MAESTRÍA EN DERECHO

ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD EN EL PERIODO 2002 – 2010, POLÍTICA DE SEGURIDAD DEMOCRÁTICA

Diana María Vega

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Departamento de Derecho
Bogotá D.C., Colombia
2017

ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD EN EL PERIODO 2002 – 2010, POLÍTICA DE SEGURIDAD DEMOCRÁTICA

Diana María Vega

Tesis como requisito para optar al título de:

Magíster en Derecho – Perfil Investigativo

Director:

Caviedes Estanislao Escalante Barreto

Línea de Investigación: Criminología, Problemas Sociales y Control Social de la Escuela de investigación en Criminología Mediática, Justicia Penal y Política Criminal Luis Carlos Pérez

Universidad Nacional de Colombia

Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Departamento de Derecho

Bogotá D.C., Colombia

2017

Resumen

La determinación de responsabilidad del Estado por privación injusta, en los casos en que, como producto de la implementación de la política de Seguridad Democrática, en el periodo 2002 - 2010, a título de detención preventiva, se le ha restringido la libertad a una persona que posteriormente fue exonerada por sentencia absolutoria o su equivalente, ya sea, porque el hecho no existió o porque el sindicado no lo cometió o porque la conducta no constituía hecho punible, ha llevado al Estado a afrontar cuantiosas condenas pecuniarias como producto de numerosos litigios contenciosos. De ahí, proviene la existencia de una tensión entre la legalidad procesal y la valoración de lo injusto. Polémica que, en términos teóricos, sostiene que un daño se presenta cuando la víctima no está obligada a soportar la lesión de un interés patrimonial garantizado por una norma jurídica, y que, por tanto, la comisión de dicho daño genera responsabilidad objetiva del Estado. Esta situación presiona negativamente la sostenibilidad de las finanzas públicas y pone en entredicho los fines y alcances de la política criminal del Estado.

ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD EN EL PERIODO 2002 – 2010, POLÍTICA DE SEGURIDAD DEMOCRÁTICA

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO 1

LA POLÍTICA DE SEGURIDAD DEMOCRÁTICA A LA LUZ DEL EMPLEO DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA Y LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD

1.1. Introducción 10

1.2. Orígenes de la Política de Seguridad Democrática 11

1.2.1. Orígenes del Conflicto armado y la Política Criminal 17

1.3. Política de Seguridad Democrática y Política Criminal 30

1.4. Elementos de la Política Criminal del Estado Colombiano en el Marco de la Política de Seguridad Democrática 35

CAPÍTULO 2

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA FIGURA DE PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD Y LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS DETENCIONES PREVENTIVAS

2.1. Introducción 49

2.2. Responsabilidad Estatal, Falla del Servicio y Daño Antijurídico..... 50

2.3. Privación Injusta de la libertad en el ordenamiento interno..... 54

2.5. Regímenes de Responsabilidad Estatal 61

2.6. Naturaleza de los conceptos de Responsabilidad Objetiva y Subjetiva 63

2.6.1. La responsabilidad como culpa - Visión Subjetiva 67

2.6.2. La Responsabilidad como riesgo o Visión Objetiva 69

2.7. Responsabilidad estatal contractual 72

2.7.1. Responsabilidad Extracontractual 75

CAPÍTULO 3

PROPUESTA DE INTEGRACIÓN FUNCIONAL DE LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LAS ALTAS CORTES RESPECTO DE LA FALLA DEL SERVICIO Y EL DAÑO ANTIJURÍDICO COMO CONSECUENCIA DE LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD EN COLOMBIA

3.1. Introducción 78

3.2. Límites de la acción del Estado en relación con la libertad como derecho esencial previsto en el ordenamiento internacional 80

3.2. Obligaciones del Estado respecto de los sujetos privados de la libertad 84

3.3. Estado como garante de los derechos de las personas privadas de libertad 89

4. CONCLUSIONES 97

5. BIBLIOGRAFÍA 102

ÍNDICE DE CUADROS

Cuadro 1. Principales Leyes e Iniciativas de Política Criminal en el Marco de la Política de Seguridad Democrática 15

Cuadro. 2. Población carcelaria en Colombia. 2017. Condenados y Sindicados.. 88

INTRODUCCIÓN

El municipio de Dagua es una pequeña población enclavada en las estribaciones de la cordillera occidental en el departamento del Valle del Cauca. Los habitantes de este aislado poblado han soportado por años los rigores de la confrontación violenta que padece el país, en particular, la ejercida por las organizaciones guerrilleras, los grupos paramilitares y los agentes del Estado[1]. El día 27 de julio del 2003, en la vereda Las Juntas, del Corregimiento Cisneros, el Ejército Nacional realizó la captura masiva de 25 campesinos, tras haber sido acusados por un informante de que pertenecían a un grupo armado ilegal. La captura de inmediato fue reportada por el Gobierno Nacional y mostrada en la prensa a la opinión pública como una muestra inequívoca de los éxitos de la Política de Seguridad Democrática de la administración del expresidente Álvaro Uribe Vélez. Seis años más tarde, un juez penal de la ciudad de Cali absolvió de toda responsabilidad penal a los capturados y desestimó los argumentos con los que fueron privados de la libertad.[2]

[1] MONCAYO, Víctor Manuel. Hacia la Verdad del Conflicto. Insurgencia Guerrillera y Orden Social vigente. En: Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia. Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas. 2015. Bogotá. Edición Mesa de Conversaciones para la terminación del Conflicto y la Construcción de una paz Duradera y Estable en Colombia. Pág. 147.

[2] EL TIEMPO, Libres 25 campesinos que hicieron parte de captura masiva en el Valle. La decisión se dio después de seis años de haber sido detenidos por la Fuerza Pública en el corregimiento de Cisneros y la vereda Juntas, en jurisdicción de Dagua (Valle). Por: Redacción ELTIEMPO 8 de mayo de 2009, 05:00 am. Disponible en: http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-5171832

Este caso, por sorprendente que parezca, se sumó a otros cientos, efectuados durante la administración de Álvaro Uribe Vélez, en el marco de su campaña de lucha contra los grupos insurgentes. Una de las medidas de limitación de derechos, empleada en la política del poder ejecutivo en el marco del plan de gobierno, fue la privación de la libertad en forma preventiva. Las detenciones preventivas, como instrumento de la Política Criminal del Estado, son una característica problemática en la estructura de la acción de persecución de la criminalidad, pues deben ser consideradas como un recurso de última ratio o excepcional en el marco de un orden constitucional en el que la libertad es considerada un valor y un principio constitucional imperante, cuyo respeto obliga al Estado y a sus órganos de persecución policiva y penal a salvaguardarlo hasta que no haya alternativa distinta a su limitación, cuyo requisito es la reserva legal y judicial.

No obstante, el uso de esta medida tuvo un incremento desmesurado durante los dos periodos de gobierno del expresidente Álvaro Uribe Vélez. Esto dio origen a una sistemática violación del derecho fundamental a la libertad de un gran número de ciudadanos. Entre otros muchos, campesinos, estudiantes, activistas políticos y defensores de derechos humanos, entre otros.[3] Enfrentados a esta gravosa situación, muchos ciudadanos víctimas de la acción institucional de esta política, luego de ser absueltos de la acusación presentada o dejados en libertad, tomaron

[3] ARIZA HIGUERA, Libardo José. Los muros de la infamia: prisiones en Colombia y en América Latina / Libardo José Ariza, Manuel Iturralde. -- Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, CIJUS, Ediciones Uniandes, 2011. Pág. 112.

la decisión de acudir a la jurisdicción Contencioso Administrativa para reclamar la salvaguarda y resarcimiento de sus derechos, vulnerados por la acción estatal en el marco de la Política de Seguridad Democrática.

Por tanto, el problema de investigación que se propone abordar este trabajo es la determinación del Régimen de Responsabilidad atribuible a la competencia del Estado por el ejercicio de la Privación Injusta de la Libertad, en primer término, en el escenario en el que, a título de detención preventiva, se le ha restringido la libertad a una persona, que posteriormente fue exonerada de cualquier tipo de responsabilidad penal, ya sea por efecto de una sentencia absolutoria o alguno de sus equivalentes o sencillamente porque el hecho no existió, pues el sindicado no lo cometió o porque la conducta que se le atribuida no constituía hecho punible. Todo esto como producto directo de la implementación masiva y extendida de la política pública de Seguridad Democrática durante el periodo 2002 – 2010. Es decir, los dos periodos constitucionales en los que ejerció la Presidencia de la República el ciudadano Álvaro Uribe Vélez.

Lo anterior nos lleva a considerar como Hipótesis genérica la idea de que la medida de Privación de la Libertad no se procesa de conformidad con las categorías penales que la aprueban, sino por el resultado último de todo el proceso y por ende, concluir que en Colombia se aplica un régimen de Responsabilidad Objetiva.

La tesis central de este de trabajo se deriva de las tesis jurisprudenciales mayoritarias, asumidas tanto por el Consejo de Estado como por la Corte Constitucional. Los dos altos tribunales coindicen en sostener que la legalidad de la medida de Privación de la Libertad no se procesa de conformidad con las categorías penales que la aprueban, sino por el resultado último de todo el proceso. Por tanto, ambos tribunales han adoptado de manera mayoritaria y conjunta un Régimen de Responsabilidad Objetiva en virtud del cual fundamentan sus providencias. Este régimen considera que el Estado debe responder y reparar el daño ocasionado a los ciudadanos en todos los casos en los que se haya privado de la libertad a un ciudadano que posteriormente resulte exonerado de los cargos, independientemente de las consideraciones de responsabilidad por la culpa del operador judicial o el error del servicio en la administración del Estado, incluso si los elementos procesales de la detención son adecuados en el marco del proceso penal. El solo hecho de la privación de la libertad, sin que se genere una condena, ocasiona responsabilidad estatal.

Dicha situación ha llevado al Estado a afrontar cuantiosas condenas como producto de numerosos litigios contenciosos emprendidos por un alto número de ciudadanos que se entienden a sí mismos como víctimas de la acción del Estado en esta materia. De ahí surge la tensión entre la legalidad procesal y la valoración de lo injusto. Esta polémica, en términos teóricos, sostiene que un daño se presenta cuando la víctima no está obligada a soportar la lesión de un interés patrimonial garantizado por una norma jurídica y que, por tanto, la privación de la

libertad constituye un hecho dañoso cuando ella no culmina con la condena del privado. No se evalúa, por tanto, la comisión de error en la administración del Estado ni falla del servicio.

La metodología que se empleó en este trabajo, tendiente a determinar el alcance de la Responsabilidad del Estado por Privación Injusta de la Libertad durante el periodo 2002 – 2010, en el que se desarrolló la política de Seguridad Democrática, se encuentra sustentada de manera general en un enfoque mixto de características descriptivas de los conceptos de Privación Injusta de la Libertad y correlacionales de las variables de Responsabilidad Estatal, Falla del Servicio y Daño antijurídico, contrastados en el marco de la Política de Seguridad Democrática. El propósito metodológico consistió en hacer una aproximación intersubjetiva a la problemática planteada a partir del empleo de elementos provenientes de los enfoques cualitativos de la investigación científica aplicada a la ciencia jurídica. Para cumplir estos propósitos, se hizo una revisión de las providencias en esta materia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional y una revisión de fuentes secundarias, en particular, la doctrina jurídica sobre responsabilidad estatal, falla del servicio y daño antijurídico, y algunos textos clásicos de Política Criminal y criminología crítica.

Igualmente, se desarrolló una revisión de trabajos académicos, informes de organizaciones de Derechos Humanos y algunas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el derecho a la libertad, la privación

de la libertad y sus condiciones en un Estado democrático firmante de la Carta Interamericana. Por último, se revisaron documentos institucionales e informes académicos sobre los dos periodos de gobierno de Álvaro Uribe Vélez y la política de Seguridad Democrática.

Este trabajo está divido en tres capítulos. En el primero se hace una revisión general de la política de Seguridad Democrática a la luz del empleo de la detención preventiva y la privación injusta de la libertad, haciendo un pequeño recorrido por los referentes y antecedentes históricos de la Política Criminal del Estado y la influencia que tuvo en ella la coyuntura política internacional, en particular la política exterior de los Estados Unidos. En el segundo capítulo se discuten y se presentan los regímenes de responsabilidad estatal que subsisten en el ordenamiento jurídico colombiano y se hace un recorrido por los diferentes momentos de la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional en materia de Privación Injusta de la Libertad. En el tercer capítulo se propone una integración funcional de los pronunciamientos de las altas cortes respecto de la falla del servicio y el daño antijurídico como consecuencia de la Privación Injusta de la Libertad en Colombia, para determinar la Responsabilidad Objetiva del Estado como elemento unificador de la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, entendiendo que en este régimen se desarrollan las premisas de control y límite funcional de la acción estatal a la restricción de la libertad individual como premisa de garantía, en las sociedades

democráticas, del pleno ejercicio de la libertad como el valor humano más importante de convivencia social.

Espero que este trabajo pueda aportar un grano de arena al entendimiento de la Libertad como el máximo y más importante valor de la contemporaneidad humana, como el principio fundante y estructural de la democracia contemporánea, como requisito esencial e indispensable que los ciudadanos tienen a su alcance para el desarrollo pleno de los demás derechos que les brinda la Constitución Política y las normas internacionales de protección y garantía de Derechos Humanos observadas por el Estado Colombiano. Este texto recoge algunos de mis años de experiencia como funcionaria de la Rama Judicial y como miembro del Consejo de Estado, corporación que lentamente va consolidando su jurisprudencia con los más importantes avances en materia de protección y garantía de los Derechos Humanos y que ha asumido una ardua tarea por integrar sus fallos al conocimiento de la ciudadanía y al debate académico.

CAPÍTULO 1

LA POLÍTICA DE SEGURIDAD DEMOCRÁTICA A LA LUZ DEL EMPLEO DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA Y LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD

1.1. Introducción

La Política Criminal del Estado Colombiano ha estado íntimamente ligada, por lo menos en las últimas décadas, a las oscilaciones de la política de seguridad en el confuso orden internacional.[4] Desde la década de los sesenta del siglo XX los derroteros de la acción del Estado en el manejo de la Política Criminal se han suscrito en términos generales a las necesidades regionales de la política exterior de los Estados Unidos.[5] En primer término, como consecuencia de la adhesión del país a la lucha internacional contra la expansión de lo que por entonces se denominó "Lucha contra el comunismo", concepto que en el marco de la realidad latinoamericana se transformó en la lucha contrainsurgente derivada de la política de "Seguridad Nacional";[6] en segundo término, en el marco de la lucha contra el tráfico internacional de drogas, política que alteró los referentes funcionales de los

4 APONTE, C. Alejandro David. Guerra y derecho penal de enemigo. Aproximación teórica a la dinámica del derecho penal de emergencia en Colombia, Bogotá, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Serie Estudios Ocasionales CIJUS, 1999.

5 ITURRALDE, Alejandro. Guerra y derecho en Colombia: el decisionismo político y los estados de excepción como respuesta a la crisis de la democracia. Ponencia presentada en el Seminario sobre la Crisis Colombiana del Centro de Estudios Socioculturales de la Universidad de los Andes. Bogotá, Universidad de los Andes, 2003.

6 GALINDO, HERNÁNDEZ, Carolina. De la Seguridad Nacional a la Seguridad Democrática: nuevos problemas, viejos esquemas. Análisis comprensivo de las interrelaciones entre tendencias actuales de la filosofía política y los estudios sobre las transformaciones recientes del Estado nación en Colombia. Bogotá. Universidad del Rosario. Pág. 38.

regímenes punibles en América Latina en las décadas de los ochenta y noventa, y en tercer término, y por último, cuando el país se adhirió la dinámica de la lucha contra el terrorismo y el crimen organizado transnacional,[7] que se desató tras la ocurrencia de los sucesos del 11 de septiembre del 2001 en los Estados Unidos.[8]

1.2. Orígenes de la Política de Seguridad Democrática

En agosto del 2002 tomó posesión como Presidente de la República Álvaro Uribe Vélez, que había resultado vencedor en la contienda electoral al presentarse a sí mismo como un gobernante duro e inflexible en contra del accionar de las organizaciones criminales, en particular de las guerrillas. Al respecto, en su discurso de posesión, Uribe Vélez sostenía: "Retomemos el lazo unificador de la ley, la autoridad democrática, la libertad y la justicia social", acápite que denotaba perfectamente el tono y la naturaleza política de lo que a la postre, serían ocho años de gobierno.[9] Uribe Vélez, una vez investido como mandatario, tuvo como premisa nuclear de su administración el empleo continuo del discurso de la seguridad y la lucha frontal contra de las organizaciones guerrilleras, máxime cuando el país aún no se recuperaba del letargo que supuso el fracaso de la

[7] Un ejemplo del impacto de la lucha contra el Terrorismo y el Crimen Organizado Transnacional desde las políticas de Naciones Unidas y su recepción en Colombia a través del proceso penal como instrumento de poder y control social, en: ESCALANTE BARRETO, Caviedes Estanislao. Las actividades de indagación e investigación. Límites constitucionales: *El agente encubierto y la interceptación telefónica como instrumentos de política criminal eficientista y negación de los fundamentos del Estado Constitucional. E*ditorial Ibáñez, Bogotá, 2011.

[8] UPRIMNY, Rodrigo, El "laboratorio" colombiano: Narcotráfico, poder y administración de justicia. En: *Caleidoscopio de las justicias*. Siglo del hombre editores, Bogotá, 1997.

[9] Discurso de posesión del presidente Álvaro Uribe Vélez. Retomemos el lazo unificador de la ley, la autoridad democrática, la libertad y la justicia social. No vinimos a quejarnos, llegamos a trabajar. En El TIEMPO. Bogotá. 8 de agosto del 2002. Sección Titular. Puede verse en: http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1339914

negociación de paz que adelantó la administración Pastrana Arango (1998 – 2002) y cuando el mundo aun no salía de su asombro ante los hechos trágicos de Nueva York y Washington, acaecidos en el 2001.[10]

Para el lente de la administración Uribe Vélez, ambos sucesos tenían un vínculo estrecho. Es decir, la pervivencia de las agrupaciones guerrilleras y la emergencia del terrorismo internacional eran para Uribe dos hechos que tenían una innegable y peligrosa ligazón.[11] Debido a ello se formuló la denominada Política de Seguridad Democrática. Estrategia emprendida por el Estado Colombiano para combatir de manera frontal a las organizaciones insurgentes, a los grupos paramilitares y a la delincuencia común.[12] Esta política pública involucró un gran esfuerzo institucional y de los organismos de seguridad del Estado para aumentar su presencia territorial, que representó la vinculación de sectores de la población civil en la dinámica del conflicto, propició el reclutamiento de soldados campesinos, la aparición y configuración de redes de informantes, las recompensas para conseguir información, la continua declaratoria del estado de conmoción interior, la creación de zonas de rehabilitación y consolidación en áreas de tradicional influencia guerrillera,[13] lo que llevó al diseño de una Política Criminal

[10] PELL, RICHARDS. Josefina. Política Exterior de Colombia, Post 11 de septiembre: Redefiniciones en un contexto de internacionalización. Tutor. Juan Gabriel Tokatlian. Universidad Torcuato Di Tella. Departamento de Ciencia Política y Estudios Internacionales. Junio de 2013. Pág. 29.

[11] DNP. DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Boletín de Resultados en Seguridad Democrática. 2008. Dirección de Justicia y Seguridad - Dirección de Evaluación a Políticas Públicas. Bogotá. 2008. Pág. 5. "*La política de Consolidación de la Seguridad Democrática*".

[12] LEAL, BUITRAGO. Francisco. La Política de Seguridad Democrática 2002 – 2005. Revista. Análisis Político. IEPRI. No 57, mayo – agosto 2006. Págs. 3 30.

[13] Ibíd. LEAL, BUITRAGO. Pág. 4.

más severa, que llevaría incluso a reformar el Código y los procedimientos penales, entre 2002 y 2008.[14]

En primer término, el Gobierno Nacional le dio vía libre a la implementación del Sistema Penal Oral de tendencia acusatoria, que reemplazaría el sistema inquisitorio en ese momento vigente, y que se desarrolló con la aprobación del Acto Legislativo 01 del 2002, que reformó las funciones asignadas a la Fiscalía General de la Nación consagradas en los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución Política de Colombia. Esto, a su vez, se tradujo en la expedición del nuevo Código Penal, ley 906 del 2004.[15] En el mismo sentido del nuevo sistema penal acusatorio, el gobierno nacional impulsó la aprobación de leyes penales con la misma orientación doctrinaria y axiológica. Así fueron aprobadas las leyes 1098 del 2006, o Código de la Infancia y la Adolescencia; la Ley 1121 del 2006, que eliminó las rebajas en las penas a quienes cometieren delitos relacionados con actos de terrorismo, a quienes estuvieren incursos en financiación de terrorismo, a quienes participaren en actos de secuestro extorsivo, extorsiones de cualquier índole y delitos conexos.[16]

---

[14] SOTOMAYOR, ACOSTA. Juan, Oberto. Las recientes reformas penales en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa. Medellín. Universidad EAFIT. Nuevo Foro Penal, No. 71. Enero – junio 2007. Págs. 13 – 65.

[15] RELATORÍA DE PRISIONES. GRUPO DE DERECHO DE INTERÉS PÚBLICO (G-DIP) FACULTAD DE DERECHO, UNIVERSIDAD DE LOS ANDES. COMENTARIOS SOBRE LA POLÍTICA CRIMINAL EN COLOMBIA. Bogotá, 14 de junio de 2011. Disponible en: https://grupodeprisiones.uniandes.edu.co/images/stories/relatorias/PRISIONES-OCT2011/PRODUCTOSRELATORIA/politicacriminal.pdf

[16] SENADO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. PROYECTO DE LA LEY 1121 por medio de la cual algunas disposiciones del Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código Penitenciario y Carcelario, la Ley 1121 de 2006 y se dictan otras disposiciones. Bogotá, 20 de septiembre de 2016

Pero fue quizás la aprobación de la ley 1142 del 28 de junio de 2007, "por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906, de 2004, 599, de 2000, y 600, de 2000, y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana",[17] denominada Ley de Convivencia y Seguridad Ciudadana, eufemismo que parafraseaba al *Partriot Act* de la administración Bush, en los Estados Unidos, tras el 11 de septiembre. Esta norma es la que mejor expresó la visión restrictiva y férrea de la Política Criminal cimentada en la Seguridad Democrática, debido a que reformaba el derecho a la libertad mediante el establecimiento de cuatro normas. A saber, en primer lugar señaló que a los condenados por delitos cuya pena fuera menor a cuatro años se los pudiese recluir en establecimiento carcelario; en segundo lugar incluyó un sustantivo aumento de penas para 14 conductas delictivas y en 12 de ellas el mínimo de la pena alcanzó los cuatro años, lo que habilitó la detención preventiva para ellos;[18] en tercer lugar se eliminó la detención domiciliaria para un amplio número de delitos, lo que agravó sin duda el ya de por sí terrible hacinamiento carcelario, y por último la ley eliminó los beneficios y subrogados penales para aquellos condenados por la comisión de delitos dolosos o preterintencionales con cinco años de anterioridad a la promulgación de la norma.[19] Estas leyes impusieron una visión negativa de la

[17] LEY 1142 DE 2007 (Junio 28) "Por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana". Disponible en: http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=25620
[18] Ibíd. Pág. 6.
[19] Óp. Cit. Pág. 7.

acción de combate a la criminalidad y desarrollaron una política que tenía como Norte restringir garantías democráticas y penales.

Cuadro 1. Principales Leyes e Iniciativas de Política Criminal en el Marco de la Política de Seguridad Democrática

La Ley 747 del 2002 creó el delito de trata de personas (Art. 188A).

La Ley 788 del 2002 creó delitos relacionados con evasión de impuestos, favorecimiento de contrabando y contrabando de hidrocarburos.

La Ley 890 del 2004 aumentó las penas de todos los delitos de la Parte Especial del Código Penal. En la tercera parte, en el mínimo, y en la mitad, en el máximo. También creó nuevos delitos, como el soborno en la actuación penal (Art. 444A) y el ejercicio arbitrario en la custodia de menor de edad (Art. 230A).

La Ley 1121 de, 2006 eliminó la rebaja de penas para los delitos de terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos.

La Ley 1142 del 2007 aumentó las penas a varios delitos y estableció la posibilidad de aplicar la detención preventiva para doce delitos para los que antes no procedía (entre ellos violencia intrafamiliar, usura, amenazas y voto fraudulento).

La Ley 1181 del 2007 aumentó las penas para el delito de inasistencia alimentaria (Art. 233).

La Ley 1200 del 2008 creó el delito de secuestro extorsivo (Art. 169).

