cumplida justicia en asuntos de privación injusta de la libertad del particular.

En el primer capítulo, desde la Teoría Jurídica y la Teoría de los Derechos Fundamentales en la versión de Robert Alexy, se propone describir el rol de los principios jurídicos y de las normas de membresía, en su pretensión de ser efectivamente practicados en pos de realizar una justicia pronta y cumplida. En el segundo capítulo, desde el marco legal de las penas y medidas privativas de la libertad, se propone desarrollar los presupuestos normativos que conllevan a la privación injusta en el orden jurídico colombiano. En el tercer capítulo, desde la información de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, se propone un análisis socio-legal de los alcances del medio de control de reparación directa en asuntos de privación injusta de la libertad en Colombia, aunado a una propuesta de resignificación del principio de Seguridad Jurídica para estos casos.

Antecedentes del problema del objeto de investigación

La historia de la ineficacia del sistema judicial colombiano respecto a la lentitud de sus decisiones de sus fallos ha sido considerada como impunidad institucionalizada. Distintas han sido las estrategias para salvar éste obstáculo que actualmente ubican al sistema judicial como deficitario. Al respecto el Observatorio Legislativo del Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga afirma que:

“Según el informe de competitividad global 2011-2012 elaborado por el Foro Económico Mundial, el cual evalúa la eficiencia de los sistemas judiciales para resolver disputas, Colombia se encuentra en el puesto 88 entre 142. También ocupa el mismo puesto en el reporte del international property rights index, el cual mide el imperio de la ley (rule of law) en los países. En ambos informes el sistema judicial colombiano es considerado ineficiente.”¹ (La negrilla por fuera de texto)

El mismo observatorio legislativo afirma que:

“El informe Doing Bussines del Banco Mundial, en el indicador de cumplimiento de contratos, que evalúa la eficiencia del sistema judicial al momento de resolver una controversia contractual, Colombia ocupó el puesto 150 en el reporte de 2011 y 149 en el 2012 en un ranking de 183 países y el puesto 25 en América Latina y el Caribe entre 32 países. Dentro del indicador de celeridad, Colombia, con 1.346 días, ocupa en el contexto mundial, el puesto 178 entre 183 países”.² (La negrilla por fuera de texto)

A lo largo de los análisis de los antecedentes judiciales y jurisprudenciales en Colombia, se da por concluido que la reparación pecuniaria y de otras calidades otorgada por el Estado a aquel particular que ha sido privado injustamente de su libertad por falla del servicio o daño especial ocasionado por el Estado, tarda más de una década en ser efectiva. De tal manera, la legislación colombiana no podrá convertirse en un obstáculo de la materialización de dicha indemnización de perjuicios cuando el Estado agreda los derechos fundamentales de un particular (art 90 cp.), teniendo en cuenta la existencia de un mayor

¹ <http://www.observatoriolegislativoicp.org/>

² Ibídem

juicio de reproche por haberse configurado una responsabilidad judicial que desencadena en la privación injusta de la libertad de un particular.

Las estadísticas son dicientes. Según la Agencia Nacional de Defensa jurídica del estado, tan solo en el año 2014, el estado enfrentaba 293.526 procesos judiciales por un valor de 191,6 billones de pesos. De ese monto, 37 billones son por cuenta de demandas impetradas por colombianos contra la Fiscalía General de la Nación principalmente porque fueron privados de la libertad y luego declarados inocentes o a los que la justicia no les pudo demostrar la responsabilidad. Ahora bien, en lo que a términos procesales nos ocupa, encontramos numerosos casos donde la justicia contenciosa administrativa ha tomado más de una década en proferir un fallo definitivo respecto a la reparación del daño. Entre los casos más representativos por su connotación mediática están el de Alberto Jubiz Hasbum sindicado de ser autor material del magnicidio de Luis Carlos Galán, Pablo Enrique Zamora acusado de ser el homicida del entonces ex-director del periódico el Espectador Guillermo Cano, Rafaela Rodríguez Orejuela hermana de lo Rodríguez Orejuela acusada de enriquecimiento ilícito o el del ex-futbolista Rene Higuita quien también fue acusado por este último delito. Todos ellos privados injustamente de su libertad y reparados judicialmente una década e incluso dos, después de presentada la demanda de reparación directa hoy medio de control de reparación directa.

Formulación del problema de investigación

¿Porque re-significar o (re-categorizar) el principio de la “Seguridad Jurídica” en el medio de control de reparación directa, para efectivizar la indemnización del particular que fue privado injustamente de su libertad en el orden jurídico colombiano?

Planteamiento del problema

El orden jurídico, como construcción científica de la realidad de las relaciones jurídicas entre las personas, se modela a través de categorías que pretenden realizarse en la práctica cotidiana de tales relaciones. La Teoría jurídica ha construido a lo largo de la historia tales categorías, como son: normas, principios y reglas, las cuales se subdividen acudiendo a especificidades.

Para el caso del concepto de “Principio” éste tiene en una estructura de racionalidad de la realidad una función: de direccionamiento de la acción. Para el caso específico de la estructura racionalidad jurídica, los principios son la expresión de intencionalidad suprema del Estado para la realización de sus fines. Por ello, “los principios” son guía de los fines mismos de los órganos públicos en la elaboración e Interpretación de la legislación. Por otra parte, un principio no es una norma. Esta confusión solo obedece a la influencia que han tenido los juristas, en la Concepción normativista del Derecho que simplifica el fenómeno jurídico reduciendo al marco de las fuentes del Derecho, a la ley positiva.

En el sistema jurídico colombiano de manera anti-técnica en la constitución nacional de 1991 enuncia su título primero como: principios fundamentales. Y en el título segundo capítulo se titula: De los derechos fundamentales. De ésta manera, la estructura organizativa jurídica, del sistema jurídico colombiano, desconoce la naturaleza funcional de: norma, regla y principio.

El soslayar éstas distinciones o roles, hace que el sistema sea disfuncional para resolver casos prácticos. Uno de ellos, es precisamente, el problema de investigación: el hecho de que la responsabilidad o error judicial sea considerado como un principio de seguridad, hace que para el caso de privación injusta de la libertad, la responsabilidad del estado sea tramitada como reparación directa a través de la acción administrativa, con la concebida lentitud; ocasionando una re-victimización por parte del Estado al particular.

En Colombia, frente a las demandas administrativas de los fallos de los jueces de la jurisdicción penal, en los que exonera al procesado de toda responsabilidad, porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no era punible; estas se tramitan a través del medio de control de reparación directa. Actualmente los los fallos de la justicia Contenciosa Administrativa en asuntos de responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad del particular tienen sustento legal en la interpretación híbrida del Art. 90 de la Constitución Política de Colombia y la jurisprudencia del Art. 414 del decreto 2700 de 1991 (derogado), esto de la mano con la Ley Estatutaria de Administración de Justicia 270 de 1996 en sus artículos 68 y subsiguientes que amplía los presupuestos del derogado decreto y establece algunas pautas para regular la reparación directa en asuntos de privación de la libertad del particular.

Justificación de la investigación

Las históricas crisis socio-políticas de Colombia han hecho que su aparato institucional entre también en crisis y a veces sea disfuncional, a veces deficitario o a veces a ineficaz. La intensidad de las crisis condujo a la violencia armada de grupos paraestatales de delincuencia común o de delincuencia política. Entre ellas ciudadanos inocentes que bajo la crisis institucional han sido sometidos a jurisdicción penal por presunta participación en comisión de conductas punibles. Un análisis de las estadísticas de la Agencia de Nacional de Defensa Jurídica, demuestra, por un lado, el alto porcentaje de demandas contra el Estado por una falla del servicio o un daño especial en razón a la privación injusta de la libertad de una persona; y por otro lado, muestran el termino para que efectivamente la victima cobre la indemnización por el daño. Lo que se demuestra en forma evidente es que se configura un perjuicio, tanto para el particular como para el Estado por pago de moras e indexaciones.

Se propone en la investigación que para efectos de resolver éste problema jurídico disfuncional de la administración de justicia colombiana, se hace necesario que por vía legislativa o jurisprudencial se realice la transformación significativa del “Principio de seguridad jurídica” dentro del medio de control de reparación directa, esto para hacer efectivo el resarcimiento a los particulares que han sido privados de la libertad por responsabilidad de la Administración.

La investigación se ocupa no solo de visualizar el medio de control de reparación directa como mecanismo de protección fundamental ante el daño antijurídico propiciado por el Estado al particular, sino como una acción pronta y cumplida que necesariamente debe estar

revestida de seguridad jurídica, pues será este principio el que garantice la certeza del derecho. Justamente es allí donde radica la importancia de esta investigación. Así, la inclusión significativa del principio de la “Seguridad Jurídica” en el medio de control de reparación directa, se convierte en una estrategia para efectivizar de manera expedita la indemnización por la injusta privación de la libertad y proteger de tal manera, las garantías constitucionales que le asisten a esa franja de particulares que han sido privados injustamente de su libertad.

Marco teórico y conceptual

La naturaleza del ser humano por dar razones sobre su mundo circundante físico, ético o estético; siempre ha pretendido ser explicada y validada en términos más allá de la experiencia individual inmediata, a través de razones universalmente válidas. Esta racionalidad universalista ha evolucionado de explicaciones simples a sistemas explicativos complejos.

Fueron los griegos quienes inicialmente propusieron una explicación de su mundo circundante observado en términos de generales y perfectos -divino- y por ello forjaron el término: Teoría. Desde aquella época, el ideal de los teóricos es construir un sistema racional autónomo e independiente de la realidad empírica, que fuese capaz de explicar ésta, pero sin contener sus elementos, que la historia de la ciencia llamó: sistema axiomático. Fue Euclides en el siglo III de nuestra era, el que formuló un sistema axiomático para la ciencia de la Geometría a partir de la estructura sistema explicativo: axioma, postulado y definiciones.³ En términos lógico-técnicos un axioma es una verdad evidente por sí misma, que no necesita

³ Alberto Campos, “Axiomática y geometría desde Euclides hasta Hilbert y Bourbaki”, Edit. Universidad Nacional de Colombia.1994.

demostración. En términos no técnicos tanto el axioma como el postulado tiene el sentido de Principio.

El modelo axiomático de la Geometría paso de las ciencias exactas a ser aplicado a la ciencia jurídica. Fue Karl Friedrich Von Savigny en 1814 en su obra “De la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la ciencia del derecho” en la que propuso una estructura organizativa o sistema jurídico, construida como una teoría de conceptos ordenados jerárquicamente, cuya cúspide era el concepto o principio de Justicia. Un poco más de un siglo después, fue el profesor Vienes Hans Kelsen quien formula un sistema explicativo de lo jurídico, también en forma piramidal cuyo contenido son las normas cuya cúspide es la Norma Fundamental o Constitución. Con la aparición de la fenomenología de Edmund Husserl, aparecen propuestas axiomática jurídicas como las de Adolf Reinach en su obra: “principios apriorísticos del derecho civil” (1913) y la de Fritz Schreier obra “Conceptos y formas fundamentales del Derecho. Esbozo de una teoría formal del Derecho y del Estado sobre la base fenomenológica”, (1942). Pero es Herbert Hart, en su obra” El concepto de Derecho” en 1961 quien propone un modelo de sistema jurídico en el que discrimina: normas jurídicas, mandatos y órdenes.

Posteriormente, el teórico alemán Robert Alexy en su obra “Teoría de los derechos fundamentales” cualifica más aún las normas que se refieran a los derechos fundamentales. En su obra desde una perspectiva integrativa pluridimensional, propone construir una teoría estructural y analítica de los derechos fundamentales. Para la teoría de Alexy, los derechos fundamentales no son solo meras normas de rango constitucional sino que, en primer término,

constituyen derechos subjetivos que se expresan a través de normas vinculantes que los ciudadanos pueden hacer valer frente al Estado y ante los tribunales.⁴

Marco jurídico

El principio de la seguridad jurídica a pesar de no estar plasmado taxativamente en la Constitución Política de Colombia, hace parte integrante del ordenamiento jurídico colombiano puesto que obedece a un principio universal del derecho que por tanto despliega desde el preámbulo hasta los Artículos 1, 2, 4, 5 y 6 de la carta.

La regulación legal de la privación injusta de la libertad, como eje central de esta investigación, está establecido en las siguientes normas:

Decreto 2700 de 1991 (Derogado), “por medio del cual se expiden y se reforman las normas de procedimiento penal ” ; Ley 270 de 1996 art 68 (vigente), “ ley estatutaria de la Administración de Justicia” ; Ley 600 del 2000 (Derogada), “por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal” ; Ley 906 de 2004 (vigente), “por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal ; Convención americana de derechos humanos ; Constitución política de Colombia 1991. Art 90; Ley 1437 de 2011(vigente).Art 149 “por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

⁴ Laureano Gómez Serrano (2009) Teoría de los derechos fundamentales, P. 102. Ediciones doctrina y ley. Bogotá.

Marco social

La privación injusta de la libertad se ha convertido en una penosa realidad que han debido asumir las instituciones del Estado. Pero más allá de toda duda, es la confianza en la certeza del derecho la directamente maltratada cuando recaen cargas de injusticia sobre los particulares afectados con este tipo de detenciones.

Según cifras del Ministerio de justicia para el último periodo del año 2014, la población carcelaria albergaba 116.585 reclusos, de los cuales 41.178 eran sindicados, es decir el 35.32 % y 75.407 eran condenados, es decir el 64.67 %.⁵ Esto indica que más del 35% de los reclusos de la cárceles en Colombia para finales del año 2014 no contaron con un juicio justo que definiera de fondo su situación legal.

Así las cosas privar injustamente a un particular en el orden jurídico colombiano, bajo los presupuestos que son cargas soportables, son políticas represivas que degeneran y degradan las expresiones justicia, igualdad y derecho consagradas en la carta política.

Hipótesis

La categorización significativa del principio de la Seguridad Jurídica para que a través del medio de control de reparación directa, de manera excepcional en un término no superior a 8 meses en primera instancia y 4 meses en segunda instancia, la justicia contenciosa administrativa se pronuncie de fondo sobre las pretensiones del particular en

⁵ Proyecto de Ley "Por medio del cual se modifica parcialmente la Ley 906 de 2004 en relación con las medidas de aseguramiento privativas de la libertad". Bogotá 28 de Octubre de 2014.

aquellos asuntos de privación injusta de la libertad, de tal manera que este medio de control consolide una verdadera democracia moderna en Colombia en la que se aplique pronta y cumplidamente la justicia.

Categorías

La construcción de realidad jurídica, permite al ciudadano o al profesional del derecho optar por una serie de herramientas que le permiten dar razón de tal realidad construida. Para el caso de la presente investigación se ha hace necesario discriminar como categorías jurídicas:

Principios de seguridad jurídica y de pronta y cumplida justicia

Derecho Sustancial.

Una norma jurídica es la significación lógica creada según ciertos procedimientos instituidos por una comunidad jurídica y que, como manifestación unificada de la voluntad de ésta, formalmente expresada a través de sus órganos e instancias productoras, regula la conducta humana, en un tiempo y lugar definidos, prescribiendo a los individuos, frente de determinadas circunstancias condicionantes, deberes y facultades, y estableciendo una o más sanciones coercitivas para el supuesto que dichos deberes no sean cumplidos.

Los principios jurídicos son proposiciones que obran como directrices de los fines y actividades de las instituciones jurídicas. Para el caso de la investigación los principios de “Seguridad Jurídica” y el de “justicia pronta y cumplida” son deben orientar los fines de las instituciones de Estado. Ahora bien, en la práctica estos principios se quedan en mora cuando

se trata de hacer efectiva la indemnización de los perjuicios por la privación injusta de libertad.

Los Derechos fundamentales y su especial garantía se proponen, a partir del desarrollo histórico, desde su inclusión como normas constitucionales en Weimar (1918) primero prevenir los excesos del poder del estado contra el ciudadano y segundo crear las condiciones objetivas mínimas para que el ciudadano realice los derechos y deberes de pertenecer a un Estado social de derecho.

Al significado actual de los derechos fundamentales como derechos subjetivos de defensa del individuo frente a las intervenciones injustificadas del estado, corresponde su significado jurídico objetivo como preceptos negativos de competencia. Las competencias legislativas, administrativas y judiciales encuentran su límite siempre en los derechos fundamentales; estos excluyen el ámbito estatal que protegen, y en esa medida impiden su intervención.

Variable

A. Cantidad de las demandas administrativas de los fallos de los jueces de la jurisdicción penal, en los que exonera al procesado de toda responsabilidad, porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no era punible; las cuales se tramitan a través del medio de control de reparación directa, las cuales son crecientes según los datos de la Agencia de Defensa Judicial.

B. Tiempo de duración de las demandas administrativas de reparación directa por injusta privación de la libertad por falla del servicio o error judicial.

C. Falla del servicio entendida como la acción u omisión del Estado, que consiste en el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la administración dando origen a un daño al particular.

D. Daño especial entendido como el daño antijurídico generado por el Estado al particular, en ocasión a una actuación legítima de la administración.

Objetivo general

Proponer la re-significación del principio de Seguridad Jurídica en el medio de control de reparación directa, como herramienta para efectivizar oportunamente la indemnización del particular privado injustamente de su libertad.

Objetivos específicos

1. Re-significar el principio de la Seguridad Jurídica para efectivizar indemnización por injusta privación de la libertad en el orden jurídico colombiano, desde la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy.

2. Analizar a través de la información de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y los casos expuestos durante la investigación, la ineficacia e ineficiencia de la justicia

contenciosa administrativa, en asuntos donde un particular solicita ser indemnizado en razón a una privación injusta de su libertad.

3. Identificar a través de las penas y medidas privativas de la libertad en Colombia, cuáles han sido presupuestos legales que han dado origen a la privación injusta de la libertad.

Tipo de investigación

En rigor, y desde un punto de vista semántico, los tipos de investigación son sistemas definidos para obtener el conocimiento para el caso del presente proyecto, los tipos son como sigue.

Según la fuente de información, el proyecto de investigación es documental, puesto que se trata de obtener la información a través de dos clases de fuentes documentales diferentes. Por un lado, y en virtud a que esta investigación versa sobre la necesidad de hacer una hermenéutica de los principios de pronta cumplida justicia y el de la Seguridad Jurídica y se hace necesario acopiar información desde la literatura de la Teoría jurídica. Por otro lado, se trata de examinar con base en estadísticas dadas por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica, la disfuncionalidad del tradicional trámite ante la jurisdicción administrativa para reclamar la indemnización a causa de un daño antijurídico sufrido por un particular

Según el nivel de medición y análisis de la información, cuali-cuantitativa, puesto que parte la información dada por la teoría de la ciencia y por otro lado, obtiene información estadística de por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica de Colombia.

Según las técnicas de obtención de datos, es de baja estructuración, puesto que el investigador solo obtendrá información de la hermenéutica jurídica de la literatura jurídica y la confrontará o estructurará con la base en los datos de la por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica,

Según su ubicación temporal, la Investigación histórica aplicada, puesto que trata de un periodo de tiempo determinado Sin embargo, la investigación que involucra elementos socio-jurídicos en la experiencia colombiana y para la cual los resultados de la investigación pretenden ser aplicados como aporte innovador de la continua mejoría de la administración de la justicia.

Metodología

El proyecto aplicará dos métodos de investigación según su propia dinámica .Se aplicará el método cuantitativo o positivista caracterizado por identificar relaciones causales entre conceptos que proceden de un esquema teórico previo. De esta manera, éste método se aplicará a la exposición sobre la organización teórico-conceptual de la ciencia jurídica a partir de la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy. Pero también se aplicará el método cuantitativo a la exposición y análisis de los datos de la Agencia Nacional de defensa del Estado en los que se exponen cantidades de casos o cantidades de sumas de dinero que cuesta la ineficiencia del sistema judicial al condenar injustamente a los sujetos de derecho

El método cualitativo o etnográfico caracterizado por conocer y servir a una comunidad adoptando una actitud exploratoria y de apertura mental para comprender las realidades tal como existen, y describirla con riqueza de detalles. Rechaza la pretensión de

cuantificar toda realidad humana, pues considera a la cuantificación como irrelevante. Este método se aplicará en el proyecto, cuando se exponga los casos paradigmáticos de materialización de ineficiencia del aparato judicial al estado frente a los casos como: : i) Alberto Alfredo Jubiz Jazbum (privado de su libertad por 3 años y 4 meses, sindicado del homicidio de Luis Carlos Galán), ii) José Rene Higueta (ex futbolista privado de su libertad por 6 meses y 25 días sindicado de enriquecimiento ilícito), iii) Rafaela Rodríguez Orejuela (hermana de los narcotraficantes privada de su libertad por 4 años, sindicada de enriquecimiento ilícito), iv) Pablo Enrique Zamora (privado de su libertad más de 10 años, acusado del homicidio del exdirector del periódico El Espectador, Guillermo Cano).

Población y muestra

La población como concepto dentro de un proyecto de investigación, es entendida como el conjunto de personas con características comunes sobre las cuales recae el problema de investigación. Para el presente estudio, la población serán aquellas personas que fueron privadas injustamente de su libertad y que ante tal circunstancia iniciaron una acción judicial con miras al reconocimiento del daño antijurídico del cual fueron víctimas por parte del Estado Colombiano. Respecto a la muestra, se entiende como el grupo de personas, sucesos, eventos etc., que serán objeto de estudio y sobre los cuales se obtendrá información relevante para el desarrollo de la investigación .La selección de la muestra podrá ser probalística o improbalística. La primera significa que todos los sujetos de estudio tienen la misma probabilidad de ser elegidos para la muestra, como las balotas de una lotería y la segunda significa que los sujetos de la muestra son escogidos por el investigador en razón a que cumplen unas condiciones especiales a diferencia de los demás sujetos. La investigación para

esta ocasión será improbable puesto que los sujetos escogidos cumplen las siguientes condiciones: i) Fueron privados injustamente de su libertad por la justicia ordinaria. ii) Generan una mayor connotación mediática que los demás sujetos iii) Fueron puestos en libertad en razón a que se demostró que no habían cometido el delito que se les imputaba. iv) El proceso de reparación directa que iniciaron en contra del Estado Colombiano duro más de 10 años en tener un pronunciamiento definitivo. Las muestras que se analizaran durante el transcurrir de la investigación serán los casos de: i) Alberto Alfredo Jubiz Jazbum (privado de su libertad por 3 años y 4 meses, sindicado del homicidio de Luis Carlos Galán), ii) José Rene Higuíta (ex futbolista privado de su libertad por 6 meses y 25 días sindicado de enriquecimiento ilícito), iii) Rafaela Rodríguez Orejuela (hermana de los narcotraficantes privada de su libertad por 4 años, sindicada de enriquecimiento ilícito), iv) Pablo Enrique Zamora (privado de su libertad más de 10 años, acusado del homicidio del exdirector del periódico El Espectador, Guillermo Cano).

Fuentes de información primaria y secundaria

A. Fuentes de información primaria

-Responsabilidad patrimonial del estado por daños sufridos por quienes se encuentran privados de la libertad. Documento especializado de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica.

1 Edición. Diciembre de 2013.

-Lineamientos jurisprudenciales sobre responsabilidad del estado por privación injusta de la Libertad. Documento especializado de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica. 1 Edición. Junio de 2014.

