

**FALLAS EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA QUE CONLLEVAN A
PRIVACIONES INJUSTAS DE LA LIBERTAD**

ANA MARÍA GARNICA ROZO Código 042122053

JONATHAN ALEXANDER QUIROGA SANDOVAL Código 42122013

IVONNE MARITZA ROSERO BEDOYA Código 42122159

Asesor:

Doctor Rodrigo Orjuela García

MONOGRAFÍA DE INVESTIGACIÓN



UNIVERSIDAD LIBRE

FACULTAD DE DERECHO

CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIO JURÍDICAS

Bogotá D.C.

2017

***A NUESTRA FAMILIA
FUENTE DE INSPIRACIÓN***

ACEPTACIÓN

Valoración: _____

Calificación: _____

Dr. (a)

Jurado (o Asesor)

Dr. (a)

Jurado

Dr. (a)

Jurado

AUTORIDADES ACADÉMICAS

UNIVERSIDAD LIBRE

Fundador:	General Benjamín Herrera
Presidente Nacional:	Dr. Jorge Alarcón Niño
Presidente Seccional Bogotá:	Dr. Julio Roberto Galindo Hoyo
Rector Nacional:	Dr. Fernando Dejanón Rodríguez
Rector Seccional:	Dr. Jesús Hernando Álvarez Mora
Secretario General:	Dr. Floro Hermes de San José Gómez Pineda
Decano:	Dr. Carlos Arturo Hernández Días
Secretario Académico:	Dr. Nelo Alejandro Cañón Suarez
Director Centro de Investigaciones:	Dr. John Fitzgerald Martínez

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	7
OBJETIVOS.....	11
1. OBJETIVO GENERAL.....	11
2. OBJETIVO ESPECIFICO DE CONTEXTUALIZACIÓN.....	11
3. OBJETIVO ESPECIFICO CONCEPTUALIZACIÓN.....	11
CAPÍTULO 1. REFERENTES LEGAL-TEÓRICO-CONCEPTUAL FRENTE A LOS ERRORES DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA QUE CONLLEVAN A PRIVACIONES INJUSTAS DE LA LIBERTAD.....	12
1.1 CARACTERIZACIÓN DE LA SITUACIÓN PROBLÉMICA.....	12
1.2 VALORACIÓN DEL PROBLEMA DESDE LA PERSPECTIVA DEL MARCO LEGAL VIGENTE.....	12
1.1.1 Marco normativo.....	12
1.1.2 Marco jurisprudencial.....	16
1.1.3 Derecho comparado.....	17
1.3 EXPOSICIÓN DEL COMPORTAMIENTO HISTORICISTA DEL OBJETO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	21
1.1.4 A nivel internacional.....	21
1.1.5 A nivel Nacional.....	25
1.1.6 Referentes del ordenamiento nacional afectados en el problema de investigación.....	27
1.4 DESCRIPCIÓN DE LOS RESULTADOS MÁS SIGNIFICATIVOS DEL DIAGNÓSTICO REALIZADO CON BASE EN EL COMPORTAMIENTO DEL OBJETO DEL PROBLEMA JURÍDICO.....	29
2. REFERENTE CONCEPTAL Y RESULTADOS DEL ESTADO DEL ARTE.....	34

2.1 ANÁLISIS-SÍNTESIS CONCEPTUAL DE LAS VARIABLES O CONCEPTOS DEL PROBLEMA Y EXPLICACIÓN DEL CONCEPTO JURÍDICO.....	34
2.1.1 Derecho a la Libertad.....	34
2.1.2 Función judicial.....	36
2.1.3 Responsabilidad del Estado.....	37
2.2 EXPOSICIÓN DE LOS RESULTADOS DEL ESTADO DE ARTE O INVESTIGACIONES.....	40
3. EXPLICACIÓN DE LOS REFERENTES TEÓRICOS QUE ORIENTAN LA SOLUCIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN Y SUSTENTAN LA HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN	49
3.1 Exposición de las claves teóricas.....	49
3.2 Explicación de las fisuras epistémicas.....	52
3.3 Descripción de la brecha metodológica o procedimiento jurídico.....	53
CAPÍTULO 2 APLICACIÓN Y EXPLICACIÓN DEL MÉTODO DELPHI.....	54
2.1 Aplicación del método Delphi.....	55
2.2 Explicación de los resultados de la aplicación del método Delphi.....	60
CAPÍTULO 3 CONCLUSIONES Y PROPUESTA	65
3.1 Principios privilegiados.....	67
3.2 Propuesta.....	76
CONCLUSIONES.....	80
TABLA DE GRÁFICAS.....	83
BIBLIOGRAFÍA.....	84
WEBGRAFÍA.....	86