La Ley 1220 del 2008 aumentó las penas para todos los delitos contra la salud pública (Arts. 368 a 373).

La Ley 1236 del 2008 aumentó las penas para todos los delitos contra la libertad e integridad sexuales y creó el delito de utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer servicios sexuales de menores (Art. 219A).

La Ley 1257 del 2008 creó el delito de acoso sexual (Art. 210A) y aumentó las penas para otros delitos relacionados con violencia y discriminación contra la mujer.

La Ley 1273 del 2009 creó un nuevo Título del Código Penal, con nueve nuevos delitos que penalizan conductas en contra de la protección de la información y de los datos (Arts. 269A a 269J).

La Ley 1288 del 2009, de Inteligencia y Contrainteligencia, aumentó las penas para ocho delitos relacionados con la divulgación de secretos y documentos oficiales y el acceso a sistemas informáticos del Estado y además creó el delito, culposo, de revelación de secreto (Art. 418B).

La Ley 1327 del 2009 convocaba a un referendo para establecer la pena de cadena perpetua para quienes incurran en homicidio o delitos sexuales contra menores de edad.

La Ley 1329 del 2009 creó tres nuevos delitos para contrarrestar la explotación sexual comercial de menores (213A, 217A, 219A).

La Ley 1356 del 2009 modificó el Art. 59 del Código Penal en el sentido de agregar un nuevo factor de agravación de la pena: “Cuando la conducta punible fuere cometida total o parcialmente en el interior de un escenario deportivo, o en sus alrededores, o con ocasión de un evento deportivo, antes, durante o con posterioridad a su celebración”.

La Ley 1357 del 2009 aumentó penas para los delitos de captación masiva e ilegal de dinero y otros delitos.

La Ley 1393 del 2010 aumentó la pena para el delito de ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico.

La Ley 1426 del 2010 añadió agravantes a los delitos de homicidio y amenaza cuando el sujeto pasivo sea un defensor de derechos humanos, un periodista, un servidor público perteneciente a la Rama Judicial o al Ministerio Público o sus familiares.

A finales del 2010 se presentó en el Congreso un proyecto de ley para penalizar con pena de prisión a los conductores que condujeran vehículos en estado de embriaguez. Esta iniciativa fue posteriormente archivada.

En el 2011 se presentó un proyecto de ley para sancionar penalmente las infracciones a los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos.

En el 2011 se aprobó el Estatuto de Seguridad Ciudadana, que creó nuevos tipos penales que sancionan la utilización de niños para cometer delitos, comercializar autopartes robadas, disparar al aire y comercializar drogas entregadas al sistema de seguridad social. Además, endureció las penas para los menores de edad que comentan homicidio doloso, secuestro extorsivo o agresión sexual, para los delitos de tráfico de estupefacientes y porte ilegal de armas.

Fuente. Universidad de los Andes, 2011.

Así, la Política de Seguridad Democrática se convirtió en la iniciativa bandera de la acción institucional de la administración Uribe Vélez y sobre ella se desarrolló un profundo debate acerca de los límites que el Estado debe tener en materia de la acción que se ejerce para combatir la criminalidad y la delincuencia. Se estableció una profunda reforma en la normatividad penal (como se mostró arriba) y se le atribuyeron nuevos y más extendidos poderes de acción a las instituciones punitivas del Estado Colombiano. Tanto la Fiscalía General de la Nación, como la

Policía Nacional y las Fuerzas Militares fueron alentadas por el Presidente de la República a actuar de manera más frontal y a reducir el margen de limitación orgánica de sus actuaciones.[20] La Seguridad Democrática fue instituida como una política pública que, amparada en la premisa de la lucha contra el terrorismo, desestructuró una parte efectiva del margen de garantías democráticas insertas en la Constitución de 1991, dotó de facultades extraordinarias al presidente para dirigir en forma directa la acción en contra de la criminalidad y, como en los Estados Unidos, ayudó a consolidar un panorama de mayor desconocimiento sistemático de las libertades individuales, civiles y políticas de los ciudadanos.[21]

1.2.1. Orígenes del Conflicto armado y la Política Criminal

El conflicto armado colombiano, caracterizado por su magnitud, intensidad y prolongación, ha tenido como inexorable consecuencia la existencia de un gran número de víctimas, que se han visto abocadas a soportar las más crueles tragedias perpetradas por los actores armados enfrentados, se han visto obligados a tener que reconstruir sus vidas en medio del miedo y la marginalidad.[22] Este último aspecto ha cobrado gran preponderancia en virtud de la búsqueda de mecanismos jurídicos y políticos que permitan el resarcimiento de los daños

[20] MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado Colombiano. Comisión asesora de política criminal. informe final Bogotá. Junio de 2012.. Agencia de Cooperación Internacional de Colombia. Unión Europea.

[21] VICEPRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Impacto de la Política de Seguridad Democrática sobre la confrontación armada, el narcotráfico y los derechos humanos. Bogotá. Observatorio del programa presidencial de Derechos Humanos y DIH. 2008. Pág. 22.

[22] RUIZ R. Nubia Universidad Nacional de Colombia, Vicerrectoría de Investigación, Dirección de Investigación Sede Bogotá, 2013

ocasionados por situaciones gravosas en materia jurídica y judicial como consecuencia de la Política Criminal del Estado Colombiano, en especial la acaecida durante la administración Uribe Vélez.[23]

El cuestionamiento sobre la Política Criminal del Estado es relevante por cuanto si se tiene en cuenta que en Colombia, según cifras extraoficiales, solo como víctimas de desplazamiento forzado por causas del conflicto armado, tenemos que "en el periodo comprendido entre 1985 y el 2008 (24 años), el desplazamiento forzado afectó a un total aproximado de 4.628.882 personas que integran en promedio 925.776 familias". Esto, según los datos de CODHES, que además asegura que "un alto porcentaje de este universo de víctimas de desplazamiento forzado sobrevive en condiciones críticas de pobreza, pero es evidente que algunas de estas personas ya no se consideran desplazadas y superaron por sus propios medios la dura situación provocada por la violencia".[24] El gobierno registra oficialmente en su sistema de información 2.935.832 de personas desplazadas en el periodo comprendido entre 1997 y febrero del 2009, cifra parcial que, sin embargo, representa un verdadero drama social y humanitario para Colombia. Estas preocupantes estadísticas no incluyen víctimas de otros delitos, como los de lesa humanidad, que deberían preocupar profundamente a cualquier gobierno auténticamente democrático.

[23] RIOS. SIERRA. Jerónimo. Breve historia del conflicto armado en Colombia. Bogotá. Los Libros de la Catarata, 2017. Pág. 49

[24] CODHES - CONSULTORÍA PARA LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DESPLAZAMIENTO FORZADO. Informa Boletín informativo de la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento, No. 75. Bogotá, 22 de abril de 2009. Víctimas emergentes Desplazamiento, derechos humanos y conflicto armado en 2008. Disponible en: http://docplayer.es/14863568-Victimas-emergentes-desplazamiento-derechos-humanos-y-conflicto-armado-en-2008.html

En el orden internacional han sido muchos los avances en materia de reconocimiento y protección de los derechos de quienes son injustamente privados de la libertad. En el cumplimiento de sus obligaciones, se les han impuesto a los Estados altos estándares, que requieren de un verdadero compromiso en la adopción y desarrollo de políticas en la materia. No obstante, Colombia ha tenido avances parciales en la puesta en marcha de medidas eficaces, integrales y concretas que garanticen el derecho de los privados de su libertad. A pesar de que se ha logrado un cierto consenso jurídico y político en torno a que las víctimas de violaciones a derechos humanos son titulares del derecho a la reparación integral, existen profundas discrepancias sobre el alcance de ese derecho.[25]

El interés por profundizar en este debate tiene como objetivo central fundamentar los conceptos en juego respecto de las discusiones más relevantes del derecho administrativo contemporáneo, que es, sin duda, lo atinente a la regulación y el establecimiento de procedimientos para la reparación de los daños que el Estado les reconoce a las víctimas de privaciones injustas de su libertad, como el restablecimiento de los derechos y la reparación pecuniaria por actuaciones excesivas del Estado en el marco de la Política de Seguridad Democrática. Partimos de la premisa de que la Política Criminal del Estado Colombiano ha presentado variaciones que coinciden con los intereses de la política exterior de

[25] DUEÑAS. R. Ramiro I. Responsabilidad del Estado por Privación Injusta de Libertad. En: Temas de Derecho administrativo contemporáneo. Perdomo, Vidal Jaime Compilador. Bogotá 2005. Universidad del Rosario. Pág. 230.

los Estados Unidos, que ha sido tradicionalmente el Estado hegemónico en América Latina, cuando menos en las ocho últimas décadas.[26]

La influencia de la Política Exterior estadunidense tuvo en Colombia, como en gran parte del continente, una enorme influencia sobre los grupos, sujetos, instituciones, factores, características y demás componentes, que dieron origen a las variaciones de la Política Criminal en el Estado Colombiano. La historia política de nuestro país es un abigarrado mosaico de hechos y situaciones que han marcado la acción del Estado respecto del manejo de los problemas asociados al Conflicto Armado y a la criminalidad. Hoy se puede concluir que no existe una Política Criminal del Estado Colombiano, sino una política de lucha contra el crimen, impuesta desde las relaciones de poder transnacional, que ha llevado a una integración de política punitiva, sin consideración de los problemas sociales propios.[27]

En tal sentido, es posible distinguir tres periodos históricos, diferenciados entre sí, pero que configuraron los linderos de la acción de combate a la criminalidad en cabeza del Estado. En primer lugar, el Profesor Valencia Villa narra, en la tercera parte de su libro monográfico, que en el periodo de lucha contra el "enemigo interno", en el marco de la guerra fría, se configuró la política de Seguridad

[26] BLUM, William. El Estado Agresor, la guerra de Washington contra el mundo 1945-2003, de Hiroshima a la ocupación de Iraq. Status Ediciones. Madrid. 2004. Pág. 129.

[27] ESCALANTE BARRETO, Caviedes Estanislao. Las actividades de indagación e investigación. Límites constitucionales: El agente encubierto y la interceptación telefónica como instrumentos de política criminal eficientista y negación de los fundamentos del Estado Constitucional. Editorial Ibáñez, Bogotá, 2011.

Nacional y de seguridad interna, que imponía lineamientos a las fuerzas armadas de los estados latinoamericanos, daba directrices para combatir de manera frontal, ya sea legal o ilegalmente, a los enemigos internos de las instituciones del Estado, en particular a aquellos que tuviesen relaciones ideológicas con la Unión Soviética y el ideario comunista.[28] De esta manera se ve cómo el país se sumió en una profunda confrontación militar desarrollada entre organizaciones insurgentes alentadas por el influjo de la Revolución Cubana y la campaña de expansión del comunismo Soviético y Chino.[29]

Este periodo, antecedido por los estertores de la violencia liberal y conservadora de la primera mitad del siglo XX, marcó el surgimiento de un hermético pacto entre las elites políticas y económicas. Pacto que significó un milimétrico reparto del poder político entre los dos partidos políticos mayoritarios, liberal y conservador. Este pacto también supuso, nos cuenta Alfredo Iriarte, el sello definitivo de la disolución de las distancias ideológicas entre las dos colectividades.[30] Iriarte atribuye el inicio de la violencia liberal-conservadora, en las décadas de los 30, 40 y parte de los 50 a una virulenta reacción armada del partido conservador a las reformas liberales emprendidas por la República Liberal, en especial a la reforma

[28] SALAZAR. Gustavo. "*Una mirada crítica al Conflicto Armado en Colombia*". ACNUR. Biblioteca digital. Colombia. Pág. 29.
[29] ARCHILA, Mauricio. Idas y venidas, vueltas y revueltas, protestas sociales en Colombia 1958 - 1990. Bogotá. 2003. Universidad Nacional de Colombia. Pág. 46.
[30] IRIARTE. Alfredo. "*Historias en Contravía. El horrible quinquenio 1947 – 1953*". Bogotá. Editorial Planeta. 1995. Capítulos V, VI y VII.

constitucional de 1936 y al ánimo modernizador de los dos gobiernos de López Pumarejo.[31]

Un balance de víctimas del periodo ha sido calculado por varios autores. Al respecto, el Centro de Memoria Histórica resalta:

> "En primer lugar, estimaron 16.219 muertos entre 1949 y 1957, sin incluir a los muertos habidos con fuerzas regulares del ejército, ni en masacres colectivas, que generalmente eran abandonados a los animales o arrojados a los ríos o precipicios, ni tampoco las bajas sufridas por las Fuerzas Armadas, en segundo lugar, cuantificaron que 321.621 personas, es decir, el 42 % de zonas rurales de Colombia, sufrieron el "exilio", en forma permanente o transitoria; en tercer lugar encontraron que 40.176 propiedades, o sea el 42,82% del total perteneciente a 32.400 propietarios, han sido abandonas o despojadas transitoria o permanentemente" [32]. "En cuanto al abandono o despojo de tierras, Oquist calculó que los propietarios de tierras perdieron 393.648 hectáreas y que los departamentos más afectados fueron Valle del Cauca, Tolima, Cundinamarca, Norte de Santander y Antiguo Caldas".[33]

Este enfrentamiento tuvo como signo característico que se desarrolló esencialmente en zonas campesinas de colonización agrícola, en particular fue especialmente violento en las zonas montañosas de las cordilleras central y oriental[34]. Al respecto, es conveniente ver este aparte: "Dentro de los partidos políticos se constituyeron agrupaciones armadas con diferentes niveles de

[31] BARRERO. Tomás. República liberal: sociedad y cultura. Editor Rubén Sierra Mejía. Editorial. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Ciencias Humanas, 2009. Pág. 257.
[32] CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTORICA. "Basta ya, Colombia memorias de guerra y dignidad". Primera edición. 2013. Pág. 112.
[33] Ibíd. Pág. 114.
[34] SÁNCHEZ, Gonzalo. La violencia en Colombia. Bogotá. Revista Credencial Historia.. Colección: Cultura y entretenimiento en Colombia; Historia de las ciencias sociales en Colombia; Protagonistas, obras y sucesos del siglo XX; Credencial Historia. Febrero de 1999. Número 110.

organización; de un lado, la policía chulavita y los pájaros (asesinos a sueldo), al servicio del Gobierno Conservador; del otro lado, las guerrillas liberales y las autodefensas comunistas".[35]

El periodo de la violencia liberal-conservadora fue especialmente relevante, no solo por el gran número de víctimas civiles que dejó, sino porque sería, en síntesis, el antecedente de la manera en la que el Estado Colombiano organizaría sus fuerzas armadas bajo un solo mando y concentraría la acción de persecución criminal del Estado en manos de un órgano independiente de la política partidista. La violencia es un antecedente directo del periodo de la guerra fría y de los ribetes que esta adquiriría en nuestro país en las siguientes décadas.

Uno de los puntos que permitió la superación de la violencia de las décadas del 40 y 50 fue el ascenso del general Gustavo Rojas Pinilla. Este gobierno, según Bushnell, fue un intento de los partidos tradicionales de salir de la confrontación y de negociar la paz con las guerrillas liberales que surgieron como respuesta de la campaña de exterminio de los liberales en muchas regiones rurales del país. A la postre, el resultado de este proceso sería exitoso, pues una parte sustantiva de la guerrilla liberal se desmovilizaría en 1953.[36] Ello se dio a expensas de la intermediación de la agencia Gubernamental de los Estados Unidos, hecho que trajo consigo prácticas de contención de la ideología comunista y que eran empleadas para contener el avance de los grupos al margen de la ley. Ello se

[35] Óp. Cit. Pág. 113.
[36] CENTRO DE MEMORIA HISTORICA. Recurso Digital. Procesos de paz en Colombia. Disponible en: http://centromemoria.gov.co/HechosDePaz/

enmarca en la naciente Guerra Fría, periodo al que fue arrastrado el país tras el Norte de la lucha contra el enemigo externo soviético y el interno los grupos que se oponían al Frente Nacional.[37] En el subsiguiente periodo histórico surge el concepto de Doctrina de Seguridad Nacional, estrategia liderada por el gobierno de los Estados Unidos en América Latina que tenía por propósito preparar a los gobiernos latinoamericanos y a sus órganos de seguridad en toda laya de estrategias para combatir a los insurgentes u opositores políticos en cada país.[38]

En 1964 surgiría la agrupación criminal Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, FARC, que vio la luz pública como resultado de tres hechos coyunturales precisos. En primer término, la subsistencia de un reducto irredento de las guerrillas del Llano que no hicieron parte de la negociación de paz con Rojas Pinilla; en segundo término, el resultado de un efervescente ánimo revolucionario motivado por el triunfo de la Revolución en Cuba en 1959. Este ánimo caló con particular fuerza en las universidades públicas del continente y no tardo en entrar en la órbita de los apetitos expansionistas de la pérfida camarilla soviética y, en el mismo sentido, la decisión del Partido Comunista Colombiano por aprovechar de forma oportunista la revuelta de los campesinos sublevados en el norte del Tolima y replicar de manera obtusa el ejemplo cubano en Colombia.[39]

---

[37] PARDO, Rafael. Colombia, uno de los países más afectados por la Guerra Fría. Portal Kien y Que. 14 de Octubre del 2014 Rafael Pardo. Disponible en: https://www.kienyke.com/politica/colombia-es-uno-de-los-paises-mas-afectados-por-la-guerra-fria

[38] GUZMÁN CAMPOS. G. FALS BORDA. O. UMAÑA LUNA. E. "*La violencia en Colombia*". Bogotá: Taurus, 2005. Parte I. Elementos estructurales del conflicto.

[39] PALACIOS, Marco. "Entre la legitimidad y la violencia. Colombia, 1875-1994". Bogotá. Grupo Editorial Norma. 2003. Capitulo. 5. Legitimidad Elusiva. Pág. 273.

Otra agrupación delincuencial y terrorista surgida al calor de la revolución cubana fue el ELN que, en el departamento de Santander, hizo parte, durante los primeros años de la década del 60, de la formación de jóvenes en Cuba, que se diseminó por los distintos países del continente con la fundación de grupúsculos de todos los pelambres dispuestos a replicar la teoría del "foquismo guerrillero", en boga en el continente[40]. El surgimiento de agrupaciones guerrilleras no fue en modo alguno una característica exclusiva de Colombia, sino que esto se replicó en casi todos los países de centro y sur América entre 1960 y 1980.[41]

En el marco de la lucha contra el comunismo la doctrina de Seguridad Nacional tendría efectos directos sobre la Política Criminal de dichos países.[42] Resulta importante señalar en este punto que tanto en los países del sur del continente como en Colombia surgirían grupos insurgentes que harían presencia criminal en sectores urbanos.[43] La violencia protagonizada por las agrupaciones armadas se agudiza durante las décadas de los setenta y ochenta en Colombia, lo que lleva al gobierno de Belisario Betancur a impulsar una negociación de paz en 1984. Negociación que se ve truncada ante la extrema radicalidad de los insurrectos, "las FARC, en su VII Conferencia, realizada en 1982, habían decidido pasar de ser una guerrilla defensiva a convertirse en una ofensiva, en un contexto endurecido

[40] HOBSBAWM, Eric. Historia del Siglo XX. Buenos Aires. 2011. Editorial Crítica. Capitulo IV. Pág. 87.
[41] PECAUT, Daniel. Violencia y política en Colombia: elementos de reflexión. Daniel Pécaut. Hombre Nuevo Editores, Bogotá. 2003. Pág. 60.
[42] ACUÑA, VISCAYA. José Francisco. Derecho Penal y Guerra: reconstrucción del sistema penal colombiano. 1936 – 1980. Bogotá. Facultad de derecho ciencias Políticas y Sociales. UNIJUS. 2008. Pág. 209.
[43] ECHEVERRY, Adriana, y HASSEN, Ana María. Holocausto en el Silencio. Editorial Planeta. Bogotá. 2005. Pág. 136.

por el Estatuto de Seguridad de Turbay Ayala y en un entorno internacional marcado por el triunfo de los sandinistas en Nicaragua, en 1979. Esta redefinición de la estrategia de las FARC significó una expansión hacia nuevas regiones, cercanas a sus zonas históricas, donde el Partido Comunista desarrollaba acciones políticas y sindicales de carácter legal",[44] razón por la cual en la década de los ochenta la confrontación bélica se agudiza y se incrementa. A su vez, surgiría un nuevo actor armado que cambiaría los ribetes de la Política Criminal del Estado: el narcotráfico.[45]

El conflicto armado interno colombiano, al igual que las guerras de Centroamérica de la década de los 80, estuvo atravesado por las dinámicas políticas y militares que signaron el tortuoso devenir de la Guerra Fría y los avatares históricos particulares de los procesos políticos, económicos, agrarios y sociales de aquellos países.[46] Una vez concluido este periodo histórico, fueron posibles y viables los procesos de paz en América Central, como consecuencia de la debacle de la Unión Soviética y el hundimiento de denominado socialismo real[47]. Así ocurrió en nuestro país, donde se concluyeron los procesos de cese el fuego y desmovilización de los grupos insurgentes M19, Quintin Lame y EPL y la posterior reinserción a la vida civil, con lo que la política de tratamiento punitivo a las

[44] Ibíd. Pág. 137.
[45] Óp. Cit. 138.
[46] SANCHEZ, Gonzalo. Bandoleros, gamonales y campesinos, el caso de la violencia en Colombia. Ancora Editores, Bogotá, 1983, Pág. 33.
[47] Óp. Cit. HOBSBAMW. Capitulo VII

organizaciones armadas al margen de la ley tendría un cambio sustantivo para la siguiente década en el marco de la nueva Constitución Política.[48]

El paramilitarismo, como fenómeno propio de la profunda degradación que ha experimentado la confrontación bélica en Colombia, es otro producto desastroso del conflicto armado. Por tal motivo, cuando se habla de conflicto armado interno, deben mencionarse la acción y la existencia del fenómeno, del surgimiento y consolidación de una pléyade de grupos al margen de la ley, cuyo propósito era combatir la acción delincuencial de las guerrillas comunistas. Sin embargo, con el paso del tiempo terminaron transformándose en organizaciones delincuenciales tanto o más degradas que los grupos contra los que surgieron. La naturaleza y el desarrollo de este fenómeno están asociados a una serie de factores de orden económico, social, territorial y de participación estatal, en virtud de los cuales fue consolidado un proyecto político-militar y de control territorial asociado a estos grupos. Este fenómeno paramilitar tuvo un surgimiento más o menos espontaneo, reactivo y de alianza entre poderes locales, afincado en las zonas sometidas a la extorsión de las agrupaciones guerrilleras, en aquellos territorios en donde los poderes de terratenientes y ganaderos vieron truncada su pervivencia como producto del asedio extorsivo y militar al que eran sometidos por los delincuentes:

[48] SANCHEZ, ANGEL. Ricardo. Cinco tesis sobre el derecho a la paz en Colombia. Bogotá. 2011. Documento electrónico disponible en: https://www.ceiba.org.co/site/images/PDF/EIV/CINCOTESISSOBREELDERECHOALAPAZENCOLOMBIARICARDOSANCHEZANGEL.pdf

el Magdalena Medio, los llanos orientales y algunas zonas de producción petrolera y de minerales.[49]

Los grupos paramilitares no pudieron derrotar militarmente a las guerrillas. Como su naturaleza era la de ser una estrategia de reemplazo estratégico del ejército regular para solucionar, en aquellas situaciones tácticas en donde el ejército, como fuerza militarmente superior a la insurgencia, no podía tener la misma movilidad y volubilidad de las guerrillas, el paramilitarismo, en algunas regiones, terminó derivando en un actor contra la población civil, lo que le granjearía una profunda resistencia y repulsión por parte de ella. Esto, combinado con su comportamiento como ejército privado del narcotráfico, reduciría su margen de acción política y lo condenaría al ostracismo y a la negociación con el Estado.[50]

La siguiente etapa corresponde a la continuación de la política de lucha contra el narcotráfico, que sustituyó a la lucha contra el comunismo y la derrota del enemigo interno. “Para este periodo, la violencia adquirió un carácter masivo. Las masacres se convirtieron en el signo característico. El desplazamiento forzado escaló hasta llevar a Colombia a ser el segundo país en el mundo, después de Sudán, con mayor éxodo de personas. Los repertorios de violencia de los actores armados registraron su mayor grado de expansión en la historia del conflicto armado

[49] CUBIDES. Fernando. “Los paramilitares y su estrategia”. (Ensayo Publicado inicialmente, en Agosto de 1997, como Documento de Trabajo N° 8 por el Programa PAZ PUBLICA del CEDE de la Universidad de los ANDES Con posterioridad y con varios retoques, publicado por NORMA & Universidad de los ANDES como capítulo del libro Reconocer la guerra para construir la paz Malcolm DEAS María Victoria LLORENTE Compiladores, Bogotá Febrero de 1999. Pág. 192.
[50] ESTRADA ALVAREZ, Jairo. El modelo neoliberal. Editorial el Ancora Editores. 2002. Pág. 127.

colombiano".[51] La política de persecución criminal se centra en el combate al narcotráfico, y se considera a las guerrillas comunistas de la décadas anteriores como organizaciones que se asemejan a carteles de las drogas y, por tanto, la acción de persecución penal no se restringe a sus objetivos políticos, sino a sus relaciones con la actividad ilícita del tráfico de estupefacientes, en la que las guerrillas eran esenciales en la etapa de cultivo y embarque.[52] Más adelante, el presidente, Andrés Pastrana, fue elegido pues prometía la culminación de la guerra mediante un proceso de paz y de desmovilización. No obstante, en su gobierno arreciaron las acciones bélicas de los bandos en pugna. Ese periodo marcó el fortalecimiento de todas las organizaciones involucradas en la negociación y llevó, además, al estruendoso fracaso del proceso de paz de Pastrana, en el 2000.