-Privación injusta de libertad entre derecho Penal y el derecho Administrativo. Documento especializado de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica. 1 Edición. Mayo de 2013.

- Serrano Escobar, Luis Guillermo 2005. Responsabilidad del estado por privación injusta de la libertad. Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

- Peces-barba, Gregorio, Curso de Derechos Fundamentales Teoría General, Capítulo IX ILA seguridad Jurídica, Universidad Carlos III de Madrid IMPRENTA NACIONAL DEL BOLETIN OFICIAL DEL ESTADO DE MADRID, 1995.

B. Fuentes de información secundaria

- Eduardo Sánchez, Errores que cuestan, Revista Semana Edición 2014. Disponible en [:http://www.semana.com/opinion/articulo/demandas-por-encarcelamiento-injusto-desangran-al-estado-opinion-de-raul-sanchez/382375-3](http://www.semana.com/opinion/articulo/demandas-por-encarcelamiento-injusto-desangran-al-estado-opinion-de-raul-sanchez/382375-3)

- Revisar política criminal una necesidad del Estado-Otros autores, Revista Semana Edición 2014 Disponible en <http://www.semana.com/nacion/articulo/revisar-politica-criminal-una-necesidad-del-estado/397026-3>

- Magistrado Fajardo explica procedencia de reparación por privación injusta de la libertad. Revista especializada Ámbito Jurídico. Jueves 29 de Octubre de 2015 Disponible en [:http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti140905-04magistrado_fajardo_explica_procedencia_de_reparaci/noti140905-04magistrado_fajardo_explica_procedencia_de_reparaci.asp?print=1](http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti140905-04magistrado_fajardo_explica_procedencia_de_reparaci/noti140905-04magistrado_fajardo_explica_procedencia_de_reparaci.asp?print=1)

Técnicas e instrumentos de recolección de información

A. Análisis normativo

- Decreto 2700 de 1991 (derogado).
- Ley 270 de 1996 art 68 (vigente).
- Ley 600 del 2000 (derogada).
- Ley 906 de 2004 (vigente).
- Convención americana de derechos humanos.
- Constitución política de Colombia 1991.
- Ley 1437 de 2011(vigente).

B. Análisis jurisprudencial

-Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera-
Subsección A. Consejero Ponente HERNAN ANDRADE RINCON- Actor: ALBERTO

ALFREDO JUBIZ JAZBUM- demandado: FISCALIA GENERAL DE LA NACION Y OTROS- Acción de Reparación Directa. Bogota 29 de Enero de 2014.

-Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera- Consejero Ponente RAMIRO SAAVEDRA BECERRA Actor: JOSE RENE HIGUITA demandado: NACION - FISCALIA GENERAL DE LA NACION Acción de Reparación Directa. Bogota 20 de Febrero de 2008.

-Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera- Subsección C .Consejero Ponente ENRIQUE GIL BOTERO Actor: Alba Lucia Rodriguez Cardona y otros demandado: Nación- Fiscalía General de la Nación y Rama Judicial- Acción de Reparación Directa. Bogota 20 de Octubre de 2014.

Depuración y sistematización de la información

CODIGO	FUENTE - AUTOR	FECHA	DESCRIPCION DE LA FUENTE	CONTEXTO
101	Agencia Nacional de Defensa Jurídica	Diciembre de 2013	Documento especializado	Responsabilidad patrimonial del estado por daños sufridos por quienes se encuentran privados de la libertad
102	Agencia Nacional de	Junio de 2014	Documento especializado	Lineamientos jurisprudenciales

	Defensa Jurídica			sobre responsabilidad del estado por privación injusta de la Libertad
103	Agencia Nacional de Defensa Jurídica	Mayo de 2013	Documento especializado	Privación injusta de libertad entre derecho Penal y el derecho Administrativo
201	Serrano Escobar, Luis Guillermo	2005	Libro	Responsabilidad del estado por privación injusta de la libertad.
202	Peces-barba, Gregorio	1995	Libro	Curso de Derechos Fundamentales Teoría General
301	M.P HERNAN ANDRADE RINCON	29 de Enero de 2014.	Jurisprudencia C.E	Acción de Reparación Directa por privación injusta de libertad
302	M.P RAMIRO SAAVEDRA BECERRA	20 de Febrero de 2008	Jurisprudencia C.E	Acción de Reparación Directa por privación injusta de libertad
303	M.P ENRIQUE GIL BOTERO	20 de Octubre de 2014	Jurisprudencia C.E	Acción de Reparación Directa por

				privación injusta de libertad
401	CODIGOS		Normativa	Ley 270 de 1996 - 2700 de 1991 - Ley 600 del 2000 - Ley 906 de 2004 - Ley 1437 de 2011 constitución política de Colombia 1991
501	Revista Semana	2014	Artículo	Errores que cuestan
502	Revista Semana	2014	Artículo	Revisar política criminal una necesidad del Estado
503	Ámbito Jurídico	Jueves 29 de Octubre de 2015	Artículo	Magistrado Fajardo explica procedencia de reparación por privación injusta de la libertad.
504	Hoyos Duque Ricardo	2006	Artículo	Responsabilidad del estado por privación injusta de la liberta

CRONOGRAMA

ACTIVIDADES	ME S 1	ME S 2	ME S 3	ME S 4	ME S 5	ME S 6	ME S 7	ME S 8	ME S 9	ME S 10	ME S 11	ME S 12
DESARROLLAR LA IDEA												
ANTECEDENTES DEL PROBLEMA												
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA												
CONSTRUCCIÓN DE MARCOS: TEÓRICO Y CONCEPTUAL												
CONSTRUCCIÓN OBJETIVO GENERAL												
CONSTRUCCIÓN OBJETIVOS ESPECÍFICOS												
METODOLOGÍA												
RESULTADOS ESPERADOS												
BIBLIOGRAFÍAS												

Capítulo I

La re-significación del principio de la seguridad jurídica para efectivizar indemnización por injusta privación de la libertad en el orden jurídico colombiano, desde la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy

1. De los principios desde la filosofía

Desde el origen del pensamiento occidental, la tarea de *racionalizar* cualquier fenómeno en particular, ha consistido en interpretar los fenómenos circundantes físicos o sociales individualmente considerados primero, para hallar sus causas y sus efectos y segundo integrarlos con un principio universalmente válido y previamente aceptado. A esta forma de racionalizar se denominó: Filosofía hoy se llama: ciencia. Los primeros hombres que asumieron la explicación de los sucesos de la realidad utilizando la razón y explicarlos en términos de causa-efecto, desde la observación de ellos, fueron los presocráticos. Para ellos, *racionalizar* la Naturaleza, es descubrir la causa primera o elemento primero dado en el tiempo que existe en cualquier materia, que llamaron: *argé* –principio. Es decir, desde los primeros filósofos griegos, la explicación de un fenómeno particular debe ser *interpretada* desde su causalidad y ella estar *integrada* con un principio universal que rige, a su vez los fenómenos. La Escuela de los pitagóricos fueron los primeros en interpretar los fenómenos de la naturaleza –fisis- y los sociales –ethos- causalmente cualquier realidad desde *principios* inéditos en el pensamiento occidental, como: *harmonía cósmica*, *unidad* y el *número*. Para estos, una manifestación del *principio* en un fenómeno u objeto es el número o una fórmula matemática o las matemáticas mismas. Ellas son la identificación de la objetividad o realidad misma. Es decir, para los pitagóricos cualquier realidad en particular es cognoscible e

interpretada si ella es *integrada* a través de fórmulas matemáticas demostrables, *acusmatas* o *tetractis*, que a su vez, ellas son la expresión de principios universales: *harmonia*. Como lo afirma, sintéticamente Aristóteles:

*“Los llamados pitagóricos se dedicaron por de pronto a las matemáticas, hicieron progresar a esta ciencia. Embebecidos en éste estudio creyeron que los **principios de las matemáticas eran los principios de todos los seres** (...) Tal combinación de números, por ejemplo, les parecía ser la justicia, tal otra el alma y la inteligencia”*⁶ (la negrilla por fuera de texto).

De la anterior cita, se pueden extraer tres conclusiones, respecto al contenido semántico del concepto: principio. Primero. Para los pitagóricos, cualquier realidad posible existe – o es- ontológicamente como tal porque, obedece a un orden universal –harmonía- el cual éste obra como principio, origen, razón de existencia, causa última, verdad, esencia y fin. Segundo, la expresión del principio de orden universal, también debe ser aplicada en el comportamiento individual y social del hombre, a través del orden jurídico justo y del obrar justo. Los criterios de legislación jurídica y moral deben estar en relación con el orden natural de los objetos del cosmos. Tercero. La expresión de la *harmonía* del orden físico como del orden humano, se expresan a través de fórmulas matemáticas demostrables -teoremas. Así ocurre con la ciencia de la geometría o con justicia humana –*Diké*.⁷ Para los dos primeros casos, el concepto de “principio” tiene carácter ontológico, mientras que el tercer caso, obra con carácter guía metodológica.⁸

⁶ Aristóteles. *Metafísica*. 1975. Madrid. Edit. Espasa Calpe. Colección austral

⁷ Para el caso de la Justicia, su manera de expresarse y medirla será el concepto de proporción geométrica, la cual se manifiesta a la inteligencia mediante números. Entonces, en una razón de proporcionalidad el denominador o divisor recibe el nombre de base y puede escogerse según la necesidad de problema que se esté trabajando. Así: la razón $\frac{3}{5}$ la base es 5. Es usual decir: 3 por cada 5.

⁸ Por otra parte cabe agregar que la interpretación de los fragmentos de los textos de los presocráticos, desde la óptica materialista, permitió afirmar que sus reflexiones no son de carácter ontológico, sino ético-político;

Una de las tareas de la reflexión sobre el tema de la ciencia del estagirita, será por un lado, clasificar los principios desde la óptica ontológica y ello lo hace a través de la ciencia primera u la ontología. Desde aquí, un ser –o fenómeno o realidad- posee principios: substancia, esencia y accidentes que en un término constituyen las categorías. En el texto la metafísica en el libro quinto capítulo primero, está dedicado a dilucidar el significado del término: *principio*.⁹ Después de intentar agotar los diferentes significados del término, afirma:

*“Lo común a todos los principios es que son el origen de donde se derivan: o la existencia, o el nacimiento, o el conocimiento. Pero entre los principios hay unos que están en las cosas y otros que están fuera de las cosas.”*¹⁰

Para Aristóteles, la tarea de la ciencia, será describir los principios que rigen el pensamiento científico desde la perspectiva metodológica, inaugurando, luego: la Lógica. Entre los principios metodológicos que guían la racionalidad científica se encuentran: el de identidad, el de no-contradicción y el de tercero excluido. Desde aquí, la Lógica es un conjunto de saberes instrumentales –órganon- que conducen al pensamiento correctamente a los principios que permiten descubrir al Ser¹¹. En conclusión, existen “principios ontológicos”, y “principios lógicos o metodológicos”. Los primeros se identifican con el origen, causa primera del Ser en general. Los segundos, conducen u orientan la razón hacia la verdad mediante pasos o fases: son los principios del conocer. Según José Ferrater Mora, en su

por lo que el sentido de principio se extiende al actuar ético, moral o jurídico, que no serán del campo de la ciencia- episteme- sino de práctica cotidiana –*techné*.

⁹ Aristóteles, (19759) *Metafísica*, P. 98. Edit. Espasa-Calpe. Madrid.

¹⁰ *Ibíd.* P. 99.

¹¹ Como lo advierte José Ferrater Mora en su diccionario de filosofía abreviado. P. 325. Edit. Sudamericana.

Bogotá el término ser, ofrece varias dificultades semántica, porque desde el mismo idioma griego el “on” puede ser verbo sustantivo .El asunto se complica al traducirlo al latín bajo una interpretación teológica cristiana. Hay que recordar que el termino se origina en la primera pregunta desde la racionalidad científica: “el ser de las cosas”, hecha por los presocráticos. Ello porque estos creían que las cosas poseían un ser y que se suponía que a través de la razón pudiese descubrir ese ser.

diccionario de filosofía, la corriente filosófica que prioriza los “principios del ser” sobre “principios del conocer” se denomina: realismo.¹² Esta corriente la funda Aristóteles.

Entonces, en síntesis, desde la concepción realista de Aristóteles, el conocimiento en general y la ciencia en especial, tienen como punto de partida la observación de los hechos o fenómenos y su finalidad consiste en alcanzar “principios ónticos” universales, a partir de los cuales se pueda explicar fenómenos o problemas particulares y llegar a su identificación, tales como los principios de identidad, el tercero excluido, el de no contradicción, etc. Dado que cada una de las ciencias posee un objeto, las características onticas éste mismo objeto, le permitirá llegar hasta el conocimiento de sus propios principios. Y el conjunto de características comunes de los objetos, se denomina: la clase. Y, a su vez, la clase selecciona a los objetos por principios constitutivos a la que pertenece a un objeto determinado.

Por otra parte, respecto a los principios Aristóteles en sus respectivas obras “Primeros y segundos analíticos”, se propone establecer una clasificación o jerarquía –arkós- de los principios. Unos generales aplicables a cualquier ciencia y otros aplicables a las ciencias en particular. A los primeros principios serán llamados, axiomas; a los segundos, se denominaran: postulados.¹³

Durante en el medioevo las dos grandes escuelas tanto la Patrística como la Escolástica, el tema de los principios no sufrió ningún avance para la filosofía, pues sus reflexiones se orientaron a interpretar o adaptar lo afirmado por Aristóteles a la teología cristiana.

¹²José Ferrater Mora, (2006) diccionario de filosofía abreviado. P. 295. Edit. Sudamericana. Bogotá.

¹³Ibídem.

Solo hubo novedades en éste ámbito de la principialística hasta que aparecieron los aporte de Rene Descartes en su obra:” meditaciones metafísicas” en 1641. Como se sabe, la preocupación de Descartes, es hallar principios que permitan construir cualquier conocimiento posible que le presente la realidad cognoscente de manera clara y distinta utilizando el método de la duda metódica. Estos principios fundantes de cualquier conocimiento deben tener el carácter de indubitables, para que conduzcan a la certeza del conocimiento. Así lo afirma en su discurso del método:

*Hace ya mucho tiempo que, desde mi niñez, he admitido como verdaderas una porción de opiniones falsas, y que todo lo que después he ido edificando sobre tan endeble principios no puede ser sino muy dudoso e incierto; desde entonces he juzgado que era preciso acometer seriamente, una vez en mi vida, la empresa de deshacerme de todas las opiniones a que habían dado crédito, y empezar de nuevo, desde los fundamentos, si quería establecer algo firme y constante en las ciencias”.*¹⁴

2. De los principios en la ciencia jurídica

La reflexión sobre la justicia, está inmersa sobre las preocupaciones del hombre por racionalizar su estadía en el mundo, tanto natural como social. Desde los primeros griegos estuvo presente el valor de justicia, como una característica de lo humano relacionado con el orden celestial, la armonía cósmica, el orden natural. Por ello, la primera concepción del orden de normas sociales está copiada del orden de las cosas circundantes: orden de los planetas, orden de la naturaleza física; orden natural universal, que obedecen a principios universales y que los teóricos le llamaron Derecho natural. En consecuencia, la fuente de su

¹⁴ R. Descartes, 1982. El discurso del método. Madrid. Traducc. Manuel García Morente. Edit. Espasa-Calpe. Madrid.

legislación y de las decisiones judiciales no es la voluntad del hombre o de la sociedad o de la cultura, sino los principios preexistentes a la racionalidad humana.¹⁵

Desde la caracterización de la teoría jurídica las concepciones ius- naturalistas sustentan el sistema de normas desde los llamados principios inmutables, preexistente al hombre y validos universalmente. Es decir, la concepción ius-natural afirma la existencia de la Justicia en ab-soluto, no disuelta con elementos de la experiencia cultural, sino a partir de principios basados en el orden de la naturaleza- derecho natural griego-¹⁶ en el orden establecido en las leyes de Dios -derecho natural cristiano¹⁷, o en las orden metafísico- derecho natural moderno-¹⁸

Acontecimientos históricos de diferente índole larvados desde el siglo XII como los efectos del renacimiento dados en las artes, permitió en la segunda mitad del siglo XVI la reaparición de la explicación científica, la conformación de los Estados-nación, los desarrollos de la filosofía moderna en Descartes. Posteriormente en el siglo XVII la aparición de las

¹⁵ Para el Derecho Natural podría definirse *grosso modo*, como un sistema de normas ordenadas alrededor del valor de Justicia supra cultural. Su característica básica considera que el núcleo del fenómeno jurídico está determinado por principios por fuera de cualquier realidad socio- histórica posible, pero que a su vez todo orden jurídico cultural debe realizar. Así, las acciones individuales, las normas y las leyes del Estado, debían *estar en armonía con un orden universal, eterno y pre-existente al hombre.*

¹⁶La concepción griega que dominó en la historia antigua consideraba que todo orden normativo debe estar acorde con el orden cósmico. El descubrimiento de la existencia de leyes que rigen los órdenes sociales se debe a los griegos, específicamente a los presocráticos, a Platón, Aristóteles y a los estoicos.

¹⁷La concepción judeo-cristiana que dominó el mundo medieval- consideraba que el orden normativo debía imitar el orden jurídico dado en las sagradas escrituras. Desarrollado desde Tertuliano y San Agustín, por los Protestantes y en sus múltiples variantes, se declara partidario de una comunidad jurídica ecuménica que abarca a toda la humanidad.

¹⁸La concepción racionalista moderna que dominó la historia moderna hasta el siglo XVIII- se diferencia de las dos concepciones iusnaturalistas anteriores que la fuente del derecho no es una entidad divina, sino racionalidad abstracta no divina. La fuente del derecho es secular; es la razón humana universalizada con la autonomía de la voluntad capaz de racionalizar toda la realidad. La concepción del Derecho de ésta corriente se concreta, con la frase de Hugo Grocio: "El derecho Natural tendría validez aunque Dios no existiese". Sin embargo, no es la secularización lo característico del Derecho racionalista, sino la exaltación del Derecho Natural a una disciplina metódica del pensamiento, independiente de la teología moral. Entonces, el derecho racionalista tiene un doble origen: la concepción secular de Grocio y el racionalismo matemático de Rene de Descartes.

reflexiones de Kant y los efectos políticos de la Reforma, los aportes de las escuelas de jurisprudencia,¹⁹ y los movimientos literarios románticos en Alemania, permitieron que en el último tercio del siglo XVII el surgimiento de otra concepción teórica del derecho: el ius-positivismo. Inicialmente, el positivismo nace como parte de un proyecto del romanticismo alemán que propone al hombre como un ser creador de mundo, de orden humano lastrado por la historia y la cultura. De ésta manera, el derecho no dista de las creaciones literarias, artísticas o científicas. Por esto último, tiene un rigorismo propio de la ciencia de la geometría, la física o las matemáticas. De esta manera, el modelo de ciencia jurídica será el de ciencia vigente desde Euclides: formal- organizada en un sistema lógico axiomático.

3. Distinción entre regla y principio

En dirección a alcanzar el objetivo del capítulo la discusión se orientará a la distinción entre reglas y principios.

Para Dworkin la distinción entre reglas y principios se debe hacer desde un plano lógico y no lingüístico. El problema lo aboca en el ensayo titulado: El modelo de normas. Estas diferencias se pueden establecer así:

1. Las reglas operan dentro del esquema de “todo o nada”. Si existen los hechos expuestos en la regla ésta es válida de aplicar. Si no se dan los hechos ésta no es válida.

Además, la aplicación de una regla excluye la aplicación de otra. así lo afirma Dworkin :

¹⁹ Carlo Cannata , en su obra “ historia de la ciencia jurídica europea(1996) Traducción Laura Gutiérrez Masson, edit. tecnos, narra la evolución del Corpus Iuris y la evolución de la jurisprudencia europea por la influencia de diferentes eventos como el renacimiento y la reforma protestantes. Así hacia 1500 surgen en Europa el mos gallicus, la escuela culta y la jurisprudencia humanista.

*“Las normas son aplicables a la manera disyuntivas. Si los hechos que se estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada la decisión”*²⁰

El nexo entre hechos y conclusión jurídica a través de una regla es automático. Al contrario los Principios no establecen un nexo directo entre los hechos y la conclusión jurídica. Para resolver un caso se pueden violar dos a o más principios. Entre ellos no se excluyen.

2. La aplicación de varios principios a un solo hecho, hace necesario ponderar o sopesar cual principio se aplica. Cuando dos reglas entran en conflicto la aplicación de una excluye la aplicación de la otra.²¹

3. Es posible que se presenten conflictos entre regla-regla; principio-regla. En el primer caso, se aplica la lógica excluyente. En el segundo caso, respecto al segundo en realidad hay es colisión entre el principio que subyace a la norma y el principio colisionante. Por lo que se puede afirmar que las reglas pueden ser coexistentes en un caso. En conclusión las diferencias entre reglas y principios no es tan radical.

En conclusión el aporte de Dworkin a la teoría jurídica consiste en derrumbar la construcción axiomática- piramidal de los contenidos sustanciales y procesales del derecho propuestos desde Savigny hasta Hart pasando por Kelsen. Se aclara excepto, el caso de la primacía de la norma fundamental.

²⁰R. Dworkin .1995.El modelo de las normas. en: Los derechos en serio. Barcelona Edit. Ariel Derecho.

²¹Ibídem.

En el tercer Capítulo titulado: La estructura de las normas de derecho fundamental, aboca la definición de reglas, principios y valores y sus diferentes clasificaciones lo “Para su reflexión la distinción entre reglas y principios es uno de los pilares fundamentales del edificio de la teoría de los derechos fundamentales. Así, lo define:

“Los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. (...)En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Todo norma es o bien una regla o un principio.” ²² La negrilla por fuera de texto.

Se aclara. Entonces, es en vano todo esfuerzo de dividir las normas en principios y reglas dada la pluralidad de normas existentes. Las normas pueden dividirse entre reglas y principios y que entre las reglas y principios no existe solo una diferencia gradual sino cualitativa. Los principios son mandatos de optimización porque ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, he aquí el principal criterio de distinción entre reglas y principios según Alexy. Por ello estos mandatos pueden ser cumplidos en distintos grados. En cambio las reglas son normas que puede ser cumplida o no; distinto a los principios que se cumplen de manera gradual, las reglas entonces se cumplen o se incumplen, esto último no se puede predicar de los principios; queda así explicada la distinción cualitativa y no de grado entre reglas y principios.

²² Ibídem.

Respecto a las colisiones de principios y conflicto de reglas El conflicto de regla encuentra solución de dos formas: 1. Introduciendo una regla de excepción a una de ellas. 2. Una de ellas ha de ser declarada inválida.²³

Respecto a la colisión de principios, los principios no requieren de la introducción de una excepción o que uno de ellos debe ser declarado inválido, en estos, la cuestión se resuelve en función del peso argumentativo del principio que en la aplicación del caso se le dé al principio.²⁴ En penal principio de legalidad y principio de oportunidad los principios constituyen limitantes entre sí. Su aplicación en un caso concreto parte de los análisis de precedencia.