INTRODUCCIÓN

*“La libertad, querido Sancho,
Es uno de los más preciosos dones
Que a los hombres dieron los cielos.
Con ella no pueden igualarse los tesoros
Que encierra la tierra ni el mar encubre;
Por la libertad se puede y debe aventurar la vida.”*

Miguel de Cervantes

En el Estado colombiano durante los últimos años se han evidenciado una serie de errores cometidos por la administración de justicia, errores que conllevan a privaciones injustas de la libertad. Estas falencias a la hora de sindicar a una persona, terminan por costarle al Estado millones de pesos en demandas para reparar el daño antijurídico causado. La necesidad de hacer eco sobre este problema surge de la importancia que tiene la libertad ya que está consagrada como un derecho fundamental, que se está viendo vulnerado por los errores cometidos en la función judicial respecto a privaciones de la libertad, que terminan siendo injustas cuando se determina que el imputado no cometió el hecho lo que hace que se configure la responsabilidad del Estado, el cual está obligado a reparar integralmente a las víctimas por el daño antijurídico causado.

Un caso descrito como trascendental por la relevancia jurídica que tuvo en su momento es la sentencia 2500232600020000711801 (27252) proferida por el honorable Consejo de Estado en el año 2013, donde se evidencia inicialmente la necesidad de corregir los actuales esquemas de aplicación penal, debido al gran número de situaciones en donde se priva injustamente de la libertad a los imputados, en segundo lugar se demuestra que esta sentencia es un ejemplo claro y tal vez el de mayor relevancia, donde puede verse la injusticia de la privación de la libertad, que atenta contra todos los derechos y garantías constitucionales y procesales, tales como el indubio pro reo y los principios de inocencia, debido proceso, entre otros.

Es obligación del Estado desvirtuar la presunción de inocencia y está en sus manos encontrar todos los elementos probatorios que lleven a una condena correcta y efectiva del imputado. Cuando el Estado en su posición de garante falla, y comete errores de carácter judicial ya sea

de acción u omisión, que llevan a privaciones injustas de la libertad, es obligación de este, repara los daños causados no solo a nivel material sino inmaterial.

Para dar estructura a esta investigación fue necesario partir de una pregunta ¿Cómo mejorar la política criminal actual para que sea realmente eficaz y evite los daños antijurídicos ocasionados por la privación injusta de la libertad?, pregunta que se resolverá a lo largo de este proyecto investigativo, pero para dar solución a esta fue pertinente plantear si se aplicara el reduccionismo punitivo en la política criminal, la responsabilidad del Estado con relación a su función judicial podría garantizar la libertad personal. Estos planteamientos no fueron pacíficos y por eso fue necesario consultar un sin número de autores y teorías que complementaran y ayudaran a estructurar el contenido de esta monografía.

Para la realización de este proyecto de investigación fue necesario un enfoque jurídico socio-jurídico ya que era el que mejor se adecuaba a los lineamientos planteados en este trabajo, para tener mayor claridad sobre lo que es en si el funcionalismo fue obligatorio consultar a varios autores, y necesariamente se tiene que hablar de Emile Durkheim el cual es considerado el padre del funcionalismo.