Álvaro Uribe Vélez alteraría la Política Criminal del Estado en dos sentidos. En primer lugar, al hacer más férreas las normas penales para desarrollar su lucha en contra de la insurgencia y, en segundo lugar, al desarrollar normas de justicia transicional para permitir la desmovilización de los grupos paramilitares. Al respecto: "El Pacto de Ralito, entregado por Salvatore Mancuso en su primera versión ante los fiscales de Justicia y Paz, demostró la alianza entre las estructuras paramilitares y amplios sectores militares, económicos, políticos y sociales de todo el país. Su objetivo era la formulación de un nuevo contrato social, basado en la defensa de la propiedad privada y la preservación del control

[51] Ibíd. Pág. 156.

[52] CAÑON. *M.L. "La crisis. Cuatro años a bordo del Gobierno de Samper". Bogotá. Editorial Planeta. 1998.*

territorial, así como la estrategia para posicionarse como el tercer actor de la guerra y forzar una “negociación política con el Gobierno”.[53]

A continuación se verá cómo la Política de Seguridad Democrática y la lucha emprendida en contra de las agrupaciones guerrilleras y criminales fueron los dos pilares de esta administración. Uribe Vélez aprovechó inteligentemente el surgimiento de una nueva estrategia de política exterior de los Estados Unidos, centrada en el combate al enemigo difuso del terrorismo, para encuadrar los propósitos de su política en los mismos derroteros y ajustar los ribetes de la Política Criminal del Estado a esta nueva realidad internacional. Este trabajo intentará mostrar los resultados negativos de tal decisión en materia de la violación del derecho a la libertad de miles de ciudadanos colombianos.

1.3. Política de Seguridad Democrática y Política Criminal

La Política de Defensa y Seguridad Democrática se implementó en el marco de un contexto histórico nacional e internacional que animaba al Estado a optar por la salida militar al reto que imponía el accionar de los grupos guerrilleros, que habían emprendido una ofensiva en contra de las Fuerzas Militares, cuyo máximo punto se desarrolló precisamente en el momento de la negociación de paz del gobierno Pastrana Arango. Al respecto, un documento publicado en el 2008 por la

[53] Ibíd. Pág. 160.

Vicepresidencia de la República da cuenta de este hecho en los siguientes términos:

> "La política de defensa y seguridad democrática, PSD, impulsada desde el 2003 por la administración del presidente Álvaro Uribe Vélez, se implementó en un escenario en el cual los actores armados ilegales se habían fortalecido durante los años anteriores y constituían una real amenaza para la estabilidad y legitimidad del Estado Colombiano. En este contexto, las FARC, a la ofensiva desde 1996, llega en 1998 a una mesa de negociación con el gobierno nacional en una posición ventajosa, que finalmente no logra traducirse en negociaciones de paz. Por su parte, el ELN, muy afectado por la incursión de las autodefensas en sus zonas de influencia desde 1996, disminuido en términos militares por la ofensiva de la Fuerza Pública en su contra, inicia reuniones exploratorias con el Gobierno, que hasta la fecha no han culminado ni logrado su reinserción en la sociedad".[54]

Este texto muestra con gran detalle los resultados operacionales tanto de la fuerza pública como publicitarios del gobierno nacional. Sin embargo, el texto omite deliberadamente las posibles consecuencias negativas que la acción institucional de la fuerza pública hubiese podido generar en la población civil,[55] Las principales organizaciones defensoras de Derechos Humanos en Colombia hicieron, a lo largo de los dos periodos presidenciales, estudios y entablaron graves denuncias sobre los eventuales excesos atribuidos a agentes del Estado en el marco de dicha política. No obstante, el gobierno nacional desestimó en la mayor parte de los casos[56] estas denuncias e incluso pidió en dos oportunidades la salida del país de

[54] Ibíd. VICEPRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Pág. 9.

[55] PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Impacto de la política de seguridad democrática sobre la confrontación armada, el narcotráfico y los derechos humanos Bogotá. 2008. Editorial. Observatorio del Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH, 2008.

[56] SEMINARIO INSTITUCIONES CIVILES Y MILITARES EN LA POLÍTICA DE SEGURIDAD DEMOCRÁTICA (2003: Cartagena de Indias) Instituciones civiles y militares en la políticas de seguridad democrática, Cartagena de Indias, 3 a 5 de Octubre, 2003. (2004) Editorial: Bogotá: Embajada de los Estados Unidos de América, 2004

la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.[57]

El gobierno nacional mostró avances significativos en la disminución de la capacidad operativa de los grupos armados al margen de la ley y en los informes del periodo se atribuía este hecho al fortalecimiento de la Política Criminal del Estado Colombiano.[58] No obstante los ingentes esfuerzos oficiales, empiezan a evidenciarse en el país algunos de los impactos negativos de la política de Seguridad Democrática sobre las garantías y derechos humanos de los ciudadanos, particularmente durante los últimos años de la segunda administración Uribe Vélez.[59] Sin duda alguna, el hecho más impactante e inocultable fue el de la ocurrencia de los denominados falsos positivos[60]. En esta última etapa es evidente el contraste entre las cifras entregadas por el gobierno nacional y las proporcionadas por las organizaciones de derechos humanos. En ellas se observa cómo la política de Seguridad Democrática, más allá de garantizar resultados operacionales exitosos en contra de los grupos armados al

[57] Al respecto pueden verse los informes sobre el período en mención en la página del Alto Comisionado, en: http://www.hchr.org.co/

[58] COLOMBIA. MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL. Logros de la política de consolidación de la seguridad democrática - PCSD / Ministerio de Defensa. (2009) Editorial: Bogotá: Ministerio de Defensa, 2009.

[59] EL TIEMPO.COM. CIDH remite a Corte hemisférica casos de falsos positivos en Colombia Comisión estableció que seis casos revisados ocurrieron a manos de agentes de seguridad del Estado. SERGIO GÓMEZ MASERI 2 de mayo de 2016, 07:04 pm. En: http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16580063

[60] COLOMBIA. VICEPRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. OBSERVATORIO DEL PROGRAMA PRESIDENCIAL DE DERECHOS HUMANOS Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO. Impacto de la política de seguridad democrática sobre la violencia y los derechos humanos/ Observatorio del Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH. (2010) Editorial: Bogotá: El Observatorio, 2010.

margen de la ley, tuvo como efecto un gran aumento de capturas y detenciones preventivas e injustas, ejercidas en contra de ciudadanos ajenos a la confrontación bélica o a la acción delincuencial.[61]

La política de Seguridad Democrática implicó un sustancial aumento del gasto en el presupuesto anual de funcionamiento del Estado Colombiano y alcanzó en el 2008 una cifra del 4,3% del PIB, lo que supera con creces las partidas del presupuesto general de la nación destinada a educación superior o sanidad básica.[62] A su vez, otra de las aristas de la política de Seguridad Democrática fue el aumento de la participación de las empresas de seguridad privada y de los informantes en la estructuración de la Política Criminal del Estado. hay que señalar que estos actores podían hacer parte incluso de los procedimientos de capturas en flagrancia y aportar información tendiente a realizar privaciones de la libertad por parte de agentes del Estado, lo que llevó en muchos casos a exceder ostensiblemente las competencias del poder público en materia detenciones y encarcelamientos.[63] El Observatorio de derechos humanos sostenía, en el 2003:

[61] RED NACIONAL DE OBSERVATORIOS DEL DELITO. (COLOMBIA). Impacto de la política de seguridad democrática sobre el homicidio; Hurtos en Santiago de Cali: enero - junio 2008; Análisis estadísticos y espacial del homicidio en Barranquilla / Red Nacional de Observatorios del Delito. (2008). Editorial: Bogotá: Policía Nacional, 2008.

[62] CASTELLANOS DÍAZ, Juliana. ¿Cuánto nos cuesta la guerra?: costos del conflicto armado colombiano en la última década/Juliana Castellano Díaz. (2013) Editorial: Bogotá: Institución Universitaria Politécnico Gran colombiano, 2013.

[63] DUQUE ROLDÁN. María Isabel. La seguridad privada en Colombia: un análisis de su comportamiento durante la puesta en práctica de la política de seguridad democrática del gobierno de Álvaro Uribe Vélez (2002-2010)/ María Isabel Duque Roldán. (2012) Editorial: Medellín: Universidad de Antioquia: Instituto de Estudios Políticos, 2010.

> "No queda claro que las capturas masivas se ajusten plenamente o estén sujetas rigurosamente al ordenamiento jurídico, tal como lo ha sostenido el Presidente. Por el contrario, las detenciones arbitrarias, individuales o masivas ponen en peligro el Estado social de derecho. A esa conclusión se arriba cuando la posibilidad de un proceso penal independiente e imparcial, como regla general, ha quedado en suspenso, pues las autoridades administrativas han usurpado funciones de las otras ramas del poder público o han constreñido la independencia que estas deberían guardar en sus acciones, al tiempo que han convertido a la libertad personal en una rehén de sus políticas. De tal forma, la inseguridad jurídica se ha convertido en uno de los principales resultados de la aplicación de la política de "seguridad democrática".[64]

Organizaciones defensoras de derechos humanos intentaron demostrar que las detenciones arbitrarias y la privación preventiva de la libertad fue el eje central de la Política de Seguridad Democrática y, para ello, denunciaron, amparados en evidencia documental sobre la violación reiterada al derecho fundamental de la libertad individual atribuida a agentes del Estado en el marco de dicha política.[65]

Una de esas organizaciones fue la Comisión Colombiana de Juristas, que es un ente de consulta del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional. Esta institución ha sido un organismo independiente que ha consolidado información documental y de referencia bibliográfica sobre la problemática de Privación Injusta de la Libertad.[66] En la documentación sobre la materia se señala como elemento

---

[64] OBSERVATORIO DE DERECHOS HUMANOS Y DERECHO HUMANITARIO. Libertad: rehén de la "seguridad democrática" Detenciones arbitrarias en Colombia: 7 de agosto de 2002 a 6 de agosto de 2004. Corporación Jurídica Libertad Comisión Colombiana de Juristas Corporación Humanidad Vigente Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo Centro de Investigación y Educación Popular Comité por la Defensa de los Derechos Humanos Fundación Comité de Solidaridad con los Presos Políticos. Bogotá. 2006. Documentos temáticos Nº 2

[65] Óp. Cit. OBSERVATORIO DE DERECHOS HUMANOS Y DERECHO HUMANITARIO. pág. 15.

[66] COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS Y OTROS. "Libertad: rehén de la "seguridad democrática", Detenciones arbitrarias en Colombia: 7 de agosto de 2002 a 6 de agosto de 2004".

común del resultado positivo de dicha política el aumento de las detenciones, el desconocimiento creciente de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad en los establecimientos penitenciarios y carcelarios y una extendida política de capturas durante el periodo analizado en este trabajo.[67]

1.4. Elementos de la Política Criminal del Estado Colombiano en el Marco de la Política de Seguridad Democrática

La administración de justicia en el Estado desempeña un papel de vital trascendencia en la necesaria tarea de protección de las garantías inherentes al ser humano, en particular, y de los ciudadanos individualmente considerados, en general.[68] De ello se desprende que el Estado está compuesto, en primer término, por un sólido régimen judicial, que se instaura bajo la premisa fundante de tener una estructura institucional de carácter independiente, imparcial y garantista.[69] Colombia, como Estado Social de Derecho, establece en la cima de su organización jurídica la armonía funcional entre las diferentes normas nacionales e internacionales en materia de protección y garantía de Derechos Humanos. Ello se materializa, entre otras muchas cosas, por medio de la acción de la Política

---

Bogotá. Observatorio de derechos humanos y derecho humanitario. Documentos temáticos No 2. 2006.

[67] POSADA, SEGURA. Juan David. Y Acevedo, Jaramillo. Luz Marina. "Privación de libertad en los establecimientos de Medellín". Universidad San Buenaventura. Mayo 30 de 2012. Medellín. El Ágora USB. Revista de ciencias sociales. Vol., 12 No. 1. 2012.

[68] HENAO, HIDRÓN. Javier. Derecho Procesal Constitucional. 11ª Edición. Bogotá. Editorial TEMIS. Pág. 29.

[69] RODRIGUEZ, RODRIGUEZ. Libardo. Estructura del Poder Público en Colombia. Bogotá. 15ª Edición. Capitulo III. De la Rama Judicial.

Criminal del Estado, que tiene por sustrato funcional desarrollar una estructura que permita el equilibrio entre la capacidad y el derecho punitivo inherente a la acción del Estado y las garantías de derechos humanos de los asociados.[70] Por tal motivo, la Política Criminal del Estado en cada momento histórico se encuentra estructurada bajo una orientación axiológica específica de filosofía penal, que incluye una determinada reflexión teórico-conceptual respecto de los fundamentos filosóficos categoriales de la justicia, la legitimidad, los límites del derecho del Estado a castigar,[71] el tratamiento de la delincuencia, la regulación de las actividades cotidianas de los individuos y una especial valoración del comportamiento socialmente aceptado no penado.[72]

En parte, lo que aquí intenta mostrarse es la variación axiológica y filosófica que sufrió la Política Criminal del Estado durante los ocho años de mandato de Álvaro Uribe Vélez y cómo esta visión, hecha política pública, trajo graves consecuencias tanto para el marco de garantías democráticas de los ciudadanos colombianos, como para la sostenibilidad de las finanzas del Estado, que ahora se ven seriamente comprometidas, en razón del volumen de demandas interpuestas por ciudadanos víctimas de dicha concepción de política.[73]

---

[70] YOUNES, MORENO. Diego. Derecho Constitucional Colombiano. Bogotá. 14ª Edición. Legis. Pág. 37.

[71] DAZA, GONZÁLEZ. Alfonso. Los rasgos necesarios de la política criminal de estado frente a los derechos de los procesados y de las víctimas. Verba Iuris 31 • p. 9-10 • Enero - Junio 2014. Bogotá D.C. Colombia.

[72] BARATTA, Alessandro. Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal. Introducción a la Sociología jurídico-penal. Siglo XXI, México. 1986. Pág. 174.

[73] AGENCIA DE DEFENSA JURIDICA DE LA NACIÓN. Informe sobre la Actividad Litigiosa de la Nación. Fecha de corte Setiembre de 2013. Disponible en:

Uno de los propósitos del Estado es el aseguramiento de la garantía de la Seguridad Nacional, responsabilidad que le compete de perseguir y encausar a la criminalidad y la delincuencia.[74] Este derecho debe cobijar a cada uno de los ciudadanos. Las instituciones públicas tienen la obligación orientar sus acciones en pro del reconocimiento de la dignidad humana y prevenir la ocurrencia de conflictos que lleguen a perturbar el ambiente de paz y convivencia pacífica en el seno de la sociedad.[75] Por tal razón, puede definirse La Política Criminal del Estado como:

> "Aquel conjunto de medidas y criterios de carácter jurídico, social, educativo, económico, y de índole similar, establecidos por los poderes públicos para prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal, con el fin de mantener bajo límites tolerables los índices de criminalidad en una determinada sociedad".[76]

El Capítulo 4 del Título II de la Constitución Política de Colombia al referirse a la protección y aplicación de los derechos esenciales afirma en su artículo 93 el carácter de primacía de la legislación internacional en materia de protección

---

http://www.defensajuridica.gov.co/gestion/informes/informe-gestion-judicial-agencia-consejo-ministros/Documents/informe_actividad_litigios.pdf

[74] FERRAJOLI, Luigui. CRIMINALIDAD Y GLOBALIZACIÓN. Este es un artículo de reflexión derivado del ensayo publicado por el profesor Luigi Ferrajoli en Italia y traducido por el profesor Miguel Carbonell. Fecha de recepción: Febrero 19 de 2008, Fecha de aprobación: Abril 7 de 2008. Pág. 19. Disponible en: http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex115/BMD11510.pdf

[75] REVISTA PROLEGÓMENOS - DERECHOS Y VALORES, la restitución de tierras en Colombia expectativas y retos (En línea) http://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&ved=0CE4QFjAD&url=http%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F4278470.pdf&ei=DQJ1U5vRMpakqAaPkIFA&usg=AFQjCNGFd1iruLpLJOg8LMnLkbojaCY-Fq&sig2=OfTrVrDNahG6Q6gboXaIaw&bvm=bv.66699033,d.b2k (Citado en 13 de junio de 2012)

[76] BORJA, JIMENEZ. Emiliano. Curso de política criminal, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2003.

derechos humanos sobre el ordenamiento jurídico interno y recuerda que: “los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.[77] Las medidas de Política Criminal del Estado deben ante todo estar orientadas en función de preservar la garantía de los derechos de los individuos, los sospechosos, los procesados e indiciados y aquellos que reciben una pena por parte del sistema judicial.[78] En el mismo sentido, es el Estado en quien recae la obligación, dentro del diseño institucional de la Política Criminal, de administrar y diseñar una adecuada política carcelaria y penitenciaria, el tratamiento de pequeñas causas juridiciales, el tratamiento de la delincuencia juvenil, los delitos en contra de la administración del Estado, la lucha contra los delitos transnacionales, el narcotráfico y la trata de personas, entre muchos otros asuntos específicos que competen a la prerrogativa contractual de la figura del Estado de monopolizar legítimamente el uso de la fuerza y administrar el sistema de penas y castigos a los ciudadanos.[79]

Por otra parte, y no menos relevante, el Preámbulo de la Constitución Política señala a la libertad como un valor de jerarquía superior del ordenamiento jurídico y el artículo 2 indica que las autoridades están instituidas para proteger a las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades,[80] razón por la cual desde el punto de vista constitucional resulta definitivo el derecho a la libertad, la honra y los bienes de los ciudadanos, como

[77] CONSTITUCION POLÍTICA DE COLOMBIA. Artículo 93.
[78] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C 312 de 2002.
[79] BOBBIO, Norberto. Liberalismo y Democracia. 6ª edición. Fondo de Cultura Económica. Barcelona. 2000. Pág. 49.
[80] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T762 de 2015.

componente indispensable para garantizar la libertad y el goce pleno de los derechos individuales.[81] El carácter y alcance que tiene la libertad en el ordenamiento constitucional colombiano está perfectamente definido en la sentencia C-176, del 2007, en los siguientes términos:

> "La libertad constituye un presupuesto fundamental para la eficacia de los demás derechos y el instrumento "primario" del ser humano para vivir en sociedad. Por esta razón, el constituyente no solo otorgó a la libertad el triple carácter: valor (preámbulo), principio que irradia la acción del Estado (artículo 2º) y derecho (artículo 28), sino que diseñó un conjunto de piezas fundamentales de protección a la libertad física de las personas que aunque se derivan de ella se convierten en garantías autónomas e indispensables para su protección en casos de restricción. Dentro de estos se encuentran los derechos a ser informado sobre los motivos de la detención, a ser detenido por motivos previamente definidos por el legislador y a ser detenido en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente" (artículos 28 y 29 de la Constitución).[82]

Por la anterior razón, en Colombia, y bajo las premisas constitucionales y jurisprudenciales, la libertad es tanto un valor como un principio que debe ser respetado en todo tiempo y con excepciones específicas y taxativas. Este, a su vez, es reconocido como un derecho fundamental plasmado textualmente en la Carta Política,[83] Por otra parte, y como forma de plasmar esta realidad jurídica, la ley 599 de julio 24 del 2000, o Código Penal, en su Artículo 1º sostiene que el derecho penal "tendrá como fundamento el respeto a la dignidad humana". Y el artículo 2 señala que las premisas hacen parte integral del derecho, además de "las normas y postulados que sobre derechos humanos se encuentren consignados en la Constitución Política y en los tratados y convenios

[81] CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA. Artículo 2.

[82] CORTE CONSTITUCIONAL C-176 de 2007 Magistrado Ponente: Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA Bogotá D. C., catorce (14) de marzo de dos mil siete (2007).

[83] La Constitución reconoce numerosos derechos de libertad, especialmente en el Capítulo I del Título II, tales como el libre desarrollo de la personalidad (art. 16), la libertad de conciencia (art. 18), la libertad de cultos (art. 19), la libertad de expresión y de información (art. 20).…

internacionales ratificados por Colombia". En los mismos términos, el artículo 93 le da sustento al Bloque de Constitucionalidad.[84]

No obstante esta sólida justificación teórica, constitucional y normativa, durante los dos periodos presidenciales del presidente Álvaro Uribe Vélez, el valor supremo de la libertad se alteró en forma sustancial, al ser considerada la privación de la libertad como una herramienta privilegiada de lucha contra la criminalidad y contra los grupos armados al margen de la ley.[85] Por esta razón, los derroteros axiológicos de la acción de Política Criminal del Estado fueron atenazados por el gobierno nacional, para hacer más severa la acción de las instituciones punitivas oficiales y disminuir el marco de garantías ciudadanas y las libertades civiles.[86] En Colombia, la Política Criminal del Estado se ha visto condicionada por las características históricas especiales del conflicto armado interno y por las coyunturas políticas e históricas de la política internacional, especialmente por la lucha internacional contra el terrorismo, que acogió alborozado el Presidente de la República, que aprovechó este hecho internacional para alinear la confrontación con las FARC a la confrontación al terrorismo intencional.[87]

En Colombia, seis décadas de confrontación bélica ininterrumpida han generado gravísimas repercusiones en la vida, integridad y bienes de un inmenso universo

[84] CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. LEY 599 de Julio 24 de 2000. (Código Penal).
[85] GALINDO, Hernández. Carolina. De la Seguridad Nacional a la Seguridad Democrática: nuevos problemas, viejos esquemas. Pág. 86.
[86] Ibíd. Pág. 87.
[87] Óp. Cit. 28.

de víctimas.[88] Esta situación ha ocasionado un marco generalizado de desconocimiento de derechos esenciales de los ciudadanos ubicados en las zonas de guerra y de aquellos que son victimizados luego de sufrir hechos dañosos como producto de la situación bélica. Estas violaciones de derechos se masificaron en el periodo analizado y la libertad fue una de las principales víctimas. Se espera que este tipo de situaciones se reduzca ostensiblemente tras los grandes avances en el proceso de paz con las FARC y la negociación que comienza con el grupo guerrillero ELN.[89]

Para enfrentar esta realidad, el gobierno de Uribe Vélez intentó reducir los impactos de la confrontación bélica llevada a cabo por los grupos irregulares con una Política Criminal del Estado fuerte e inflexible. Política que se acompañaría, entonces, por una normatividad penal y carcelaria consecuente con la orientación política del mandato de turno. En materia constitucional se ha puesto de manifiesto, en las últimas décadas, que la persona humana es el centro de la articulación del ordenamiento jurídico. No obstante, en la práctica material, el Estado actuó por fuera de este postulado de principios constitucionales y generó una tensión entre el deber y el ser de la acción punitiva del Estado.[90] No obstante esta realidad, los esfuerzos de la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional han tratado de atenuar las violaciones a los derechos humanos en

[88] FAJARDO, M. Darío. Estudio sobre los orígenes del conflicto social armado, razones de su persistencia y sus efectos más profundos en la sociedad colombiana. Comisión Histórica del conflicto y sus víctimas. Bogotá. Universidad Externado de Colombia Noviembre 15, 2014. Pág. 37.
[89] Al respecto es pertinente ver la página de internet del Observatorio de paz y conflicto de la Facultad de Ciencias Humanas de la Universidad Nacional. http://www.humanas.unal.edu.co/observapazyconflicto/productos-academicos/procesos-de-paz/
[90] Óp. Cit. Pág. 128.

amplios segmentos de la población, surgidos como fruto de la acción estatal en materia punitiva.[91]

Colombia ha vivido como país inmerso en la violencia durante las últimas décadas. Por esta razón, la discusión de académicos e investigadores se desarrolla frente a la afectación que tiene el contexto de violencia en los ciudadanos en materia de salvaguarda de sus derechos esenciales. Los más de sesenta años sumido en el conflicto armado interno han dado como resultado que la población civil sea la más afectada por la dinámica de confrontación. Se podría decir que el conflicto armado y la violencia en general han tenido como beneficiarios, entre otros, a grandes terratenientes, a multinacionales y a empresas del Estado. Y como víctimas, a los marginados, a los desplazados forzados y a aquellos privados del ejercicio de su libertad, sin que tengan vínculo o desarrollen actividades delincuenciales.[92]

En virtud de lo estipulado en el artículo 93 y 94 de Carta, el Estado ha adquirido una serie de obligaciones internacionales en materia de protección y garantía de derechos humanos. Una de ellas es sin duda la protección jurídica de la libertad como fundamento del uso y goce de los derechos individuales. Por esta razón, la evolución normativa de la protección de la libertad ha preferido obviar los elementos de orden probatorio que se imponían para su aseguramiento y ha

[91] Óp. Cit. Pág. 39.