Respecto a la colisión entre principios Alexy recoge las respuestas del Tribunal Alemán, recoge la regla de solución la *relación de precedencia condicionada*, que consiste en que:

*“tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente. Las condiciones constituyen el presupuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente”.*²⁵

En el proceso de diferenciación, entre reglas y los principios, es que estos tienen un carácter *prima facie*. Es decir, "primera apariencia", ya que literalmente prima es la adjetivación de "primero", y facie significa "rostro" y por extensión "aspecto que presenta". También, significa "a primera vista" o "en principio", con lo que se da a entender la apariencia de un derecho o de una situación, sin que con ello se prejuzgue el asunto.²⁶

Según lo afirmado por Alexy se puede enlistar las características de los principios así:

Son razones *prima facie*.

²³Ibídem.

²⁴Ibídem.

²⁵Ibídem.

²⁶Ibídem.

Los principios ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas.

Presentan razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas.

No determina como ha de resolverse la relación entre una razón y su opuesta.

Pueden ser de dos tipos: procedimentales o sustanciales.

Proceden de lo general a lo particular.

Como normas “surgidas naturalmente” pueden ser contrapuestas a las normas “creadas”.

Los principios no necesitan ser establecidos explícitamente sino también derivados de una tradición de normaciones detalladas y de decisiones judiciales que, son expresión de concepciones difundidas acerca de cómo deber ser el derecho.²⁷

Con respecto al caso de las reglas sus características podrán ser:

Son razones definitivas.

Elas exigen que se haga exactamente lo que en ellas se ordena.

Contienen una determinación en el ámbito de las posibilidades jurídicas y fácticas.

En conclusión, el carácter *prima facie* de los principios está dado por la fuerza de la argumentación y el carácter *prima facie* [excepcionalmente] de las reglas está dado por una disposición de autoridad Sin embargo:

“El que las reglas, a través del debilitamiento de su carácter definitivo, no obtengan el mismo carácter prima facie que los principios, es solo una cara de la

²⁷ Se debe aclarar que contra la propuesta del *re significación* del concepto de principio. Alexy expone tres objeciones posibles. Primera: habría colisiones de principios solucionables mediante la declaración de invalidez de uno de los principios. Segunda, que existirían principios absolutos que no pueden nunca ser colocados en una relación de preferencia con otros principios, Y tercera, que el concepto de principio es demasiado amplio y por lo tanto inútil pues abarcaría todos los intereses que pueden ser tomados en cuenta las ponderaciones.

medalla. La otra es que tampoco los principios a través del reforzamiento de su carácter prima facie, obtienen el mismo carácter prima facie que las reglas.”²⁸

Para efectos de recoger elementos resolutivos para el problema planteado en éste trabajo de grado, el cual se podría concretar en encontrar reglas procedimentales que prioricen el trámite de demandas de indemnización contra el Estado colombiano, cuando ha ocurrido una privación de libertad injusta, Alexy afirma:

*“La decisión de incapacidad procesal ha mostrado que tanto las normas que conceden derechos fundamentales al individuo como las que ordenan la persecución de intereses de la comunidad, pueden ser concebidas como principios.”*²⁹

Pues bien, la hipótesis de trabajo de grado, propone: la re-significación del principio de la Seguridad Jurídica, como principio de resolución al problema ya mencionado, encuentra fundamento resolutivo en los siguientes términos de Alexy:

*“Es posible introducir una argumentación en beneficio de los principios del primer tipo (procedimental) en contra de los segundos (sustancial) y en contra de los bienes colectivos.”*³⁰

Pues en diferentes ítems, Alexy propone la re significación del concepto de principio y rebate uno a uno los argumentos en contra de su teoría principialistica, (valga repetir: (i) hay colisiones entre principios que si pueden ser resuelta acudiendo a la invalidez de uno de los principios en colisión, (ii) que existen unos principios absolutos que dado su carácter no permiten ser colocados en una relación de precedencia y (iii) que dada la amplitud del concepto de principio todos admitirían tener o abarcar todos los criterios o interés para determinar su ponderación según la cual los principios que construyen en el fragor de la argumentación en el caso mediados criterios de adecuación, necesidad y proporcionalidad.³¹

Así lo explica Alexy:

²⁸Ibídem.

²⁹Ibídem.

³⁰Ibídem.

³¹Ibídem.

*“Que el carácter de principio implica la máxima de proporcionalidad significa con sus (...) tres máximas parciales de adecuación, necesidad, (postulado más benigno) y proporcionalidad en sentido estricto (el postulado de ponderación propiamente dicho) se infiere lógicamente del carácter de principio, es decir, es deducible de él”*³²

Posteriormente, Alexy propone un modelo estructural del Derecho constituido de reglas y principios diferenciados hacia dentro de cada uno de ellos. Y afirma:

*“Desde el punto de vista de la vinculación al texto constitucional, de la seguridad jurídica y de la previsibilidad, el modelo puro de reglas es, sin duda, la alternativa más atractiva. (...) tres tipos de normación iusfundamental: la de los derechos fundamentales sin reserva alguna, la de los derechos fundamentales con reserva simple y la de los derechos fundamentales con reserva cualificada.”*³³

En el modelo de estructura del sistema jurídico propone un modelo combinado de principios y reglas pero diferenciado hacia dentro de ellos. Alexy procede a diferenciar respecto a las reglas, derechos fundamentales, tres clases; y respecto a principios establece dos niveles calificados por grados de generalidad. Veamos.

Derechos fundamentales otorgados sin reserva alguna. No hay restricción alguna. No hay ponderación. Tomadas al extremo literal garantizan demasiado. Derechos fundamentales con reserva simple. Tomadas al extremo literal garantizan muy poco.³⁴

4. La resignificación del principio de seguridad jurídica como garantía del derecho

Los principios no son normas, emergen al mundo como guías que orientan unos fines determinados. No necesariamente están expresos, pues pueden obedecer a factores de

³²Ibídem.

³³Ibídem.

³⁴Ibídem.

costumbre, lo cierto es que los principios como luces rectoras del ordenamiento jurídico deben garantizar el buen funcionamiento de las normas.³⁵

Bajo este entendido el principio de la seguridad jurídica abarca la estabilidad legal que ameritan las sociedades regidas por normas. Hart expone la seguridad jurídica como “*moral interna del derecho*” aduciendo que este concepto ligado absolutamente con el derecho, debe satisfacer ciertos requisitos para su real funcionamiento.³⁶

Esta investigación nace con la idea de re-pensar, re-categorizar el principio de seguridad jurídica en una actuación procesal en concreto, esta es ser reparado por el Estado en virtud a la privación injusta de la libertad. Re-significar algo, supone volver a plantearlo, dándole el verdadero valor de su esencia, así las cosas lo que se pretende replantear en esta investigación es el principio de seguridad jurídica que convertido en derecho para este asunto, debe ser el que goce un particular que pretende ser reparado cuando haya sido privado de su libertad injustamente.

Ahora, el principio de seguridad jurídica no se puede plantear únicamente como la certeza del derecho, puesto que si así fuera, se diría que sin importar el tiempo, si hay lugar a ello, el particular será reparado por el Estado en ocasión al daño. Lo que se pretende decir es que la seguridad jurídica como principio goza de factores como el cumplimiento oportuno en el tiempo.

Aplicado este precepto al derecho, el particular que ante el Estado pretende ser reparado, debe tener garantizado que la respuesta a sus expectativas, deberá atenderse en tiempos oportunos y justos, pero la realidad ofrece otra cara, puesto que como se expondrá mas adelante en el estudio de casos mediáticamente relevantes, la respuesta de la justicia tarda más de una década, e inclusive cuando esta llegue, puede que ya no exista reclamante.

³⁵La seguridad jurídica a través del derecho pretende protegernos de los maleficios del poder, la seguridad en el derecho segrega mecanismos jurídicos que pretendan vacunarnos frente a los maleficios del propio derecho.G.Peces barba. Curso de derechos Fundamentales.1995.Madrid.

³⁶G.R Carrio.1990. El concepto de derecho. Buenos aires.2ª edición, Abeledo Perrot.

La seguridad jurídica no puede carecer del elemento tiempo, por eso se hace necesarios re-significar tal principio en el procedimiento de reclamación mencionado, pues como se avizora, el daño reclamado obedece a una errónea visión de justicia por parte del Estado que conlleva a la pérdida injustificada y temporal de la libertad de un hombre.

La investigación se ocupa no solo de visualizar el medio de control de reparación directa como mecanismo de protección fundamental ante el daño antijurídico propiciado por el Estado al particular, sino como una acción pronta y cumplida que necesariamente debe estar revestida de seguridad jurídica, pues será este principio el que garantice la certeza del derecho. Justamente es allí donde radica la importancia de esta investigación. Así, la inclusión significativa del principio de la “Seguridad Jurídica” en el medio de control de reparación directa, se convierte en una estrategia para efectivizar de manera expedita la indemnización por la injusta privación de la libertad y proteger de tal manera, las garantías constitucionales que le asisten a aquellos que fueron agredidos con la pérdida de su libertad.

Capítulo II

Presupuestos legales que han dado origen a la privación injusta de la libertad a través de las penas y medidas privativas de la libertad en Colombia

1. De las penas y medidas privativas de la libertad en Colombia

En el sistema jurídico colombiano un particular puede ser privado de su libertad bien sea a través de la pena impuesta como resultado de un proceso penal o bien por una medida de aseguramiento dictada por un juez de control de garantías, que a juicio de muchos constituye una pena anticipada. Sobre esta última se enfocara este capítulo, pues al menos en la primera existe un proceso penal, en la segunda no.

En el ámbito penal la pena se puede definir como el castigo consistente en la privación de un bien jurídico por la autoridad legalmente determinada a quien, tras el debido proceso, aparece como responsable de una infracción del derecho y a causa de dicha infracción.³⁷ Es importante resaltar que el concepto de pena conlleva a la existencia de un proceso jurídico que está estructurado en etapas y que como finalidad busca determinar el grado de responsabilidad penal sobre el sujeto(s) investigado(s).

Hobbes afirmaba que la pena es un mal infligido por la autoridad pública a quien ha hecho u omitido lo que esa misma autoridad considera una transgresión de ley, a fin de que la voluntad de los hombres este, por ello mismo, mejor dispuesta a la obediencia.

Por otra parte, el sistema penal colombiano concibe una segunda manera para privar a un particular de su libertad, y es a través de la medida de aseguramiento privativa de la libertad. Este tipo de medida puede intentarse definir como una medida cautelar solicitada por el ente acusador (fiscalía) o en su defecto por la víctima o su apoderado, al juez de control de garantías, en aras de evitar la obstrucción de la justicia, asegurar la comparecencia del investigado al proceso penal o proteger a la comunidad y las víctimas.

³⁷ Entre otros MIR, PUIG, 1998. Derecho Penal Parte General. Santiago Ed. Reppertor, Barcelona 1998 .C.DE ROSAL, M. y V. Anton, T.S.1998, Derecho Penal Parte General. Barcelona

Ahora bien, las medidas de aseguramiento privativas de la libertad según el Art.307 de la Ley 906 de 2004 son: i) la detención preventiva en establecimiento de reclusión o ii) la detención preventiva en residencia señalada por el imputado. Estas medidas necesariamente recorren caminos quebradizos, pues ante el mas mínimo error en su práctica se lesiona constitucionalmente los derechos del imputado o acusado, dado que en estos casos el juez no ha tenido la oportunidad de observar el curso de un proceso penal, sino que deberá tomar la decisión de aplicar o no la medida de aseguramiento bajo los preceptos de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad que exige la ley, además de otros presupuestos que se estudiarán más adelante.

La legislación colombiana distingue dos tipos de medidas de aseguramiento. Las privativas de la libertad y las no privativas de la libertad. Aunque entre estas dos suman once tipos de medidas, la justicia parece empeñarse en utilizar únicamente las privativas de la libertad, que son la detención preventiva en prisión y la detención preventiva en residencia del imputado. Sobre las privativas la investigación hará un análisis más minucioso, pues en su mayoría se configuran como la causa del daño que el particular alega en contra del Estado por haber sido privado injustamente de su libertad.

2. Evolución legal de las medidas privativas de la libertad en Colombia

Según información del Ministerio de Justicia y del Derecho, el Estado Colombiano actualmente se enfrenta a más de 18.000 demandas en su contra por privación injusta de la libertad, lo cual se materializa en pretensiones cercanas a los 23 billones de pesos.³⁸ Estas cifras tienen como razón principal el uso desmedido, irresponsable y meramente técnico que hacen las con instituciones públicas en Colombia de la detención preventiva, actualmente consagrada en los Artículos 308 y subsiguientes de la Ley 906 de 2004.

En virtud a que la detención preventiva se convierte en una de las principales causas del problema de investigación, es imprescindible hacer un recorrido de la evolución normativa que ha tenido esta figura jurídica a lo largo del tiempo en nuestro ordenamiento legal. Es así

³⁸ J. Reyes. 2011 "La medida de aseguramiento no es ni podrá ser una condena anticipada para quienes no han recibido sentencia". Recuperado de <http://www.minjusticia.gov.co>

como se analizaran las falencias de la detención preventiva, que han llevado a convertir esta medida en regla y no en excepción como es su deber ser.

El Estado Colombiano no se ha caracterizado precisamente por tener una estabilidad legal en materia de legislación penal, sino por el contrario se ha visto inmerso en una marea de cambios de sus estatutos de procedimiento penal.

Iniciando con el Decreto 409 de 1971, derogado por el Decreto 0057 de 1987, seguido del Decreto 2700 de 1991, derogado por la Ley 600 de 2000 y por ultimo nuestro sistema penal oral acusatorio Ley 906 de 2004 con sus dos reformas incluidas, se da cuenta de cinco estatutos procesales en 35 años con sus respectivas reformas. Esto da cuenta de un promedio de un nuevo procedimiento penal cada 7 años, lo que necesariamente evidencia una inestabilidad no solamente jurídica, sino institucional y social de los parámetros que gobiernan derechos transversales de la Constitución Política de Colombia, como lo son el derecho a la libertad y libre locomoción.

La evolución de la medida de aseguramiento privativa de la libertad en Colombia que a continuación será soslayada, está sujeta a tres elementos principales que serán: i) la ley o decreto que promulgo la medida privativa de la libertad ii) Los requisitos sustanciales, entendidos como los requisitos fundamentales que deberán cumplirse para configurar la medida.iii) Procedencia de la medida entendida como los supuestos frente a los cuales procede la misma.

Decreto	Requisitos sustanciales	Procedencia de la medida
Decreto 409 de 1971	<i>“Art 439...i) La declaración de al menos un testigo. ii) Un indicio grave de que el acusado le asiste una responsabilidad penal.”³⁹</i>	<i>“Art 439.Cuando la infracción por que se procede tuviere señalada pena privativa de la libertad”.</i>

Según el citado artículo los presupuestos legales para detener preventivamente a un

³⁹ Código de Procedimiento Penal. Decreto 409 .Art.439 .1971.

particular entre los años 1971 y 1987 se sustentaban con la mera declaración de al menos un testigo o en su defecto un indicio grave de que al acusado le asistía una responsabilidad penal. Esto deja ver como desde sus inicios, la legislación penal había empezado a constituir supuestos jurídicos endebles para privar de la libertad a un particular. Bastara con imaginarse en cuantos procesos judiciales únicamente por la versión de un testigo se restringió la libertad de un sujeto, sin tener en cuenta otros elementos fundamentales para determinar la procedencia de la medida.

Decreto	Requisitos sustanciales	Procedencia de la medida
Decreto 50 de 1987	“ART 414 i) Cuando resultare por lo menos contra el procesado al menos un indicio grave de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso.” ⁴⁰	“Art 421...i) Que el delito imputado tenga una pena de 2 o más años. ii) Que el delito pertenezca a los mencionados en los Artículos 141, 142, 148, 149 ,117, 178, 179, 182, 189, 191, 193, 194, 197, 201, 207, 208, 209, 229, 230, 232, 233, 272, 277, 278, 279, 303, 333, 334, 336, 351 y los contemplados en el Decreto 2920 de 1982. iii) Cuando el procesado tuviere vigente alguna caución o auto de detención en otro proceso iv) Cuando hubiere captura en flagrancia del indiciado v) Cuando el procesado no otorgue caución o incumpla alguna de las obligaciones mencionadas en esta”.

El decreto 50 de 1987 corrige el protuberante error de la legislación anterior, que tenía como único requisito sustancial al menos un testimonio en contra del procesado, ahora este se redujo a un indicio grave en contra de este. Esto seguía siendo un quebradizo elemento

⁴⁰ Código de Procedimiento Penal. Decreto 50 .Art 414 y 421 .1987

sustancial de la medida. Ahora bien, en lo que a procedencia de la figura se refiere, la legislación penal comienza a especificar en qué casos es viable dictar una detención preventiva, punto sobre el cual ciertamente contempla otras situaciones que no se desarrollaban en el decreto de 1971.

Decreto	Requisitos sustanciales	Procedencia de la medida
Decreto 2700 de 1991	<p><i>“Art 388 i) Cuando contra el sindicado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad con base en Las pruebas legalmente producidas en el proceso.”⁴¹</i></p>	<p><i>“Art 397 i) Los delitos conocidos por jueces regionales ii) Que el delito imputado tenga una pena de 2 o más años iii) Que el delito pertenezca a los mencionados en los artículos 141 142 148 149, 177, 178, 179, 182, 189, 191, 193, 194, 207, 208, 209, 229, 230, 232, 233, 272, 277, 278, 303, 333, 334, 335, 336, 351 y los contemplados en el Decreto 1730 de 1991 iv) Cuando el procesado tuviere sentencia condenatoria por delitos dolosos o preterintencional que tenga prevista pena de prisión v) Cuando hubiere captura en flagrancia del indiciado. vi) Cuando el procesado no otorgue caución o incumpla alguna de las obligaciones mencionadas en esta. vii) Cuando el sindicado incurra en delito de lesiones culposas, se encuentre bajo la influencia del alcohol sustancias alucinógenas o abandone el lugar de los hechos sin justa causa”.</i></p>

⁴¹ Código de Procedimiento Penal. Decreto 2700. Art 388 y 397. 1991.

Durante la vigencia del decreto 2700 de 1991 se mantiene el quebradizo requisito sustancial de la medida privativa de la libertad, pero aumentan los presupuestos de procedencia de la medida, como por ejemplo agregar los delitos de lesiones culposas cuando el sindicado se encuentre bajo la influencia del alcohol, sustancias alucinógenas o abandone el lugar de los hechos sin justa causa.

Ley	Requisitos sustanciales	Procedencia de la medida
Ley 600 de 2000	<p>“Artículo 356. i)..Cuando aparezcan por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso. No procederá la medida cuando el procesado haya podido haber actuado bajo las causales de ausencia de responsabilidad.”⁴²</p>	<p>“Artículo 357.. i) Que el delito imputado tenga una pena de 4 o más años. ii) Que el delito pertenezca a los mencionados en los Artículos 112 inciso 3º, 113 inciso 2º, 114 inciso 2º y 115 inciso 2º), 112 inciso 3º, 113 inciso 2º, 114 inciso 2º y 115 inciso 2º (C. P. artículo 118, artículo 136, 153, 174, 206, 207 inciso 2º, 208, 210, inciso 2º, 240 numerales 2 y 3, 241 numerales 1, 5, 6, 8, 14 y 15, 246, 263 inciso 2º, 274, 276, 292 inciso 2º, 297, 298, 302, 312, 313, 337 inciso 3º, 350, 363, 366, 413, 447, 468. iii) Cuando en contra del sindicado estuviere vigente sentencia condenatoria ejecutoriada por delito doloso o preterintencional que tenga pena de prisión”.</p>

Por su parte la Ley 600 del 2000 modifica respecto a la legislación anterior, los requisitos sustanciales de la medida, añadiendo que no bastara tan solo un indicio grave sino dos en contra del procesado. A su vez concibe la inaplicabilidad de la medida privativa de la libertad cuando el procesado hubiese actuado bajo las causales de ausencia de responsabilidad.

⁴² Código de Procedimiento Penal. Ley 600 Art 356 y 357. 2000.

El gran cambio de esta ley se observa en los presupuestos de la medida, al pasar de 7 requisitos en el decreto del 1991 a tan solo 3 requisitos en la ley 600, eliminando presupuestos que habían sido reiterativos en los anteriores procedimientos, tales como el no aporte de la caución cuando le fuera solicitada al procesado. Otro cambio significativo es que para la procedencia de la medida, el delito imputado debía tener una pena igual o superior a 4 años, circunstancia considerablemente acertada, pues en las anteriores legislaciones el procesado que cometiera un delito cuya pena fuese de dos años o más, ya cumplía el requisito de procedencia para ser privado de la libertad.

Ley	Requisitos sustanciales	Procedencia de la medida
Ley 906 de 2004 con las reformas de la Ley 1142 de 2007, Ley 1453 de 2011 y Ley 1760 de 2015	<p><i>“Art 308...El juez a petición de la Fiscalía, decretara medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenida legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando. i) Que la medida sea necesaria ii) Que el imputado sea un peligro para la sociedad iii) Que sea probable que el imputado no comparezca al proceso. PARAGRAFO La</i></p>	<p><i>“Art.313 i) Que el delito sea de competencia de jueces penales del circuito especializados. ii) Que el delito imputado tenga una pena de 4 o más años. iii) Que el delito pertenezca al Título VIII del Libro II del Código Penal y cuando la defraudación sobrepase los (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes. iv) Cuando la persona haya sido capturada por conducta constitutiva de delito o contravención, dentro del lapso de los tres años anteriores, contados a partir de la nueva captura o imputación. Siempre que no se haya producido la preclusión o absolución en el caso precedente”.</i></p>

	<p><i>calificación jurídica provisional contra el procesado no será, en sí misma, determinante para inferir el riesgo de obstrucción de la justicia, el peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima y la probabilidad de que el imputado no comparezca al proceso o de que no cumplirá la sentencia. El Juez de Control de Garantías deberá valorar de manera suficiente si en el futuro se configurarán los requisitos para decretar la medida de aseguramiento, sin tener en consideración exclusivamente la conducta punible que se investiga.”⁴³</i></p>	
--	--	--

Finalmente la Ley 906 de 2004, conocida también como sistema penal oral acusatorio, trae diversas novedades en comparación con las legislaciones anteriores, cuando de medidas de aseguramiento privativas de la libertad se trata. Es necesario mencionar que esta ley ha sido sometida a tres reformas, las cuales han introducido nuevos postulados que a continuación serán materia de análisis.

Sin duda alguna esta ley contempla presupuestos totalmente apartados a las normas que le anteceden, tanto en los requisitos esenciales de las medidas como en los requisitos de su procedencia.

⁴³ Código de Procedimiento Penal. Ley 906. Art 308 y 313. 2004.

Respecto a los primeros, se establece que como requisitos fundamentales para configurarse la detención preventiva deberá demostrarse alguno de los siguientes postulados: i) Que la medida sea necesaria ii) Que el imputado sea un peligro para la sociedad iii) Que sea probable que el imputado no comparezca al proceso. Ahora bien, estos presupuestos se amplían del Art 309 al Art 312 de la citada ley, especificándole al juez, que se tendrá en cuenta para determinar la viabilidad de la medida, que significa que el imputado sea un peligro para la comunidad y que significa que pueda obstruir la justicia o no comparecer al proceso.