El objetivo de esta investigación tiene como propósito evidenciar los errores judiciales que conllevan a privaciones injustas de la libertad, con el fin de reducir la ocurrencia de estos, lo que no solo afecta a la víctima y a su entorno sino que además le cuesta al Estado cerca de 20 billones de pesos al año en indemnizaciones.

Con las herramientas a disposición de los investigadores se pudo aplicar a esta investigación el método Delphi, el objetivo de este método es responder una serie de interrogantes por medio de cuestionarios individuales dirigidos a especialistas en el campo del Derecho Penal, Para obtener información, la misma que nos permita avanzar en busca de la respuesta del problema de investigación. Esta investigación es de carácter cualitativo el cual permite analizar las diversas variables que se establecen mediante entrevistas y observación de análisis de las mismas. El objeto de esta investigación es la libertad personal, que según la unidad de análisis se refiere a errores judiciales que conllevan a privaciones injustas de este derecho. Dentro de la investigación hay tres categorías la primera son privaciones injustas, que se presentan con la violación de garantías procesales, omisión de derechos y errores

judiciales, la segunda es la libertad concedida que es aquella garantía otorgada por la ley hacia las personas que fueron vulneradas al ser privadas injustamente y por último la responsabilidad del Estado originada por fallas en la aplicación de la función judicial lo que lleva a responder por el daño antijurídico ocasionado. Para realizar la implementación de este método fue necesario consultar selecto grupo de abogados penalistas para que desde su perspectiva y conocimiento dieran la respuesta más imparcial posible. La selección de estos abogados respondió a cuestionamiento de idoneidad, capacidad, experiencia entre otras y fueron escogidos del grupo social y familiar de los investigadores.

Para responder la pregunta de investigación fue necesario armonizar tanto el marco normativo vigente como el reduccionismo punitivo, era preciso para darle solidez a la respuesta de investigación que esta pudiera incorporarse al ordenamiento jurídico, eso no quiere decir que esta incorporación sea pacífica.

Para cautivar al lector a continuación una breve descripción de lo que se desarrolla a lo largo de este proyecto de investigación.

En el primer capítulo se desarrolla ampliamente el problema que originó esta investigación, se evidencia contundentemente que dicho problema existe, para esto fue necesario analizarlo desde sus orígenes analizando cada uno de sus componentes. Luego de hacer un estudio histórico del problema de investigación era preciso darle un soporte jurídico, que no solo fuera nacional, sino que también tuviera una trascendencia internacional, esto con el fin de darle mayor relevancia a cada valor que se exalto en este primer capítulo.

Ninguna investigación estaría completa si no tiene un trabajo de campo que lo soporte, por eso no solo fue necesario consultar informes de instituciones acreditadas que ya hubiesen adelantado investigaciones sobre este tema, sino que también fue obligatorio consultar la opinión experta de personas doctas en el tema.

En el segundo capítulo se perfeccionó el resultado obtenido de la aplicación del método Delphi como enfoque metodológico, para esto fue necesario analizar las respuestas dadas por cada uno de los cinco penalistas entrevistados en las tres rondas de preguntas, las cuales se realizaron satisfactoriamente. Cada ronda de preguntas arrojó resultados diferentes en donde se pudo ir depurando la posible solución al problema de investigación planteado al inicio de este trabajo. Fue ineludible tener cuenta la idoneidad y experiencia de los entrevistados para que los resultados que se obtuvieran fueran los más objetivos e imparciales. Este capítulo

tiene como objetivo ir señalando el camino y el procedimiento para llegar a la solución de nuestro problema.