[92] COMISION HISTORICA DEL CONFLCITO ARMADO EN COLOMBIA. Informe Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas. La Habana, Febrero de 2015. Disponible en: https://www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/informe-comisio%CC%81n-histo%CC%81rica-del-conflicto-y-sus-vi%CC%81ctimas-la-habana-febrero-de-2015.

optado por protegerla de manera directa y objetiva, más allá de las consideraciones tradicionales que imponían el encontrar los errores o la culpa en el funcionamiento defectuoso de la estructura del Estado. En tal sentido, la normatividad internacional vinculante para el Estado Colombiano se orienta a desarrollar un marco de protección que mitigue los impactos de la acción del aparato estatal y los efectos de la actuación de este en los casos en que la libertad se ve mancillada.[93]

Los elementos estructurantes de la Política de Seguridad Democrática son descritos en el texto de la *Política de Defensa y Seguridad Nacional*, dado a conocer a la opinión pública a mediados del 2003. El documento se estructura a partir de cinco partes. La primera enuncia propósitos democráticos que, se supone, son la esencia de la Seguridad Democrática, como son los derechos humanos, la cooperación y la solidaridad, la eficiencia y austeridad, la transparencia y juridicidad, la multilateralidad y corresponsabilidad, la acción coordinada del Estado y una escueta mención final sobre la opción de negociación.

La segunda parte formula las amenazas que son un "riesgo para la nación, las instituciones democráticas y la vida de los colombianos": el terrorismo, el negocio de las drogas ilícitas, las finanzas ilícitas, el tráfico de armas, el secuestro y la extorsión y, por último, el homicidio. La tercera parte señala cinco objetivos

[93] CORPORACIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS. *"Despojo de tierras campesinas y vulneración de los territorios ancestrales. Consideraciones generales sobre la cuestión del despojo y restitución de tierras*". Primera Edición. Junio 2011 Bogotá. Opciones Gráficas Editores LTDA. Págs. 13-27

estratégicos: consolidación del control estatal del territorio, protección de la población, eliminación del comercio de drogas ilícitas, mantenimiento de la capacidad disuasiva, eficiencia, transparencia y rendición de cuentas. La cuarta parte indica seis líneas de acción: coordinar la acción del Estado mediante instituciones establecidas, fortalecer las instituciones del Estado relacionadas con la seguridad, consolidar el control del territorio nacional, proteger a los ciudadanos y la infraestructura de la nación, cooperar para la seguridad de todos y comunicar las políticas y acciones del Estado. Y la última parte menciona, de forma sucinta, los temas de financiación y evaluación.[94]

Durante los dos periodos presidenciales de Álvaro Uribe Vélez, el Estado desata una gran ofensiva militar, que incluyó una reorganización estructural de las fuerzas militares y un sustancial aumento del presupuesto de defensa destinado esencialmente a la modernización de los equipos bélicos y al aumento de la movilidad de las tropas. Esta ofensiva estaba dirigida fundamentalmente en contra de la capacidad y la movilidad de las FARC y el ELN.

> "Para este periodo, la violencia adquirió un carácter masivo. Las masacres se convirtieron en el signo característico. El desplazamiento forzado escaló hasta llevar a Colombia a ser el segundo país en el mundo, después de Sudán, con mayor éxodo de personas. Los repertorios de violencia de los actores armados registraron su mayor grado de expansión en la historia del conflicto armado colombiano".[95]

[94] LEAL, Buitrago. Francisco. La seguridad durante el primer año de gobierno de Álvaro Uribe Vélez ponencia presentada en el Foro de celebración de los 25 años de FESCOL en Colombia, Mimeo, 2003, Pág. 17.
[95] Ibíd. Pág. 156.

El conflicto armado se intensificó y ocasionó una escalada de denuncias de sectores de la vida civil sobre los abusos cometidos por la fuerza pública y sobre las reiteradas vulneraciones de los derechos humanos que la Constitución de 1991 había consagrado. Uno de los puntos que se debatió por entonces es si la población civil, que tradicionalmente se había entendido por fuera de la confrontación de conformidad con los principios del DIH, se vería involucrada por la política de Seguridad Democrática, ya sea como informantes de la fuerza pública o como producto del aumento de detenciones a civiles en medio del endurecimiento de la Política Criminal del Estado.[96] En los primeros años del gobierno Uribe Vélez resultó evidente ver cómo los grupos paramilitares se lanzaron a la participación política local y regional en muchos territorios de Colombia.[97] Como consecuencia del arrecio del conflicto en el periodo observado y según cifras oficiales se disparó la actividad de las fuerzas de seguridad del Estado mediante el uso de la estrategia de detenciones arbitrarias. Se destaca que del total registrado, de 2.546 (en el periodo comprendido entre junio del 2002 y julio del 2003), durante los ocho meses de duración del estado de conmoción interior declarado tras la posesión del Presidente de la República, se cometieron 831 detenciones, la mayoría de ellas, en las zonas de rehabilitación y consolidación.[98]

---

[96] CAÑON. M.L. La crisis. Cuatro años a bordo del Gobierno de *Samper*. Bogotá. Editorial Planeta. 1998.

[97] GIRALDO, Juan Carlos. Eleonora Pineda y Rocio Arias. Las comadres de la parapolítica. Bogotá. Intermedio Editores. 2008. (Todo el texto)

[98] Ver Banco de Datos de Derechos Humanos y Violencia Política, CINEP-Justicia y Paz. Pág. 116.

Uno de los puntos centrales en el que se condensó la Política Criminal del Estado fue la promulgación de Ley de Justicia y paz, que se encargaba formular un marco genérico que permitía desarrollar la política tendiente a desmovilizar a los miembros de los grupos armados. En particular, a los paramilitares. Así mismo, establecía recompensas a algunos miembros de organizaciones criminales sometidas por vía de la negociación a la justicia del Estado Colombiano. A este hecho se le sumaba el otorgamiento de una serie de beneficios económicos y sociales a los excombatientes restablecidos a la civilidad. Es acertado afirmar que dicha ley logró la desmovilización efectiva de un gran número de miembros de grupos armados ilegales, paramilitares, en su mayoría, y algunos guerrilleros. Pero es cierto señalar también que no garantizó efectivamente los derechos de las víctimas a verdad, justicia y no repetición, pues la ley se centraba más en los incentivos a la desmovilización en el marco de una política dura en el terreno militar y judicial y benevolente para los combatientes que saliesen de la confrontación por esta vía.[99]

Otro aspecto sumamente problemático de este periodo es que se presentó un agravamiento de las condiciones socioeconómicas de las áreas sometidas a los rigores de la confrontación militar.[100] Al respecto de la situación económica de la población más vulnerable, el Banco Mundial señaló que se aumentó la

[99] FISCALIA GENERAL DE LA NACION. Compilación normativa y jurisprudencia. Bogotá. Febrero de 2010.

[100] GARAY, SALAMANCA. Luis Jorge. Verificando el cumplimiento de los derechos: primer informe de verificación presentado a la Corte Constitucional Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado (Colombia). Bogotá. Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento, 2008. Pág. 108.

confrontación sin que los derechos más elementales de los pobladores fueses resueltos, lo que incluso generó hechos victimizantes, como el desplazamiento forzado y el despojo de propiedades fundamentalmente rurales, lo que, en muchos casos, llevó a las víctimas a entablar acciones judiciales y administrativas en contra del Estado.[101] Al respecto de la situación económica de la población más vulnerable, el Banco Mundial señaló:

> "En el coeficiente GINI, que mide la desigualdad económica dentro de una sociedad, Colombia registró un índice de 59,1, en 1980, que decreció a 51,3, en 1991, y que volvió a repuntar en 1996 a 56,9, y creció vertiginosamente desde entonces hasta llegar a 60,1 en el 2002, como efecto de la crisis económica y el agravamiento del conflicto armado de esos años. Con la reactivación económica y la recuperación del territorio por parte del Estado con la política de Seguridad Democrática, la desigualdad no se revirtió, preservando índices superiores a los registrados antes de su ciclo de escalamiento en 1996. En el 2004, el coeficiente GINI era de 58,3, para el 2007 era de 58,9 y de 55,9 para el 2010. Este GINI general registra fuertes contrastes entre lo urbano y lo rural, pues, de acuerdo con el *Informe de Desarrollo Humano 2011*, el índice GINI para la distribución de la tierra es de 87,5, lo que convierte a Colombia en uno de los países con más alta desigualdad en la propiedad rural en el mundo"[102]

La variación axiológica de la Política Criminal del Estado Colombiano, en el periodo comprendido por los de gobierno del expresidente Álvaro Uribe Vélez, deja como conclusión de orden genérico que los postulados de defensa y garantía de derechos humanos insertos en la Constitución Política y en los instrumentos internacionales de protección tanto del DIDH como del DIH vinculantes para el Estado Colombiano fueron vulnerados de forma flagrante, masiva y sistemática

[101] Ibíd. Pág. 108.
[102] Óp. Cit. Pág. 142.

amparadas en la lucha contra las organizaciones armadas al margen de la ley, especialmente las guerrillas.[103] Una de las vulneraciones más sustanciales se dio con el uso indiscriminado empleo de las capturas masivas y la privación de la libertad como instrumento primario de la Política Criminal asociada al concepto de Seguridad Democrática y lucha contra el terrorismo. Esto inscrito en el esfuerzo internacional de lucha contra el terrorismo, condición de política exterior que el gobierno Uribe Vélez aprovechó muy bien para conseguir legitimidad internacional y apoyo financiero a esta política, esencialmente de la administración republicana de los Estados Unidos en los dos mandatos de George Bush.

[103] COMISIÓN DE SEGUIMIENTO Y MONITOREO AL CUMPLIMIENTO DE LA LEY 1448 DE 2011. Segundo Informe al Congreso de la República 2014 – 2015. Bogotá D.C., Colombia Agosto de 2015.

CAPÍTULO 2

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA FIGURA DE PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD Y LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS DETENCIONES PREVENTIVAS

2.1. Introducción

La determinación de responsabilidad del Estado por privación injusta, cuando se le ha restringido la libertad a una persona a título de detención preventiva, que posteriormente haya sido exonerado por la acción de una sentencia absolutoria o su equivalente, en razón de que el hecho no existió, o porque el sindicado no lo cometió o porque la conducta no constituía hecho punible, como producto de la implementación de la política de Seguridad Democrática, durante el periodo 2002 - 2010, ha llevado al Estado a afrontar un cúmulo de cuantiosas condenas como producto de numerosos litigios contenciosos.

De la situación planteada deviene la existencia de una tensión entre la legalidad procesal y la valoración de lo injusto. Polémica esta que en términos teóricos sostiene que un daño se presenta cuando la víctima no está obligada a soportar la lesión de un interés patrimonial garantizado por una norma jurídica y que, por

tanto, la comisión de dicho daño genera responsabilidad del Estado. Esta situación presiona negativamente la sostenibilidad de las finanzas públicas y pone en entredicho los fines y alcances de la Política Criminal del Estado.

En el caso de la falla del servicio se ha entendido tradicionalmente que se trata de una acción u omisión del Estado que consiste en el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la administración. No obstante, tratándose de Privación de la Libertad se ha adoptado de manera mayoritaria el criterio de responsabilidad objetiva como eje de la argumentación, para acreditar la Responsabilidad del Estado. En consecuencia, se pretende establecer el alcance de la responsabilidad estatal en materia de la privación injusta de la libertad, partiendo del establecimiento de una reflexión sobre el tratamiento teórico que el Consejo de Estado y la Corte Constitucional le han dado en sus providencias a la privación injusta de la libertad y cómo esta intensificó las condenas contra el Estado en el periodo de estudio seleccionado.

2.2. Responsabilidad Estatal, Falla del Servicio y Daño Antijurídico

La legislación vigente en Colombia respecto de los conceptos de falla del servicio y el daño antijurídico se ha visto alterada por la acción del Estado Colombiano en materia de lucha contra la delincuencia y la criminalidad en el marco de la política de Seguridad Democrática. Es decir, que la excepcionalidad en la aplicación de un régimen punitivo severo resulta enteramente problemático, porque ello restringe el marco de garantías civiles, cuyos titulares son los ciudadanos.

La política de Seguridad Democrática se complementó con la estrategia de reparación e indemnización de perjuicios para las víctimas de la confrontación armada y a las actuaciones antijurídicas de agentes del Estado, pero la aplicación de estas normas no ha cumplido con su propósito respecto de la reparación integral de los sometidos a la privación de su libertad, ni tampoco con sus derechos de justicia, a la no repetición, protección, seguridad, satisfacción y rehabilitación. En todo caso, y derivado del derecho civil, se adoptó el concepto de daño como noción central en la reparación con arreglo al Estado como sujeto titular de responsabilidad contractual y extracontractual. Este criterio permite la adopción de estándares ciertos frente a los topes de justicia, verdad y reparación, tanto en el plano material como el simbólico, aspecto último en el que la jurisprudencia contenciosa y constitucional hace un énfasis especial. El Consejo de Estado sostiene:

> "En decisiones posteriores se consideró, en cambio, que en tales eventos y por disposición legal se estaba en presencia de una detención injusta, con abstracción de la conducta o de las providencias dictadas por las autoridades encargadas de administrar justicia y que, por lo tanto, surgía para el Estado la obligación de reparar los perjuicios causados con la misma. (…) *En sentencia del 14 de marzo del 2002, agregó la Sala que no solo los supuestos del artículo 414 del Código de Procedimiento Penal constituyen detención injusta, pues también debe considerarse como tal la "detención por delitos cuya acción se encuentre prescrita; detención por un delito que la legislación lo sustrae de tal medida de aseguramiento; detención en un proceso promovido de oficio, cuando el respectivo delito exige querella de parte para el ejercicio de la acción penal*, *etc.*".[104] (**Cursivas fuera del texto**).

[104] CONSEJO DE ESTADO 15138/2006

La responsabilidad que tiene el Estado surge en el evento en que entre la víctima y autor del daño no exista vínculo anterior alguno o que, aun así exista tal vínculo, el daño que sufre la víctima no proviene de dicha relación anterior, sino de otra circunstancia. La responsabilidad civil extracontractual "es la obligación de asumir las consecuencias patrimoniales de un hecho dañoso". Por tal razón, las situaciones de privación de la libertad generan responsabilidad objetiva del Estado. Este concepto se refiere a una obligación en cuanto determina la necesidad jurídica de atender las consecuencias del hecho dañoso, como la privación del derecho a la libertad como herramienta privilegiada de la Política de Seguridad Democrática durante la administración Uribe Vélez. Por lo anterior, cuando hay responsabilidad civil originada del delito se entiende como la obligación de responder pecuniariamente por los daños causados con ocasión del delito.[105]

El autor del daño está obligado a indemnizar a la víctima de un perjuicio que no proviene de un vínculo jurídico previo entre las partes que en la responsabilidad extracontractual o delictual “no existía ningún vínculo de derecho entre el autor del daño y su víctima antes de que hayan entrado en juego los principios de la responsabilidad”. Para Martínez Rave, la responsabilidad jurídica “transciende al campo externo del sujeto. Afecta su vida de relación, su vida referida al grupo en el cual actúa y por lo tanto tiene repercusiones jurídicas”.[106].El Consejo de Estado sostuvo:

[105] GIL BOTERO, Enrique, 1953- Tesauro de responsabilidad extracontractual del estado: jurisprudencia 1991-2011. Enrique Gil Botero. (2013) Editorial: Bogotá: Editorial Temis, 2013. Cap. 1.

[106] MARTINEZ, RAVÉ. MARTINEZ RAVE, Gilberto. La responsabilidad civil extracontractual en Colombia. 10ª ed. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 2000. 115.

> “Con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 270 de 1996, la responsabilidad del Estado derivada de la privación de la libertad de las personas fue abordada por la jurisprudencia con fundamento en lo dispuesto por el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal (Decreto Ley 2700 de 1991, expedido por el Presidente de la República en uso de facultades extraordinarias, que rigió entre el 1 de julio de 1992 y el 23 de julio de 2001), ya derogado, en cuya aplicación la Sala no mantuvo un criterio uniforme. (…) Una primera línea jurisprudencial podría calificarse de restrictiva, bajo el entendido de que la responsabilidad del Estado, por la privación injusta de la libertad de las personas, se fundamentaba en el error judicial, que se produciría como consecuencia de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, previa valoración, seria y razonable, de las distintas circunstancias del caso. En ese sentido, se dijo que la responsabilidad del Estado subyace como consecuencia de un error ostensible del juez que causa perjuicios a sus coasociados (Consejo de Estado, 7058/1992). Posteriormente, se indicó que la investigación de un delito cuando medien indicios serios contra una persona sindicada de haberlo cometido, es una carga que todas las personas deben soportar por igual, de manera que la absolución final no es indicativa de que hubo algo indebido en la detención”.[107]

Esta responsabilidad es la que regulan las normas que garantizan el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas en la sociedad. La finalidad de la responsabilidad es reparar el daño ocasionado a una persona. La responsabilidad se refiere a la "obligación de reparar y satisfacer por uno mismo, o en ocasiones especiales por otro, la pérdida causada, el mal inferido o el daño ocasionado".[108] Adicionalmente, el Consejo de Estado ha señalado:

> En aplicación de lo dispuesto en el artículo 90 de nuestra Constitución Política, el Estado es patrimonialmente responsable por los daños antijurídicos que le sean imputables, de manera que si un sujeto es privado de la libertad en desarrollo de una investigación penal y posteriormente liberado mediante providencia judicial en la que se resuelve desvincularlo del proceso penal, los daños que demuestre y que deriven de la detención deben serle indemnizados, toda vez que no estaba 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

[107] CONSEJO DE ESTADO 8666/1994.
[108] Óp. Cit. Pág. 116.

> hecho no es punible, si además prueba la existencia de un daño causado por esa privación de la libertad, este daño es indiscutiblemente antijurídico y debe serle reparado por el Estado".[109]

Este razonamiento es la base axiológica que permitirá que la corporación adopte el Régimen de Responsabilidad objetiva, en el que el daño es el principal factor a evaluar en las consideraciones de reparación en cabeza de la acción del Estado, no obstante este se precie de actuar con pleno apego a los procedimientos penales establecidos en la ley.

2.3. Privación injusta de la libertad en el ordenamiento interno

La Comisión Asesora para el Diseño de los Lineamientos de Política Criminal, órgano citado por el Ministerio del Interior y del Derecho para hacer un balance de la Política Criminal del Estado Colombiano, ha sostenido que dicha política es de carácter irracional y reactivo. Como se vio en el capítulo anterior, dicha política ha obedecido a la variación de las circunstancias históricas externas y a supuestos que exceden las características sociales económicas y de conflictividad propias del Estado Colombiano.[110] La Política Criminal del Estado ha permitido el aumento del uso indiscriminado de la medida de privación de la libertad, hasta el punto de generar una situación carcelaria que, en términos de la Corte Constitucional,

[109] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Consejera ponente: MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ, Bogotá, D. C., 4 de abril de 2002, Radicación 13606) (Subrayas fuera del original)

[110] AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO. Privación injusta de la libertad: entre el derecho penal y el derecho administrativo. Documentos Especializados de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Bogotá Mayo de 2013.

configura la existencia de un Estado de Cosas inconstitucional, puesto que la sobrepoblación carcelaria en Colombia excede, según la Defensoría del Pueblo, el 50% de su actual capacidad. Al respecto, sostiene la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, ANDJE: "El sistema penitenciario y carcelario tenía en el mes de abril del 2013 una capacidad de 75.726 cupos y una población penitenciaria y carcelaria de 116.274 personas. De estas, 80.828 eran personas condenadas y el resto eran personas en detención preventiva".[111] Esta situación vulnera de forma clara el principio según el cual no se pueden mezclar condenados con detenidos preventivamente, ni indiciados.[112]

> "Una segunda línea entendió que en los tres eventos previstos en el artículo 414 del C.P.P. —absolución cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible—, la responsabilidad es objetiva, por lo que resulta irrelevante el estudio de la conducta del juez para tratar de definir si este incurrió en dolo o culpa (Consejo de Estado, 9391/1994). Se consideró, además, que en tales eventos la ley presume que se presenta una privación injusta de la libertad, pero que en aquellos casos no subsumibles en tales hipótesis normativas se exigiría al demandante acreditar el error jurisdiccional derivado no solo del carácter "injusto", sino "injustificado" de la detención".[113]

Desde la perspectiva teórica, el proceso penal en las sociedades democráticas no puede someter a los ciudadanos a onerosas cargas que desdibujan el necesario balance entre los deberes y los derechos atribuibles a las prerrogativas ciudadanas y las garantías constitucionales y democráticas[114]. A raíz de ello, el Consejo de Estado ofrece un rico panorama de la discusión teórica sobre la

[111] Ibíd. Pág. 6.
[112] EL ESPECTADOR. Los excesos en la detención preventiva. 1 Agosto 2011 - 11:00 PM Por: Rodrigo Uprimny. Sección Opinión.
[113] CONSEJO DE ESTADO 10056/1995.
[114] CARNELUTTI, Francesco. Las miserias del proceso penal. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América. 1959. Pág. 77.

responsabilidad subsiguiente del Estado por la injusta privación de la libertad de los ciudadanos, porque en la jurisprudencia contencioso-administrativa empieza a perfilarse la tesis mayoritaria de daño especial como eje de la argumentación de base para imputar responsabilidad del Estado.[115] De la misma manera, el estatuto de la Prisión Preventiva y sus manifestaciones jurisprudenciales, en particular las que han sido emanadas por la CIDH, tienen como sustrato la tesis de responsabilidad objetiva para determinar la responsabilidad estatal, debido a que en este régimen de responsabilidad la condición de afectación de la libertad es objetiva y no depende del margen de interpretación de condicionantes subjetivos externos.[116]

Las apreciaciones contemporáneas sobre el derecho a la libertad consideran que es una de las conquistas más importantes de los regímenes democráticos y, como bien jurídico supremo, es reguardado con celo por las constituciones latinoamericanas, para evitar excesos de la acción penal y disminuir los límites de la responsabilidad atribuible al Estado por exceso de sus facultades sancionatorias en materia penal.[117] Según el profesor Ricardo Hoyos Duque, en el Consejo de Estado se han presentado tres posiciones a lo largo de varias décadas. En primer lugar se encuentra la denominada posición *subjetiva*, aquella que atribuye la responsabilidad del Estado a una evidente y gravosa falla del servicio o a un error

[115] DUEÑAS, Ramiro Ignacio. Responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad. En Temas de Derecho administrativo contemporáneo. Bogotá. 2005. Universidad del Rosario.
[116] LLOBET R., Javier. La prisión preventiva: límites constitucionales. San José de Costa Rica. 1997. Universidad para la Cooperación Internacional.
[117] OREJUELA PÉREZ, Ervin Marino. Responsabilidad civil extracontractual del Estado por la privación legal e injusta de la libertad. 2009. Justicia Juris 6 (12): 79-91.

flagrante de funcionamiento de la administración de justicia.[118] En segundo lugar una posición que el autor denomina objetiva, que es aquella en la que el Estado tiene responsabilidad patrimonial en razón de la ocurrencia del hecho, por cuanto la conducta imputada al sujeto sometido a la privación de la libertad condujo a su liberación, por no estar incurso en alguna de las causales que contempla el artículo 414 del decreto ley 2700 de 1991, anterior Código de Procedimiento Penal. En el texto se señala que tal situación se puede presentar o porque "el hecho no ocurrió, o no le es imputable o que no constituyó conducta punible, sin necesidad de valorar la conducta del funcionario judicial y de comprobar si la misma fue errada, ilegal, arbitraria o injusta".[119]

Por último, la tercera posición que ha adoptado el Consejo de Estado, que es la que actualmente emplea la corporación en la promulgación de sus fallos en la materia, sostiene que la privación injusta de la libertad se determina por lo estipulado en el artículo 90 de la Constitución Política.[120] Esta disposición señala que el Estado será responsable en todo evento en que se ocasione una detención a un particular, en el marco de una actuación penal o policiva y posteriormente sea liberado por medio de providencia judicial. De tal suerte que el ciudadano no debe sufrir o soportar los daños que se le generen por efecto de la restricción de su libertad y, en todo caso, la comisión de ellos le será atribuida como

[118] HOYOS DUQUE, Ricardo; Zambrano, María Victoria; Jaramillo Bedoya, Luís Fernando Responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad Prolegómenos. Derechos y Valores, vol. IX, núm. 17, enero-junio, 2006, pp. 11-21 Universidad Militar Nueva Granada Bogotá, Colombia.
[119] Ibíd. Pág. 6.
[120] RODRÍGUEZ, VILLAMIZAR, Germán. 2003. "Responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad". En Memorias del Décimo Encuentro de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

responsabilidad patrimonial al Estado.[121] Al respecto, el Consejo de Estado sostiene:

> Esta Corporación ha sostenido que a los asociados corresponde soportar la carga pública que implica participar, por voluntad de la autoridad, en una investigación. Sin embargo, ahora la Sala considera oportuno recoger expresiones en virtud de las cuales algunos sectores de la comunidad jurídica han llegado a sostener, sin matiz alguno, que el verse privado de la libertad ocasionalmente es una carga pública que los ciudadanos deben soportar con estoicismo[122].