Por último se establece un párrafo en los requisitos sustanciales, que alerta al juez sobre el no permitir que la calificación jurídica provisional o la gravedad de la conducta, sean las únicas influencias para determinar la existencia de estos tres postulados, sino también lo invita valorar la configuración de los mismos en el futuro.

Respecto a los requisitos procedimentales, se establecen cuatro postulados, que de cumplirse con alguno de estos, procesalmente se configura un requisito legal, estos son : i) Que el delito sea de competencia de jueces penales del circuito especializados. ii) Que el delito imputado tenga una pena de 4 o más años.iii) Que el delito pertenezca al Título VIII del Libro II del Código Penal y cuando la defraudación sobrepase los (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes. iv) Cuando la persona haya sido capturada por conducta constitutiva de delito o contravención, dentro del lapso de los tres años anteriores, contados a partir de la nueva captura o imputación.

En razón a lo expuesto, en el orden jurídico colombiano el juez de control de garantías podrá ordenar una medida de aseguramiento privativa de la libertad contra un particular, a

petición del Fiscal o en su defecto el representante de las víctimas, siempre y cuando, del material probatorio y evidencia física recogida legalmente, se pueda inferir que el imputado es autor o participe de la conducta punible que se le imputa. Ahora bien, cumplido alguno o algunos de los requisitos de procedimiento señalados, deberá además demostrarse que la medida es necesaria, que el particular es un peligro para la sociedad o que exista la probabilidad de que el imputado no comparezca al proceso.

A continuación se citaran algunos ejemplos, que evidencian la intención legislativa que se tuvo en los inicios de la ley en análisis, para aumentar los presupuestos legales que configuran la detención preventiva.

Ejemplo 1.

Haciendo un leve esbozo desde su comienzo, sin ninguna de sus reformas, se observa que el Art.313 de la Ley 906 de 2004 citaba:

“Satisfechos los requisitos señalados en el artículo 308, procederá la detención preventiva en establecimiento carcelario, en los siguientes casos:

- 1. En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados “.*
- 2. En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años.*

3. *En los delitos a que se refiere el Título VIII del Libro II del Código Penal cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes*".⁴⁴

Con la primera reforma que tuvo la Ley 904 de 2009 a través de la Ley 1142 de 2007, al Art.308 se le incluyó un postulado como requisito procedimental de la medida, así:

"4. Cuando la persona haya sido capturada por conducta constitutiva de delito o contravención, dentro del lapso del año anterior, contado a partir de la nueva captura o imputación, siempre que no se haya producido la preclusión o absolución en el caso precedente".⁴⁵

Posteriormente con la segunda reforma a la Ley 904 de 2009 a través de la ley 1453 de 2011, se introduce una nueva modificación a este numeral 4 que agregaba la Ley 1142 de 2007, ampliando el presupuesto de haber sido capturado por delito o contravención dentro del año anterior a partir de la nueva captura, aumentándolo a tres años, quedando así:

"4. Cuando la persona haya sido capturada por conducta constitutiva de delito o contravención, dentro del lapso de los tres años anteriores, contados a partir de la nueva captura o imputación, siempre que no se haya producido la preclusión o absolución en el caso precedente".⁴⁶ (Se subraya para resaltar)

Esto sugiere que en caso de que un particular dentro de los tres años anteriores a la nueva imputación hubiese cometido otra conducta punible, cumplía de esta manera un

⁴⁴Código de Procedimiento Penal. Ley 906 sin reformas .Art.313 .2004 .

⁴⁵ Código de Procedimiento Penal.Ley 906 de 2004 con reforma de la Ley 1142 de 2007. Art 308.

⁴⁶Código de Procedimiento Penal. Ley 906 de 2004 con reforma de la Ley 1453 de 2011. Art.308

requisito de procedimiento para ser detenido preventivamente en establecimiento carcelario o en su domicilio.

Estos cambios significativos dentro de los postulados procedimentales de la detención preventiva, sin duda alguna, evidencian la intención legislativa de aumentar las razones por las cuales un particular deba ser privado de su libertad, desconociendo los efectos de tal orientación, tales como la sobrepoblación carcelaria, la afectación a los derechos humanos, el desmejoramiento de políticas públicas, y para el caso que nos ocupa, el descalabro fiscal del Estado por conciliaciones o condenas fundadas en la privación injusta de la libertad.

Ejemplo 2.

El artículo 310 de la Ley 906 de 2004, que desarrolla el Art.308 Núm. 2 y que se refiere a los presupuestos que determinan cuando un particular se constituye un peligro para la comunidad, originalmente establecía:

“Para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad, además de la gravedad del hecho y la pena imponible, deberán tenerse en cuenta las siguientes circunstancias:

1. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales.

2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos.

3. El hecho de estar acusado, o de encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento, o de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional.

4. *La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional*”⁴⁷.

Posteriormente la Ley 1142 de 2007, introdujo la siguiente modificación al Art 310:

*“Para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad, será suficiente la gravedad y modalidad de la conducta punible. Sin embargo, de acuerdo con el caso, el juez podrá valorar adicionalmente alguna de las siguientes circunstancias: “(...) (Se subraya para resaltar)”*⁴⁸

Ante el evidente desatino del legislador en esta modificación, la corte Constitucional advirtió que: *“no atiende los criterios de necesidad y proporcionalidad de la medida de aseguramiento y al establecer como suficientes la gravedad y la modalidad de la conducta se desconocen esos criterios y con ello el principio de libertad que cobija el proceso penal y el de legalidad de la medida preventiva para su privación, pues se olvida que no es suficiente ese criterio para determinar la procedencia o no del decreto de la misma, es imperativo que se consulte su necesidad”*.⁴⁹

Para subsanar este absurdo el legislador mediante la Ley 1453 de 2011, incluyó una modificación en la norma en comento, en el siguiente sentido:

“Para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad será suficiente la gravedad y modalidad de la conducta punible, además de los fines constitucionales de la detención preventiva. Sin embargo, de acuerdo con el caso, el juez

⁴⁷Código de Procedimiento Penal. Ley 906 sin reformas.Art.310.2004.

⁴⁸Código de Procedimiento Penal .Ley 906 de 2004 con la reforma de la Ley 1142 de 2007. Art.310

⁴⁹Corte Constitucional. Sentencia C-1198 de 2008.M.P Nilson Pinilla.

*Podrá valorar adicionalmente alguna de las siguientes circunstancias”.*⁵⁰ (Se subraya el texto incluido por la Ley 1453 de 2011).

Así las cosas, la Corte Constitucional finalmente declaró la asequibilidad condicionada de la norma en cita, asumiendo que *“para el funcionario judicial, al momento de determinar el peligro que el imputado representa para la comunidad, no es suficiente la gravedad y la modalidad de la conducta punible, sino que siempre deberá valorar, bajo las finalidades que la Constitución le ha otorgado a esa clase de medidas preventivas, además de los requisitos contenidos en el artículo 308 de la Ley 906 de 2004, las demás circunstancias contenidas en los numerales 1° a 4° del artículo 310 ibidem”.*⁵¹ (Se subraya para resaltar).

No cabe en la cabeza de ningún legislador medianamente hábil para proyectar el efecto de las leyes que proclama, establecer que para determinar si un particular es un peligro para la sociedad, el juez deba fijarse únicamente en la gravedad de la conducta que se le imputa, desconociendo otros elementos fundamentales como las condiciones sociales del imputado. Ahora bien, la relevancia de *“será suficiente la gravedad y modalidad de la conducta punible”*, es de grandes dimensiones, dado que si al criterio del juez este considera que la conducta es grave, consecuentemente la ley considera que el particular es un peligro para la comunidad, y bajo ese entendido el imputado ya cumple un requisito esencial para ser privado de su libertad.

Ejemplo 3.

⁵⁰Código de Procedimiento Penal. Ley 906 de 2004 con la reforma de la Ley 1453 de 2011. Art.310

⁵¹Corte Constitucional .Sentencia C-1198 de 2008. M.P Nilson Pinilla Pinilla.

Como si fuera poco, el mismo Art 310 en su numeral 3ero llegó a establecer como causal para ser considerado un peligro para la sociedad el hecho de “*estar [el imputado] acusado, o de encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento, o de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional*”.⁵²

Esta es otra prueba evidente de que la legislación penal ha intentado de todas las maneras posibles, dar mayores pautas a los fiscales y a los jueces para privar de la libertad al particular a través de la medida de aseguramiento. Esta necesidad del legislador desvirtúa el principio de inocencia del imputado, olvidando que la medida de aseguramiento tiene un fin meramente preventivo y no sancionatorio, pues esta causal lo que hace es producir efectos negativos en una medida en razón a otro proceso penal completamente diferente, es decir que si un particular goza de un subrogado penal por haber cumplido sus presupuestos y durante su vigencia es vinculado a otro proceso penal, inmediatamente se configura una causal para ser considerado un peligro para la comunidad y en consecuencia se estructura un requisito sustancial para la procedencia de la medida privativa de la libertad.⁵³

Advierte la corte ante tal circunstancia, que el legislador sin justificación alguna coloca en una misma situación a quien soporta una medida de aseguramiento o es acusado por cualquier delito, y a aquel que ya fue condenado por un delito doloso o preterintencional, circunstancia que es totalmente desproporcionada.

Ante este nuevo yerro, la corte decreto la inexecutableidad de la norma en comento,

⁵²Código de Procedimiento Penal .Ley 906 sin reformas Art.310. 2004.

⁵³Proyecto de Ley “Por medio del cual se modifica parcialmente la Ley 906 de 2004 en relación con las medidas de aseguramiento privativas de la libertad”. 2014.Bogota .

según la cual era viable dictar medida de aseguramiento cuando el particular estuviere bajo de medida de aseguramiento en otro proceso penal, afirmando que:

”Es evidente que el imputado o acusado que se encuentre cobijado por una medida de aseguramiento o por una formulación de acusación, está amparado por el principio de presunción de inocencia, por lo que resulta contrario al artículo 29 superior equiparar, como lo hace el inciso 3o del artículo 310 del C.P.P., estas situaciones procesales en las que aún no se ha desvirtuado la presunción de inocencia, con otros institutos como los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, que presuponen la existencia de una condena. De forma consistente, y como una afirmación de la libertad y de la presunción de inocencia que ampara a la persona sometida a proceso penal, la jurisprudencia de esta Corte ha destacado la importancia de que la decisión acerca de la imposición de una medida de aseguramiento de detención preventiva tome en cuenta la necesidad e idoneidad que esta ofrezca para asegurar los fines constitucionales del proceso, y que este mediada por criterios de razonabilidad. Esta valoración debe efectuarse en concreto, en relación con las características específicas del proceso en el cual se examina la posibilidad de adoptar una medida de aseguramiento, y no tomando en cuenta circunstancias que ya fueron objeto de valoración a la luz de los fines específicos de otro proceso”.⁵⁴

Finalmente el actual Numeral 3 del Art 310 sostiene que:

*“3. El hecho de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional.”*⁵⁵

⁵⁴Corte Constitucional .Sentencia C-121 de 2012. M.P Luis Ernesto Vargas Silva.

⁵⁵Código de Procedimiento Penal. Ley 906 de 2004 con la reforma de la Ley 1760 de 2015 .Art.310.

Eliminándose de tal manera el presupuesto absurdo de que el acusado estuviere bajo medida de aseguramiento en otro proceso penal, como factor para ser el particular considerado un peligro para la comunidad.

La inseguridad jurídica a la que se ha sometido las medidas privativas de la libertad en Colombia, suponen unas consecuencias de dimensiones constitucionales que recaen principalmente sobre los derechos humanos. No puede considerarse la detención preventiva como una carga que debe asumir el particular puesto que subsidiariamente las instituciones del Estado se ven deslegitimadas y amenazadas jurídicamente en razón a los 18.797 procesos jurídicos que en la actualidad hay en su contra por privaciones injustas de la libertad.

Para fortuna de esta investigación, durante su transcurso, en el mes de octubre del año 2014 la Fiscalía General de Nación representada por Eduardo Montealegre en coadyubancia con el Gobierno Nacional en cabeza del Ministro de Justicia Jessid Reyes, radicaron ante la Secretaria del Congreso de la Republica proyecto de ley con el fin de enmarcar de manera sensata los presupuestos de la detención preventiva en Colombia, lo cual se materializo en Julio de 2015 a través de la Ley 1760 de 2015 por medio de la cual se modifica la ley 906 de 2004 en relación a las medidas de aseguramiento privativas de la libertad. Esta ley entró en vigencia a partir de su promulgación, es decir a partir del 6 de Julio de 2015, a excepción del Art 1 y el numeral 6 del Art 4 que entraran en vigencia un año después de su promulgación.

Esta ley de tan solo cinco artículos es la pieza angular de la detención preventiva, pues ante las nefastas consecuencias que se han venido dando en el orden jurídico Colombiano por

esta figura jurídica, la misma fue concebida a manera de ver del investigador, con cuatro propósitos fundamentales, así:

1) Racionalizar y delimitar en el tiempo el uso desproporcionado de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad por parte de los agentes del Estado.

2) Descongestionar los centros penitenciarios, que actualmente cuentan con una sobrepoblación superior al 50%.

3) Reorientar la política criminal del Estado a políticas menos represivas penalmente.

4) Evitar al Estado un hueco fiscal por condenas y conciliaciones en procesos judiciales y extrajudiciales por privación injusta de la libertad del particular.

Estas finalidades, orientadas por los resultados palpables de las mareas legislativas en que ha estado inmersa la medida privativa de la libertad en Colombia, se pueden reflejar claramente en las ambiciosas propuestas de la Ley 1760 de 2015, que analizaremos a continuación:

Delimitar el tiempo de las medidas privativas de la libertad se convierte en la principal propuesta de la citada ley, esto en aras de dar luces de razón a esta figura jurídica que ha permitido por su estructura normativa, eternizarse en el tiempo, desvirtuando de tal manera la presunción de inocencia que recae sobre cualquier persona sometida a la medida. Así las cosas en el Parágrafo 1 del Art 1 de la citada ley, se desenlazan las propuestas para limitar en el tiempo la medida, así:

Propuesta 1:

” Art 1. Adicionándose dos párrafos al Art 307 Ley 906 de 2004 del siguiente tenor:

Parágrafo 1°: Salvo lo previsto en los párrafos 2° y 3° del artículo 317 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), él termino de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad no podrá exceder de un (1) año. Cuando el proceso se surta ante la justicia penal especializada, o sean tres (3) o más los acusados contra quienes estuviere vigente la detención preventiva, o se trate de investigación o juicio de actos de corrupción de los que trata la Ley 1474 de 2011, dicho termino podrá prorrogarse, a solicitud del fiscal o del apoderado de la víctima, hasta por el mismo término inicial. Vencido él termino, el Juez de Control de Garantías, a petición de la Fiscalía o del apoderado de la víctima, podrá sustituir la medida de aseguramiento privativa de la libertad de que se trate, por otra u otras medidas de aseguramiento de que trata el presente artículo.

(Se subraya para resaltar)”.⁵⁶ (Se subraya para resaltar).

Antes de la entrada en vigencia de la citada ley, existía una delimitación en el tiempo inconsistente y peligroso de la medida privativa de la libertad, lo cual se estipulaba en el Art.317 Causales de Libertad en sus Numerales 4to y 5to, de la siguiente manera:

“4. Cuando transcurridos sesenta (60) días contados a partir de la fecha de imputación no se hubiere presentado el escrito de acusación...

⁵⁶ Código de Procedimiento Penal .Ley 1760 .Art 1 .2015.

5. Cuando transcurridos ciento veinte (120) días contados a partir de la fecha de la formulación de la acusación, no se haya dado inicio a la audiencia de juzgamiento.”⁵⁷

Durante la redacción de tales numerales, olvido el legislador concebir varios momentos procesales importantes, dejando en el vacío tres etapas sin límite de tiempo, como lo son:

i) El tiempo máximo que debe transcurrir entre la presentación del escrito de acusación y la audiencia de formulación de acusación.

ii) El tiempo máximo que debe transcurrir entre la presentación del escrito de acusación hasta el inicio del juicio oral.

iii) El tiempo máximo que debe transcurrir entre la audiencia de juicio y la lectura de fallo.

Esto evidencia un vacío jurídico en la norma, que antes de la entrada en vigencia de la Ley 1760 de 2015, permitía eternizar la medida privativa de la libertad entre la presentación del escrito de acusación y la formulación de acusación, entre la presentación del escrito de acusación y la audiencia de juicio oral, lesionando constitucionalmente el debido proceso, la presunción de inocencia y en consecuencia la libertad del particular.

Ante tal inobservancia, la Corte Constitucional subrayó:

“...la duración de la privación temporal de la libertad, aplicable a las etapas de investigación y juzgamiento, consulta en una sociedad democrática el delicado equilibrio que debe mantenerse entre el interés legítimo del Estado de perseguir eficazmente el delito y

⁵⁷ Código de Procedimiento Penal. Ley 906 de 2004 antes de la Ley 1760 de 2015 .Art 317.

*sancionar a los culpables y, de otro lado, la necesidad de asegurar la libertad de las personas y la posibilidad de garantizar un proceso justo e imparcial”.*⁵⁸

Concluyendo que: “... *la indefinición de términos, particularmente cuando puedan afectar la libertad personal del procesado, resulta inconstitucional”.*⁵⁹

Acatados estos conceptos constitucionales, la Ley 1760 de 2015 respecto a las causales de libertad, propone cubrir los vacíos jurídicos mencionados en las etapas procesales comprendidas entre la presentación del escrito de acusación, la formulación de acusación y la presentación del escrito de acusación hasta la etapa de juicio oral así:

Propuesta 2 :

Art.317 Causales de libertad.

“4. Cuando transcurridos sesenta (60) días contados a partir de la fecha de imputación no se hubiere presentado el escrito de acusación o solicitado la preclusión, conforme a lo dispuesto en el artículo 294.

5. Cuando transcurridos ciento veinte (120) días contados a partir de la fecha de presentación del escrito de acusación, no se haya dado inicio a la audiencia de juicio.

6. Lo dispuesto en este numeral entra a regir a partir del 6 de julio de 2016

Cuando transcurridos ciento cincuenta (150) días contados a partir de la fecha de inicio de la

⁵⁸Corte Constitucional .Sentencia C-300 de 1994. M.P Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵⁹Ibídem.

*audiencia de juicio, no se haya celebrado la audiencia de lectura de fallo o su equivalente”.*⁶⁰

De las anteriores dos propuestas presentadas por ley 1760 de 2015 para limitar en el tiempo los efectos de las medidas privativas de la libertad, se infiere que :

Propuesta 1: A pesar de que la ley 906 de 2004 en su Artículo 175 expone una duración de los procedimientos, determinando los términos en que deben practicarse las etapas del proceso penal, no existía una norma imperativa, formulada coherentemente, que de manera integral estableciera un término máximo de la medida, en este caso se hizo la propuesta de un término de 1 año, prorrogable por otro periodo igual, en circunstancias excepcionales.

Propuesta 2: La modificación hecha a los Numerales 4 y 5 del Art 317 de la ley 906 de 2009, propone empezar a contar los términos de duración de la medida desde la presentación del escrito de acusación mas no desde la formulación de la casación como anteriormente disponía. En segundo lugar esta modificación propone que no podrán pasar más de 120 días desde la radicación del escrito de acusación y el inicio de la audiencia juzgamiento. Finalmente existía un tercer vacío entre la entre la audiencia de juicio y la lectura de fallo, el cual fue subsanado estableciéndose un término de máximo entre estas dos etapas de 150 días.

La detención preventiva es esencialmente la excepción y no la regla. Aunque este concepto parece básico, en la realidad del proceso penal este se desdibuja cuando observamos que de las 11 medidas de aseguramiento previstas en la Ley 906 de 2004, las más usadas son sin duda la detención preventiva en centro penitenciario o en domicilio. Para el caso se recoge el concepto del Fiscal Montealegre sobre asunto quien ha mantenido que: *“Con mucha preocupación hemos visto cómo la detención preventiva, que debe ser una medida*

⁶⁰ Código de Procedimiento Penal .Ley 906 de 2004 después de la Ley 1760 de 2015. Art 317

*excepcional dentro del proceso penal, se ha convertido en la regla general. Lo que queremos con este proyecto que presentamos es volver a la filosofía inicial del Sistema Penal Acusatorio en el sentido en que la regla general es la libertad y que la detención preventiva es la excepción”.*⁶¹

Son por estas razones, que otra gran apuesta de la Ley 1760 de 2015 por intentar racionalizar el uso de la medida, está en el Parágrafo 2 del Art 1 de la citada ley, que dicta:

*“Parágrafo 2°. Las medidas de aseguramiento privativas de la libertad solo podrán imponerse cuando quien las solicita pruebe, ante el Juez de Control de Garantías, que las no privativas de la libertad resultan insuficientes para garantizar el cumplimiento de los fines de la medida de aseguramiento.”*⁶² (Se subraya para resaltar).

Es de conocimiento que para el ente acusador la única medida de aseguramiento es la privativa de la libertad cuando existen otras 10 por las cuales podría optarse, razón por la cual este parágrafo busca precisamente ello, y es que el Fiscal demuestre que las medidas no privativas de la libertad son insuficientes, lo cual era una omisión por parte del acusador, que se limitaba a sustentar el por qué la privativa era la más conveniente y no a sustentar por que las no privativas eran inconvenientes.