Por último el tercer capítulo de este trabajo se centró prácticamente en sustentar las respuestas de investigación, resultado de los dos capítulos anteriores, se tuvo que realizar una triangulación entre el marco vigente y reduccionismo punitivo de esta comparación de valores se obtuvo el principio que se debía privilegiar, el cual en este caso fue la presunción de inocencia, que no solo está consagrada como un derecho fundamental en la constitución política, sino que goza de una protección especial a nivel internacional. Si bien no es una novedad la preponderancia que debe dársele a este derecho, si hay que mencionar que en muchos de los procesos que se adelantan en Colombia esta presunción es inobservada ya que como se ha dicho en renglones anteriores una medida de aseguramiento es la última salida que tiene el operador judicial, este derecho no se aplica en su totalidad lo conlleva a que se cometan errores judiciales que terminan con privaciones injustas de la libertad. Para darle solidez a la respuesta y posible solución del problema era preciso adecuarlo al ordenamiento jurídico, lo cual se hizo y permite deducir que la implementación de esta solución no es una utopía y que en efecto se puede aplicar eficazmente.

OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL

Analizar la implementación del reduccionismo punitivo como política criminal para evitar la privación cautelar de la libertad y la relación con la privación injusta de la libertad.

OBJETIVO ESPECÍFICO DE CONTEXTUALIZACIÓN

Determinar la política criminal frente al reduccionismo punitivo como institución que modifica la política criminal para hacer menos efectiva la privación de la libertad en el proceso penal.

OBJETIVO ESPECÍFICO DE CONCEPTUALIZACIÓN

Analizar la relación jurídica entre el reduccionismo punitivo y el derecho a la libertad por errores en la función judicial.

CAPÍTULO 1 REFERENTES LEGAL-TEÓRICO-CONCEPTUAL FRENTE A LOS ERRORES DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA QUE CONLLEVAN A PRIVACIONES INJUSTAS DE LA LIBERTAD

1.1 CARACTERIZACIÓN DE LA SITUACIÓN PROBLÉMICA

En la sentencia 2500232600020000711801 (27252) proferida por el honorable Consejo de Estado en el año 2013, se evidencia inicialmente la necesidad de corregir los actuales esquemas de aplicación penal, debido al gran número de situaciones en donde se priva injustamente de la libertad a los imputados, en segundo lugar se demuestra que esta sentencia es un ejemplo claro y tal vez el de mayor relevancia, donde puede verse la injusticia de la privación de la libertad, que atenta contra todos los derechos y garantías constitucionales y procesales, tales como el indubio pro reo, y los principios de inocencia, debido proceso, entre otros.

Es obligación del Estado desvirtuar la presunción de inocencia y está en sus manos encontrar todos los elementos probatorios que lleven a una condena correcta y efectiva del imputado.

Cuando el Estado en su posición de garante falla, y comete errores de carácter judicial ya sea de acción u omisión, que llevan a privaciones injustas de la libertad, es obligación de este, repara los daños causados no solo a nivel material sino inmaterial.

1.2 VALORACIÓN DEL PROBLEMA DESDE LA PERSPECTIVA DEL MARCO LEGAL VIGENTE.

1.2.1 Marco normativo

El primer antecedente al que hay que hacer referencia en nuestra Constitución es el preámbulo "...asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, **la libertad** y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo"¹ esta mención tiene un carácter fundamental, ya que fue consignado como un propósito que debe ser garantizado por el Estado, visto además como un principio y un valor del cual es garante ese "soberano". Si bien el preámbulo está enmarcado en una ideología propia de la época de su promulgación, ese un principio que tiene total vigencia en la actualidad y por el cual se rige todo el ordenamiento jurídico. Inicialmente el preámbulo no era concebido como una norma jurídica y su función solo era limitada como una herramienta de interpretación, pero con la evolución de la jurisprudencia y la doctrina, la Corte Constitucional actualmente acepta y reconoce el carácter vinculante del preámbulo "Lejos de ser ajeno a la Constitución, el preámbulo, hace parte integrante de ella. Las normas pertenecientes a las demás jerarquías del sistema jurídico están sujetas a toda la Constitución y, si no pueden controvertir los mandatos contenidos en su articulado, menos aún les está permitida la trasgresión de las bases sobre las cuales se soportan y a cuyas finalidades apuntan"².