En la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha venido aumentando el nivel de condenas al Estado por este tipo de responsabilidad en los últimos años.[123] Ello ha acarreado serios problemas para la sostenibilidad de las finanzas del Estado y, a su vez, ha generado una profunda discusión respecto de las posiciones doctrinarias que el tribunal ha tomado acerca de los conceptos de daño antijurídico y responsabilidad objetiva.[124] Se encuentra aquí, entonces, el centro doctrinario de la polémica que se establece sobre el tipo de imputación en mención, que tiene como rasgo característico la responsabilidad directa y objetiva del Estado,[125] en la que el carácter injusto de la detención no se encuentra condicionada por su ilegalidad, sino por su comprobación, a través de la suspensión posterior de la

[121] Óp. Cit.. Pág. 7.
[122] CONSEJO DE ESTADO 13168/2006)
[123] AGENCIA DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO. Responsabilidad patrimonial del Estado por daños sufridos por quienes se encuentran privados de la libertad. Lineamientos para la implementación de la conciliación. Diciembre de 2013. Pág. 42.
[124] Óp. Cit. Pág. 10.
[125] SAN MARTÍN CASTRO, Cesar. 2004. “La privación de la libertad personal en el proceso penal y el derecho internacional de los derechos humanos”. En Anuario de Derecho Constitucional, t. II. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung.

detención preventiva, que es, así, considerada como injusta.[126] En razón de esto, y consultando la jurisprudencia de la corporación, resulta claro que la posición actual del Consejo de Estado en relación con la responsabilidad de la Administración por la privación injusta de la libertad es que esta se halla cimentada en los parámetros del concepto de daño antijurídico previsto por el artículo 90 de la Constitución Política.[127]

Esta realidad tiene como sustrato la eliminación de la polémica al respecto. Entre las consideraciones se encuentra la de que el ejercicio estatal de privación de la libertad se hizo conforme a la legalidad o fue producto de una actuación errónea del Estado. Además, aun en el supuesto de que la privación haya cumplido con el estatuto de legalidad procesal necesario para llevarse a cabo, ella puede causar un daño antijurídico, que es la razón por la que el carácter injusto de la privación de la libertad se revela palmario en el momento en que se ejecuta la decisión de carácter absolutorio.[128]

La consideración doctrinaria presente en el actual Consejo de Estado señala que la privación de la libertad se predica injusta como producto de una responsabilidad objetiva del Estado, motivo por el cual la determinación de falla del servicio, dolo o culpa subjetiva o el error judicial de los operadores jurídicos, como requisito para

[126] SAN MARTÍN CASTRO, Cesar. 2004. "La privación de la libertad personal en el proceso penal y el derecho internacional de los derechos humanos". En Anuario de Derecho Constitucional, t. II. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung.
[127] Óp. Cit. Pág. 17
[128] Óp. Cit. Pág. 10

la determinación de la responsabilidad, resulta por demás insustancial. Al respecto, el profesor Hoyos Duque afirma:

> Para que proceda la indemnización de perjuicios derivados de la detención preventiva no es necesaria la existencia de una falla del servicio, motivo por el cual no es exigible la demostración del error judicial, sino la exoneración de la responsabilidad penal del detenido por alguna de las causales contempladas en la norma (Art. 414 del Decreto ley 2700 de 1991), lo que la torna, según la misma Corporación, en una responsabilidad objetiva. *El título de imputación de la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad radica en la noción de daño antijurídico previsto en el artículo 90 de la Constitución Política y definido como aquel que la persona que lo padece no está en la obligación jurídica de soportarlo, es decir, cuando no existen causas de justificación expresa que legitimen el perjuicio sufrido*. La prisión se justifica en las personas que violen el ordenamiento penal, quienes quedan obligadas por ese hecho a soportar las penas que se les impongan como consecuencia de su conducta delictiva, pero se torna injustificada cuando el procesado que ha sido sometido a prisión provisional es sobreseído definitivamente al demostrarse su inocencia, pues, en este último caso, el inculpado no ha violado el orden jurídico que apareja como consecuencia la sanción que ha padecido".[129] (**Cursivas fuera del texto**).

Un sujeto condenado en el marco de un proceso penal tiene el derecho a que el tiempo en que estuvo sometido a prisión le sea contabilizado como parte de la pena, lo que constituye en la práctica una forma de compensación en virtud de la reclusión sufrida antes de la promulgación de la sentencia condenatoria. Este hecho no ocurre cuando la situación es sufrida por un sujeto detenido en forma provisional, pues si no resulta condenado sería absurdo abonarle el tiempo de detención a una pena inexistente. Con este razonamiento, tanto la Corte

[129] HOYOS DUQUE, Ricardo; Zambrano, María Victoria; Jaramillo Bedoya, Luís Fernando Responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad Prolegómenos. Derechos y Valores, vol. IX, núm. 17, enero-junio, 2006, Págs. 11-21 Universidad Militar Nueva Granada Bogotá, Colombia. Pág. 17.

Constitucional como el Consejo de Estado han establecido la fuente argumental que sustenta la indemnización de perjuicios al detenido en forma preventiva, ya que este no debe padecer los rigores y el escarnio de la pérdida de su libertad y debe resarcírsele el daño cierto que se la ha causado en el tiempo en que estuvo en detención.[130] Cuando alguien sufre un daño cuya responsabilidad está a cargo del Estado, este, como en el derecho civil, debe asumir sus consecuencias e indemnizar a la víctima, extrapolando el mismo procedimiento que se aplica para la reparación de daños en materia civil.[131]

2.5. Regímenes de Responsabilidad Estatal

En la actualidad, para el Consejo de Estado y para la Corte Constitucional, la legalidad de la medida de Privación de la Libertad no se enjuicia por las categorías penales que la permiten, sino por el resultado de todo el proceso. Por tanto, estos tribunales han adoptado de manera mayoritaria un régimen de imputación objetiva en virtud del cual fundamentan sus providencias y condenan al Estado a responder y reparar el daño ocasionado en todos los casos en los que se haya privado de la libertad a una persona que posteriormente resulte exonerada en virtud de una sentencia absolutoria o su equivalente, bien porque no cometió el hecho, porque el hecho no existió o porque no constituía delito. Esta fue la situación que se generalizó durante el periodo de la política de Seguridad

[130] PARRA CIFUENTES, Nohora Yolanda. Nuevas tendencias de la jurisprudencia contenciosa administrativa en la acción de reparación directa por privación injusta de la libertad/ Nohora Yolanda Parra Cifuentes. (2002) Editorial: Bogotá: Universidad Nacional, 2002. Pág. 29.

[131] SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo. Responsabilidad del estado por privación injusta de la libertad/ Luis Guillermo Serrano Escobar. (2005) Editorial: Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2005.

Democrática 2002 – 2010. El Consejo de Estado se ha pronunciado y ha señalado:

> "Al respecto, es pertinente advertir que el ejercicio de la actividad jurisdiccional del poder público, como fuente de responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado, comprende dos grandes clases de hipótesis, a saber: una primera, constituida por aquellos daños causados por actos propiamente jurisdiccionales y, otra, por actos u omisiones que no comportan tal naturaleza, pero que se producen en el proceso mismo de la prestación del servicio de la administración de justicia. "En el primer caso, se trata de actos proferidos por los jueces y los particulares constitucional y legalmente investidos de función jurisdiccional, mediante los cuales interpretan y aplican el derecho, huelga decir, actos a través de los cuales ejercen la función de "declarar el derecho", que, por regla general, hacen tránsito a cosa juzgada, como ocurre con las sentencias y otras providencias jurídicamente equivalentes a ellas, proferidas en cualquiera de las distintas jurisdicciones que componen el sistema judicial, ya sea civil, penal, contencioso administrativo, laboral".[132]

Un aspecto esencial de la acción de la Política Criminal del Estado debe ser el de identificar con precisión los elementos que conforman el daño antijurídico y las estrategias que deben ser empleadas por parte de los agentes del Estado para limitarlo funcionalmente y evitar la exposición del Estado a litigios por la comisión del daño. En síntesis, formular una política pública estatal tendiente a prevenir la ocurrencia del daño antijurídico, desde el punto de vista de la inmensa carga que tiene para las finanzas públicas, representa el marco de reparaciones e indemnizaciones dictaminado por el contencioso en muchos fallos recientes. Resulta, entonces, indispensable que las instituciones del Estado Colombiano

[132] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA Consejero ponente: GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR, Bogotá D.C., 14 de marzo de 2002. Expediente 12076) (Subrayas fuera del original)

capaciten a sus funcionarios en los elementos estructurantes del daño antijurídico y se formulen los elementos estatales y de gerencia tendientes a reducirlo y a limitar los juicios de responsabilidad disciplinaria. El profesor Tamayo sostiene que los elementos de la responsabilidad estatal por causa del daño antijurídico están constitucionalmente previstos por el artículo 90 y sus derivaciones jurisprudenciales.

2.6. Naturaleza de los conceptos de Responsabilidad Objetiva y Subjetiva

En la tradición jurídica colombiana existen dos regímenes de responsabilidad extracontractual, desarrollados por el máximo tribunal contencioso administrativo, para atribuirle responsabilidad al Estado. El primero es el régimen de responsabilidad subjetiva, en el que la falla de la administración es el elemento esencial para obtener la indemnización, lo que quiere decir que si no se prueba la falla de la administración no se declarará la responsabilidad del Estado y, por tanto, no tendrá derecho a la indemnización que reclama. El segundo régimen de responsabilidad es el de responsabilidad objetiva, que, se considera, brinda una mayor protección a los ciudadanos, ya que basta con demostrar el daño y el nexo de causalidad entre este y el hecho de la administración, para que se tenga derecho a la reparación. Aquí no interesa si la conducta del Estado es lícita o ilícita.[133]

[133] ARENAS, MENDOZA, Hugo Andrés. El régimen de responsabilidad subjetiva. Hugo Andrés Arenas Mendoza. (2014) Editorial: Bogotá: Legis, 2014. Pág. 119.

En este supuesto de responsabilidad objetiva se han desarrollado diversas hipótesis en las que el Estado es responsable de los daños que causa, sin que a la víctima le corresponda probar más que el daño y el nexo causal. Entre dichas hipótesis se encuentra el riesgo excepcional y el daño especial, ambas insertas en las sentencias del Consejo de Estado en el periodo sometido a análisis.[134]

Si se reconoce que la aplicación estricta de las normas de procedimiento penal para detener preventivamente a quien es sometido al proceso penal, con apego a los cauces normativos, no hacen que la privación de la libertad sea ilegal, pero sí que en determinados casos sea injusta, entonces debemos asumir que un proceso penal tramitado regularmente, pero con resultado absolutorio, torna lo legal en injusto.[135] Los elementos constitutivos de la responsabilidad, la culpa, el daño, el nexo causal y la reparación, hacen parte de los marcos de responsabilidad atribuibles al Estado, debido a que los supuestos fácticos y subjetivos en los que se configuran tales elementos son también evidenciados en las relaciones que se establecen entre los ciudadanos en materia de su derecho fundamental a la libertad, garantía de rango constitucional que puede verse limitada de forma eventual por la acción del Estado.[136]

La responsabilidad del Estado, tradicionalmente entendida como la obligación que recae sobre este, para reparar el daño cometido contra sus ciudadanos, ya sea

[134] TAMAYO JARAMILLO, Javier, 1946- La responsabilidad del estado: el daño antijurídico (constitución política, art. 90), el riesgo excepcional y las actividades peligrosas. Javier Tamayo Jaramillo. (2012) Editorial: Bogotá: Biblioteca Jurídica Dike, 2012. Pág. 198.
[135] Óp. Cit. pág. 11.
[136] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T 667 de 2015.

por acción u omisión, ha tenido tradicionalmente dos géneros que son difícilmente distinguibles: la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual.[137] Ambos géneros jurídicos tienen, sin embargo, un elemento en común, o atributo propio, que es el carácter de la antijuridicidad, que se refiere a que para que surja la obligación indemnizatoria debe ocurrir la comisión de un daño que sea la consecuencia de del incumplimiento de un deber jurídico, imputable a título de culpa de la acción estatal.[138] En tal sentido, la prisión preventiva injusta aparece cobijada por la noción de daño antijurídico. En términos teóricos, un daño se presenta cuando la víctima no está obligada a soportar una carga tan penosa como la privación de la libertad por cuenta del proceso penal. Así, el concepto de falla pasa a un segundo plano para afrontar la consideración de un daño especial. En la evolución jurisprudencial reciente, el Consejo de Estado ha preferido usar el título de daño especial. Con tal opción se entiende que se hace parte de un modelo que niega la tolerancia pasiva de los imputados en el proceso penal y prefiere una construcción ligada a la libertad como garantía constitucional prevaleciente y objetiva.[139]

---

[137] VELAZQUEZ, POSADA. Obdulio. Responsabilidad Civil Extracontractual. Bogotá. Editorial TEMIS. Universidad de La Sabana. 2009. Pág. 54.

[138] ROJAS QUIÑONES, Sergio Alberto. La responsabilidad extracontractual del estado por ataques terroristas ¿falla del servicio, riesgo excepcional o daño especial?: una revaluación de la jurisprudencia del consejo de estado" Pontificia Universidad Javeriana. Revista Universitas. No. 6. Págs. 227 – 251. 2009.

[139] PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Defensa judicial y prevención del daño antijurídico: elementos para la formulación de una política de defensa judicial y de prevención del daño antijurídico en la Procuraduría General de la Nación / Comité de Conciliación y Oficina Jurídica de la Procuraduría General de la Nación. (2007) Editorial: Bogotá: Procuraduría General de la Nación: Instituto de Estudios del Ministerio Público: Imprenta Nacional, 2007.

El concepto general de responsabilidad es directamente tributario del Derecho Civil. No obstante, en Colombia no ha sido empleado comúnmente para tratar asuntos propios de variados ámbitos de la vida jurídica nacional, lo que termina en que la responsabilidad se interrelaciona y se complementa con diversas ramas del derecho. Los elementos constitutivos de la responsabilidad, la culpa, el daño, el nexo causal y la reparación, no son ajenos de ninguna manera a las actuaciones administrativas y penales del Estado, debido a que los supuestos fácticos y subjetivos en los que se configuran tales elementos son también evidenciados en las relaciones que se establecen entre los ciudadanos y el Poder Público. En materia del derecho fundamental a la libertad, es el alcance normativo y material que tiene este derecho respecto de la acción punitiva del Estado.[140]

Muchos tratadistas han considerado que en Colombia la Responsabilidad se refiere de manera exclusiva a los conceptos de culpa, daño o hecho dañoso y reparación, elementos que adquieren características específicas en cada actividad en donde ella es puesta a prueba. Sin embargo, una mirada más profunda ve el surgimiento de la responsabilidad en materia civil como un constante movimiento de vaivén que gravita alrededor de las nociones de culpa y riesgo.[141] Y que ambas nociones son componentes de la responsabilidad. La primera es considerada como una visión subjetiva y psicológica de la noción de responsabilidad y la

[140] VASQUES, GOMEZ. Jean Paul. Los principios rectores y las garantías en el sistema de enjuiciamiento penal colombiano. “Un estudio a la doctrina y jurisprudencia de los principios y garantías procesales contenidos en la Ley 906 de 2004”. Justicia Juris, ISSN 1692-8571, Vol 8, Octubre 2007-Marzo 2009. Págs. 69 -83.

[141] SANTOS, BALLESTEROS. J. “Responsabilidad Civil” Tomo I. Parte General. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana, Colección Profesores 58. TEMIS. 2012. Capítulo 1. Fundamentos Históricos de la Responsabilidad. Págs.: 1, 4, 6. 24, 25 y 29.

segunda, como una visión objetiva y factual de las condiciones de ella. Veamos de manera general a qué hacen referencia los dos visiones y cómo han sido consideradas por el ordenamiento jurídico interno.

2.6.1. La responsabilidad como culpa - Visión Subjetiva

Desde los más primitivos regímenes jurídicos de la humanidad se ha atribuido la responsabilidad por los actos de los individuos a las actuaciones que generan algún tipo de daño. Sostiene el profesor Santos Ballesteros que en el derecho clásico la atribución de responsabilidad era entendida de forma objetiva, se veía como una reacción primigenia a aquel objeto o individuo causante del daño. Sin embargo, la noción de responsabilidad sufre una mutación de su concepción objetiva y primaria a subjetiva y centrada en la culpa, que es una valoración por entero subjetiva del ámbito de la responsabilidad. El paso entre la ley Justinianea y la codificación de los primeros decálogos normativos civiles es el periodo en donde se introduce la noción de culpa en el derecho civil como elemento propio de la responsabilidad. En la medida en que se extiende la comprensión del daño, desde el daño más elemental y básico hasta el daño moral y subjetivo, en el que se introduce de forma paralela a la culpa subjetiva como responsable por la comisión del daño. Para los tratadistas clásicos la culpa se resumía en este enunciado:

> Todas las pérdidas y todos los daños que pueden ocurrir por el hecho de una persona, sea imprudencia, ligereza, ignorancia de lo que debe hacerse y otras culpas semejantes, por leves que puedan ser, deben ser reparadas

> por aquel que ha dado lugar a ellas por imprudencia u otras culpa. Porque ha ocasionado menoscabo aun cuando no hubiera tenido la intención de dañar. Así el que jugando imprudentemente, en lugar en donde podía haber peligro para los transeúntes, hiriere a alguno, está obligado por el mal que ha causado.[142]

En el Código Napoleónico de 1804 es la culpa el concepto que fundamenta la norma. Al respecto, su artículo 1382 señalaba: "Todo hecho del hombre que causa a otro un daño obliga a repararlo a aquel por culpa del cual haya sucedido". Esta concepción partía de la consideración psicológica en virtud de la cual existe un estado anímico reprochable en un sujeto de derecho por su obrar antijurídico en perjuicio de otro sujeto que provoca la reacción del ordenamiento jurídico para la defensa del ofendido.[143] Esta definición y las posteriores manifestaciones de ella son la tendencia dominante en materia de responsabilidad civil. Por ello, la teoría clásica de la culpa se expresa en tres elementos complementarios: La culpa propiamente entendida, el hecho dañoso, o daño, y el nexo causal que existe entre los dos primeros para que pueda configurarse el escenario de la responsabilidad civil. Este entendimiento de la responsabilidad civil centrada en la culpa ha sido la doctrina dominante en las determinaciones juridiciales, tanto en los regímenes jurídicos más importantes de la cultura occidental como en Colombia.[144]

---

[142] En "Responsabilidad civil". SANTOS BALLESTEROS. Pág. 4. Tomado de: HENRI y LEON MAZEAUD y ANDRE TUNC. "*Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*". Tomo I. Vol. I. Buenos Aires. EJEA. 1977. Pág. 52.
[143] Óp. Cit. Pág. 5.
[144] Óp. Cit. Pág. 6.

2.6.2. La responsabilidad como riesgo o Visión Objetiva

A contramano de la comprensión de la responsabilidad civil como obra de la concurrencia de la culpa, surgió un entendimiento que centraba el origen de la responsabilidad civil amparada en el riesgo. Esta visión tuvo su origen con el surgimiento de la revolución industrial en Europa y el auge del sistema capitalista en todo el mundo. Esta nueva realidad motivó a los tratadistas europeos a desarrollar severas críticas a la teoría de la culpa como originaria de la responsabilidad en materia civil. Al respecto, señalaba el tratadista francés Louis Josserand:

> La concepción subjetiva podría bastar en una sociedad en la que las relaciones comerciales e industriales estuvieran poco desarrolladas, en un pueblo de agricultores y guerreros; no está ya la medida de nuestra sociedad moderna más compleja, más emprendedora, en la que las relaciones jurídicas se intensifican, los riesgos se multiplican y reviven las más variadas formas.[145]

La revolución industrial trajo consigo una explosión de situaciones en que las masas de nuevos trabajadores multiplicarán por ciento las condiciones propicias para la ocurrencia masiva de toda suerte de accidentes de trabajo, lesiones de toda índole y enfermedades, que eran consecuencia directa de las actividades industriales. Todas ellas se hallaban generadas en el abigarrado mosaico de nuevas actividades productivas urbanas que se desataron al calor de la nueva

[145] JOSSERAND. Louis. "*Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones*". Tomo II. Volumen I. Buenos Aires. Barcelona. Ediciones Jurídicas Europa América. Bosch. 1950. (Colección Especial Remota. Biblioteca Luis Ángel Arango). Pág. 295.

revolución industrial.[146] También en Europa se desarrollaron nuevos y masivos medios de transporte, que por sus técnicas mal dominadas y amplia expansión generaron la ocurrencia de numerosos accidentes en los que determinar la responsabilidad, con los rudimentos de la responsabilidad amparada en la subjetividad o culpa, era una tarea virtualmente imposible.

La imposibilidad de probar el origen del daño, en situaciones en las que la disposición de encontrar su nexo causal era sumariamente difícil, originó una situación injusta en la que tales víctimas perdían la posibilidad de emplear los medios de subsistencia de los que disponían por obra de un accidente acaecido en las industrias o en las nuevas actividades fabriles y de transporte. Como en ellas no es posible hallar al responsable directo de la ocurrencia, por la dificultad manifiesta de señalar qué tipo de responsabilidad puede atribuírsele a quien construyó la máquina, el tren, el automóvil, la herramienta, etc., o a quien, y de qué manera, las empleaba, se desató un fervor académico encaminado a atacar los fundamentos de la responsabilidad subjetiva y proponer una vía de solución jurídica de esta aguda problemática, mucho más expedita.