Esta posición fue respaldada por el actual gobierno en cabeza de su ministro de justicia Yessid Reyes quien ha sostenido que:

⁶¹E. Montealegre.2014. “La medida de aseguramiento no es ni podrá ser una condena anticipada para quienes no han recibido sentencia”. Recuperado de <http://www.minjusticia.gov.co>

⁶²Código de Procedimiento Penal. Ley 1760. Pgf 2 Art 1 .2015

*“Se está exagerando en el uso de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad. El Código de Procedimiento Penal consagra 11 formas distintas de medidas de aseguramiento y nosotros estamos usando solo las privativas de la libertad. La prueba de que no en todos los casos la medida preventiva de la libertad es necesaria son las 18.000 demandas contra el Estado por privación injusta de la libertad, lo que suman 23 billones en pretensiones”.*⁶³

Otra propuesta clave de la ley en comento, es la clara advertencia que hace el legislador al juez de no dejarse llevar únicamente por la gravedad de la conducta imputada en aras de determinar el peligro para la comunidad del indiciado, tal y como lo disponía el Art 308 así: *“Peligro para comunidad: Para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la comunidad será suficiente la gravedad y la modalidad de la conducta punible, además de los fines constitucionales de la detención preventiva.”*⁶⁴ (Se subraya para resaltar)”

Derogado este aparte, el actual Art.310 de la ley 906 de 2004 Peligro para la comunidad sostiene:

*“ Para estimar si la libertad del imputado representa un peligro futuro para la seguridad de la comunidad, además de la gravedad y modalidad de la conducta punible y la pena imponible, el juez deberá valorar las siguientes circunstancias...”*⁶⁵ (Se subraya para resaltar)”

⁶³J. Reyes. 2011 “La medida de aseguramiento no es ni podrá ser una condena anticipada para quienes no han recibido sentencia”. Recuperado de <http://www.minjusticia.gov.co>

⁶⁴Código de Procedimiento Penal de la Ley 906 de 2004 antes de la Ley 1760 de 2015. Art 308

⁶⁵Código de Procedimiento Penal de la ley 906 de 2004 con la reforma de la Ley 1760 de 2015. Art.310

Este es un cambio verdaderamente importante en la estructura de la medida, pues la realidad jurídica era que los jueces, tal y como permitía la norma, únicamente sustentaban que el particular era un peligro para la comunidad, con sujeción a la gravedad de la conducta. Es por esto que adicional al Art 310, la ley 1760 de 2015 incluyó un párrafo dentro de los requisitos de la medida, y resalta nuevamente tal situación al juez, así:

“Art 308.PARÁGRAFO 1º. La calificación jurídica provisional contra el procesado no será, en sí misma, determinante para inferir el riesgo de obstrucción de la justicia, el peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima y la probabilidad de que el imputado no comparezca al proceso o de que no cumplirá la sentencia. El Juez de Control de Garantías deberá valorar de manera suficiente si en el futuro se configurarán los requisitos para decretar la medida de aseguramiento, sin tener en consideración exclusivamente la conducta punible que se investiga. (Se subraya para resaltar)”,⁶⁶

Estos cambios en las medidas privativas de la libertad, están forzados por la realidad de los centros penitenciarios, las demandas en contra del Estado y las agresiones al debido proceso, es por esto que la política criminal debe reorientar sus esfuerzos al mejoramiento de políticas públicas de prevención del delito, convivencia y seguridad. La inestabilidad de las medidas de aseguramiento le está costando caro al país, dándose plena credibilidad al adagio de que en Colombia se priva de la libertad para investigar y no se investiga para privar de la libertad.

⁶⁶ Código de Procedimiento Penal de la Ley 906 de 204 con la reforma de la Ley 1760 de 2015. Art 308

De las incidencias de la política criminal del estado en la privación injusta de la libertad

Del particular

La política criminal ha sido definida por la Corte Constitucional de Colombia como *“el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción”*.⁶⁷ Aunado a ello, indica que será el legislador quien oriente las políticas criminales del Estado, con la expedición de normas, reflejadas en la legislación penal.

Para la alta corte, la política criminal del Estado está ligada a normas de calidades como *“ ... (a) las que definen los bienes jurídicos que se busca proteger por medio de las normas penales, a través de la tipificación de conductas delictivas, (b) las que establecen los regímenes sancionatorios y los procedimientos necesarios para proteger tales bienes jurídicos, (c) las que señalan criterios para aumentar la eficiencia de la administración de justicia, (d) las que consagran los mecanismos para la protección de las personas que intervienen en los procesos penales, (e) las que regulan la detención preventiva, o (f) las que señalan los términos de prescripción de la acción penal “*.⁶⁸

Sentadas estas bases conceptuales, se observa que la política criminal del Estado Colombiano está diseñada sobre elementos de tipo normativos con desenlaces en el campo penal, excluyendo de toda aplicación políticas públicas que eviten que la conducta de los particulares trascienda a lo meramente judicial. En conclusión, las actuaciones del particular están sometidas a un Estado represivo, que si bien es cierto está facultado para restringir

⁶⁷Corte Constitucional .Sentencia C-646 de 2001 M.P Manuel Jose Cepeda Espinosa.

⁶⁸Corte Constitucional .Sentencia C-646 de 2001 M.P Manuel Jose Cepeda Espinosa.

libertades, no ha adoptado aun verdaderas políticas sociales, que conviertan por ejemplo la privación de la libertad en excepción y no en regla como actualmente sucede.

La lucha que ha dado el Estado Colombiano contra el crimen durante los últimos 50 años, da muestras significativas de que la medida privativa de la libertad es un arma con la que se pretende combatir los males que golpean al país en lo que a conductas delictivas se refiere. Señal de ello, es que hoy en día la sobrepoblación carcelaria supera el 50%. Tan solo en el año 2013 la capacidad de albergue que tenía el INPEC era de 75.726 cupos, mientras que la población penitenciaria y carcelaria se acercaba a las 116.274 personas, es decir que el sistema penitenciario colapsaba recibiendo 40.548 personas más de las que podía recibir. Lo más preocupante es que de esos 116.274 reclusos privados de su libertad, 35.446 eran personas en detención preventiva.⁶⁹

Lo que estas cifras dan cuenta es que: i) las condiciones humanas a las que se puede llegar a someter un particular que sea privado de su libertad, pueden ser denigrantes y vergonzosas en un Estado Social de Derecho. ii) La política criminal del Estado Colombiano está destinada al fracaso, si los fiscales siguen usando irresponsablemente las medidas privativas de la libertad con fundamentos juridico-tecnicos ante los jueces, lo que deriva necesariamente en el colapso de las instituciones penitenciarias y carcelarias, pero sobre todo en el descalabro fiscal del Estado en condenas por privación injusta de la libertad, que es el caso que nos ocupa. iii) Es de urgencia manifiesta una reforma integral a nuestro sistema penal, que oriente las medidas privativas de la libertad a lo estrictamente excepcional y que logre descongestionar nuestros centros penitenciarios y dar a los reclusos unas condiciones dignas de subsistencia.

⁶⁹ Documento Especializado de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Privación injusta de la libertad: Entre el derecho penal y el derecho administrativo. 2013.

No cabe duda que este tipo de reflexiones llevan a concluir que el Estado debe procurar por darle un uso excepcionalísimo a las medidas privativas de la libertad, que hagan de nuestro sistema penal, un sistema coherente con los presupuestos y garantías plasmadas en la constitución de 1991 a favor del particular, pero que a su vez logre prevenir de manera efectiva la comisión del delito. Es claro que Colombia funciona bajo un sistema excesivamente retributivo en materia penal, que busca actualizar la justicia por medio del castigo y que por el contrario ha restringido el crecimiento del sistema disuasivo o preventivo, que tiene como finalidad evitar la comisión del delito.

Ahora bien, la realidad de la Política criminal está plenamente desligada a los parámetros que ha expuesto la Corte Constitucional, en su lugar tenemos un Estado punitivo, que agrava las políticas de desarrollo social con la implementación irracional de normas que reprimen el comportamiento humano. Pero, ¿cuáles son las causas de esta debacle en la política criminal? Sin duda la respuesta la tiene la Corte Interamericana de derechos humanos al desmenuzar cada de una de las causas, así: “ *la falta de capacidad operativa y técnica de los cuerpos policiales y de investigación; la falta de capacidad operativa, independencia y recursos de las defensorías públicas; las deficiencias en el acceso a los servicios de defensa pública; la existencia de legislación que privilegia la aplicación de la prisión preventiva; la falta de mecanismos para la aplicación de otras medidas cautelares; la inversión de la carga de probar la necesidad de aplicación de la prisión preventiva; la corrupción; el uso extendido de esta medida en casos de delitos menores; y la extrema dificultad en lograr su revocación*”.

⁷⁰ (Se subraya para resaltar).

⁷⁰ Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Informe .2013.

Con el fin de dar solución a estos problemas, en el año 2011 se creó la Comisión Asesora para el Diseño de Lineamientos de Política Criminal en Colombia, con el fin de asesorar al Gobierno Nacional sobre verdaderas políticas criminales. Los conceptos de la Comisión se han materializado en informes que se presentan periódicamente ante el Congreso y el gobierno a fin de alertar a los poderes del Estado hacia donde están dirigiendo los lineamientos de la criminalidad en Colombia.

Uno de los principales conceptos que ha dado la Comisión sobre la Política Criminal que ha desarrollado Colombia en los últimos años ha sido : “...*la severidad penal no ha sido en Colombia una política criminal reflexiva y consistente para enfrentar desafíos criminales complejos, sino que es una expresión del ‘populismo punitivo’, que pretende que la solución a los problemas de impunidad o de incremento de ciertos crímenes debe ser siempre el aumento drástico de las penas*”⁷¹ .

Pero dicho esto, ¿Cuál es la relación que hay entre política criminal y privación injusta de la libertad? Pues bien, como se ha soslayado la política criminal en Colombia está diseñada bajo un modelo punitivo que consiste en criminalizar cualquier actuación de un particular con consecuencias en penas y medidas privativas de la libertad.

Ahora bien, a raíz de la Ley 1453 de 2011 por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad, se cambió radicalmente la población de personas privadas de la libertad. Antes de su entrada en vigencia, el 80 % eran condenados y el 20 %, sindicados. Según cifras del Ministerio de

⁷¹ Comisión asesora de Política Criminal. INFORME FINAL. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano. Bogotá, junio de 2012.

justicia para el último periodo del año 2014, la población carcelaria albergaba 116.585 reclusos, de los cuales 41.178 eran sindicados, es decir el 35.32 % y 75.407 eran condenados, es decir el 64.67 %.⁷² Esto indica que más del 35% de los reclusos de las cárceles en Colombia para finales del año 2014 aun no habían tenido un verdadero juicio penal con todas las garantías constitucionales que implica el debido del proceso. Ahora bien, pero que sucede si un porcentaje de ese 35.32% de reclusos, posteriormente es declarado inocente de la conducta endilgada ¿. En precisamente en este punto donde en principio emerge la responsabilidad patrimonial del Estado Colombiano, pues restringió la libertad de la persona bajo unos supuestos aparentemente legítimos pero que en realidad carecían de todo asidero jurídico. Se dice que “en *principio*”, pues existen causales eximentes de responsabilidad del Estado, que serán tratadas más adelante.

La detención preventiva en Colombia es una de las principales razones por las cuales el Estado enfrenta actualmente más de 18.000 procesos jurídicos en su contra por privación injusta de la libertad. La trascendencia de estos juicios no es menor, pues allí está en discusión el daño antijurídico que pudo haber padecido un particular sin haber estado en el deber jurídico de soportarlo, y que de comprobarse, habría vulnerado de manera grave la órbita de sus garantías constitucionales, bajo el entendido que para el ordenamiento jurídico Colombiano, el derecho a la libertad es considerado como el segundo más importante después del derecho a la vida.

Así como la Comisión sobre la Política Criminal en Colombia ha hecho los graves señalamientos ya mencionados sobre la represiva política criminal del país, la Comisión Interamericana de Derechos humanos tampoco ha dejado pasar inadvertida la práctica habitual

⁷² Proyecto de Ley “Por medio del cual se modifica parcialmente la Ley 906 de 2004 en relación con las medidas de aseguramiento privativas de la libertad”. Bogotá 28 de .2014.

de la detención preventiva, al respecto ha sostenido que “ *La Comisión Interamericana ha observado como una tendencia generalizada en la región el que muchos Estados han planteado como respuesta a los desafíos de la seguridad ciudadana, o al reclamo de la sociedad, medidas legislativas e institucionales que consisten fundamentalmente en un mayor uso del encarcelamiento de personas como solución al problema. Estas reformas legales, que a lo largo de la última década han venido replicándose en los distintos Estados de la región, están orientadas a restringir o limitar las garantías legales aplicables a la detención de personas; potenciar la aplicación de la prisión preventiva; aumentar las penas y ampliar el catálogo de delitos punibles con pena de prisión; abstenerse de establecer medidas alternativas a la prisión y restringir el acceso o la posibilidad de concesión de determinadas figuras legales propias del proceso de ejecución de la pena en las que el recluso progresivamente va ganando espacios de libertad* “.⁷³

Para la Corte interamericana de derechos humanos, en Colombia desde la llegada del sistema penal oral acusatorio, se han producido una serie de reformas legislativas que han producido un impacto de grandes dimensiones en el aumento de la población penal.

Así por ejemplo, la CIDH observa que desde el año 2004, fecha en la que se introdujo el sistema penal acusatorio en el ordenamiento jurídico colombiano, se han adoptado una serie de reformas legislativas que independientemente de ser compatibles o no con la Convención Americana, sí han producido, en mayor o menor medida, un impacto real en el aumento de la población penal.

⁷³ Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Informe .2013.

Pero las críticas que hace la alta Corte a la política criminal, van más allá. Para la CIDH”... *en Colombia se está utilizando la detención como una herramienta de investigación. En un contexto en el que existen importantes presiones sociales, mediáticas e incluso provenientes de las propias autoridades públicas en torno a la efectividad de la represión penal, frente a la delincuencia y la impunidad*”.⁷⁴

Nada alejada de la realidad, están los conceptos que exponen las comisiones respecto a la detención preventiva en el país. La realidad fehaciente y verídica, es que en Colombia la solicitud de medidas de aseguramiento que presentan en su mayoría los Fiscales, están sujetas a soportes ”legales” infundados, que convierten la sospecha en prisión, a pesar de las debilidades que ostenten las pruebas que presentan.

⁷⁴ *Ibíd.*

Capítulo III

Ineficiencia de la justicia contenciosa administrativa en asuntos donde un particular solicita ser indemnizado en razón a una privación injusta de su libertad

1. Responsabilidad del estado por la privación injusta de la libertad de los particulares

El concepto de privación injusta de la libertad, antes de la entrada en vigor de la constitución de 1991, estaba planteado bajo los elementos de la responsabilidad extracontractual, es decir que este concepto no era visto como una modalidad de daño atribuible al Estado con características diferentes a los demás tipos daños conocidos hasta el momento⁷⁵.

Otro panorama se vislumbraba en el derecho comparado, es especial los franceses, quienes propusieron mediante la Ley del 17 de Julio de 1970 en su art.149, la primera noción legal de la privación injusta de la libertad. El Artículo rezaba “ *Puede otorgarse una indemnización a la persona que haya sido objeto de una detención (prisión) preventiva en el curso de un procedimiento que haya finalizado con una decisión absolutoria, de rechazo o de sobreseimiento que sea firme, y siempre que la detención (prisión) le haya causado un perjuicio manifiestamente anormal y de una particular gravedad* ”.⁷⁶

⁷⁵ Documentos especializados de la 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>

⁷⁶Código de Procedimiento Penal Francés. Ley del 17 de Julio de 1970. Art 149.

Por su parte los alemanes mediante la Ley del 08 de Marzo de 1971 contemplaron la idea de indemnizar a aquellas personas que en ocasión a la persecución penal por parte del Estado, hubiesen sido absueltos legalmente, se hubiese decretado el sobreseimiento o se hubiese negado la apertura de juicio oral, siempre y cuando se hubiera producido un daño⁷⁷.

Para los españoles, la privación injusta de la libertad, tenía una connotación mucho más importante, que los llevo a elevar este concepto a rango constitucional.⁷⁸ Así las cosas mediante la ley de 01 de Julio de 1985, que desarrollaba el Art.121 de la Constitución española de 1978, señaló en el Art.294 que: *“Tendrán derecho a la indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se les haya irrogado perjuicios.”*⁷⁹

El concepto de privación injusta de la libertad ha sido tratado por el hombre desde hace muy poco tiempo, lo cual permite inferir que es ínfimo lo que el pensamiento humano ha puesto para su real entendimiento. Colombia no ha sido la excepción al tardío desarrollo de este concepto, inmerso en una marea de interpretaciones, algunas menos erradas que otras, pero que finalmente terminan por dividir posturas en las altas cortes, quienes han sido los principales legisladores de esta figura.

⁷⁷Serrano Escobar L.G .2005. Responsabilidad del Estado por Privación Injusta de la libertad. Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

⁷⁸Art 121 de la Constitución española sostiene: “Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la administración de justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley.”

⁷⁹Ley Española del 01 de Julio de 1985. Art 294.

2. Lineamientos legales y jurisprudenciales de la responsabilidad estatal por la privación injusta de la libertad del particular

La responsabilidad patrimonial del Estado tiene diferentes elementos de estudio según el tipo de daño que se haya ocasionado. Así, la responsabilidad estatal por la privación injusta de la libertad de un particular tiene presupuestos de análisis muy diferentes a la responsabilidad del estado por la muerte de un particular, a pesar de que en los dos ejemplos resulta un daño antijurídico. En tal sentido cuando un particular es privado de su libertad y posteriormente es absuelto por las circunstancias que fuesen, se piensa ipso facto en una falla del servicio o un error judicial, pero lo cierto es que para el derecho colombiano no ha sido fácil llegar a enmarcar jurídicamente la responsabilidad del estado por este tipo de daño.

En consecuencia el Consejo de Estado, como autoridad en la materia, ha adoptado a lo largo del tiempo tres posiciones respecto a la responsabilidad atribuida al Estado por la privación injusta. Estas son:

i) Existe una responsabilidad SUBJETIVA, pues para configurar la misma se exige una conducta fallida en la administración de justicia y una decisión contraria a derecho.

II) la Responsabilidad del Estado para el caso se considera OBJETIVA pues para el desarrollo de la misma se exige que el particular privado de la libertad haya sido absuelto por que el hecho no ocurrió, o no le es imputable o la conducta era atípica, es decir conforme a los presupuestos del Art 414. Dec.2700 de 1991(anterior C.P.P).

III) Existe una responsabilidad de carácter CONSTITUCIONAL enmarcada en el Art 90. De la C.P, al sostener que el Estado es patrimonialmente responsable por los daños

antijurídicos que le sean imputables, razón por la que si el particular es absuelto y puesto en libertad después de haber sido privado de la misma, el Estado deberá asumir los daños que este logre demostrar derivados del perjuicio.⁸⁰

El desarrollo legal de la privación injusta de la libertad ha tenido tres vertientes jurídicas sobre las cuales se ha desarrollado la jurisprudencia existente sobre el tema. La primera corresponde al Art.90 de la Constitución que señala:

*« Artículo 90. 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, aquel deberá repetir contra este ».*⁸¹

Este Artículo es el principio legal que le atribuye al Estado la obligación de indemnizar a los particulares víctimas de sus acciones u omisiones. Ahora bien, respecto a la privación injusta de la libertad, el Art 90 de la Constitución Política ha sido clave para el desarrollo jurisprudencial de la materia, pues en términos de legislación, es ambiguo y precario lo que a la actualidad se ha desarrollado.

El decreto 2700 de 1991 que regulaba el procedimiento penal colombiano antes de la creación de la ley 600 de 2000, regulo por primera vez en la legislación colombiana, la privación injusta de la libertad, a través de su Art 414 que sostenía:

“ARTICULO 414. INDEMNIZACION POR PRIVACION INJUSTA DE LA

⁸⁰Hoyos Duque R. 2006. Responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad. Bogota.

⁸¹Constitución Política de Colombia. Art 90. 1991

LIBERTAD. *Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios. Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave”.*⁸²

Este artículo a pesar de haber sido derogado por la ley 600 del 2000, permitió a la comunidad jurídica definir que para ser indemnizado en ocasión a una privación injusta, el particular debía ser absuelto por sentencia judicial bajo las causales de: i) Que el hecho no haya existido. ii) Que la conducta fuese atípica iii) Que el sindicado no hubiese cometido el delito. Este artículo llevó a mantener la postura jurisprudencial, de que en casos de privación injusta de la libertad, al Estado le asiste una responsabilidad objetiva, pues no se analiza la conducta de la autoridad que incurrió en el error o falla del servicio, sino que se analizan los presupuestos legales del citado artículo, es decir las causas que motivaron la sentencia que absolvió al particular de toda responsabilidad penal.

Cuando entro en vigencia la ley 600 del 2000 que derogaba el decreto 2700 del 1991, esta no contempló ningún presupuesto para la privación injusta de la libertad como lo hacía la anterior ley y borró del código de procedimiento penal los elementos de juicio objetivos para determinar la responsabilidad del Estado en estos temas.

Solo hasta la entrada en vigencia de la Ley Estatutaria 270 de 1996, se vuelve a legislar respecto a la privación injusta de la libertad, lo que actualmente se materializa en el Art 65, 68 y 70 de la citada ley que reza:

⁸² Ley Estatutaria 270. Art 414. 1996.

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

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

*ARTICULO 68. PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios.*⁸³

El nuevo régimen normativo de la privación injusta de la libertad es completamente diferente al anterior, pues ahora ya no se establecen los presupuestos en los cuales procede la indemnización por privación injusta, sino que de manera general e imprecisa se hace una invitación a demandar en caso de injusta privación. Ahora bien, el término “injustamente” citado en el Art 68 de la ley en comento, fue aclarado por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-037 de 1996 en donde sostuvo la corte que:” *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*”.⁸⁴

Esta aclaración, resulto siendo una confusión, pues el particular privado de su libertad injustamente, según la aclaración de la corte, ahora deberá demostrarle al juez contencioso que la decisión de su privación fue injusta, arbitraria, contraria a ley, desproporcionada entre otras.

Según Ricardo Hoyos exconsejero de Estado, *“La corte incurrió en una imprecisión al*

⁸³Ley Estatutaria 270. Art 65 Art 68. 1996.

⁸⁴Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-037.1996.

*confundir la vía de hecho con la privación injusta de la libertad, pues exige como presupuesto de esta una decisión abiertamente arbitraria que, inclusive desborda los requisitos establecidos respecto del error judicial, esto es, que la providencia sea contraria a la ley”.*⁸⁵

Esta interpretación de la Corte pone mayores obstáculos al particular que pretende ser indemnizado, pues ya no bastara demostrar que la privación fue injusta sino que además fue injustificada.

Esta ley estatutaria en comento también prevé en su Art 70 que:

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

Esto significa que no siempre que un particular haya sido privado injustamente de su libertad hay lugar a su indemnización, pues habrá que evaluar la existencia de una culpa exclusiva de la víctima, es decir que la administración de justicia puede tomar decisiones equivocadas a causa de la actuación dolosa o culposa del procesado, como por ejemplo lo sería la persona que se auto incriminara para proteger a un tercero y posteriormente fuera puesta en libertad por considerarse inocente del delito imputado.

Un ejemplo del mencionado supuesto lo trae a colación la sentencia del Mayo 2 de 2007 , Exp 15463 del consejero Mauricio Fajardo, quien considero en la citada providencia que el Estado no debía responder patrimonialmente por el daño endilgado por el particular , puesto que se demostró que la medida de aseguramiento se profirió por el hecho exclusivo de la propia víctima. Asi lo citó:

85. Hoyos Duque R. 2006. Responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad. Bogota.

“Sin embargo, dadas las particularidades del presente caso y consecuentemente con la línea jurisprudencial a la que, igualmente, se aludió en precedencia –de acuerdo con la cual la culpa exclusiva de la víctima, entendida como la violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado, exonera de responsabilidad a la Administración–, no puede menos que concluirse que, con base en los elementos de prueba a los cuales se ha hecho alusión, está demostrada en el expediente la concurrencia de la culpa exclusiva de la víctima, (...), en el acaecimiento del resultado en que se tradujo la decisión de la Fiscalía General de la Nación al proferir una medida de aseguramiento en su contra, esto es, la pérdida de su libertad.

Y es que, a juicio de la Sala, está plenamente acreditada en el expediente la inexistencia de vínculo causal –desde la perspectiva de la causalidad adecuada, se entiende– entre la tantas veces mencionada medida de aseguramiento y los perjuicios por cuya indemnización se reclama en el sub lite, (...) la privación de la libertad de la señora (...) no tuvo su causa eficiente o adecuada en la actividad de la Administración de Justicia –a pesar de ser la causa inmediata–, sino en la conducta asumida por la víctima.