Consagrada la libertad en el preámbulo, puede deducirse su importancia. La libertad es uno de los fines principales a los que debe propender el Estado, y uno de los pilares fundamentales de la estructura de cualquier sistema jurídico y social, inicialmente cuando

¹ COLOMBIA, CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Preámbulo. (1991)

² 2 COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-479-92 (13, agosto, 1992). Bogotá, D.C., 1992. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normasNormal.jsp?i—4351>

los hombres vivían en un estado constante de inseguridad e inestabilidad, la asociación y enajenación de algunos derechos naturales, se hizo necesaria para garantizar la supervivencia. Entendió así el hombre que esa libertad no podía ser absoluta y que, si quería disponer de ella, tendría que aprender a vivir con la libertad de los demás asociados, para así garantizar un orden social justo e igualitario.

El derecho a la libertad está presente en varios artículos, que estructuran nuestro sistema jurídico. El artículo 13 establece que "Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley"³. Lo contenido en este artículo puede ser analizado de dos formas; la primera como una concepción iusnaturalista, donde la libertad no es un derecho adquirido, sino que se nos es dado desde el momento mismo del nacimiento, algunos lo harán extensivo incluso al momento de la concepción, pero ese no es un tema que ocupe nuestra atención en este momento. La segunda forma de verlo será entonces la positivista, que ve la necesidad de consagrar en las leyes la protección a un derecho que bien puede habérsenos dado, o que hemos ganado. Cualquiera que sea el punto de vista, el respaldo a tal protección está no solo en las leyes, sino en la conciencia colectiva.

El artículo 28, extiende los efectos de la libertad, pero también hace una precisión que es necesario mencionar, especialmente por el tema que nos convoca. Si bien en el articulado 28 se dice que toda persona es libre, también presenta la primera limitación a este derecho, ya que establece que solo en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo definido en la ley, ese derecho podrá ser restringido. El legislador vio la necesidad de blindar aún más esta garantía de los posibles abusos o arbitrariedades que pudieran ser cometidas en el ejercicio de alguna actividad judicial o por simple abuso de poder. Esta limitación por una parte protege a todos los asociados de posibles abusos, pero por otra autoriza al Estado a ejercer su poder como titular de las acciones judiciales, para garantizar la armonía social.

Dicho esto, el artículo 30 va más lejos aún, y aporta más elementos estructurantes del derecho a la libertad "Quien estuviere privado de su libertad, o creyere estarlo ilegalmente, tiene derecho a invocar ante cualquier autoridad judicial, en todo tiempo, o por sí o por interpuesta

³ 3 COLOMBIA, CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Artículo 13. (1991)

persona, el Habeas Corpus, el cual debe resolverse en el término de treinta y seis horas.” El Habeas Corpus es una institución que garantiza la libertad individual que busca evitar o por lo menos disminuir detenciones arbitrarias e ilegales. Esta institución tiene su origen en la Declaración de los Derechos Humanos de 1948, al que se hará referencia más adelante. Es importante la institucionalización de estas herramientas debido a las arbitrariedades que a veces comete el Estado en contra de sus asociados, de aquí se puede derivar también la prevalencia de la presunción de inocencia, de la que todos gozamos, y la cual debe ser desvirtuada por el Estado.

El bloque de constitucionalidad es un concepto que se incorporó por primera vez en 1995, y en el cual se acogen tratados y convenios internacionales y que sirven de guía jurisprudencial, además porque tienen una categoría jerárquica igual a la Constitución. La principal intención del constituyente al momento de establecer esta disposición, es velar por las garantías fundamentales de todas las personas, no solo a nivel nacional sino también en el ámbito internacional, con relación a los derechos humanos buscaba el legislador que estos no pudieran ser coartados en casos de estados de excepción, en donde se hace más evidente la intervención "maliciosa" del Estado, por eso es importante que internacionalmente exista un respaldo, que frene este tipo de actuaciones, por eso la importancia de velar por la presunción de inocencia por ejemplo.