Frente al criterio psicológico de la culpa, surgió, como reacción, la teoría de la responsabilidad objetiva, o teoría del riesgo. Este enfoque centraba sus señalamientos a la teoría de la culpa, atribuyéndole rasgos de vaguedad en sus definiciones y la indeterminación que tenía en todo término jurídico. Además, las

[146] ENGELS, Friedrich. "*La situación de la clase obrera en Inglaterra*". Buenos Aires. Editorial. Talls. Grafs. Cartofex, 1974. Pág. 134.

críticas se centraban esencialmente en la necesidad de encontrar la prueba del hecho dañoso como fundamento de ella. Así, cuando una persona era víctima de alguno de los supuestos de responsabilidad, se condenaba a la víctima a soportar la carga probatoria de la ocurrencia de dicha situación, con la consecuencia de que, si no podía adjuntar las pruebas del hecho, se determinaba su petición de resarcimiento y era dejada al garete, sin otro recurso judicial de reclamo. La teoría de la responsabilidad civil entendida como riesgo, o teoría objetiva, se fundamenta en la premisa según la cual aquel individuo que pretende desarrollar una actividad en la que se involucre un riesgo potencial a terceros, debe presumir todas las precauciones para disminuirlo, de manera que la probabilidad de ocurrencia de daño sea la menor posible. En esta teoría se prescinde de la imputabilidad subjetiva, para establecer que la obligación indemnizatoria surge cuando se puede reconducir materialmente a un sujeto de derecho, sin más consideraciones.[147] Este aparte puede resumir bien lo postulado:

> Todo perjuicio debe atribuirse a su autor y repararse, porque lo ha ocasionado, porque todo problema de responsabilidad civil se reduce a un problema de causalidad, cualquier hecho del hombre obliga a quien ha perjudicado a otro a reparar el perjuicio.[148]

Las legislaciones civiles en el mundo, incluyendo la de nuestro país, han sido reticentes a acoger este enfoque doctrinal de la responsabilidad civil, en la medida en que consideran que sus fundamentos están más emparentados con las teorías igualitarias y libertarias derivadas del pensamiento socialista. En Colombia, la

[147] Óp. Cit. Pág. 7.
[148] RIPERT, Georges. “La regla moral en el as obligaciones civiles”. En SANTOS, BALLESTEROS. Pág. 8.

teoría de la responsabilidad como riesgo se admite solo de manera reciente en el Consejo de Estado y en la Corte Constitucional, para trasladar el concepto objetivo de las relaciones individuales centradas en el riesgo al campo de la responsabilidad estatal. La responsabilidad del Estado se halla en la naturaleza de sus acciones punitivas, por cuanto este tiene un estatuto de superioridad sobre los individuos a los que gobierna y administra. Esta posición de garante funcional y ente restrictor de la libertad hace que la figura estatal esté sometida a límites, para evitar el daño eventual a las garantías democráticas de los asociados. Es decir, la actuación punitiva y la facultad de persecución penal atribuida al Estado están limitadas por los derechos mínimos que tienen los ciudadanos en relación con el disfrute de su libertad.[149]

2.7. Responsabilidad estatal contractual

Tradicionalmente entendida como la obligación que recae sobre el Estado, para reparar el daño cometido contra los asociados, ya sea por acción u omisión, la responsabilidad estatal ha tenido tradicionalmente dos géneros que son difícilmente distinguibles: la responsabilidad del Estado en materia Contractual y la responsabilidad de orden extracontractual.[150] Ambos géneros jurídicos tienen, no obstante, un elemento en común o atributo propio: el carácter de la antijuridicidad, que se refiere a que para que surja la obligación indemnizatoria debe ocurrir la comisión de un daño que sea la consecuencia de del incumplimiento de un deber

[149] VELÁZQUEZ, POSADA. Obdulio. “Responsabilidad Civil Extracontractual”. Bogotá. Editorial TEMIS. Universidad de La Sabana. 2009.
[150] Óp. Cit. Pág. 54.

jurídico, imputable a título de culpa o actividad de los agentes estatales.[151] Sin embargo, la sola definición autónoma de ambos géneros es, cuando menos, problemática en la medida en que algunos autores y un buen número de providencias intentan definir ambos campos de forma única, empleando el término jurídico más general de responsabilidad para intentar cobijarlas a ambas.[152]

En Colombia, la estructura normativa regula en títulos separados la responsabilidad contractual y extracontractual. Pero tratar de establecer los criterios de diferencia entre los dos tipos de responsabilidad es una tarea compleja, porque la jurisprudencia y los tratadistas han señalado que ambos tipos de responsabilidad guardan una identidad común, basados en el postulado general de derecho según el cual nadie puede sufrir un perjuicio por el hecho ajeno (*nemo ex alteria culpa praegravati debet*).[153] Empero, las diferencias más protuberantes pueden observarse en que se está en el campo extracontractual cuando en aquellos eventos en que se ocasione un daño al margen o con independencia de un vínculo obligacional previo a la ocurrencia del daño y que se está en presencia de la contractual cuando el daño es la consecuencia de la inobservancia de deberes jurídicos emergentes de un vínculo obligacional atribuible a la acción del Estado. Conforme a los artículos 1494 del Código Civil Francés y de la ley 57 de 1887, las obligaciones pueden nacer, para emplear la

[151] Óp. Cit. Pág. 199.
[152] RAMIREZ, MENDOZA. Álvaro. Responsabilidad Civil Extracontractual (Segunda Edición). Bogotá Universidad de la Sabana. Bogotá. 2013. Pág. 49.
[153] Óp. Cit. Pág. 205.

terminología, de un cuasi contrato y de la ley.[154] En Colombia, la Corte Constitucional considera que los dos criterios pueden agruparse en una definición genérica, que cobije por igual a la responsabilidad contractual y a la extracontractual. Así definió esta, en su sentencia C – 424 de 1997, el alcance del término. En la providencia, con ponencia del Magistrado Jorge Arango Mejía, el alto tribunal señalo:

> Responsabilidad - Alcance de la expresión. Cuando se habla de responsabilidad civil originada en el incumplimiento de un contrato no se tiene en cuenta si este es un contrato de naturaleza civil, pues podría ser comercial. *Responsabilidad civil es expresión genérica que comprende la contractual y la extracontractual*. En síntesis, lo mismo da si se trata de los perjuicios originados en un contrato de naturaleza civil o comercial: siempre se hablará de responsabilidad civil contractual.[155]

No obstante todo lo anterior, existen elementos propios que el concepto de responsabilidad contractual puede englobar en sí mismo, para apoyar una definición conceptual propia. El daño es sin duda el principal elemento común a la responsabilidad, en tanto que, ya sea cualquier orilla doctrinal en la que se quiera entender el concepto de responsabilidad, por vía de la culpa o del riesgo, es el daño causado la característica intrínseca propia de la responsabilidad, puesto que el surgimiento de ella es consecuencia directa de la ocurrencia del daño que, al ser imputado al Estado, ocasiona la reparación o el resarcimiento.[156] “Consiste en reparar el daño que se ocasione a otra persona en relación causal con el

[154] Óp. Cit. Pág. 206.
[155] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C – 494. De 1997. Magistrado Ponente. Jorge Arango Mejía.
[156] Óp. Cit. Pág. 13.

incumplimiento de un deber jurídico sin causa que lo justifique".[157] Adicionalmente, la existencia de la obligación derivada del contrato social o de la adhesión al texto constitucional es la característica principal de este género específico de responsabilidad.

2.7.1. Responsabilidad extracontractual

De otro lado, y a pesar de las menciones que hemos hecho a la identidad normativa subsistente entre ambos géneros de responsabilidad, los conceptos de responsabilidad objetiva y subjetiva son esenciales para determinar cómo influencian tanto la doctrina como la jurisprudencia en Colombia, en casi todos los ámbitos que cobijan el concepto de responsabilidad. La teoría del riesgo y de la responsabilidad estatal y el concepto genérico de responsabilidad del Estado se evidencian en que el número de sentencias por privación injusta de la libertad aumentó de forma sustancial en los últimos años, en especial respecto de casos ocurridos en el periodo 2002-2010. Los conceptos de responsabilidad extracontractual atraviesan la responsabilidad estatal y configuran sus alcances y límites. La responsabilidad estatal por omisión del deber de protección es una vía similar a la visión objetiva, que imputa responsabilidad estatal por ocurrencia del daño.[158]

---

[157] SANTOS BALLESTEROS. Jorge. "*Instituciones de Responsabilidad Civil*" Tomo I. Bogotá. Universidad Javeriana. Colección Profesores Numero 21. TEMIS. 1996. Pág. 35.
[158] Óp. Cit. Pág. 202.

Esta división no resulta arbitraria en tanto que se observa un manifiesto interés del legislador por distinguir los dos tipos de responsabilidad en el Código Civil. Las obligaciones que resultan, más allá de las expresamente consideradas en un vínculo contractual, son las que típicamente devienen bajo el nombre genérico de extracontractual. Se considera adicionalmente que este tipo de responsabilidad está jerárquicamente ubicada por encima de la contractual, en la medida en que ella excede los parámetros de lo establecido en un contrato y cobija los supuestos normativos superiores, de violación o abuso del derecho, excediendo de las tipologías de reparación expresamente consideradas en las cláusulas de un contrato. La Corte Suprema de Justicia sostiene al respecto:

> La culpa contractual se distingue de la extracontractual primordialmente en cuanto la primera presupone la existencia de una relación jurídica anterior entre el acreedor y el deudor, en tanto que en la segunda la obligación se establece u origina en el hecho causa, imputado a una persona, para que responda por el daño injusto causado a otra, por actos o por omisiones, por dolo o por simple imprevisión o negligencia, en consecuencia, un mismo hecho puede considerarse, al mismo tiempo y bajo el mismo aspecto, como culpa contractual y extracontractual.[159]

Por esta razón, tanto la jurisprudencia del alto tribunal como la doctrina reconocen que la responsabilidad no deviene o se origina en las obligaciones anteriores a la relación prevista en un contrato, porque la realidad jurídica excede los supuestos de reparación, que son tradicionalmente expresados en el contrato. Así, si las obligaciones surgen del daño y el nexo causal que supone la ocurrencia y su posterior reparación, esta situación puede presentarse sin el concurso de una

[159] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 29 de marzo de 1962. Pág. 738.

relación jurídica previa y las obligaciones pueden surgir perfectamente sin que se presente el vínculo contractual que supone la responsabilidad contractual. Esta, por último, al tener un carácter restringido opera solo para los supuestos de incumplimiento de una obligación expresamente descrita, en tanto la responsabilidad extracontractual opera en el resto de situaciones en donde eventualmente se presente un daño y se origine la responsabilidad de resarcimiento y reparación del mismo.[160]

[160] ARANBURO, CALLE. Maximiliano. "*Responsabilidad Civil y Riesgo en Colombia: apuntes para el desarrollo de la teoría del Riesgo en el siglo XXI*". Medellín. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Vol. 38. No 108. Pág. 15 – 51. Enero – Julio 2008. Pág. 23.

CAPÍTULO 3

PROPUESTA DE INTEGRACIÓN FUNCIONAL DE LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LAS ALTAS CORTES RESPECTO DE LA FALLA DEL SERVICIO Y EL DAÑO ANTIJURÍDICO COMO CONSECUENCIA DE LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD EN COLOMBIA

3.1. Introducción

En nuestro ordenamiento jurídico, la libertad es considerada un derecho fundamental de rango constitucional. Por tanto, su afectación genera un especial nivel de sensibilidad por parte de las Cortes y los operadores judiciales. En razón de ello, el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 1 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre mencionan de manera taxativa el derecho a la libertad personal como derecho humano esencial: “todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”. A su vez, el artículo 28 de la Constitución Política acoge el sentido de dichos artículos al afirmar que toda persona es libre. La Corte Constitucional ha interpretado que por “libertad personal a nivel constitucional

debe entenderse la ausencia de aprehensión, retención, captura, detención o cualquier forma de limitación de la autonomía de la persona".[161]

En el mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, aprobado en Colombia mediante la ley 74 de 1968, señala en su artículo 14.6 que cuando una sentencia condenatoria firme haya sido revocada, o el condenado haya sido exonerado por haberse producido un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido la pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a lo establecido por la ley, a menos que se demuestre que efectivamente tenía responsabilidad en la comisión del delito imputado.[162]

La jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de responsabilidad estatal presenta una evolución, un lento tránsito de admitir la responsabilidad estatal por proferir decisiones judiciales que señalasen la responsabilidad del Estado por actuaciones en contra de la libertad de los asociados, exclusivamente por falla del servicio o por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.[163] La llegada de la Constitución Política de 1991 alteró las posiciones del tribunal en la materia. Incluso antes de 1991, la jurisprudencia empezó a distinguir la distancia establecida entre la falla del servicio y el error judicial. "De manera excepcional se llegó a reconocer la responsabilidad del Estado por error judicial en los eventos en

[161] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-024 de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero.
[162] OREJUELA, P, Erwin Marino. Responsabilidad civil extracontractual del estado por la privación legal e injusta de la libertad. Justicia Juris, ISSN 1692-8571, Vol. 6. No. 12, Octubre de 2009 – Marzo de 2010 Pág. 79-91.
[163] Ibíd. HOYOS DUQUE. Pág. 10.

los cuales la decisión pudiera asimilarse a una vía de hecho".[164] No obstante, el tribunal ha alterado dicha posición en el devenir de las últimas dos décadas, hasta el punto en que el concepto de responsabilidad objetiva prima en la fundamentación de sus determinaciones respecto de la privación injusta de la libertad.[165]

3.2. Límites de la acción del Estado en relación con la libertad como derecho esencial previsto en el ordenamiento internacional

La libertad personal no es un derecho de carácter absoluto en el ordenamiento jurídico colombiano, puesto que puede ser restringida legalmente por el Estado en virtud de sus competencias. Para ello, el poder público tiene la facultad de formular la Política Pública en materia Criminal, siempre y cuando esta se encuentre sujeta a los límites funcionales de la no vulneración de los derechos esenciales de los asociados. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado:

> "Ambos deberes estatales, de respeto y de garantía, constituyen la piedra angular del sistema de protección internacional, pues ellos remiten al compromiso internacional de los Estados de limitar el ejercicio del poder, y aún de su soberanía, frente a la vigencia de los derechos y libertades fundamentales de la persona humana. El deber de respeto implica que los Estados deben asegurar la vigencia de todos los derechos contenidos en la Convención mediante un sistema jurídico, político e institucional adecuado

[164] VELASQUEZ GIL, Catalina. Responsabilidad Contractual y Extracontractual del Estado, Santafé de Bogotá, Editorial Librería Jurídica Sánchez R. LTDA 2004, Pág. 176.
[165] PRATO, RAMIREZ. Luisa J. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD EN COLOMBIA. Trabajo de grado para optar al título de Magister en Derecho Administrativo. Bogotá. 2015. Universidad del Rosario. Pág. 39.

> para tales fines. Por su parte, el deber de garantía implica que los Estados deben asegurar la vigencia de los derechos fundamentales procurando los medios jurídicos específicos de protección que sean adecuados, sea para prevenir las violaciones, sea para restablecer su vigencia y para indemnizar a las víctimas o a sus familiares frente a casos de abuso o desviación del poder. Estas obligaciones estatales van aparejadas del deber de adoptar disposiciones en el derecho interno que sean necesarias para hacer efectivos los derechos consagrados en la Convención (artículo 2)2.[166]

En Colombia se emplea el concepto jurisprudencial del Bloque de Constitucionalidad para determinar la igualdad de rango funcional de los tratados internacionales en materia de protección y garantía de derechos humanos que hayan sido formalmente integrados al ordenamiento mediante ratificación, conforme lo señala la Convención de Viena de 1969.[167] Gracias a esto, en varios pronunciamientos consignados en instrumentos de protección de derechos humanos de carácter internacional, que son parte de la Carta por vía de la incorporación de que trata el artículo 93 y el Bloque, se establece el derecho a la libertad y se determinan sus alcances materiales. En primer término, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 3: Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona. En el artículo 11.2 se dice que nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos, según el Derecho nacional o internacional.

[166] COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Informe n.° 1/96. Caso 10.559 (Chumbivilcas v. Perú)”, Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1995, Washington, OEA/Ser.L/V/II.91, doc 7 rev., 28 de febrero de 1996, cap. 3. Informes relativos a casos individuales, www.cidh.org/annualrep/95span/cap.III.peru10.559a.htm#_ftn9

[167] GUTIERREZ, BELTRAN. Andrés Mauricio. El Bloque de constitucionalidad: Conceptos y Fundamentos. Bogotá. 2007. Universidad Externado de Colombia. Pág. 28.

Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.[168]

En el campo jurídico regional, tenemos que la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre señala, en su artículo I: Derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona. Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona. En su artículo XXV se sostiene que *nadie puede ser privado de su libertad, sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes* (cursivas nuestras). *Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil* (cursivas nuestras). Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad.[169]

También el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos postula, en su artículo 91: "Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en esta". A continuación sostiene que: "Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la

[168] ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. ONU. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS. Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948

[169] DECLARACION AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948

misma y notificada sin demora de la acusación formulada contra ella". Continua: "Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo". Y señala, por último, que "Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que este decida a la mayor brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.[170] No obstante, muchos analistas consideren que los instrumentos internacionales mencionados constituyen parte del *Sof Law*, o derecho blando, y que por tanto esta normatividad solo es un compendio de exhortaciones de buena voluntad que no tienen efectos en el ordenamiento jurídico internacional ni interno. Es evidente que la orientación axiológica de las consideraciones de las altas cortes en Colombia usa los supuestos filosóficos de estos instrumentos para sustentar filosófica y doctrinalmente sus fallos.

Dos sentencias icónicas expedidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con la privación de la liberad fueron la expedida en el Caso Cantoral Benavides vs. Perú. Fondo. Sentencia del 18 de agosto del 2000 y la

[170] NACIONES UNIDAS. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976.

referida al Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo. Sentencia del 19 de noviembre de 1999. En ellas, el alto tribunal señaló*:* “Además, la Corte, por su parte, ha reiterado que “una persona ilegalmente detenida [...] se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad, de la cual surge un riesgo cierto de que se le vulneren otros derechos, como el derecho a la integridad física y a ser tratada con dignidad”. Señala así una responsabilidad adicional al Estado cuando se hace una detención a un ciudadano, puesto que la responsabilidad e incriminación no solo surgen cuando se absuelve al detenido, sino sobre todo cuando este se encuentra en el centro carcelario como producto de dicha aprehensión. Con esto, la Corte suma un aspecto funcional adicional al concepto de responsabilidad objetiva del Estado por privación.[171]

3.2. Obligaciones del Estado respecto de los sujetos privados de la libertad

Se ha sostenido a lo largo del texto que la Política Criminal del Estado es la combinación sistémica de un conjunto de estrategias diseñadas para enfrentar de manera integral la comisión de contravenciones y delitos en una sociedad particular.[172] Dichas estrategias no se limitan a los lineamientos de la acción penal, sino que están integradas adicionalmente por medidas de política pública en el terreno social, que evitan, cuando menos en la teoría, la aplicación de la política

[171] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. SENTENCIAS: Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000 Y “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999

[172] VARIOS AUTORES. POLÍTICA CRIMINAL Y "PREVENCIÓN”. Bogotá. 2015. Universidad Externado de Colombia. Capítulo 1.

punitiva penal del Estado para corregir las disfunciones en el comportamiento sistémico disruptivo de los individuos. Y que sea, a su vez, el último recurso empleado por el Estado en materia de prevención de la acción criminal. Es decir, la acción penal del Estado debe ser siempre el último recurso en el tratamiento de las conductas delictivas.[173]

La Política Criminal está compuesta por un conjunto de normas de distinta índole: "(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". Estas medidas se refieren siempre a la acción penal del Estado.[174]

Por ello, se considera en la criminología moderna que la acción penal del Estado debe siempre considerar la reclusión carcelaria como una medida de última instancia, que debe ser evitada en la medida de lo posible y debe ser reservada solo para el tratamiento de los casos más graves, logrando así la delicada ponderación entre la potestad punitiva del Estado y el respeto estricto de los

[173] Óp. Cit. Pág. 10.
[174] Óp. Cit. Pág. 10.

derechos esenciales de los ciudadanos.[175] El fin último de la política punitiva estatal debe ser el de la prevención de la comisión de las conductas delictuales, el fin resocializador la estructura de penas y la reincorporación de los reclusos a la vida civil. Estos propósitos orientadores de la Política Criminal chocan frontalmente contra la realidad del sistema penal en Colombia y van en contra de los preceptos de política de combate sin cuartel al terrorismo y la criminalidad de las dos administraciones Uribe Vélez.

A este respecto, la ANDJE retrata un panorama desalentador de las condiciones de hacinamiento y sobrepoblación en el sistema carcelario en Colombia. Según los datos de esta entidad, en abril del 2013 el país tenía una capacidad de 75.726 cupos carcelarios y el sistema albergaba una población penitenciaria de 116.274 personas. De estas, 80.828 eran sujetos condenados y el resto eran individuos recluidos en las diversas modalidades de detención preventiva.[176] Las cifras de ese año indican que la capacidad de reclusión del sistema penitenciario está excedida para el caso de los condenados solo en 5.000 individuos, pero el auténtico problema reside en las personas en detención preventiva, no solo porque la Política Criminal, en particular la ejercida durante los gobiernos de Uribe Vélez, privilegió la detención preventiva, sino porque los sindicados están viviendo con los condenados, lo que hace que los propósitos de resarcimiento, resocialización y reincorporación sean virtualmente nulos.

[175] FRANCO, CAICEDO. Alfonso. La relación de la política criminal oficial y la política de seguridad ciudadana en Bogotá. Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar al título de: Magister en Derecho con profundización en Sociología y Política Criminal. Universidad Nacional de Colombia Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales Bogotá D.C. Colombia 2013. Pág. 23.
[176] Óp. Cit. Pág. 12.

La ANDJE, por ejemplo, cuenta que en su trabajo sobre privación injusta de la libertad se encontró que los registros del Tesauro de providencias en el Consejo de Estado, empleando el restrictor de “privación injusta de la libertad”, arrojó 300 registros de sentencias proferidas entre 1995 y 2012. Esto bajo los parámetros de la legislación procesal penal vigente en el momento en que se profieren las sentencias del Consejo de Estado analizadas (Decreto 2700 de 1991 y Ley 600 del 2000, respectivamente) y las normas correspondientes a la responsabilidad estatal establecidas en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (270 de 1996)[177]. Ello quiere decir que los litigios que lleva adelante la corporación han aumentado durante el periodo analizado. [178] Puesto que la política de Seguridad Democrática incrementó sustantivamente las capturas y usó de forma masiva e irracional la privación de la libertad como mecanismo predilecto de muestra de resultados en contra del terrorismo.[179]

[177] Óp. Cit. Pág. 12

[178] VELEZ, URIBE. Álvaro. Manifiesto Democrático - 100 Puntos Álvaro Uribe Vélez. Disponible en: http://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-85269_archivo_pdf.pdf

[179] VARGAS, VELAZQUES. Alejo. LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO EN COLOMBIA Y SURAMERICA. Disponible en: http://www.hscollective.org/wp-content/uploads/2014/08/LA-LUCHA-CONTRA-EL-TERRORISMO-EN-COLOMBIA-Y-SURAMERICA.pdf

Cuadro. 2. Población carcelaria en Colombia. 2017. Condenados y Sindicados.

Población de Internos en Establecimientos de Reclusión y Regionales

Febrero 28 de 2017

Código	Capacidad Real	Total población	Hacina-miento	Sexo		Sindicados		Total sindicados	Condenados		Total conde-nados
				Hombre	Mujer	Hombre	Mujer		Hombre	Mujer	
	78.418	119.269	52%	111.390	7.879	35.593	2.793	38.386	75.797	5.086	80.893

Fuente. INPEC – Ministerio de Justicia y del Derecho, 2017.

En el cuadro se ve con claridad cómo esta situación se ha agudizado desde el periodo analizado hasta el presente, lo cual plantea que el problema, lejos de superarse, se encuentra enteramente vigente y parece tender a su agravamiento. Una de las consecuencias que tuvo la detención preventiva, como eje de la Política Criminal del Estado, fue sin duda la variación doctrinal que tomó el Consejo de Estado en el tratamiento jurisprudencial de la privación de la libertad. En tal virtud, la jurisprudencia está atravesada por la tensión entre las nociones de falla del servicio judicial y un modelo de responsabilidad que fundamenta como daño especial el encarcelamiento preventivo injusto, siendo este último el modelo imperante en la actualidad.[180] Por ello, la obligación del Estado tiene un carácter doble. Por un lado, se fundamenta en la responsabilidad objetiva ante el hecho cierto de la detención injusta y, de otro, sostiene que, en el momento del

[180] Óp. Cit. Pág. 18.

encarcelamiento, el Estado asume posición de garante de los derechos del detenido.

3.3. Estado como garante de los derechos de las personas privadas de libertad

En concordancia con el punto anterior, es la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana en la que se establece que entre el Estado y las personas privadas de libertad existe una relación sincrónica que le impone al ente estatal no solo el deber de resarcimiento posterior cuando este sea declarado injusto, sino y sobre todo durante el periodo del confinamiento intramuros, puesto que durante este, el preso tiene una particular condición de vulnerabilidad y desconocimiento de sus derechos elementales, no solo la libertad, sino también al mínimo de condiciones de vida digna, que el alto tribunal ha venido considerando como la especial responsabilidad que tiene el Estado respecto de las personas que están sujetas a su control, que es la misma que deben resguardar quienes actúan en consecuencia con el principio de distinción en el DIH. Por tal motivo, la corporación introdujo en su jurisprudencia el concepto de que el Estado está en una posición de garante respecto de los derechos esenciales que le asisten a quienes se hallen privados de la libertad. Por ello, la privación de la libertad hace que los derechos de los sujetos encarcelados se vulneren más allá del hecho de la restricción de la libertad, lo que sin duda aumenta la casual de responsabilidad estatal. El Consejo de Estado sostiene:

> Con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 270 de 1996, la responsabilidad del Estado derivada de la privación de la libertad de las personas fue abordada por la jurisprudencia con fundamento en lo dispuesto por el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal (Decreto Ley 2700 de 1991, expedido por el Presidente de la República en uso de facultades extraordinarias, que rigió entre el 1 de julio de 1992 y el 23 de julio del 2001), ya derogado, en cuya aplicación la Sala no mantuvo un criterio uniforme.[181]

Por otro lado, en el orden interno el derecho contencioso-administrativo fundamenta normativamente este concepto en la prevalencia funcional de los artículos constitucionales (90) y legales (artículos 65 a 67 de la Ley 270 de 1996), entre tanto que los derivados del derecho procesal penal (artículos 354 a 356 de la ley 600 del 2000; artículos 308 a 317 de la Ley 906 del 2004). Lo que establece una aguda polémica entre la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, gracias a que la jurisprudencia de esta última considera que la Corte Suprema invade los campos de su competencia e impone criterios ajenos al campo penal y de Política Criminal, siendo incluso contraproducentes en el empeño de la persecución de la criminalidad y la delincuencia. En últimas, el choque entre corporaciones se da por cuanto existe una valoración encontrada del concepto de justicia asociada a la acción punitiva del Estado. En la jurisprudencia del contencioso, la noción de lo justo se construye a partir del resultado final del proceso penal, entre tanto que en la de la Sala Penal de la Corte se da por los aspectos procesales de la ley penal y de la prevalencia de la acción punitiva del Estado.[182]

---

[181] CONSEJO DE ESTADO 7058/1992.