Para la Sala no ofrece duda alguna el hecho de que la señora (...) no obró en la forma debida o, mejor, en la que le era jurídicamente exigible en el desempeño de sus funciones como almacenista. Por el contrario, actuando con negligencia e imprudencia máximas, dado el desorden, la impericia, el desgreño y la incuria con las cuales manejó los bienes y haberes a su cargo, dio lugar a que, cuando se practicó la experticia correspondiente dentro de la investigación penal, apareciera comprometida por los faltantes encontrados en el almacén, lo cual la implicaba seriamente en la comisión del presunto delito que se le imputaba y que dio lugar a que, con el lleno de los requisitos legales –se insiste–, se profiriera la referida medida de aseguramiento en su contra.”⁸⁶

⁸⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 4 de Abril de 2002. Exp. 13.606.

Así las cosas se puede concluir del estudio del citado Artículo que existen supuestos facticos en los cuales el particular está en la obligación de soportar la carga impuesta por la administración de justicia consistente en la medida de aseguramiento, pues su configuración puede obedecer a una actuación dolosa o culposa del particular, que conlleve al error, tal podría ser la autoincriminación o negligencia del mismo.

Pues bien, a falta de una regulación normativa clara y objetiva, la privación injusta de la libertad ha sentado sus principios legales en la jurisprudencia, de manera tal que el Consejo de Estado y la Corte Constitucional se han convertido en legisladores de la materia.

El Consejo de Estado como máximo órgano de lo contencioso administrativo, ha sido quien ha batallado la regulación en la materia, pasando por varias posturas hasta llegar a la actual.

La primera postura del Consejo de Estado sostuvo que la responsabilidad del Estado en temas de privación injusta esta enlazada con el error judicial, el cual define la ley 270 de 1996 como una errores apreciación de la normatividad jurídica, es decir que el particular debía probar a parte del daño y la privación injusta, que la decisión que lo llevo a perder su libertad era contraria a derecho, así las cosas, se tornó para el Estado una responsabilidad subjetiva en donde se analiza la conducta de la autoridad que efectuó la medida privativa de la libertad.

La segunda postura sostuvo que la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad no puede estar ligada a la legalidad o ilegalidad del procedimiento penal o del error judicial que conllevo a la privación injusta, sino a las razones de absolución del detenido, lo cual se enmarcaba normativamente con los tres presupuestos que fijaba el Art 414 de la Ley 2700 de 1991.

La tercera y actual postura se fundamenta en el Art 90 de la Constitución Política, haciendo responsable al Estado por cualquier daño antijurídico que le sea imputable, dejando como un asunto irrelevante la legalidad del procedimiento penal que conllevo a la privación de la libertad, puesto que en el caso de que la medida fuera legal también podría ocasionar un daño antijurídico al particular.

Actualmente esta postura se convierte en la más utilizada por el Consejo de Estado durante los últimos años. Dada la unificación de conceptos que ha empezado a soslayar la alta corte, a juicio del investigador la jurisprudencia ha sido mucho más preponderante y profunda para tratar la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad que la misma Ley.

Esta responsabilidad constitucional siempre ha existido desde la constitución de 1991, el asunto es que nunca se le ha dado el trato y el análisis que la misma merece, por el contrario, durante muchos años se profundizo en normas derogadas que servían como un símil para hallarle un marco legal a la responsabilidad del estado por las privaciones injustas.

Esta afirmación se infiere de la Sentencia del 04 de Abril de 2002 Exp.13.606, proferida por el Consejo de Estado en donde cita que:

« En aplicación de lo dispuesto en el Art. 90 de nuestra Constitución Política, el Estado es patrimonialmente responsable por los daños antijurídicos que le sean imputables, de manera que sin un sujeto es privado de la libertad en desarrollo de una investigación penal y posteriormente 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 ser indemnizados, toda vez que no está en el deber de soportarlos.

Dicho en otras palabras, cuando una persona es privada de la libertad por virtud de decisión de autoridad y luego puesta en libertad por la misma autoridad en consideración a que se dan los supuestos legales que determinan su desvinculación de una investigación penal, ya sea porque el hecho imputado no existió, o porque el sindicado no lo cometió, o porque el hecho no es punible, si además prueba la existencia de un daño causado por esa privación de la libertad, ese daño es indiscutiblemente antijurídico y debe serle reparado por el Estado.

No es necesario, generalmente, demostrar la existencia de una decisión errónea; conforme a lo expuesto, la Sala encuentra que una providencia judicial proferida conforme a la ley que prevé y regula la detención preventiva, puede causar un daño antijurídico cuando en el curso de la investigación penal no se desvirtúa la presunción de inocencia del sindicado que, en cumplimiento de dicha providencia, ha sido privado de la libertad. »⁸⁶

Ahora bien, en razón a que la Ley Estatutaria 2700 de 1996 borro del mapa los lineamientos objetivos que preveía el Decreto 2700 de 1991 para determinar la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, el Consejo de Estado en la

⁸⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 4 de Abril de 2002. Exp. 13.606.

misma sentencia en comento estableció los supuestos en que procede la indemnización por privación injusta de la libertad de la siguiente manera :

« Que una persona sea detenida preventivamente por decisión de autoridad;

Que sea exonerado mediante sentencia absolutoria definitiva o mediante su equivalente;+

Que la decisión absolutoria se haya fundado en que el hecho no existió, en que el sindicado no lo cometió en que el hecho que realizó no era punible;

Que el sindicado y los demás demandantes en el juicio de responsabilidad hayan padecido daño;

Que el sindicado no haya determinado su detención con su conducta dolosa o gravemente culposa ».⁸⁷

Habiendo discriminado los postulados en los cuales el particular está en la obligación de soportar la carga de la medida de aseguramiento, es posible hacer el siguiente paralelo:

EL PARTICULAR ESTA EN LA OBLIGACION DE SOPORTAR LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO	EL PARTICULAR NO ESTA EN LA OBLIGACION DE SOPORTAR LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO
<ol style="list-style-type: none">1. Cuando se evidencie que la medida se originó en razón a la culpa exclusiva del particular, con una actuación gravemente culposa o dolosa que hubiese llevado a error al Estado .2. Cuando se considere judicialmente mediante sentencia definitiva, que el indiciado es responsable penalmente de la conducta endilgada.	<ol style="list-style-type: none">1. Cuando el particular sea exonerado mediante sentencia absolutoria definitiva o su equivalente.2. Cuando la decisión absolutoria este fundada en que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o que no era punible.3. Cuando el sindicado y demandantes hayan padecido daño.4. Cuando la detención no se haya determinado por Exclusiva del sindicado.

⁸⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Seccion Tercera Sentencia del 4 de Abril de 2002.Exp.13.606.

Con estos precedentes legales y jurisprudenciales se concluye que:

1. Fue un Craso error, el que cometió la jurisprudencia al ligar la responsabilidad del Estado en asuntos de privación injusta de la libertad con el error judicial, puesto que obligaba al particular a solicitar la indemnización de sus perjuicios en ocasión a la privación, demostrara que la medida había sido injusta y además injustificada.

2. La Ley Estatutaria 270 de 1996 derogó los presupuestos del Art 414 del Decreto 2700 de 1991 que determinaban la responsabilidad del Estado en la privación injusta, dejando en el vacío los elementos objetivos para el particular poder ser indemnizado.

3. A pesar de haber sido derogado el Art 414 del Decreto 2700 de 1991, este no desapareció de las bases legales que utilizó el Consejo de Estado para sentar jurisprudencia.

4. El Art 90 de la Constitución Política ha adquirido un papel preponderante en la actualidad de la privación injusta de la libertad, pues como se mencionó, independientemente de la legalidad o no de los procedimientos penales de la privación de la libertad, lo cierto es que se configura un daño antijurídico al particular que le es imputable al Estado.

Respecto a la privación injusta, tanto así que los tres presupuestos para ser indemnizado en ocasión a la privación en la actualidad son claves para el éxito de la reparación del perjuicio.

3. Números de la agencia nacional de defensa jurídica del estado respecto a la privación injusta de la libertad

Mediante la Ley 1444 de 2011, se creó la Agencia Nacional de Defensa Jurídica para el Estado, que como entidad descentralizada y adscrita al Ministerio de Justicia y del Derecho, tiene la función de formular y aplicar estrategias para la prevención del daño antijurídico, así como velar por la defensa jurídica del Estado en sus actividades litigiosas.

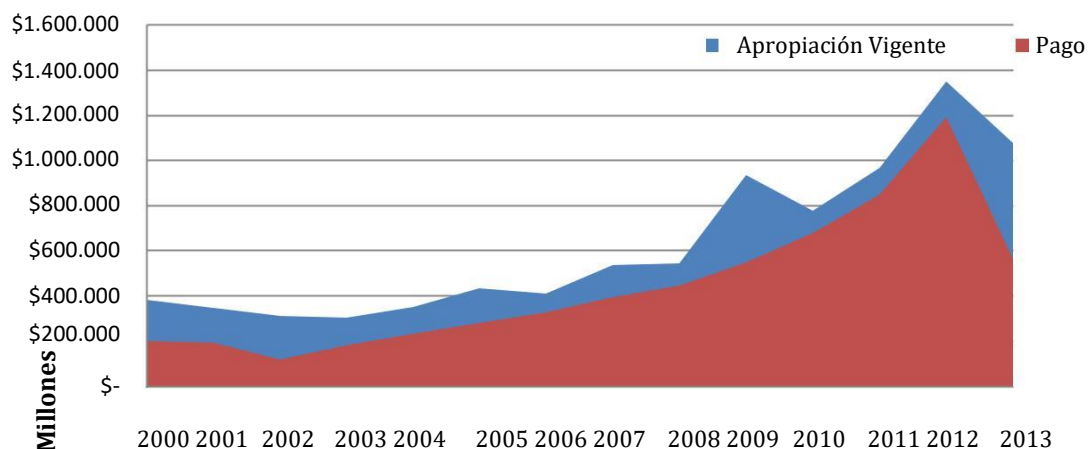
Uno de sus objetivos principales, es evitar el detrimento patrimonial del Estado que se produce a través de condenas judiciales o conciliaciones debido a los daños que este ocasione a particulares o personas jurídicas. Pero lo cierto para la agencia es que los pagos a particulares por estos conceptos, han crecido exponencialmente al 492% entre el año 2000 hasta el año 2012.⁸⁸

Estas alarmantes cifras se deben al aumento de procesos en contra del Estado, al aumento de las pretensiones de las personas que demandan al Estado y principalmente a la

⁸⁸ Documento especializado Agencia Nacional de defensa Jurídica para el Estado. 2013. "Informe sobre la actividad litigiosa de la Nación". Recuperado de <http://www.defensajuridica.gov.co>

Ineficiencia de los operadores jurídicos que se han encargado de la defensa del Estado ante la Jurisdicción contenciosa administrativa.

Gráfico 1: Histórico de apropiaciones y pagos de Sentencias y conciliaciones (precios constantes) ⁸⁹



En este gráfico se observa como en el año 2012 el pago por concepto de condenas judiciales y conciliaciones ascendió a \$1.19 billones de pesos. Observando la curva de crecimiento entre el año 2011 y 2012, el pago por los conceptos mencionados creció en un 40%. Así las cosas en el año 2000 se hicieron pagos por \$ 201.032 millones, mientras que en el año 2013 se presupuestaron pagos por \$ 1.07 billones.⁹⁰

Haciendo un balance de los 13 años señalados en el Gráfico 1, la nación ha destinado de su presupuesto \$ 6.19 billones, que equivale al 3.3% del presupuesto del Estado para el año 2013.⁹¹

Tabla 1. Asuntos con un crecimiento de procesos considerables en contra del Estado (Agosto de 2013).

Cálculos: DGI-ANDJE⁹²

⁸⁹Fuente: reportes de la Dirección General de Presupuesto Público Nacional del MHCP y Sistema Integrado de Información financiera de la Nación. 2013. Cálculos DGI-ANDJE

⁹⁰Documento especializado Agencia Nacional de defensa Jurídica para el Estado. 2013. "Informe sobre La actividad litigiosa de la Nación". Recuperado de <http://www.defensajuridica.gov.co>

⁹¹ ibídem.

TEMÁTICA	NO. DE PLEITOS Y PRETENSIONES
Privación Injusta de la Libertad	Número de Pleitos: 13.385 \$21.055.833.145.972
Daño con vehículo oficial	Número de Pleitos: 659 \$431.870.616.657
Daño con arma de dotación	Número de Pleitos: 3.906 \$3.069.679.961.032
Daño a reclusos	Número de Pleitos: 819 \$581.055.063.270
Enriquecimiento sin justa causa	Número de Pleitos: 23 \$1.206.154.465.389

De igual manera la agencia ha desarrollado protocolos de Conciliación en aquellos casos de crecimiento considerable respecto a demandas judiciales, tal y como se observa en la Tabla 1, en donde se ubica la privación injusta de la libertad como una de las temáticas en crecimiento al año 2013 con 13.385 pleitos en contra de Estado por más de \$ 21 billones en pretensiones.⁹³

Ahora bien, es de conocimiento de la citada entidad, que las cifras por condenas al Estado en materia de privación injusta de la libertad crecen exponencialmente, razón por la que se han puesto todas las alertas sobre esta novedad.

Fuente: Sistema Único de Gestión e Información de la Actividad Litigiosa del Estado .2013. Cálculos: DGI-ANDJE

⁹²Documento especializado Agencia Nacional de defensa Jurídica para el Estado. 2013. "Informe sobre la actividad litigiosa de la Nación". Recuperado de <http://www.defensajuridica.gov.co>

Según Adriana Guillen directora actual de la ANDJE «*La mayor causa de litigiosidad en contra del Estado es la relativa a la privación injusta de la libertad y, en consecuencia, una importante porción de los recursos del presupuesto público se destina al pago de las condenas que se imponen por este concepto*». ⁹⁴

Un reciente estudio de la Agencia con base en 67 de sentencias del Consejo de Estado relacionadas con privación injusta de la libertad, demostró que en el 88% de los procesos iniciados por el particular en contra del Estado Colombiano, este último salía condenado, y tan solo en el 12% de los casos salía absuelto.

Figura 1. Participación de los procesos estudiados por fundamentos de responsabilidad estatal en porcentajes. (Agosto de 2013). Cálculos: DGI-ANDJE⁹⁵

Condena por daño especial _____ 64 %

Condena por falla del servicio _____ 19 %

Absolución del Estado _____ 12%

Condena por falla del servicio y daño especial ____ 3%

Condena por falla del servicio y error jurisdiccional ___ 2 %

Estas preocupantes cifras respecto a la privación injusta de la libertad para el año 2014 mantuvieron su ritmo, pues según la Agencia tan solo en el año 2014, el Estado enfrentaba 293.526 procesos judiciales por un valor de 191,6 billones de pesos. De ese monto, 37 billones

⁹⁴ Guillen. A. 2013. "Documento especializado Agencia Nacional de defensa Jurídica para el Estado. "Lineamientos jurisprudenciales sobre responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad" Recuperado de <http://www.defensajuridica.gov.co>

⁹⁵ Documento especializado Agencia Nacional de defensa Jurídica para el Estado. 2013. "Informe sobre la actividad litigiosa de la Nación". Recuperado de <http://www.defensajuridica.gov.co>

son por cuenta de demandas impetradas por colombianos contra la Fiscalía General de la Nación principalmente porque fueron privados de la libertad y luego declarados inocentes o a los que la justicia no les pudo demostrar la responsabilidad penal alguna.⁹⁶

La Agencia señaló que en total, solo por detenciones injustas el Estado se defiende de 13.385 demandas por casi 20 billones de pesos.

Como se mencionó anteriormente estas cifras se ha debido a la precaria defensa que ha tenido el Estado en asuntos judiciales, razón principal de la creación de ANDJ, quien como salvavidas a las instituciones públicas, ha creado una serie de lineamientos a seguir para contrarrestar los efectos contraproducente de estas condenas y conciliaciones, que por cierto afectar enormemente el presupuesto de la nación que podría ser destinado a otro tipo de urgencias sociales, tales como la salud o la educación.

Figura 2. Argumentos de defensa de las entidades demandadas durante 2000- 2012, porcentaje de contribución⁹⁷

Actuación conforme a derecho	51%
Falta de legitimidad por pasiva	24%
La detención preventiva no es un daño antijurídico sino una carga...	6%
No se prueba el dolo o culpa grave del funcionario.	5%
Los hechos no son ciertos	4%

⁹⁶Sala de redaccion.2014.“El Estado paga \$ 1.2 billones de pesos por demandas”. El tiempo. Recuperado de <http://www.eltiempo.com>

⁹⁷Documento especializado Agencia Nacional de defensa Jurídica para el Estado. 2013. “Informe sobre la actividad litigiosa de la Nación”. Recuperado de <http://www.defensajuridica.gov.co>

Cosa juzgada constitucional: la actuación del Estado debió ser... ___4%

No le constan los hechos __3%

Exoneración de responsabilidad por hecho de tercero __2%

Dudas respecto al modo, tiempo y lugar de los hechos _1%

Detectar las oficinas jurídicas de la entidades que excepcionan a las pretensiones de los particulares que demanda la privación injusta de su libertad ante lo contencioso administrativo, ha sido clave para determinar las causas del fracaso del Estado ante las decisiones judiciales materializadas en condenas. Así como también ha sido importante determinar cuáles son los argumentos de defensa más utilizados por los agentes del Estado en para estos asunto

Conforme a la Figura 2 el argumento más utilizado por la entidades públicas para la defensa de sus intereses es la actuación conforme a derecho, lo que al parecer ha sido una excepción destinada al fracaso y contraria a los lineamientos jurisprudenciales del Consejo de Estado, pues así lo han demostrado las cifras aquí expuestas.

4. Casos mediáticamente representativos de la privación injusta de la libertad

4.1 Alberto Alfredo Jubiz Hazbum (q.e.p.d). Privado de su libertad por 3 años y 6 meses y 9 días, sindicado del homicidio de Luis Carlos Galán).



Alberto Alfredo Jubiz Hazbum era un barranquillero graduado de químico farmacéutico de la Universidad del Atlántico, profesor y secretario general de la misma institución. Durante años trabajó con la reconocida familia Char en las droguerías olímpica hasta el día en que decidió independizarse y abrir su propia empresa. Fue así como se radicó en la ciudad de Bogotá para comenzar a invertir en los cultivos hidropónicos, un negocio que había rondado su cabeza y sobre el cual debía tomar unas clases formativas dictadas por la empresa Nutricol. Allí asistió religiosamente de lunes a viernes, incluso el fatídico 18 de Agosto de 1989, día en que asesinaron al candidato presidencial Luis Carlos Galán Sarmiento.

Días después, el 22 de Agosto de 1989, cerca de las 12 del mediodía, Alberto esperaba por un socio en su oficina de trabajo, cuando sorpresivamente fue capturado por un grupo de la DIJIN, quien verbalmente le manifestó que era el principal sospechoso del homicidio de Galán.

En declaraciones que Alberto dio a la prensa posterior a su captura, relató como transcurrió su día mientras el municipio de Soacha era testigo del magnicidio.

*A.J : “ Ese día salí a las 10:30 de la mañana del apartamento y me fui a la oficina de Carlos Obando Velasco, quien fue ministro de Obras Públicas en la presidencia de Guillermo León Valencia, dos veces gobernador del Cauca y embajador en Londres y París. Esa oficina es compartida con Ramiro Goenaga Negrette, asesor tributario de Miguel Maza Márquez. Con ellos estuve hasta faltando un cuarto para las seis de la tarde, tomándonos unos tragos, y me despedí a esa hora, tomé un taxi en la carrera 7 para ir a la calle 69 al curso de hidropónicos ”.*⁹⁸

Aun así, a pesar de la versión de Alberto que lo desligaba del homicidio de Galán, el 13 de Septiembre de 1989 el Juez Tercero de orden Público de Bogota dicto medida de aseguramiento en su contra y de sus compañeros de oficina. La decisión judicial estuvo fundamentada en la versión de testigos que inculpaban a los indiciados de ser autores del delito, razón por la cual estos fueron enviados a la cárcel la picota de Bogota mientras se desarrollaba la investigación judicial.

⁹⁸ Sala de redacción Nación. “Yo no maté a Galan”1993.Revista Semana. Recuperado de <http://www.semana.com>

Finalmente mediante providencia proferida el 02 de Marzo de 1993, la fiscalía Delegada dispuso la cesación de la medida que le habían impuesto a todos los sindicatos de la muerte del político liberal.

Fue así como Alberto estuvo privado de su libertad durante 3 años y 3 meses bajo la figura de detención preventiva, siendo objeto de todo tipo de señalamientos públicos que agobiaron su calidad de vida como la de sus seres queridos.

Hasta este momento se había configurado el primer daño por parte del Estado hacia el particular privándolo injustamente de su libertad por más de 3 años, pero habría un segundo daño, esta vez en busca de la reparación por los perjuicios morales y materiales que le dejaron el encarcelamiento a Haz bum.

Con la tranquilidad que solo una conciencia tranquila puede brindar, Alberto vivió los años más difíciles de su vida tras las rejas, pero los siguientes no iban a ser los mejores.

Durante su estadía en prisión Alberto fue interrogado por los medios de comunicación, quienes concurrieron a preguntarle qué iba a hacer cuando quedara en libertad. Ante esto Alberto respondió: A.J: *“Voy a demandar a la Nación por 5.000 millones de pesos, y voy a demandar también al coronel Peláez y al general Maza. Del dinero que obtenga voy a sacar los honorarios de los abogados, y el resto lo voy a dar para obras de beneficencia, pues mi interés no es la plata, sino sentar un precedente para que estos atropellos, estas violaciones al debido proceso, a los derechos humanos, no se repitan en Colombia”*.⁹⁹

⁹⁹ Sala de redacción Nación. “Yo no maté a Galán”1993.Revista Semana. Recuperado de <http://www.semana.com>

Cumpliendo a cabalidad con su palabra, el 02 de Marzo de 1995 Alberto demandó al Estado por cien mil gramos de oro puro, sustentado en la arbitraria privación de su libertad que en gran medida obedeció a intereses políticos oscuros que buscaban un responsable del magnicidio. Acto seguido mediante auto del 17 de Marzo y 22 de Septiembre de 1995, respectivamente, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, admitió la demanda presentada mediante apoderado judicial.

A las pretensiones de la parte actora, respondió la Nación en cabeza del Ministerio de Justicia que los demandantes “estaban en la obligación de soportar o sufrir” la medida de aseguramiento porque ésta se ajustaba “*en un todo a las normas sustantivas y procesales*” y, en tal sentido, “*se justificaba*”, a lo cual añadió que, como los demandantes debían soportar “*tanto la investigación como la medida*” y por tanto “*esperar [sus] resultados, por cuanto no estaba demostrada su inocencia*”, tampoco resultaba procedente la solicitud de indemnización con fundamento en el artículo 414 del C.P.P.¹⁰⁰

A su turno la también demandada Dirección Ejecutiva de Administración Judicial señaló que “*la detención preventiva de la cual fueron objeto los ahora demandantes no comportó el desconocimiento del ordenamiento jurídico entonces vigente y constituía una carga que los sindicados debían soportar, toda vez que para proferir una medida de aseguramiento y/o una resolución de acusación no era necesario que existieran pruebas que hubieran conducido a*

¹⁰⁰Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 29 de Enero de 2014.