La Convención Interamericana de Derechos Humanos, en su artículo 75 detalla cómo incluso si se está detenido se goza de garantías que no pueden ser pasadas por alto, y como el Estado debe prestar todos los medios para disponer de manera efectiva a libertad.⁴

La declaración Universal de los Derechos Humanos, está impregnada en su totalidad de disposiciones que apuntan a la defensa de la libertad, desde su preámbulo, los artículos del 1 al 10, tienen tientes proteccionistas que orientan su estructura liberal, Para efectos de este estudio, se tomara como referencia más próxima el artículo 11 que en su inciso primero consagra "Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el

⁴ COSTA RICA, San José. Convención Interamericana de Derechos Humanos (07, noviembre, 1969)

que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa."⁵ Como se puede observar y además de manera reiterada la presunción de inocencia sigue siendo pilar importantísimo en la estructura de la libertad, sin esta sería imposible configurar algún atentado contra esta garantía universal.

1.2.2 Marco jurisprudencial

La privación injusta de la libertad en nuestro país, es una constante que agudiza más el problema judicial que sufre nuestro sistema penal, en (Sentencia no 85001-23-31-000-2001-00056-1(25324) de Consejo de Estado - Sección Tercera, de 30 de Enero de 2013111), por responsabilidad extracontractual por los hechos ocurridos en 1999, donde la víctima fue acusada de secuestro, en este caso se ve que se vulnera la libertad personal que es un valor superior y pilar de nuestro ordenamiento, por ser un auténtico derecho fundamental contenido en el artículo 28 C.P. y donde la presunción de inocencia tiene categoría constitucional, según el inciso 4º del artículo 29 de la C. P. Como consecuencia de dicha acusación, la demandante a raíz de su captura y detención sufrió la estigmatización, al ser señalada por las autoridades judiciales de ser integrante de un grupo al margen de la ley, lo cual afectó su imagen frente a su comunidad, su labor económica y demás; pero principalmente su derecho fundamental a la libertad. La demanda en referencia tiene por objeto la declaratoria de responsabilidad

⁵COSTA RICA, San José. Convención Interamericana de Derechos Humanos (07, noviembre, 1969) Articulo107: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios. 4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella. 5 Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que contiene el proceso su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. 6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que este decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se verá amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que este decida sobre la legalidad de tal amenaza. Dicho recurso no puede ser restringido ni abolido.

administrativa y extracontractual del Estado, por las actuaciones adelantadas por la Fiscalía General de la Nación por la violación de múltiples derechos y perjuicios morales y materiales.

Las consecuencias de la privación injusta de la libertad afectan claramente los derechos y garantías que posee todo ciudadano, esta afectación puede evidenciarse en la estigmatización, el daño económico, y el perjuicio al buen nombre; todas estas situaciones devienen en perjuicios para el individuo en su desarrollo como ser activo de la sociedad y como parte necesaria para la evolución de esta; lo cual no le permiten el libre ejercicio de sus derechos. En el ámbito social se puede destacar el tema económico y una mala percepción sobre el sistema penal del país. En relación con el tema económico si se tiene en cuenta que las demandas contra la administración de justicia interpuestas por personas que han sido injustamente privadas de la libertad, le han costado a los colombianos cerca de \$1,9 billones.⁶ Sólo en febrero de 2014, por éste concepto, ante la justicia contencioso administrativa fueron radicadas ocho demandas cuyas pretensiones ascienden a los 12 mil millones y según cifras de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en la actualidad cursan 266.000 demandas contra la Nación por privación injusta de la libertad. Esto, se debe a fallas en el sistema penal y en la manera en que está organizada, errores en el momento de realizar capturas e imputar cargos, lo cual produce como situación agravante sobrepoblación en el sistema penitenciario en condiciones de vida infrahumanas a las que son sometidas las personas en los establecimientos de reclusión, o las que reportan, una y otra vez, los problemas de salubridad y hacinamiento que se presentan en las cárceles.