[182] BOTERO, MARINO. Catalina. Y JARAMILLO, Juan Fernando. EL CONFLICTO DE LAS ALTAS CORTES COLOMBIANAS EN TORNO A LA TUTELA CONTRA SENTENCIAS. Disponible en: http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.37.pdf

La jurisprudencia constitucional, por tanto, da elementos para dirimir esta controversia. En primer término se señala cómo el Estado, en su condición de garante, tiene la responsabilidad de preservar de manera perentoria los derechos de los ciudadanos.[183]

> La restricción de otros derechos, por el contrario –como la vida, la integridad personal, la libertad religiosa y el debido proceso– no solo no tienen justificación fundada en la privación de libertad, sino que también está prohibida por el derecho internacional. Dichos derechos deben ser efectivamente respetados y garantizados, como los de cualquier persona no sometida a privación de libertad. Particular vulnerabilidad es en la que se encuentran las personas privadas ilegalmente de su libertad.[184]

En segundo lugar, indica con precisión cómo el ciudadano no debe ser víctima de la acción desproporcionada del Estado cuando este actúa sin arreglo al respeto de las normas elementales, de protección y garantía de los derechos humanos, a la libertad, a la dignidad personal, al nombre, a la libertad de conciencia, etc. Para la Corte es claro que cuando un ciudadano es sometido a una detención se le vulneran no solo las garantías de libertad, sino las asociadas al desarrollo de su personalidad y su proyecto de vida digno. Esto, para no mencionar las condiciones onerosas y degradantes de los detenidos en Colombia, incluso los peligros a que se ven sometidos quienes entran al sistema carcelario. Al respecto, la propia Corte ha dicho que la situación vivida en la mayoría de los establecimientos carcelarios representa un estado de cosas inconstitucional,[185] realidad que hace más gravosa

[183] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C 644 de 2011.
[184] Ibíd. AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO. Pág. 13.
[185] CORTE CONSTITCUONAL DE COLOMBIA. Sentencias (T 143 de 1998, T 388 de 2013, T 762 de 2015).

la afectación de derechos de quienes están recluidos bajo el título de detención preventiva.[186]

El proceso penal tiene elementos constitutivos que le dan primacía a su procesabilidad por encima de la sustantividad de los derechos de los asociados. Esta es sin duda la base de una aguda tensión entre la legalidad procesal y la valoración del concepto de justicia. Desde el punto de vista penal y para el caso de la ley 600 del 2000, conocida como el Código de Procedimiento Penal, la procedencia de la detención preventiva se consideraba cuando tenía fundamento en cuando menos dos indicios particularmente graves de responsabilidad y un acervo probatorio legal inserto en el marco del proceso.[187] En tal virtud, estas disposiciones consideraban también como improcedente la detención en el evento en que la prueba era indicativa de que el imputado podía haber actuado amparado en cualquiera de las causales de ausencia de responsabilidad.[188]

En la legislación penal vigente, es decir, la ley 906 del 2004, Código de Procedimiento Penal, se altera el procedimiento en razón de que la solicitud de medida de aseguramiento con restricción de la libertad se considera legal en el evento de que del acervo probatorio material, las evidencias físicas o la

[186] La sentencia contra el hacinamiento carcelario. En: EL ESPECTADOR. Judicial 24 Mar 2015 - 6:51 PM Redacción Judicial. Disponible en: http://www.elespectador.com/noticias/judicial/sentencia-contra-el-hacinamiento-carcelario-articulo-551211

[187] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C 805 de 2002.

[188] VELEZ, OSORIO. Luis G. Otra cara del sistema acusatorio colombiano: Menosprecio de la libertad personal y autoritarismo penal. Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Edición: 2012. Este libro hace parte de la colección MEJORES TRABAJOS DE GRADO de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia Número 12.

información obtenida legalmente se puede inferir razonablemente que el imputado pudo ser el autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga.[189] Es decir, el proceso y la sindicación son más laxos que el Código anterior, por lo que la discrecionalidad de la autoridad punitiva aumenta ostensiblemente, incluso cuando se cumplen los fines esenciales de protección de derechos que la Constitución Política exige. A saber:

1. Captura: casos en los que una autoridad judicial libra una orden de privación de la libertad para que una persona comparezca al proceso.
2. Captura en flagrancia: La aprehensión del infractor por las autoridades en el momento de la comisión delictiva. Si la captura no se lleva a cabo con las exigencias de respeto a los derechos fundamentales y el debido proceso, existirá responsabilidad estatal.

En el marco del actual Código de Procedimiento Penal, los procesos punitivos combinan sistemáticamente la situación de captura y la privación de la libertad bajo el título de detención preventiva. Por tal razón, existen cuatro modalidades de privación de la libertad en la ley penal vigente. Estos son:

[189] AMAT, Yamid. El sistema penal acusatorio está en crisis y tiene que reformarse, Leonidas Bustos, presidente de la Corte Suprema, anuncia proyecto para reformar Código Penal. Por: YAMID AMAT 9 de febrero de 2015, El Tiempo. 02:32 am. Disponible en: http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-15217047

1. Legal y justa, como sería el caso de una captura declarada legal que tiene como consecuencia la imposición de la medida de aseguramiento privativa de la libertad y la posterior condena del infractor. Este es el modelo que no genera responsabilidad estatal.

2. Ilegal: la que se presenta cuando la captura no se llevó a cabo con observancia de los requisitos legales y da origen a responsabilidad por funcionamiento defectuoso de los órganos estatales, como la Policía o el CTI. Esta situación genera responsabilidad estatal por falla del servicio.

3. Injusta: la que da origen a responsabilidad cuando la Fiscalía no es capaz de demostrar plenamente la responsabilidad penal del privado de la libertad. Esta actuación genera un daño antijurídico para quien la padece debido a que se configura uno de los títulos de imputación de responsabilidad estatal a título de falla del servicio o daño especial.

4. Legal e injusta: la que se presenta cuando los fiscales y jueces imponen la medida de aseguramiento con el cumplimiento estricto de los requisitos legales, pero, en el curso del proceso, el imputado, acusado o condenado resulta absuelto.[190]

La realidad de la prisión preventiva considerada injusta se enmarca en la noción de daño antijurídico y violación del núcleo esencial del derecho a la libertad y la dignidad personal, según lo entienden en común tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado. Para el tribunal contencioso, el daño se presenta cuando la víctima no está obligada a soportar la lesión de un interés patrimonial garantizado por una norma jurídica superior, en este caso la Constitución.[191] Por

[190] Óp. Cit. Pág. 14.

[191] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-333/1996 y CONSEJO DE ESTADO 8118/1995).

supuesto, el daño antijurídico requiere un detrimento o pérdida significativa de carácter material o inmaterial de los derechos y garantías propios de los asociados cuya causa se encuentra en el defectuoso funcionamiento de la estructura de servicios del Estado. En la linera jurisprudencial más contemporánea del Consejo de Estado, el tribunal ha optado emplear el título de daño especial. Lo anterior replica la naturaleza del razonamiento del tribunal que se halla en un modelo de garantía de derechos individuales y que rechaza activamente el que los ciudadanos deban tolerar pasivamente en el proceso penal su título de imputación sin que se los encuentre penalmente responsables de la conducta sindicada y toma partido por un entendimiento de la libertad en un sentido amplio y garantista. Al respecto, la corporación sostiene:

> "En síntesis, considera la Sala que quien haya sido privado de la libertad de manera preventiva y absuelto en sentencia ejecutoriada o en providencia que disponga la terminación del proceso, tiene derecho a la indemnización de perjuicios que la medida le haya causado, siempre que esta haya sido injusta, calificación que puede provenir, entre otros eventos, de cuando la medida se profirió desatendiendo las disposiciones que sobre la materia establece la ley o cuando el proceso termine con absolución o su equivalente, porque el hecho no existió, o el sindicado no lo cometió, o el hecho no era constitutivo de delito; o haya sido irrazonable porque el juicio sobre su procedencia según los parámetros de la ley no correspondan con la prueba que obraba en el proceso penal; o injustificada, porque aunque se hubiera proferido inicialmente conforme a los parámetros legales, excedió el plazo razonable; o sea desproporcionada su duración en consideración al delito de que se trate; o porque, de acuerdo con las circunstancias específicas del asunto, al margen de la licitud o ilicitud de la decisión que le sirvió de fundamento, el particular que fue objeto de la medida privativa de la libertad no estaba en el deber jurídico de soportarla, conforme se hace evidente como consecuencia de una decisión definitiva de carácter absolutorio. En cada

> caso corresponderá al actor demostrar la injusticia, ilegalidad o irracionabilidad de la medida”[192]

Si bien el Estado conserva su función de combatir la criminalidad y diseñar la política pública en materia criminal, esta no puede considerar la detención preventiva como un mecanismo de privación de la libertad personal indiscriminado, general y automático, porque según los pronunciamientos de la Corte Constitucional y los de la Corte Interamericana en el marco de un Estado Social de derecho, la libertad es un bien jurídico supremo y su limitación o restricción solo puede darse de manera eventual y con arreglo al respeto externo de las garantías de los asociados descritos tanto en la Constitución como en los instrumentos internacionales. Esta posición común, tanto en la Corte Constitucional como en el Consejo de Estado, se pone en abierta contradicción con los postulados de política pública de combate al terrorismo que estaban expresados en la Política Criminal de los gobiernos de Álvaro Uribe Vélez. Es de esperarse que tras la firma de la negociación de paz se reformen los derroteros de la política pública en materia criminal y se subsane el que puede ser unos de los más severos castigos a las finanzas del Estado por vía del cúmulo de litigios y pretensiones indemnizatorias que reposan en el Tribunal Contencioso Administrativo.

[192] SENTENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO 15348 de 2005

4. CONCLUSIONES

La Privación Injusta de la Libertad en Colombia ha sido parte de una Política Criminal del Estado, que ha tenido características erráticas y se ha caracterizado por obedecer a las dinámicas internacionales de tendencias históricas determinadas. La Constitución Política de 1991 estableció que los límites que se deben tener en la aplicación de la medida de detención preventiva deben estar sujetos siempre a que se desarrolle dentro de los estrictos límites que señala la ley, toda vez que la Carta Política impone a las autoridades el deber de velar por la efectividad de los derechos y libertades de las personas y garantizar la vigencia de los principios constitucionales (la presunción de inocencia) y promover el respeto de la dignidad humana (preámbulo, artículos 1º y 2º), además de los tratados internacionales en materia de protección y defensa de los derechos humanos y la abigarrada jurisprudencia internacional emitida sobre el particular.

En el Estado Colombiano, por vía de la acción del Bloque de Constitucionalidad, las autoridades juridiciales están obligadas a observar estos preceptos en todas sus actuaciones, de lo contrario el margen de condenas contra el Estado por esta causal seguirá creciendo de manera sustancial y las erogaciones indemnizatorias con cargo a los recursos del Estado, esto es, de todos los ciudadanos, pondrán en peligro la estabilidad de las finanzas públicas. De esta magnitud es el problema abordado. Ya el gobierno nacional a través de la Agencia Nacional de Defensa del Estado ha advertido este serio problema. Ahora se debe esperar la apertura de

un serio debate al respecto, con miras a reformar nuevamente la Política Criminal y centrarla en estos criterios, que son entre otras la tendencia mayoritaria en los países democráticos contemporáneos.

Por ello, y en el marco de esta consideración, el criterio jurisprudencial y legal ha establecido que para que sea procedente la detención preventiva, como herramienta de la Política Criminal del Estado, no solo se requiere que se cumplan las obligaciones formales y sustanciales que el ordenamiento jurídico asigna, sino que es indispensable que se acaten los mínimos de dignidad y respeto por los derechos individuales consagrados en los instrumentos internacionales de los sometidos a esta medida. Esto es, que se tengan en cuenta los fines constitucionales del Estado en la adopción de la disposición. Por esto, se establece que la acción penal y punitiva del Estado no debe mostrar las capturas y detenciones como éxitos de su política, sino el número, la calidad, los fines y el mejor funcionamiento del sistema carcelario. Ello intentó resolverse con la ley de racionalización de la detención preventiva, pero hasta el momento, y como era de esperarse, aún no se ven los resultados satisfactorios de ella.

Para la Corte Constitucional, la detención provisional se entiende como medida procesal y no como una pena. Por tal motivo, los operadores judiciales deben, en todos los casos, fundamentar sus actuaciones, incluso en aquellos en los que la necesidad o la excepcionalidad les permitan adoptar decisiones perentorias en materia de capturas, desarrollarlas bajo las premisas inexorables del respeto supremo por la presunción de inocencia de los indiciados y por evitar la reclusión

como primera medida de investigación o acción penal. En este aspecto coinciden tanto la fundamentación del Consejo de Estado como la de la Corte Constitucional. En síntesis, ambas comparten el mismo criterio.

El concepto de necesidad, que sirve de soporte para los elementos más represivos de la Política Criminal del Estado, debe estar también limitado, según lo expone la Corte en los principios y fines últimos de respeto y garantía de los derechos fundamentales de los individuos. Si bien la necesidad es válida como elemento de lucha contra la criminalidad, este, de alguna manera, debe ser ilimitado y las herramientas de su uso, como las órdenes de captura, deben siempre y en todos los casos formularse con esta óptica. En síntesis, la legalidad se supedita a los principios rectores de respeto de los derechos humanos, no en sentido contrario, porque ello conduciría indefectiblemente a que se siga usando la privación de la libertad en forma indiscriminada, sin contar con el desvirtuar la culpabilidad de los sujetos sometidos a esta medida. El objetivo, tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, apunta a determinar un proceso de investigación penal lo suficientemente blindado al momento de solicitar la medida de aseguramiento, que permita al operador jurídico definir con suficiente probabilidad la condena del asegurado y evitar la comisión de la Responsabilidad Estatal.

La jurisprudencia emanada por el Consejo de Estado sobre la Privación Injusta de la Libertad muestra que el modelo sostenido mayoritariamente por el alto tribunal es el de responsabilidad objetiva ampliada. La ampliación del marco doctrinal de

responsabilidad a otras situaciones procesales, como la prescripción, el *in dubio pro reo*, la valoración equivocada del acervo probatorio, el desistimiento de la medida de prevención o la absolución del proceso penal son muestras claras del razonamiento de la formulación que emplea el Consejo de Estado para determinar la noción de Privación Injusta de la Libertad, que se deciden a partir del resultado del proceso, sin atender a los requisitos procesales en el terreno penal en el momento de imponer la medida restrictiva.

En síntesis, lo que hace el Consejo de Estado es extrapolar la Teoría de la Responsabilidad Objetiva del Derecho Civil a la salvaguarda de la libertad como un derecho supremo en el ordenamiento jurídico. No se niega la facultad de la acción penal del Estado, pero se señala que esta debe ser racional y estar atada a las prerrogativas constitucionales de defensa de los derechos más esenciales de los ciudadanos.

Los conceptos penales insertos en la Ley 906 del 2004 guardan una estrecha relación con una visión más restrictiva y severa de la Política Criminal del Estado y urgen de una adaptación funcional a los supuestos de la teoría de la responsabilidad administrativa, en particular al régimen de responsabilidad objetivo, adoptado por el Consejo de Estado, debido a que el proceso penal está más enfocado al cruce probatorio de la responsabilidad penal entre las partes, que a la acción rectora y mediadora del Estado en dichos litigios penales. Esta característica negativa se vuelve aún más problemática en el marco de la acción de la nueva filosofía acusatoria, en la medida en que un proceso penal diseñado y

concebido como un proceso de partes integra en su centralidad las nociones de duda y de duda razonable, como variables que no se pueden controlar por parte del ente acusador en el momento de contrastar la acción con la de una defensa sólida y bien desarrollada. La responsabilidad objetiva es, entonces, una forma eficiente y efectiva de salvaguardar los derechos de los asociados y es una muestra de las diferencias y tensiones constitucionales insertas en el texto de la Constitución, que luchan entre la primacía de las formalidades penales y la capacidad de ejercer la autoridad en materia de política penal del Estado, en contra de la pervivencia de la libertad y las garantías de los derechos fundamentales de los asociados, entre ellos el de la libertad, que es quizás el bien más importante en una sociedad que se precie de ser auténticamente democrática.

5. BIBLIOGRAFÍA

ACEVEDO, L.uz Marina. Cárceles y penitenciarias en Medellín. Historia Invisibilizada. Revista Holística Jurídica, N° 6. Universidad de San Buenaventura. Medellín. 2009. Págs. 21-30.

ACTO LEGISLATIVO No: 02 de 27 de Diciembre de 2012. "POR El CUAL SE REFORMAN LOS ARTÍCULOS 116, 152 Y 221 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA". Disponible en: www.presidencia.gov.co

ACUÑA, VISCAYA. José Francisco. Derecho Penal y Guerra: reconstrucción del sistema penal colombiano. 1936 – 1980. Bogotá. Facultad de derecho ciencias Políticas y Sociales. UNIJUS. 2008.

AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO. Guía para la generación de política de prevención del daño antijurídico/ Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. (2013). Bogotá: Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, 2013.

AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO. Privación injusta de la libertad: entre el derecho penal y el derecho administrativo. Bogotá. Mayo de 2013.

AGENCIA DE DEFENSA JURIDICA DE LA NACIÓN. Informe sobre la Actividad Litigiosa de la Nación. Fecha de corte Setiembre de 2013. Disponible en: http://www.defensajuridica.gov.co/gestion/informes/informe-gestion-judicial-agencia-consejo-ministros/Documents/informe_actividad_litigios.pdf

ALTA CONSEJERÍA PARA LOS DERECHOS HUMANOS. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Enfoque de Derechos Humanos en la Política Criminal. Estándar constitucional mínimo que debe cumplir una política respetuosa de los derechos humanos. Bogotá. 2015

AMAYA. Campo Elías. El drama de las cárceles en Colombia. Bogotá. 2001. Ediciones librería del profesional.

APONTE, Alejandro David. Guerra y derecho penal de enemigo. Aproximación teórica a la dinámica del derecho penal de emergencia en Colombia, Bogotá, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Serie Estudios Ocasionales CIJUS, 1999.

ARCHILA, Mauricio. Idas y venidas, vueltas y revueltas, protestas sociales en Colombia 1958 - 1990. Bogotá. 2003. Universidad Nacional de Colombia.

ARANBURO, CALLE. Maximiliano. "*Responsabilidad Civil y Riesgo en Colombia: apuntes para el desarrollo de la teoría del Riesgo en el siglo XXI*". Medellín.

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Vol. 38. No 108. Pág. 15 – 51. Enero – Julio 2008.

ARENAS MENDOZA, Hugo Andrés. El régimen de responsabilidad subjetiva/ Hugo Andrés Arenas Mendoza. Editorial 2014. LEGIS.

ARBOLEDA, VALLEJO, Mario. “Manual de derecho penal: partes general y especial”. Bogotá. 2010. LEYER Editorial.

BARATTA, Alessandro. Criminología crítica y crítica del Derecho Penal. Introducción a la Sociología jurídico-penal. Siglo XXI, México. 1986.

BOBBIO, Norberto. Liberalismo y Democracia. 6ª edición. Fondo de Cultura Económica. Barcelona. 2000.

BORJA, JIMENEZ. Emiliano. Curso de política criminal, Valencia. 2003. Editorial Tirant Lo Blanc.

BLUM, William. El Estado Agresor, la guerra de Washington contra el mundo 1945-2003, de Hiroshima a la ocupación de Iraq. Status Ediciones. Madrid. 2004

BUSHNELL, David. Colombia una nación a pesar de sí misma. Bogotá. Décima Edición. Editorial Planeta, Bogotá 2015.

CASTAÑO, VALENCIA, Oscar. Cementerio de libertades. Segunda edición. Medellín. 2001. Editorial Pro gráficas.

CASTELLANOS DÍAZ, JULIANA. ¿Cuánto nos cuesta la guerra?: costos del conflicto armado colombiano en la última década/Juliana Castellano Díaz. (2013) Editorial: Bogotá: Institución Universitaria Politécnico Grancolombiano, 2013.

CARNELUTTI, Francesco. Las miserias del proceso penal. Buenos Aires. 1993. Ediciones Jurídicas Europa América.

CENTRO DE INVESTIGACIONES EN POLÍTICA CRIMINAL. (2007). Análisis de las políticas públicas en torno a la prisión. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

CORPORACIÓN COLECTIVO DE ABOGADOS JOSE ALVEAR RESTREPO. 2000. La sin razón, Situación carcelaria en Colombia. Bogotá: Rodríguez Quito editores

COMISION COLOMBIANA DE JURISTAS. Demanda de inconstitucionalidad contra el acto legislativo 02 de 2012 (parcial), “[p]or el cual se reforman los artículos 116, 152 y 221 de la Constitución Política de Colombia”.. 2013. Disponible en www.coljuistas.org

COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS Y OTROS. “Libertad: rehén de la “seguridad democrática”, Detenciones arbitrarias en Colombia: 7 de agosto de 2002 a 6 de agosto de 2004”. Bogotá. Observatorio de derechos humanos y derecho humanitario. Documentos temáticos No 2. 2006.

COLOMBIA. MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL. Logros de la política de consolidación de la seguridad democrática - PCSD / Ministerio de Defensa. 2009. Editorial: Bogotá: Ministerio de Defensa, 2009.

CIJUS. Ediciones Uniandes. Gómez, R. (2000). Bellavista ¿mito o realidad? Siglo 3000. Medellín.

CODHES. CONSULTORÍA PARA LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DESPLAZAMIENTO FORZADO. 1 CODHES Informa Boletín informativo de la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento, No. 75. Bogotá, 22 de abril de 2009. Víctimas emergentes Desplazamiento, derechos humanos y conflicto armado en 2008. Disponible en: http://docplayer.es/14863568-Victimas-emergentes-desplazamiento-derechos-humanos-y-conflicto-armado-en-2008.html

CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTORICA. “*Basta ya, Colombia memorias de guerra y dignidad”.* Primera edición. 2013.

COMISION HISTORICA DEL CONFLCITO ARMADO EN COLOMBIA. Informe Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas. La Habana, Febrero de 2015.

Disponible en: https://www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/informe-comisio%CC%81n-histo%CC%81rica-del-conflicto-y-sus-vi%CC%81ctimas-la-habana-febrero-de-2015.

COMISIÓN ASESORA DE POLITICA CRIMINAL. INFORME FINAL Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado Colombiano. Bogotá. Junio de 2012. Ministerio de Justicia y del Derecho. Agencia de Cooperación Internacional de Colombia. Unión Europea.

COMISIÓN DE SEGUIMIENTO Y MONITOREO AL CUMPLIMIENTO DE LA LEY 1448 DE 2011. Segundo Informe al Congreso de la República 2014 – 2015. Bogotá D.C., Colombia Agosto de 2015.

COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS. *"Despojo de tierras campesinas y vulneración de los territorios ancestrales. Consideraciones generales sobre la cuestión del despojo y restitución de tierras*". Primera Edición. Junio 2011 Bogotá. Opciones Gráficas Editores LTDA. Págs. 13-27.

CUBIDES. Fernando. Los paramilitares y su estrategia. (Ensayo Publicado inicialmente, en Agosto de 1997, como Documento de Trabajo N° 8 por el Programa PAZ PUBLICA del CEDE de la Universidad de los ANDES Con posterioridad y con varios retoques, publicado por NORMA & Universidad de los ANDES como capítulo del libro Reconocer la guerra para construir la paz Malcolm DEAS María Victoria LLORENTE Compiladores, Bogotá Febrero de 1999.

DAZA, GONZÁLEZ. Alfonso. Los rasgos necesarios de la política criminal de estado frente a los derechos de los procesados y de las víctimas. Verba Iuris 31 • p. 9-10 • Enero - Junio 2014 • Bogotá D.C. Colombia.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO REGIONAL ANTIOQUIA. (2011). Informe Defensoría sobre la situación penitenciaria y carcelaria en los establecimientos carcelarios del Área Metropolitana de Medellín: Reclusión de Mujeres, Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Medellín "BELLAVISTA", Establecimiento Carcelario de Medellín "EL PEDREGAL" Y Establecimiento Penitenciario de Mediana y Alta Seguridad de Itagüí.