*la certeza sobre la responsabilidad penal de los sindicatos, pues este grado de convicción resultaba necesario sólo para proferir sentencia condenatoria”.*¹⁰¹

*Igualmente la Fiscalía en su momento alegó que “si bien el correspondiente funcionario investigador le había impuesto a los demandantes una medida restrictiva de su libertad, que posteriormente fue revocada, tal hecho no constituía una falla en el servicio de Administración de Justicia porque de acuerdo con las pautas establecidas por el Consejo de Estado, el error jurisdiccional y la consecuente falla del servicio por privación injusta de la libertad se produce cuando la actuación del ente investigador ha sido deficiente, abiertamente ilegal y/o errada, cosa que no ocurrió en este caso, pues la instrucción penal en contra de los ahora demandantes estuvo fundada en el marco normativo previsto para el efecto.”*¹⁰²

Vencidos los términos probatorios y culminados los alegatos de las partes el 02 de Agosto de 2006, más de 11 años después del auto emisario de la demanda, el Tribunal de Cundinamarca profirió sentencia condenatoria en contra de las entidades del Estado referidas.

Sucintamente fundamento el despacho su decisión en que la detención de la cual fueron víctimas los accionantes “*constituyó una carga pública que no estaban en la obligación de soportar, toda vez que en el proceso penal se demostró que no tuvieron participación alguna en la comisión de los delitos por los cuales se les detuvo, amén de que la medida de aseguramiento se profirió sin que hubiese existido indicio grave alguno que comprometiera su responsabilidad; en consecuencia, dicha medida restrictiva de la libertad comportó un daño antijurídico para los demandantes y, por lo tanto, generaba para el Estado*

¹⁰¹Ibídem.

¹⁰²Ibídem.

la obligación de resarcir los perjuicios que les fueron irrogados, en virtud de la aplicación del artículo 414 del Código de Procedimiento Penal entonces vigente. ¹⁰³

Contra la anterior decisión tanto la parte demandante como la parte demandada interpusieron oportunamente recurso de apelación, que por competencia correspondió al Consejo de Estado.

A su vez la Fiscalía recurrió la providencia esgrimiendo las mismas razones que presento con la contestación de la demanda y en los alegatos, mientras que la parte demandante presento su recurso sustentado en el grave error del tribunal al haber declarado la caducidad respecto de las falsas imputaciones que hizo en los medios de comunicación el entonces Presidente de la Republica Virgilio Barco.

El magistrado ponente para este asunto fue el Dr. Hernan Andrade, quien desde un principio rechazo los elementos de defensa de la parte demandada, al afirmar que no corresponde al particular soportar las consecuencias de la medida permitiendo que las entidades estatales y judiciales se escuden en la legalidad y legitimidad del procedimiento. Igualmente afirmo el Magistrado que si el investigado que es privado de su libertad, posteriormente recupera la misma a causa de haber sido considerado inocente de la conducta imputada, emergen inmediatamente elementos que conllevan a pensar en la responsabilidad patrimonial por parte del Estado bajo esos supuestos, (siempre y cuando no hayan eximentes de responsabilidad), inclusive a pesar de que las instituciones hubiesen actuado conforme a los parámetros legales, lo cual no es el caso que atañe.

¹⁰³ Ibidem.

Al respecto el Consejo de Estado ha mantenido :

“ 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 ... (Se subraya para resaltar).

“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 veces 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 ...”

Para el Consejo de Estado era clara la inexistencia de la responsabilidad penal del demandante en los hechos que conllevaron a su detención, ahora bien el debate jurídico se

centraba en si estaba el particular en el deber jurídico de soportar las medidas que en aras de la “verdad” practico la administración de justicia.

Ante tal discusión soslayo el Consejo de Estado que:

“Bajo las circunstancias anteriores, resulta desde todo punto de vista desproporcionado pretender que se le pueda exigir a los ahora demandantes que asuman de forma impasible y como si se tratase de una carga pública que todos los coasociados debieran asumir en condiciones de igualdad, durante más de tres años y medio, la privación de su derecho a la libertad, en aras de salvaguardar la eficacia de las decisiones del Estado, mucho más si se tienen presentes los gravísimos hechos delictivos por los cuales fueron injustamente detenidos, tal y como lo reconoció y puso de presente la propia Fiscalía General de la Nación, además del amplísimo despliegue público y mediático que las propias autoridades del Estado promovieron e impulsaron para presentar ante el país y ante mundo a los ahora demandantes como responsables del magnicidio que les fue infundadamente atribuido, para con ello transmitir, a costa de personas inocentes, una falsa imagen de eficiencia y eficacia en la lucha contra el delito y el esclarecimiento de un ilícito de tanta trascendencia que constituyó un lamentable hito en la historia de Colombia y aún continúa generando efectos nocivos sobre la institucionalidad democrática del país.

Teniendo en cuenta las circunstancias fácticas descritas se impone concluir que no estaban los señores Alberto Alfredo Júbiz Hasbum, Héctor Manuel Cepeda Quintero y Norberto Hernández Romero en la obligación de soportar el daño que el Estado les irrogó y

*que, por tanto, debe calificarse como antijurídico, calificación que determina la consecuente obligación para la Administración de resarcir a los demandantes”.*¹⁰⁴

Resuelta la Litis, el Consejo de Estado paso a discriminar los efectos que tuvo para el demandante, los despliegues llevados a cabo por las autoridades en torno a la privación de su libertad. Entre estos se resalta el daño emergente, el lucro cesante, la alteración grave de las condiciones de existencia, los perjuicios morales y las falsas imputaciones ante los medios públicos.

Respecto a este último daño, cabe resaltar que no siendo poco el hecho de haber estado privado injustamente de su libertad estado privado de su libertad, Alberto fue presentado ante los medios de comunicación como el homicida de Luis Carlos Galán, ocupando las primeras páginas de los diarios nacionales, lo cual genero un desprestigio tanto de su imagen como de su familia, quien se vio sumida en el odio y en el rechazo de un país, razón por la cual también fue víctima por el actuar del Estado y que como consecuencia estaba legitimada para ser indemnizada.

Surtidas las etapas procesales de la segunda instancia, solo hasta el 29 de Enero 2014 el Consejo de Estado profirió sentencia definitiva que modificaba en beneficio de la parte demandante la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Contencioso de Cundinamarca, quien había reconocido sumas menores por concepto de indemnización que las del alto tribunal. Haciendo cuentas respecto al tiempo que tomo la justicia para decidir de fondo en este asunto se encuentro que pasaron 8 años después de instaurado el recurso de

¹⁰⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 29 de Enero de 2014.

apelación contra la sentencia de primera instancia, es decir que desde el auto admisorio de la demanda (22 de Septiembre de 1995) hasta el fallo del alto tribunal que hizo tránsito a cosa juzgada pasaron 19 años.

Casi dos décadas tuvo que esperar Alberto para que la justicia ordinaria reparara el gravísimo daño del que fue víctima junto con su familia, razón por la cual se puede concluir que el particular que es privado injustamente de su libertad y posteriormente es indemnizado 10, 15, 20 años después, padece una doble daño generado por el Estado, el de la privación injusta y el de la tardía reacción de la justicia para repararlo, lo que necesariamente re victimiza y contraria los principios de un Estado de Derecho. Alberto nunca fue reparado, pues en espera de su indemnización y a causa de un ataque al corazón falleció el 26 de Abril de 1998.

4.2 José Rene Higuita (ex futbolista privado de su libertad por 6 meses y 25 días sindicado de enriquecimiento ilícito).



Jose Rene Higuita más conocido como "el Loco Higuita" fue uno de los jugadores de futbol más controvertidos que ha visto el futbol Colombiano. Nacido en una familia de clase media-baja en la ciudad de Medellín y criado por su abuela materna, Rene tuvo que sobrevivir su infancia haciendo todo tipo de oficios como vender periódico. Dentro de sus grandes pasiones el futbol era un eje en su vida. Comenzó su carrera como guardameta del Club Los millonarios en el año 1985, posteriormente convirtiéndose en ídolo del Club Atlético Nacional con la obtención de diferentes títulos nacionales e internacionales. A parte de su gloria como futbolista, Iban Rene fue duramente cuestionado por las autoridades colombianas, pues se tenía la plana certeza que este era amigo declarado de Pablo Escobar, uno de los narcotraficantes más peligrosos que ha conocido la historia.

El día 30 de Abril de 1993 a eso de las 6:30 a.m., Marcela Molina hija de Luis Carlos Molina fue secuestrada por hombres al servicio de Escobar, quienes exigían por su liberación la suma de dos millones de dólares.

Molina reconocido empresario antioqueño contacto a Rene Higuita para que mediara por la liberación de su hija, pues este tenía conocimiento que el futbolista era amigo del captor de su hija. Ante tal proposición finalmente Higuita aceptó, acordando un pago de trecientos mil dólares con los plagiarios. La menor fue liberada y entregada a Rene el 29 de mayo de 1993. Así las cosas la familia Molina como gesto de agradecimiento con el mediador del secuestro, le entregó la suma de cincuenta mil dólares por su valiosa gestión. Las autoridades colombianas no vieron este hecho como una simple gestión, sino como una conducta delictiva, fue así como el 02 de Junio de 1993 a través de la Dirección regional de fiscalías se declaró

abierta la etapa de instrucción en la investigación por el secuestro de Marcela Molina y se ordenó la captura de Iban rene Higuita. La fiscalía adujo en el escrito de captura que:

“Dentro de su contexto y básicamente el art. 6° de la norma en cita, prevé como hecho punible el que cualesquier persona (no se requiere calificación alguna), obtenga para sí un incremento patrimonial NO JUSTIFICADO, relacionado con el hecho punible del secuestro.

El hecho punible básico que genera la comisión del que nos ocupa se dio, puesto que acreditado y aceptado por el sindicato está que en efecto la niña CLAUDIA MARCELA MOLINA, en efecto fue secuestrada.

Establecido está que el sindicato JOSÉ RENÉ HIGUITA, obtuvo un incremento patrimonial derivado es decir que guarda nexo causal con el secuestro (...).

Finalmente, resulta obvio e incuestionable que JOSÉ RENÉ HIGUITA, tenía conocimiento directo de la comisión de un secuestro, y no obstante, no denunció el mismo ante las autoridades (...).

Tal y como se analizó en la motivación de la presente resolución, el indicio grave de responsabilidad penal por parte del sindicato JOSÉ RENÉ HIGUITA, es palmario, y culmina con la confesión misma, libre, espontánea, ante autoridad competente, asistido por su defensor y con el lleno de los requisitos legales, por lo que se concluye con meridiana

claridad, que se dan y llenan a cabalidad los presupuestos mínimos exigidos para proferir resolución que decreta la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva (...)” (fols. 37 a 46 c. 2).”¹⁰⁵

Así las cosas, Higuita fue detenido el 9 de Junio de 1993, según la Fiscalía, por haber enriquecido su patrimonio con el dinero que la familia molina le había entregado por su intervención en la liberación de marcela molina y por haber omitido información a las autoridades sobre el secuestro de la menor.

El 30 de diciembre de 1993 la fiscalía delegada ante el tribunal nacional, conoció del recurso de apelación contra la providencia que decretó la medida la aseguramiento, aduciendo que en razón a que habían trascurrido 120 días desde la privación del investigado, razón por la que era necesario reconocerle el derecho a la libertad provisional.

Así las cosas finalmente Rene fue puesto en libertad el 03 de Enero de 1994, habiendo estado privado de su libertad mediante detención preventiva, durante 6 meses y 25 días, sindicado por los delitos de favorecimiento, enriquecimiento ilícito y omisión de informe.

Por último el 11 de mayo de 1994 la Fiscalía 57 de la Unidad de Fiscalía de Medellín, ordeno preluir la instrucción a favor de Jose Rene por los hechos punibles imputados. Para el nuevo Fiscal de conocimiento del caso, era claro que el investigado no

¹⁰⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 20 de Febrero de 2008.

había actuado dolosamente, y que el dinero que este recibió de la familia Molina fue producto de una mera donación por haber mediado en la liberación de Marcela Molina. Así concluyo el funcionario judicial:

*“Ahora bien, los dichos del inculpado resultan creíbles para el suscrito Fiscal no solo por la contesticidad que ellos han tenido a lo largo de las intervenciones de José René Higueta, sino porque **la vaguedad, imprecisión y anonimato del informe policial, impiden que de él se haga una valoración jurídico-legal como medio probatorio ante la imposibilidad de controvertirlo o tenerlo como cierto. (...).**”*¹⁰⁶ (Negrillas de texto original)

Durante la privación de la libertad de Higueta, las distintas comunidades del futbol y del periodismo volcaron su apoyo al futbolista, quien a la fecha de su detención se encontraba junto a sus compañeros de la selección Colombia, ad-ports de ser llamados al mundial de futbol USA94.

Ante la injusta medida de la que sintió ser víctima y en aras de reparar sus perjuicios morales y materiales, Higueta demandó al Estado en cabeza de la Fiscalía General de la nación el 01 de Febrero de 1996 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Alegó la parte demandante que en razón a los casi 7 meses que estuvo privado injustamente de su libertad, se le causaron perjuicios de tipo morales por la separación de su núcleo familiar y la profunda tristeza que conlleva el permanecer en una cárcel colombiana, como perjuicios materiales debió a que por la privación de su libertad

¹⁰⁶ Ibidem

no fue tenido en cuenta para el mundial USA 94, en donde la mayoría de sus compañeros recibieron onerosos contratos publicitarios y deportivos de los cuales seguramente este hubiera hecho parte como figura representativa de la selección Colombiana de Fútbol.

En su momento, la parte demandada atendió la repuesta de la demanda, exponiendo que la actuación del demandante durante el supuesto delito encajaba dentro de las conductas imputadas, pues en declaración recogida por policía judicial, este reconoció que había recibido un dinero como intermediario en el secuestro de un menor.

Así las cosas, mediante fallo proferido el 25 de Junio de 1998 el Tribunal de Cundinamarca negó las pretensiones del demandante, apoyándose el despacho en que no se demostró la falla del servicio y que la medida de aseguramiento fue interpuesta conforme a los requisitos legales del procedimiento penal de la época, es decir al menos un indicio grave de la responsabilidad penal del investigado.¹⁰⁷

Adjuntó la sala, que para la misma no se configuraba ninguno de los presupuestos que daban lugar a la indemnización por privación injusta de la libertad contenidos en el Art 414 C.P.P, que eran: i) que el hecho no hubiera existió. ii) que la conducta hubiese sido atípica.iii) El sindicado no hubiese cometido el delito.

Presentado oportunamente el recurso de apelación por los demandantes, paso a conocer el asunto mediante auto admisorio del 24 de Marzo de 1999, el Consejo de Estado, quien habría de determinar si la conducta desplegada por la Fiscalía, constituía al

¹⁰⁷ Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Tercera. Sentencia del 25 de Junio de 1998.

tenor del Art 414 de la ley 2700 de 1991, fundamento legal para indemnizar o no al recurrente por la privación de su libertad. Durante el trascurso de la segunda instancia también se hizo presente el concepto de la Procuraduría Quinta delegada quien solicito la confirmación de la sentencia de primera instancia, asumiendo que:

*“No es antijurídico el daño que proviene de una decisión judicial ajustada a los preceptos legales de orden sustancial y procedimental, ese es un daño que los asociados están obligados a soportar por mandato de la ley (...)”*¹⁰⁸

Habiendo determinado los hechos probados en proceso, el Consejo de Estado pasó a determinar si la detención a la que fue sometido Rene fue justa o injusta conforme al procedimiento penal llevado a cabo por la Fiscalía.

Para la sala estuvo demostrado que la privación de la libertad del demandante causó un daño moral y material, pero el asunto a decidir era si le asistía responsabilidad al Estado por tal perjuicio o por el contrario el particular estaba en deber jurídico de soportar la medida de aseguramiento.

Fue eje central en la decisión de la sala, determinar por qué razón precluyó la investigación contra el demandante y que originó su libertad, razón por la que se hizo un estudio detallado de tal segmento procesal, encontrando el Consejo de Estado que respecto a la conducta endilgada de enriquecimiento ilícito la conducta fue atípica, lo cual se

¹⁰⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 20 de Febrero de 2008.

enmarcaba dentro de los presupuestos que exponía el Art 414 .CPC del Decreto 2700 de 1991 para tener derecho a ser indemnizado. Ahora bien, respecto a la omisión de informe y favorecimiento, se demostró que el demandante actuó bajo eximente de responsabilidad, consagrado en la legislación penal, como estado de necesidad, lo cual demostró que Higuita nunca debió haber sido privado de su libertad y que por tanto tal detención se tornó injusta.

Acreditada la responsabilidad del Estado, paso la sala a determinar que perjuicios de los deprecados por el demandante serian reconocidos, concluyendo que los supuestos daños ocasionados por la no asistencia del exfutbolista al mundial de USA 90, no se encontraban probados, puesto que son circunstancias que carecen de certeza, pues bien pudo haber firmado contratos onerosos como pudo no haberlo hecho.

Así las cosas, el 20 de Febrero de 2008 el Consejo de Estado profirió sentencia condenatoria en contra de la Nación, lo que enseña que la justicia tardo 12 años, después de haber sido presentada la demanda ante lo contencioso administrativo, en reparar a la víctima. Sin duda nuevamente esta circunstancia constituye la re victimización del particular al ver prolongado en el tiempo, el deber del estado de reparar los daños ocasionados a los particulares por sus acciones u omisiones, tal y como lo dispone el Art 90 de la Constitución.¹⁰⁹

¹⁰⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 20 de Febrero de 2008.

4.3 Rafaela Rodríguez Orejuela (hermana de los narcotraficantes privada de su libertad por 4 años, sindicada de enriquecimiento ilícito).



En la época de los 90, tras la muerte de Pablo Escobar y la extinción del cartel de Medellín, las autoridades colombianas le habían declarado la guerra al cartel de Cali en razón a que estos se habían convertido en los nuevos jefes de la droga del país. Al mando del cartel criminal estaban los hermanos Rodríguez Orejuela, quienes tenían como centro de operaciones la capital del Valle.

La fortuna que amasaban los hermanos Rodríguez con sus envíos de droga a los Estados Unidos, los llevó a influenciar todo tipo de esferas, inclusive se llegó a establecer por la autoridades que los narcotraficantes caleños habrían patrocinado la campaña presidencial de Ernesto Samper en el año 1994, lo que quedara en el recuerdo de los colombianos como “el proceso ocho mil”.

Pero las decisiones de los Rodriguez no solo los afectaron a ellos, también permearon su círculo familiar, desencadenando sobre sus seres queridos investigaciones penales y asesinatos, todo por llevar a cuestras los apellidos Rodriguez Orejuela.

Rafaela Rodriguez ostenta el pesado yugo de ser hermana de Gilberto y Miguel Rodriguez Orejuela, y quien a pesar de los años o la extinción del imperio de sus hermanos, aún guarda las cicatrices del andamiaje criminal de su familia. Siempre intento estar alejada de los negocios de sus hermanos, pero la sangre llamó, y por más que intento desvincularse de ellos, la justicia puso sus ojos sobre sus movimientos financieros.

Fue así como Rafaela junto con su esposo Luis Alfonso Maquilon, fueron detenidos el 03 de Enero de 1996 por el bloque de búsqueda, el mismo que dio muerte a Pablo Escobar. Según las autoridades, durante los años 1993 y 1994, en allanamientos hechos a la constructora Roma Ltda. y a la firma de Inversiones Maquilon y Maquilon (propiedad la pareja), se habrían encontrado documentos que comprometían legalmente las finanzas de estas empresas con el cartel de Cali.

Convencida la Fiscalía de la responsabilidad de los investigados, le hizo entender al juzgado regional de Cali en primera instancia que la responsabilidad penal de los mismos era obvia, razón por la que el despacho judicial en primera instancia condenó a Maquilon a 8 años de prisión y 600 millones de multa y a Rafaela a 6 años de prisión y 30 millones de multa. El juez motivo su decisión en que *“los lazos familiares que unen a la pareja con Miguel y Gilberto Rodriguez podían constituir un indicio grave en su contra”*.

Sin embargo los apoderados de los investigados, presentaron recurso de apelación contra la sentencia, acudiendo ante el Tribunal Superior de Bogota, quien infirió que el juzgador de primera instancia frente a la imputaciones hechas a Rafaela Rodriguez y a su esposo, había incurrido en una falta de certeza en cuanto a la existencia del hecho punible, por ausencia del incremento patrimonial injustificado derivado de actividades ilícitas.

Concluyó el Tribunal que los investigados tuvieron, *“completo marginamiento, en especial, de parte de Rafaela, de no pertenecer o hacer parte de las sociedades en las que aquellos (Miguel y Gilberto Rodríguez) tienen o han tenido relación”*.¹¹⁰

Así las cosas, después de 4 años de detención, Rafaela recobro su libertad el 18 de Noviembre de 1999, mediante fallo absolutorio del Tribunal de Bogota. Ante la decisión proferida, la Fiscalía presento demanda de Casación conocida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, sustentando que *“de haberse valorado las pruebas en conjunto se hubiera llegado a la certeza”*.

La corte después de haber valorado juiciosamente las actuaciones surtidas en ambas instancias, mediante sentencia del 06 de Septiembre de 2001 confirmó el fallo del Tribunal Superior de Bogota y concluyó que *“El casacionista, en resumen, lo único que hizo fue rebatir los argumentos que le sirvieron al Tribunal para absolver a los procesados, mencionando en cada caso un supuesto error de hecho que en ningún momento logró concretar y mucho menos probar su trascendencia”*.¹¹¹

¹¹⁰Tribunal Superior de Bogota. Sala Penal. Sentencia del 4 de Noviembre de 1999.

¹¹¹Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 6 de Septiembre de 2001.

En busca de reparar los perjuicios a los que fue sometida por llevar los apellidos Rodríguez Orejuela, Rafaela demandó el 02 de Noviembre de 2001 a la Nación en cabeza de la Fiscalía. Sostuvo la demandante que *“la angustia, la persecución de la que fue víctima, las condiciones de su sitio de detención, la preocupación por la ausencia y situación de sus hijos y el escándalo por la mala publicidad”*, hizo que padeciera serios quebrantos de salud que le dejaron secuelas de por vida, al disminuirle notoriamente su capacidad productiva”, razones suficientes para que el Estado la indemnizara por todos los daños ocasionados.