1.2.3 Derecho comparado

ALEMANIA

En Alemania, empezó a surgir la responsabilidad estatal por los perjuicios causados por el error judicial, para el año 1766, Federico el Grande quien fue el tercer rey de Prusia, reconoció la responsabilidad mediante una ordenanza que había expedido, más tarde en el

⁶ Redacción judicial, Privaciones injustas de la libertad provocan demandas por \$20 billones. En: El Espectador Bogotá. (marzo, 2014) P 6.

año de 1898 se profirió la ley de imperio y la cual fue ratificada en 1904 con una ley expedida el 14 de julio, la cual hacía referencia a cómo debía ser la reparación del Estado y su indemnización para los casos en revisión en los que las personas fueran absueltas.

Por su parte Weimar expidió una constitución que tenía aspectos sociales y donde en sus artículos se incluyó la responsabilidad indirecta del Estado por los actos ilícitos que hayan cometido sus funcionarios y agentes.

La constitución de Bonn de 1949 permitió la indemnización a favor de la víctima por la inequidad que haya tenido el juez y toda esta serie de acontecimientos se dieron al ocurrir la división de Alemania, acogiendo expresamente el instituto de la reparación del error judicial y la ordenanza de 1904⁷. Ante estas nuevas actuaciones se pudo evidenciar que había un favorecimiento hacia la víctima, ya que al no tener la oportunidad de interponer la acción en contra del juez quedaba como recurso las demandas al Estado por los daños causados. Aquí surge la figura *Ruckgtiff* que sugiere que el Estado no sea el único que tenga que reparar el daño, y además autoriza al Estado para demandar al juez culpable con el fin de recobrar por los daños pagados a la víctima.⁸

Con la caída del muro de Berlín se crea el tratado de unificación de Alemania en octubre de 1989, se propugna por unificar el derecho aplicado en cada una de las repúblicas, es decir la democrática alemana (R.D.A), que consagraba en el artículo 34 de la constitución “si alguno en ejercicio de un cargo público, viola el deber que le incumbe frente a terceros, la responsabilidad que puede derivarse de dicha violación corresponde al Estado o al ente público a cuyo servicio se encuentre aquel” con el derecho aplicado en la República federal Alemana.⁹

⁷ LOPEZ MORALES, Jairo “Responsabilidad del Estado por error judicial” Ediciones doctrina y ley. Bogotá, Colombia. 1997 Pág. 297

⁸ LOPEZ MORALES, Jairo “Responsabilidad del Estado por error judicial” Ediciones doctrina y ley. Bogotá, Colombia. 1997 Pág. 298

⁹ CELEMIN REYES, Linda, ROA VALENCIA, Julián Andrés, “Responsabilidad extracontractual del Estado por privación de la libertad”. Bogotá 2004. Trabajo de grado. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de derecho. Departamento de Derecho Público.

Finalizando, la legislación alemana ha reconocido la reparación para los casos de privación injusta de la libertad, a su vez limitó la indemnización en donde no se reconocerá la responsabilidad por parte del Estado cuando el afectado ha tenido conducta inmoral, ha sido detenido con anterioridad,

ARGENTINA

En cuanto la responsabilidad del Estado, surgió de la formulación francesa, en donde el Estado puede asumir la doble personalidad; la persona privada por obligaciones contractuales y excepcionalmente por enriquecimiento ilícito o persona pública si se trataba de la responsabilidad expresamente contemplada en la ley civil o penal.¹⁰ Como lo dice el autor Bartolomé dice “los daños ocasionados por actos procesales de un litigio, los ocasionados por sentencias declaradas nulas por revisión ante errores manifiestos en las actuaciones judiciales y los daños ocasionados por la conducta dolosa de los magistrados. También deberá incluirse más dramático de los condenados procesalmente, resultando luego que son inocentes.”¹¹

Estos aspectos tienden a tener una desventaja y es al momento de imponer responsabilidad al Estado las cuales muchas veces no llegan a ser claras ya que en la mayoría de los casos se cree que la institución solo se ajusta a los daños ocasionados por sentencia errónea. La legislación argentina suele distinguir dos tipos de actos procesales; el primero son los hechos por petición de las partes intervinientes en el proceso y los segundos cuando se haya solicitado por una sola de las partes. Estos tipos de actos suelen ser expedidos por un órgano del Estado, en el marco del ejercicio del derecho de acción de las partes del litigio, con la finalidad de proteger sus derechos.