DNP. DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Boletín de Resultados en Seguridad Democrática. 2008. Dirección de Justicia y Seguridad - Dirección de Evaluación a Políticas Públicas. Bogotá. 2008. Pág. 5. "La política de Consolidación de la Seguridad Democrática".

DOCUMENTO DE LAS NACIONES UNIDAS E/CN.4/Sub.2/296, de 10 de Junio de 1969, párrafos 538 y 552.

DUEÑAS, Ramiro Ignacio. Responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad". En Temas de Derecho administrativo contemporáneo. Bogotá. 2005. Universidad del Rosario.

DUEÑAS. Ramiro. La responsabilidad del Estado por las acciones jurisdiccionales. Colección Textos de Jurisprudencia. Bogotá. 2008. Universidad del Rosario.

DUEÑAS, RUNGON. Ramiro I. Responsabilidad del Estado por Privación Injusta de Libertad. En: Temas de Derecho administrativo contemporáneo. Perdomo, Vidal Jaime Compilador. Bogotá 2005. Universidad del Rosario.

DUQUE AYALA. Corina. La justicia y la responsabilidad del Estado. Bogotá. Universidad Santo Tomás, Facultad de Derecho, 2010.

DUQUE, ROLDÁN. María Isabel. La seguridad privada en Colombia: un análisis de su comportamiento durante la puesta en práctica de la política de seguridad democrática del gobierno de Álvaro Uribe Vélez (2002-2010)/ María Isabel Duque Roldán. (2012) Editorial: Medellín: Universidad de Antioquia: Instituto de Estudios Políticos, 2010.

ECHEVERRY, Adriana y HASSEN, Ana María. Holocausto en el Silencio. Editorial Planeta. Bogotá. 2005.

ESCALANTE BARRETO, Caviedes Estanislao. Las actividades de indagación e investigación. Límites constitucionales: *El agente encubierto y la interceptación telefónica como instrumentos de política criminal eficientista y negación de los fundamentos del Estado Constitucional. E*ditorial Ibáñez, Bogotá, 2011.

ESTRADA ALVAREZ, Jairo. El modelo neoliberal. Editorial el Ancora Editores. 2002.

FAJARDO, M. Darío. Estudio sobre los orígenes del conflicto social armado, razones de su persistencia y sus efectos más profundos en la sociedad colombiana. Comisión Histórica del conflicto y sus víctimas. Bogotá. Universidad Externado de Colombia Noviembre 15, 2014.

FERRAJOLI, Luigui. CRIMINALIDAD Y GLOBALIZACIÓN. Artículo de reflexión derivado del ensayo publicado por el profesor Luigi Ferrajoli en Italia y traducido por el profesor Miguel Carbonell. Fecha de recepción: Febrero 19 de 2008, Fecha de aprobación: Abril 7 de 2008. Disponible en: http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex115/BMD11510.pdf

FUNDACIÓN COMITÉ DE SOLIDARIDAD CON LOS PRESOS POLÍTIOS. Bogotá. 2003. Tortura en tiempos de “seguridad democrática”. Bogotá.

GALINDO, HERNANDEZ, Carolina. De la Seguridad Nacional a la Seguridad Democrática: nuevos problemas, viejos esquemas. Análisis comprensivo de las interrelaciones entre tendencias actuales de la filosofía política y los estudios sobre las transformaciones recientes del Estado nación en Colombia”. Bogotá. Universidad del Rosario.

GARAY, SALAMANCA. Luis Jorge. Verificando el cumplimiento de los derechos: primer informe de verificación presentado a la Corte Constitucional Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado (Colombia). Bogotá. Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento, 2008.

GIL BOTERO, ENRIQUE, Tesauro de responsabilidad extracontractual del estado: jurisprudencia 1991-2011 / Enrique Gil Botero. (2013) Editorial: Bogotá: Editorial Temis, 2013

GIL BOTERO, ENRIQUE, Tesauro de responsabilidad extracontractual del estado: jurisprudencia 2012-2014 / Enrique Gil Botero. (2015) Editorial: Bogotá: Editorial Temis, 2015.

GUZMÁN CAMPOS. G. FALS BORDA. O. UMAÑA LUNA. E. “La violencia en Colombia”. Bogotá: Taurus, 2005. Parte I. Elementos estructurales del conflicto.

HENAO, HIDRÓN. Javier. Derecho Procesal Constitucional. 11ª Edición. Bogotá. 2011. Editorial TEMIS.

HOBSBAWM, Eric. Historia del Siglo XX. Buenos Aires. 2011. Editorial Crítica.

HOYOS DUQUE, Ricardo. “Responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad”. Prolegómenos: Derechos y Valores IX (17): 11-21. 2006.

HOYOS DUQUE, Ricardo. Responsabilidad del estado por la privación injusta de la libertad / Ricardo Hoyos Duque, María Victoria Zambrano, Luis Fernando Jaramillo Bedoya. 2009.

HOYOS DUQUE, Ricardo; Zambrano, María Victoria; Jaramillo Bedoya, Luís Fernando Responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad Prolegómenos. Derechos y Valores, vol. IX, núm. 17, enero-junio, 2006, pp. 11-21 Universidad Militar Nueva Granada Bogotá, Colombia.

ITURRALDE, Alejandro. Guerra y derecho en Colombia: el decisionismo político y los estados de excepción como respuesta a la crisis de la democracia [ponencia presentada en el Seminario sobre la Crisis Colombiana del Centro de Estudios Socioculturales de la Universidad de los Andes], Bogotá, Universidad de los Andes, 2003.

JOSSERAND. Louis. "*Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones*". Tomo II. Volumen I. Buenos Aires. Barcelona. Ediciones Jurídicas Europa América. Bosch. 1950. (Colección Especial Remota. Biblioteca Luis Ángel Arango).

LLERENA, I. Avances y primeros informes del Observatorio de Derechos Humanos del EPMSC de Medellín. III Simposio Internacional Penitenciario y de Derechos Humanos, Universidad de San Buenaventura, Medellín 2010. Pág. 197-202.

LEAL, BUITRAGO. Francisco. La Política de Seguridad Democrática 2002 – 2005. Revista. Análisis Político. IEPRI. No 57, mayo – agosto 2006. Págs. 3 30.

LÓPEZ, O. L. Sistema progresivo penitenciario alternativo, Un modelo de intervención para el sistema penitenciario colombiano. INER. Medellín. 2003. Universidad de Antioquia.

LÓPEZ, J. Cárcel distrital de Medellín “La Ladera”. 1921-1976. Trabajo de Grado para optar al título de Historiador. Universidad de Antioquia. Facultad de Ciencias Sociales y Humanas. Medellín. 2004.

LLOBET R., Javier La prisión preventiva: límites constitucionales. San José de Costa Rica: Universidad para la Cooperación Internacional. 1997.

MARTÍNEZ, D. M. Situación carcelaria en Colombia. Conferencia regional sobre la situación carcelaria en la Región Andina. Quito. 2000. INREDH.

MARTINEZ RAVÉ, Gilberto. La responsabilidad civil extracontractual en Colombia. 10ª ed. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 2000.

MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL. Logros de la política de consolidación de la seguridad democrática - PCSD / Ministerio de Defensa. (2009) Editorial: Bogotá: Ministerio de Defensa, 2009

MONCAYO, Víctor Manuel. Hacia la Verdad del Conflicto Insurgencia Guerrillera y Orden Social vigente. En: Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia. Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas. 2015. Bogotá. Edición Mesa de Conversaciones para la terminación del Conflicto y la Construcción de una paz Duradera y Estable en Colombia.

OBSERVATORIO DE DERECHOS HUMANOS Y DERECHO HUMANITARIO. Libertad: rehén de la "seguridad democrática" Detenciones arbitrarias en Colombia: 7 de agosto de 2002 a 6 de agosto de 2004. Corporación Jurídica Libertad Comisión Colombiana de Juristas Corporación Humanidad Vigente Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo Centro de Investigación y Educación Popular Comité por la Defensa de los Derechos Humanos Fundación Comité de Solidaridad con los Presos Políticos. Bogotá. 2006. Documentos temáticos Nº 2

OFICINA DE ASISTENCIA TÉCNICA LEGISLATIVA. Senado de la República. (2004). Estudio de antecedentes sobre el sistema penitenciario y carcelario. Gaceta del Congreso año XIII Nº 8. Bogotá.

OREJUELA PÉREZ, Ervin Marino. Responsabilidad civil extracontractual del Estado por la privación legal e injusta de la libertad. Justicia Juris 6 (12): 79-91. 2009.

ORREGO, J. J. El drama humano en las cárceles. La realidad del sistema penitenciario y carcelario colombiano. Medellín. 2011.

PALACIOS, Marco. "Entre la legitimidad y la violencia. Colombia, 1875-1994". Bogotá. Grupo Editorial Norma. 2003.

PARRA CIFUENTES, Nohora Yolanda. Nuevas tendencias de la jurisprudencia contenciosa administrativa en la acción de reparación directa por privación injusta de la libertad/ Nohora Yolanda Parra Cifuentes. 2002. Editorial: Bogotá: Universidad Nacional.

PECAUT, Daniel. Violencia y política en Colombia: elementos de reflexión. Daniel Pécaut. Hombre Nuevo Editores, Bogotá. 2003

PELL, RICHARDS. Josefina. Política Exterior de Colombia, Post 11 de septiembre: Redefiniciones en un contexto de internacionalización. Tutor. Juan Gabriel Tokatlian. Universidad Torcuato Di Tella. Departamento de Ciencia Política y Estudios Internacionales. Junio de 2013.

PERSONERÍA DE MEDELLÍN. 2008. Informe Ejecutivo de Derechos Humanos.

PERSONERÍA DE MEDELLÍN. 2009. Informe Ejecutivo de Derechos Humanos.

PERSONERÍA DE MEDELLÍN. 2010. Informe elaborado por la abogada Luz Marina Acevedo Jaramillo.

POSADA, J. D. Derechos de los reclusos en los pronunciamientos judiciales, revista estudios de derecho, año LXVII. 2010. segunda época, número 150, p.p. 205-227.

POSADA, SEGURA. Juan David. Y Acevedo, Jaramillo. Luz Marina. “Privación de libertad en los establecimientos de Medellín”. Universidad San Buenaventura. Mayo 30 de 2012. Medellín. El Ágora USB. Revista de ciencias sociales. Vol., 12 No. 1. 2012.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Impacto de la política de seguridad democrática sobre la confrontación armada, el narcotráfico y los derechos humanos Bogotá. 2008. Editorial. Observatorio del Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH, 2008.

Prevención del daño antijurídico Editorial: Bogotá: Departamento de Cundinamarca. Secretaría Jurídica: Universidad de la Sabana, 2007

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Defensa judicial y prevención del daño antijurídico: elementos para la formulación de una política de defensa judicial y de prevención del daño antijurídico en la Procuraduría General de la Nación / Comité de Conciliación y Oficina Jurídica de la Procuraduría General de la Nación. (2007) Editorial: Bogotá: Procuraduría General de la Nación: Instituto de Estudios del Ministerio Público: Imprenta Nacional, 2007

REYES, J. F. Jurisprudencia constitucional y derechos de las personas privadas de la libertad. En: Nuevo Foro Penal, Nº 61, Medellín. 1999. p.p. 179-220.

RIOS, SIERRA. Jerónimo. Breve historia del conflicto armado en Colombia. Bogotá. Los Libros de la Catarata, 2017

RIVERA, Iñaki Cárcel y derechos humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos. Barcelona. 1999. J. M. Bosch editor.

RIVERA, Iñaki. La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría. Barcelona. 1999. J.M. Bosch editor.

RIVERA, Iñaki. La cuestión carcelaria. Historia, epistemología, derecho y política penitenciaria. Buenos Aires. 2006. Editores del puerto.

ROLDAN, J. C., GONZÁLEZ, L. & Arquidiócesis De Medellín. Situación de los derechos humanos en las cárceles del área metropolitana. Reclusión de mujeres Buen Pastor –Medellín. 2005. Pastoral Social caritas Arquidocesanas.

RODRÍGUEZ VILLAMIZAR, Germán Responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad. En Memorias del Décimo Encuentro de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Sin ciudad, sin editorial. 2003.

RODRÍGUEZ, RODRÍGUEZ. Libardo. La estructura del poder público en Colombia". Bogotá. 2010. Editorial TEMIS.

ROJAS QUIÑONES, Sergio Alberto. La responsabilidad extracontractual del estado por ataques terroristas ¿falla del servicio, riesgo excepcional o daño especial: una revaluación de la jurisprudencia del consejo de estado /Sergio Alberto Rojas Quiñones. 2009

RED NACIONAL DE OBSERVATORIOS DEL DELITO: (Colombia) Impacto de la política de seguridad democrática sobre el homicidio; Hurtos en Santiago de Cali: enero - junio 2008; Análisis estadísticos y espacial del homicidio en Barranquilla / Red Nacional de Observatorios del Delito. 2008. Editorial: Bogotá: Policía Nacional, 2008.

RUIZ, OREJUELA. Wilson. Responsabilidad del Estado y sus Regímenes. 2ª Edición. Bogotá. 2013. ECOE. Ediciones.

RUIZ R. Nubia Universidad Nacional de Colombia, Vicerrectoría de Investigación, Dirección de Investigación Sede Bogotá, 2013

SÁNCHEZ, Gonzalo. "Bandoleros, gamonales y campesinos" el caso de la violencia en Colombia". Ancora Editores, Bogotá, 1983,

SÁNCHEZ, Gonzalo. “La violencia en Colombia”. Bogotá. Revista Credencial Historia. Colección: Cultura y entretenimiento en Colombia; Historia de las ciencias sociales en Colombia; Protagonistas, obras y sucesos del siglo XX; Credencial Historia. Febrero de 1999. Número 110.

SANCHEZ, ANGEL. Ricardo. Cinco tesis sobre el derecho a la paz en Colombia. Bogotá. 2011. Documento electrónico disponible en: https://www.ceiba.org.co/site/images/PDF/EIV/CINCOTESISSOBREELDERECHOALAPAZENCOLOMBIARICARDOSANCHEZANGEL.pdf

SANDOVAL FERNÁNDEZ, Jaime, DEL VILLAR DELGADO. Donaldo Danilo. Responsabilidad penal y detención preventiva. El proceso penal en Colombia - ley 906 de 2004. U del norte editorial. 2013.

SANTOS, BALLESTEROS. J. “Responsabilidad Civil” Tomo I. Parte General. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana, Colección Profesores 58. TEMIS. 2012.

SAN MARTÍN CASTRO, Cesar “La privación de la libertad personal en el proceso penal y el derecho internacional de los derechos humanos”. En Anuario de Derecho Constitucional, t. II. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung. 2004.

SEMINARIO INSTITUCIONES CIVILES Y MILITARES EN LA POLÍTICA DE SEGURIDAD DEMOCRÁTICA (2003: Cartagena de Indias) Instituciones civiles y militares en la políticas de seguridad democrática, Cartagena de Indias, 3 a 5 de

Octubre, 2003. (2004) Editorial: Bogotá: Embajada de los Estados Unidos de América, 2004

SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo. Responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad / Luis Guillermo Serrano Escobar. (2005) Editorial: Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2005.

SOTOMAYOR, ACOSTA. Juan, Oberto. Las recientes reformas penales en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa. Medellín. Universidad EAFIT. Nuevo Foro Penal, No. 71. Enero – Junio. 2007. Págs. 13 – 65.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. La responsabilidad del estado: el daño antijurídico (constitución política, art. 90), el riesgo excepcional y las actividades peligrosas / Javier Tamayo Jaramillo. (2012) Editorial: Bogotá. Biblioteca Jurídica Dike, 2012.

VALLEJO, C. P. & POSADA, J. D. Privación de la libertad en Antioquia. Revista Rostros y Rastros. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Bogotá. 2011. Año 3. N°6. p. 46-56.

VASQUEZ, GOMEZ. Jean Paul. Los principios rectores y las garantías en el sistema de enjuiciamiento penal colombiano. “Un estudio a la doctrina y jurisprudencia de los principios y garantías procesales contenidos en la Ley 906 de 2004”. Justicia Juris, ISSN 1692-8571, Vol 8, Octubre 2007-Marzo 2009. Págs. 69 -83.

VELAZQUEZ, POSADA. Obdulio. Responsabilidad Civil Extracontractual. Bogotá. Editorial TEMIS. Universidad de La Sabana. 2009.

VELASQUEZ GIL, Catalina. Responsabilidad Contractual y Extracontractual del Estado, Santafé de Bogotá, Editorial Librería Jurídica Sánchez R. LTDA 2004.

VIERA, GONZALEZ. Manuel. A. Captura, detención y libertad: régimen constitucional y legal: conforme con el nuevo Código de procedimiento penal. Bogotá. Editorial Leyer. 2002.

VICEPRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Observatorio del Programa Presidencial de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Impacto de la política de seguridad democrática sobre la violencia y los derechos humanos / Observatorio del Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH. (2010) Editorial: Bogotá: El Observatorio, 2010.

VICEPRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. OBSERVATORIO DEL PROGRAMA PRESIDENCIAL DE DERECHOS HUMANOS Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO. Impacto de la política de seguridad democrática sobre la violencia y los derechos humanos/ Observatorio del Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH. (2010) Editorial: Bogotá: El Observatorio, 2010.

UPRIMNY, Rodrigo, El “laboratorio” colombiano: Narcotráfico, poder y administración de justicia. En: Caleidoscopio de las justicias. Siglo del hombre editores, Bogotá. 1997.

YOUNES, MORENO. Diego. Derecho Constitucional Colombiano. Bogotá. 14ª Edición. Legis.

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sala de Revisión No. 1. Auto No. 12 del 1o de agosto de 1994. Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-024 de 1994

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T 667 de 2015.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 494. De 1997

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia. C 312 de 2002.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia. T762 de 2015.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia. C-176 de 2007.

Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Consejera ponente: MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ, Bogotá, D. C., 4 de abril de 2002, Radicación 13606) (Subrayas fuera del original)

CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA Consejero ponente: GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR, Bogotá D.C., 14 de marzo de 2002. Expediente 12076)

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Magistrado Ponente: Mauricio Fajardo Gomes, Sentencia del 4 de Diciembre de 2006, Radicado numero13.168, Santafé de Bogotá, D.C.

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Magistrado Ponente: Germán Rodríguez Villamizar, sentencia del 14 de Marzo de 2002, Radicación número 12076, Santafé de Bogotá, D.C.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Magistrado Ponente: Carlos Betancur Jaramillo, Sentencia del 17 de Noviembre de 1995, Radicado número 10.056, Santafé de Bogotá, D.C.

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo, Sentencia del 25 de julio de 1995, Radicación número 8666, Santafé de Bogotá, D.C.

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Consejero Ponente: Julio Cesar Uribe Acosta, Sentencia del 15 de Septiembre de 1994, Radicación número 9391, Santafé de Bogotá, D.C.

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández, Radicación número: 9734, Sentencia del 30 de junio de 1994, Santafé de Bogotá, D.C.

CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, consejero Ponente Jesús María Carrillo Ballesteros, Sentencia del 25 de Agosto de 1998, Radicación número IJ-001 Santafé de Bogotá, D.C.

Leyes – Decretos

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. LEY 599 de Julio 24 de 2000. (Código Penal).

DECRETO 2700 de 1991 Código de procedimiento penal. (Derogado)

Ley 600 de 2000 Código de procedimiento penal. (Derogado)

Ley 906 de 2004 Código de procedimiento penal. (Vigente)

Ley 270 de 1996

Corte Interamericana de Derechos Humanos

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Informe n.° 1/96. Caso 10.559 (Chumbivilcas v. Perú)”, Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1995, Washington, OEA/Ser.L/V/II.91, doc 7 rev., 28 de febrero de 1996, cap. 3. Informes relativos a casos individuales, www.cidh.org/annualrep/95span/cap.III.peru10.559a.htm#_ftn9

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia de 30 de Mayo de 1999, Caso Castillo Petruzzi y otro c. Perú, En serie C: Resoluciones y Sentencias, No 52.

Artículos de internet

Boletín De Prensa Nº 86. (2012, julio 26). Extraído el 28 de julio, 2012, En: h t t p : / / w w w . p e r s o n e r i a m e d e l l i n . g o v . c o / i n d e x . p h p / S a l a - d e - Prensa/Boletines/Preocupacion-por-la-atencion-en-salud-que-se-brinda-a-lapoblacion- carcelaria-de-la-ciudad.html

Boletín De Prensa Nº. 201. (2010, 27 de octubre). Extraído el 28 de octubre, 2010, En: http://www.personeriamedellin.gov.co/index.php/Sala-de-Prensa/Boletines/La-Personeria-de-Medellin-insta-al-gobierno-nacional-a-tomar-las medidasnecesarias-para-el-restablecimiento-de-los-derechos-de-los-reclusos-del- Establecimiento-Carcelario-el-Pedregal.html

Caracol Radio. (2011, 1 de junio). Inpec no es fuente de financiación de Caprecom: Vargas Lleras. Extraído el 1 de junio, 2011, EN: http://www.caracol.com.co/noticias/actualidad/inpec-no-es-fuente-definanciacion-de-caprecom-vargas-lleras/20110601/nota/1482469.aspx Caracol Radio. (2006, 19 de agosto). Se traslada la 'casa de paz' del ELN a Envigado (Antioquia). Extraído el 07 de mayo, 2011, En: http://www.caracol.com.co/nota.aspx?id=322246

Casa Editorial El Tiempo. Extraído el 15 febrero, 2011, En: http://ads.casaeditorialeltiempo.com/colombia/antioquia/condiciones-en-lacarcel-el-pedregal-de-medellin_8055100-1. INPEC. (2011). Establecimiento – Epmsc de Medellín. Extraído el 15 de mayo, 2011, En: http://www.inpec.gov.co/portal/page/portal/Inpec/SeccionInpeccomoinstitucion/

EstablecimientosPenitenciarios/DetalleEstablecimiento?establecimiento=964.

INPEC. (2011). Directores y Subdirectores Establecimientos de Reclusión. Extraído el 03 de abril, 2011, En: http://www.inpec.gov.co/portal/page/portal/Inpec/SeccionInpeccomoinstitucion/

EstablecimientosPenitenciarios/Establecimientos?regional=4

INPEC. (2011). Extraído el 08 de agosto, 2011, En: http://www.inpec.gov.co/portal/page/portal/INPEC_CONTENIDO/NOTICIAS%20Y%20NORMATIVIDAD/MARQUESINA1/Tab/R001797_05052011.pdf

Los derechos de las personas privadas de su libertad. Extraído el 08 de julio, 2011, EN: http://www.cidh.org/countryrep/colom99sp/capitulo-14.htm Metrosalud. (2012, 19 de julio). Metrosalud prestará servicios de salud a población carcelaria. Extraído el 19 de julio, 2012, En: http://www.metrosalud.gov.co/inter/joomla/index.php/noticias/372-metrosaludprestara- servicios-de-salud-a-población-carcelaria

PARDO, Rafael. “Colombia, uno de los países más afectados por la Guerra Fría”. Portal Kien y Que. 14 de Octubre del 2014 Rafael Pardo. Disponible en: https://www.kienyke.com/politica/colombia-es-uno-de-los-paises-mas-afectados-por-la-guerra-fria

Artículos de Prensa

EL TIEMPO. DISCURSO DE POSESIÓN DEL PRESIDENTE ALVARO URIBE VÉLEZ Retomemos el lazo unificador de la ley, la autoridad democrática, la libertad y la justicia social. No venimos a quejarnos, llegamos a trabajar. Bogotá. 8

de Agosto de 2002. Sección Titular. Puede verse en: http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1339914

EL TIEMPO. Libres 25 campesinos que hicieron parte de captura masiva en el Valle. La decisión se dio después de seis años de haber sido detenidos por la Fuerza Pública en el corregimiento de Cisneros y la vereda Juntas, en jurisdicción de Dagua (Valle). Por: Redacción ELTIEMPO 8 de mayo de 2009, 05:00 am.

EL TIEMPO.COM. CIDH remite a Corte hemisférica casos de falsos positivos en Colombia Comisión estableció que seis casos revisados ocurrieron a manos de agentes de seguridad del Estado. SERGIO GÓMEZ MASERI 2 de mayo de 2016, 07:04 pm. En: http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16580063

EL ESPECTADOR. Los excesos en la detención preventiva. 1 Agosto 2011 - 11:00 PM Por: Rodrigo Uprimny. Sección Opinión.