Así las cosas, conoció en primera instancia de la reparación directa, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, quien negó las pretensiones de la demandante, aduciendo que aunque en Colombia no hay delitos de sangre *“... la dinámica que tuvo el seguimiento a los grandes barones del narcotráfico le imponía a la Fiscalía realizar una investigación exhaustiva y detallada hasta las últimas consecuencias de todo el entramado de relaciones que la naturaleza misma del delito engendra y que las más de las veces involucra a familiares y amigos, con el objeto de realizar el llamado lavado de activos”*, y que durante el transcurrir del proceso, no se vislumbró que en la detención preventiva a la que fue sometida Rafaela Rodríguez hubiera *“algo de ilegal o injusto”*.¹¹²

Apelado el fallo en primera instancia por los apoderados de la demandante, el asunto pasó a manos del Consejo de Estado, quien sustentó brevemente, que el hecho punible nunca existió tal y como quedó demostrado en las sentencias del Tribunal Superior de Bogotá y en la Corte Suprema de Justicia, lo que constituía suficiente argumento, para concebir que la demandante no estaba en la obligación de soportar el daño antijurídico que el Estado le había

¹¹² Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. Sentencia del 2 de Octubre de 2007.

ocasionado, por esto mediante sentencia proferida en julio de 2015, es decir 14 años después de presentada la demanda de reparación directa, la justicia ordeno al Estado reparar a Rafaela Rodriguez por los perjuicios vividos y dejados, aunque por unas pretensiones mucho menores que las solicitadas por sus abogados.

4. Pablo Enrique Zamora (privado de su libertad 10 años, acusado del homicidio del exdirector del periódico El Espectador, Guillermo Cano (q.e.p.d).



A finales de los ochenta, Colombia conoció la mano criminal del narcotraficante Pablo Escobar, quien fue blanco de las denuncias de Guillermo Cano, director del periódico del espectador para ese entonces.

Convertido en la piedra en el zapato de Escobar, Cano apoyaba firmemente a través de su diario la extradición de los grandes capos de la mafia de Colombia a los Estados Unidos, razón por la cual fue sentenciado a muerte por el cartel de Medellín. Finalmente el 17 de Diciembre de 1986, el entonces director del periódico El Espectador fue asesinado cuando salía de su trabajo rumbo a casa en la ciudad de Bogota.

Mientras esto ocurría, Pablo Enrique Zamora un colombiano de estrato bajo ganaba su vida como comerciante, llevando y trayendo mercancía de Maicao a la ciudad de Medellín y otros municipios del país. En uno de sus tantos viajes conoció al Sr. Álvaro Garcia alias “El Zarco”, con quien compartió el mismo hospedaje llamado “Hotel samaritano” y con quien compartió algunos de sus viajes a Maicao. Pablo también tuvo la oportunidad de conocer a la Sra. Ofelia Saldarriaga madre de “El Zarco”, con quien en toda su vida cruzó algunas palabras mientras dejaba en el hospedaje la mercancía que compraba y posteriormente vendía.

En el mes de Febrero de 1987 Álvaro Garcia (q.e.p.d) fue encontrado muerto en una fosa común del municipio de Palmira. Las autoridades lo sindicaban de tener vínculos con el cartel de Medellín y se sospechaba que hacia parte de la temible banda de “Los priscos”, principales sospechosos de la muerte de Don Guillermo Cano.

En busca de información, el DAS comenzó a preguntarse por la relación de amistad que existía entre “El Zarco” y Pablo Enrique, en razón a que la Sra. Ofelia le menciona a la policía judicial que estos dos eran amigos, y que tal vez Pablo Enrique podía saber la causa de muerte de su hijo. Fue así como el 28 de Julio de 1987 Pablo Enrique fue interrogado por las autoridades judiciales y posteriormente mediante auto de 5 de Agosto de 1987 fue detenido preventivamente por orden del Juez 71 de Instrucción Criminal de Santa Fe de Bogota por ser sospechoso en calidad de cómplice de la muerte del ex director del periódico El Espectador. La misma suerte corrieron Luis Carlos Molina Yepes, Víctor Manuel Vásquez Perez y Castor Emilio Montoya Peláez al igual que Ofelia Saldarriaga sospechosos de integrar la banda criminal los priscos. El auto que dicto la medida de aseguramiento fue apelado ante la Sala

Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, quien mediante auto del 15 de septiembre de 1987, resolvió confirmando la decisión en primera instancia.

Solo hasta el 06 de Octubre de 1995, es decir 8 años y 21 días después de haber privado de su libertad preventivamente, Zamora fue condenado en primera instancia por el juzgado 73 Penal del Circuito de Bogota a 16 años de prisión como cómplice por el asesinato del Sr. Guillermo Cano. Igualmente fueron condenados los demás sospechosos de la investigación.

Así las cosas, el apoderado de Pablo Enrique, presento recurso de apelación contra la referida sentencia, pues no cabía duda que la providencia estaba sujeta al material probatorio deficiente y endeble que había presentado la Fiscalía, entre ellos el testimonio de la Sra. Ofelia. Finalmente en segunda instancia conoció del proceso el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogota, quien llegó a la conclusión que los argumentos por los cuales el juez de primera instancia dicto sentencia condenatoria en contra del Sr. Zamora se resumen en: i) Ser miembro de la banda de los Priscos y amigo de alias el “El Zarco”. Ío) Recibir una llamada de la Sra. Ofelia Saldarriaga previniéndolo de la investigación.¹¹³

Resalta el tribunal un menudo análisis de la conducta del condenado así: « *En el reprochado a Pablo Enrique Zamora Rodriguez respecto al homicidio de don Guillermo Cano Isaza, el fallo anota “encuentra el Despacho que dentro del material probatorio aportado se dan los elementos de juicio para establecer no la coautoría sino la complicidad, por la cual el*

¹¹³ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogota. Sentencia del 30 de Julio de 1996.

*Despacho entra a dictar fallo con este grado de participación, porque la ayuda que prestó el citado no llega al grado de coautoría.*¹¹⁴

(...) Pero en la complicidad atribuida a Zamora Rodriguez, lamentablemente el fallo no señala por parte alguna cual fue esa contribución o ayuda que desplegó, ni cual o cuales los demás coparticipes la recibió, o a través de qué medios materiales se concretó esa cooperación univoca a la realización del crimen.

*Un aspecto particular que a primera vista llama la atención es que suponiendo que los hechos tomados por el a quo como incriminatorios fueran ciertos, es claro que no constituirían fundamento factico ni jurídico para cimentar un fallo de condena, porque todos apuntan es a demostrar que Zamora Rodriguez era miembro de la banda de los Priscos, pero de ahí en adelante no se esboza ningún comportamiento que ligue al procesado con el homicidio, y específicamente que delimite su participación en la acción, en qué consistió, si en verdad fue cómplice o por el contrario coautor ”.*¹¹⁵

Bajo estos conceptos el 30 de Julio de 1996 el Tribunal Superior de Bogota revoco la sentencia de primera instancia ordenando la libertad inmediata de Pablo Enrique Zamora al encontrarlo inocente de los delitos imputados por parte de la Fiscalía, absolviendo a los demás sospechosos excepto a los señores Luis Carlos Molina Yepes, Víctor Manuel Vásquez Perez y Castor Emilio Montoya Peláez, cuya condena fue confirmada. Ante esto sus apoderados presentaron recurso de Casación que por razón de competencia conoció la Corte Suprema de Justicia.

¹¹⁴Ibídem

¹¹⁵Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogota. Sentencia del 30 de Julio de 1996.

A pesar de haber sido declarado judicialmente inocente, Pablo Zamora debió presentarse mensualmente ante el juzgado de primera instancia, hasta tanto la alta corte no resolviera el recurso de casación.

Finalmente mediante sentencia del 02 de Abril de 1998, la sala Penal de la Corte Suprema de Justicia profirió sentencia de casación confirmando lo ordenado por el Tribunal Superior de Bogota.

El drama de Pablo Zamora no se detuvo allí. Como se ha mencionado la verdad legal no resarce por completo los daños ocasionados al particular que ha sido privado injustamente de su libertad, pues desde el momento en que Pablo dejó los barrotes de la cárcel, comenzaron luchas por desmitificar los delitos imputados, por desmentir las portadas semanales de prensa en su contra, se le cerraron puertas ante la desconfianza y se generaron brotes de indiferencia por parte de la comunidad, no solo hacia este sino también hacia su núcleo familiar.

Durante su tiempo de reclusión, Pablo Enrique fue sometido a las voraces garras de la crítica social, siendo señalado como un sujeto de alta peligrosidad que merecía ser recluido en los sitios más hostiles, arriesgando su integridad y la de su familia, pues el peso que llevaba sobre sus hombros era nada menos que el de ser el asesino de uno de los periodistas más queridos del país.

Cuando Pablo fue recluido en la cárcel la modelo, su hija estaba de brazos y cuando obtuvo su libertad la misma ya tenía 11 años de edad. Durante el tiempo de reclusión de Pablo, falleció su señor padre, a quien no pudo acompañar durante su entierro por estar preso.

Su esposa y demás familia se vio sometida a todo tipo de maniobras para su supervivencia, pues para estos hubo una afectación económica de grandes dimensiones al dejar de recibir la ayuda que Pablo Enrique les brindaba. Cumpliendo con sus deberes, su familia viajaba religiosamente a las visitas dominicales en la cárcel, debiendo incurrir en gastos de desplazamiento, honorarios de abogado, alimentación junto con otros incontables gastos.

Cuando Zamora intento retornar a sus actividades de comerciante después de haber sido liberado, su credibilidad ante los ojos de los demás negociantes era nula, pues para muchos continuaba siendo el culpable del homicidio y para otros lo continuara siendo.

Hasta ese momento el Estado Colombiano había originado un primer daño al particular traducido en la privación injusta de su libertad por más de 9 años, pero faltaba un segundo daño en el caso Zamora.

Perseguido por las necesidades económicas, Pablo Enrique junto con su familia se vio en la imperiosa necesidad de demandar al Estado y subsidiariamente a la rama judicial por los daños materiales e inmateriales en ocasión al tiempo que injustamente estuvo privado de libertad (desde el 28 de Julio 1987 hasta el 30 de Julio de 1996). Fue así como a través de su apoderado, el 27 de marzo del año 2000 la familia Zamora presentó demanda de reparación directa ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

A su turno la parte demandada propuso la excepción de caducidad de la acción, pues según estos la parte demandante no interpuso la acción de reparación dentro de los dos años siguientes a la sentencia del Tribunal Superior de Bogota que dejaba en libertad al Sr. Zamora.

Superadas las etapas procesales del asunto, el 04 de Febrero de 2004 se profirió sentencia de primera instancia declarando probada la excepción de caducidad alegada por el demandado y concediendo el recurso de apelación ante el Consejo de Estado impetrado por el demandante.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca considero que le asistía razón al Estado, al decir que el termino de caducidad de la acción de reparación directa debía contarse a partir de la sentencia del Tribunal superior de Bogota que dejaba en libertad a Pablo Enrique, y no a partir de la sentencia de casación de la Corte Suprema de Justicia como lo sostenía el apoderado de los demandantes. Lo anterior en razón a que, según el Tribunal, no había sido Pablo Enrique Zamora quien había interpuesto el recurso de casación ante la corte, sino que habían sido los condenados quienes recurrieron el fallo, razón por la cual la fecha a tener en cuenta para contabilizar la caducidad de la acción administrativa debía ser la sentencia del Tribunal que absolvió al Señor Zamora de toda responsabilidad penal.¹¹⁶

Una vez el conocido el proceso por el Consejo de Estado vía recurso de apelación, antes de que la sala entrara a determinar la responsabilidad del demandado, era necesario examinar como primera medida si en la acción de reparación directa efectivamente había operado la caducidad de la misma. Ante tal circunstancia la alta corte realizo un breve análisis:

”Al respecto se hace notar que del análisis del material probatorio aportado se colige que la sentencia de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial no liberó al señor Zamora de toda restricción a su libertad sino hasta 1998, año en el que se le eximió del deber de comparecer mensualmente ante un juez penal. En tal sentido, dado que la sentencia

¹¹⁶ Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sentencia del 4 de Febrero de 2004.

absolutoria de segunda instancia no tuvo la virtud de restituir por completo la libertad al hoy demandante, no es posible contabilizar el término de la caducidad a partir de su ejecutoria sino que se impone hacerlo a partir del momento de recuperación real de la plena libertad, esto es, de 1998”.

Así las cosas se le daba razón al apoderado de Pablo Enrique, quien había sostenido que la caducidad debía contabilizarse desde la sentencia de casación de la corte suprema y no desde el fallo del tribunal que absolvió a su poderdante, pues bien habría podido la alta corte casar la sentencia que declaraba inocente a su cliente.

Resuelto este punto de la controversia, para el Consejo de Estado estaban claras dos cosas) Que la parte demandante había sido declarada judicialmente inocente por el homicidio endilgado del Sr. Guillermo Cano, ii) Que la parte demandante había sufrido incalculables perjuicios de tipo moral y material en ocasión a una década de privación injusta de la libertad.

El siguiente punto a dirimir era la responsabilidad del Estado en cabeza de la rama judicial, sobre los perjuicios que la parte demandante manifestaba habersele ocasionado. Al respecto el Consejo trajo a colación diversos pronunciamientos:

”... La Constitución Política, fiel a la filosofía liberal que la inspira, consagra un modelo de Estado que tiene su pilar fundamental en la inviolabilidad de la dignidad humana y a la libertad como uno de sus valores fundantes (Preámbulo) y como principio normativo básico (art.1).

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 publica 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 aquel 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”.*¹¹⁷

Comprobada la responsabilidad del Estado y resaltada la injusta carga que el demandante debió soportar por largos años en prisión, el Consejo de Estado profirió sentencia condenatoria en contra de la Nación en cabeza de la rama judicial por los perjuicios ocasionados a Pablo Enrique Zamora y a su familia.

Ahora bien, este fallo fue proferido el 12 de Diciembre de 2013, es decir 13 años después de haberse presentado la acción de reparación directa por parte del apoderado de Pablo Enrique. Es precisamente en este momento donde se configura el segundo daño que ocasiona el Estado al particular, privándolo de una justicia pronta y cumplida. No se puede concebir la idea de que en un Estado de Derecho se prive injustamente de la libertad a un particular por más de 9 años y como si esto fuera poco, solo 13 años después sea reparado por

¹¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 12 de Diciembre de 2013.

los daños generados. Sin duda el concepto de re victimización es adjudicarle al particular que padezca este tipo de circunstancias.

5. Re victimización del particular que fue injustamente privado de su libertad

La revictimización “hace referencia directamente a un sujeto puesto en una condición no libre ni voluntaria sino dada por el ejercicio de otro poder, que ejerce fuerza o presión. Se trata de un alguien que ha sido víctima, pero el prefijo re, nos dice de la característica de esa condición su repetición. Por lo tanto, la re-victimización es una palabra derivada que hace referencia a la experiencia que victimiza a una persona en dos o más momentos de su vida”.¹¹⁸

Ahora bien, comprendida la dimensión de este concepto, es menester para esta investigación señalar como problema de estudio, las etapas del daño a las que está sometido un particular cuando es privado injustamente de su libertad. Así las cosas, haciendo un análisis en conjunto de los casos Hazbum, Higueta, Zamora y Rodriguez se concluye sin mayor esfuerzo, que el particular es agredido en su condición humana en dos momentos por el Estado Colombiano:

i) Cuando es privado injustamente de su libertad durante largos periodos sin haber estado en el deber jurídico de soportar tal carga.

¹¹⁸ Equipo Psicosocial. Comisión intereclesial de Justicia y Paz. Los efectos psicosociales de la revictimización.2010. Recuperado de <http://justiciaypazcolombia.com/>

ii) Cuando en busca de su reparación integral, el particular acude ante la justicia ordinaria para ser indemnizado en ocasión al daño demostrado, y el sistema judicial opera tardíamente 10 o 15 años después.

La justicia es creada, pensada y aplicada por hombres, sin duda todo lo humano está sujeto a error y a revisión, razón por la que siempre habrá espacio para la equivocación en los campos de la justicia, a pesar de que esto desencadene en lo injusto. Por eso no se puede pretender que las privaciones injustas, a pesar de los esfuerzos por el mejoramiento de los sistemas judiciales, dejen de existir, las hay y las habrán. Esto en razón al primer daño, pero respecto al segundo, no existe justificación valedera para que un Estado tarde más de una década, en reparar los daños que este mismo ocasiona en razón a sus faltas para con sus ciudadanos.

Así las cosas, el Estado Colombiano no debe estar encadenado a procedimientos legales que retarden sus fines constitucionales, como lo es la seguridad jurídica, a través de una justicia oportuna, que desafortunadamente no se vislumbra en los casos estudiados.

Así se resumen en fechas, la duración de los procesos aquí estudiados:

DURACION DE PROCESOS DE REPARACION DIRECTA				
CASO	PRESENTACION DE LA DE LA DEMANDA	SENTENCIA DE 1ERA INST	SENTENCIA DE 2DA INST	TIEMPO DEL PROCESO
Higuita	01/02/96	25/06/98	20/02/08	12 años
Hazbum	02/03/95	02/08/06	29/01/14	19 años
Orejuela	02/11/01	juil-15	14 años
Zamora	27/03/00	04/02/04	12/12/13	13 años

PROMEDIO	14.5 años
----------	-----------

Un promedio de catorce años para determinar si le asiste derecho a un particular a ser reparado, desviste todo ordenamiento legal amparado por principios justos y humanos que llegue a tener cualquier Estado. No hay que dejar de lado que cuando un particular busca ser indemnizado por años de privación injusta de su libertad, lo hace principalmente porque sus condiciones de vida después del daño, son completamente diferentes, sobre todo en lo económico, y lo que deja demostrado este análisis, es que el particular debe apelar a lo divino para subsistir mientras es reparado, pues apelar a lo humano tardara años.

Conclusiones de la investigación

1 .La respuesta tardía por parte de la justicia contenciosa administrativa para fallar de fondo los asuntos de privación injusta de la libertad, ocasiona la revictimización del particular que reclama su indemnización, quien además de haber soportado un primer daño por parte del Estado con la restricción de su libertad, también debe soportar un segundo daño esperando más de una década para ser reparado integralmente.

2. La realidad jurídico procesal en Colombia dista de la efectividad del derecho, en razón a que la tardía respuesta de la justicia en asuntos de privación injusta de la libertad provoca la revictimización del particular, lesionando principios constitucionales tales como la seguridad jurídica y el acceso a una justicia pronta y cumplida.

3. La seguridad jurídica es un principio que transversalmente sostiene el ordenamiento jurídico colombiano, garantizando así a los particulares la certeza del derecho y la reacción temprana de la justicia, es por esto que en los procesos de reparación directa que versen sobre la privación injusta de la libertad, se hace necesario re-significar, re-pensar este principio para impedir la re victimización del particular.

4. Se hace necesario que los jueces y magistrados de lo contencioso administrativo den prioridad en sus despachos para resolver de fondo los asuntos que versen sobre reparación por privación injusta de la libertad, dado que el retraso de una decisión definitiva en este tipo de procesos, necesariamente conlleva a la revictimización del particular que pretende ser reparado.

Propuestas de la investigación

1 .Se propone que mediante vía legislativa se adicione al Art. 140 de la Ley 1437 de 2011 un párrafo que oriente al juez o magistrado a dar prioridad en sus despachos para resolver los asuntos que versen sobre reparación por privación injusta de la libertad, en aras de impedir la revictimización del particular que demanda su indemnización. El párrafo sería así:

Art 140: “Par. Los asuntos demandados por medio de control de reparación directa que versen sobre privación injusta de la libertad del particular, tendrán prioridad en los despachos para ser resueltos de fondo en aras de impedir la posible revictimización del demandante”.

2. Se propone socializar con la comunidad académica el problema de investigación planteado a través de la publicación del artículo “*La revictimización en asuntos de privación injusta de la libertad*”, en el periódico de la Universidad de Manizales.

3. A través de la presente investigación se propone sentar bases teóricas y académicas sobre la revictimización que sufre el particular cuando pretende ser indemnizado en virtud de la privación injusta de la libertad a la que fue sometido por parte del Estado.

Bibliografía

- Responsabilidad patrimonial del estado por daños sufridos por quienes se encuentran privados de la libertad. Documento especializado de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica. 1 Edición. Diciembre de 2013.

- Lineamientos jurisprudenciales sobre responsabilidad del estado por privación injusta de la Libertad. Documento especializado de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica. 1 Edición. Junio de 2014.

- Privación injusta de libertad entre derecho Penal y el derecho Administrativo. Documento especializado de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica. 1 Edición. Mayo de 2013.

- Serrano Escobar, Luis Guillermo 2005. Responsabilidad del estado por privación injusta de la libertad. Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

- Carnelutti, Francesco Carnelutti.1959. Las miserias del proceso penal. Buenos Aires Ediciones Jurídicas.

- Dueñas, Ramiro Ignacio 2005.” Responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad”. En temas de derecho Administrativo contemporáneo .Bogotá. Universidad del Rosario.

- Hoyos Duque Ricardo 2006.” Responsabilidad del estado por privación injusta de la libertad”.

- Peces-barba, Gregorio, Curso de Derechos Fundamentales Teoría General, Capítulo IX ILA seguridad Jurídica, Universidad Carlos III de Madrid IMPRENTA NACIONAL DEL BOLETIN OFICIAL DEL ESTADO DE MADRID, 1995.

- Eduardo Sánchez, Errores que cuestan, Revista Semana Edición 2014. Disponible en:<http://www.semana.com/opinion/articulo/demandas-por-encarcelamiento-injusto-desangran-al-estado-opinion-de-raul-sanchez/382375-3>

-Magistrado Fajardo explica procedencia de reparación por privación injusta de la libertad. Revista especializada Ámbito Jurídico. Jueves 29 de Octubre de 2015 Disponible en:http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti140905-04magistrado_fajardo_explica_procedencia_de_reparaci/noti140905-04magistrado_fajardo_explica_procedencia_de_reparaci.asp?print=1

- Revisar política criminal una necesidad del Estado-Otros autores, Revista Semana Edición 2014. Disponible en <http://www.semana.com/nacion/articulo/revisar-politica-criminal-una-necesidad-del-estado/397026-3>

- Arenas Salazar Jorge” Criticas del indicio en materia penal”, tercera edición 1998, Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

- Banacloche Palao J.,” La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en el Derecho español, Madrid 1996.

- Batet Jiménez María Pilar.” La responsabilidad patrimonial del estado por el funcionamiento de la administración de Justicia, Noviembre de 2002, en www.derecho.com/boletin/articulos/articulo0159.htm

- Bermúdez Muñoz Martin ”Responsabilidad de los Jueces y del Estado. Ediciones librerías del profesional. Primera edición 1998.

- Brewer Carias Allan R. “La constitución de 1999.Derecho constitucional Venezolano Tomo I, Cuarta Edición, Colecciones textos legislativos. No 20, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2004.

- Camacho Florez Jaime, En conferencia ”Presunción de inocencia, reconocimiento de la libertad, habeas corpus y antecedentes penales y contravencionales. Modulo No.2.Plan Nacional de capacitación. Fiscalía General de la Nación. Consejo Superior de la Judicatura.

- Civera Torres Enry Maria “Irresponsabilidad patrimonial del estado por prisión provisional injusta, número 2, mayo-agosto de 1999 en www.uv.es/-ripj/2enri.htm.

-Correa Henao Magdalena” La limitación de los derechos fundamentales. Temas de derecho público No.71 Instituto de estudios constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Noviembre de 2003.

- Delgado del Rincón Luis Esteban” Constitución, poder judicial y responsabilidad judicial” Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid de 200