La doctrina argentina manifiesta también que para poder encontrar y determinar si existen errores debe hacer uso de la acción de revisión para así determinar si se ha producido una conducta reprochable del órgano que la emitió y cuando la sentencia se produzca con errores

¹⁰ SAAVEDRA BECERRA, Ramiro “la responsabilidad extracontractual de la administración pública” Primera reimpresión, Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, Colombia, 2003. Pag. 74

¹¹ LOPEZ MORALES, Jairo “responsabilidad del Estado por error judicial” ediciones doctrina y ley. Bogotá Colombia, 1997 Pag.294

debe someterse al recurso de revisión establecido en el Código de Procedimiento Penal de 1991. La procedencia del recurso de revisión está el artículo 479, objeto del recurso el artículo 480, personas que pueden interponerlo artículo 481, a quien debe ir dirigido el recurso artículo 482, en cuanto sus efectos de la sentencia y efectos civiles del recurso artículo 485 y 487 y por último su reparación que es uno de los aspectos más importantes es el artículo 488.

Ante el recurso de revisión este tiene un aspecto muy singular y es que aquella sentencia que fue proferida no tendrá efectos al reconocerse que hubo error en dicha decisión judicial que ocasiono perjuicios al que fue condenado ilegalmente.

Por último para la reparación de aquella sentencia que manifiesta la inocencia del condenado, se podrá decidir a instancia de parte sobre los daños y perjuicios que fueron producto de la condena, serán reparados por el Estado siempre y cuando aquel haya contribuido con su dolo o culpa al error judicial, esta reparación solo podrá acordarse al condenado por su muerte, y a quienes le correspondiera.

ESTADOS UNIDOS

Estados Unidos sigue el modelo que usa Inglaterra al momento de solucionar acciones en contra del Estado por su responsabilidad, desde un principio la responsabilidad del Estado era total, frente a los delitos que hubiesen cometido sus funcionarios, mientras que los particulares tenían la posibilidad de accionar únicamente contra estos casos. El principio que rige este postulado es la imposibilidad jurídica que tiene el Estado de ser juzgado por sus propios órganos, y el que autorizaba la indemnización es el órgano legislativo. Es así que las reclamaciones de indemnización, sin tener en cuenta el fundamento se debe dirigir ante el legislativo.

El “court of claims” de 1863 tuvo como propósito resolver las demandas contra el Estado, donde estas fueran interpuestas, pero tenía unas restricciones y es que asumiría solo para

asuntos contractuales, generando como consecuencia que se excluyera la responsabilidad extracontractual.¹²

En el año de 1946 se instaura legalmente la responsabilidad extracontractual del Estado y fue mediante dos leyes; la primera se refería a los procedimientos administrativos y la segunda a la ley federal de demandas por daños, conocida como “federal tort claims act”, este postulado es restrictivo y su aplicación es excepcional, ya que es difícil establecer la responsabilidad de las actividades estatales, ya que debe diferenciarse la actividad discrecional de la actividad operacional.

A partir de 1947, los accionantes obtuvieron el derecho de accionar en contra del Estado, y estos reclamos serían para pedir la indemnización por aquellos daños que pudieran ser ocasionados, además permitió que la reclamación se hiciera por actos que el Estado haya cometido con negligencia e ilicitud.¹³

Durante la historia de los Estados Unidos se han promulgado leyes que han ayudado al avance y desarrollo de la responsabilidad del Estado, la jurisprudencia por otro lado también ha permitido ampliar este campo incluyendo varias situaciones que se han presentado dentro de este país.

1.3 EXPOSICIÓN DEL COMPORTAMIENTO HISTORICISTA DEL OBJETO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.3.1 A Nivel Internacional

Desde la creación, el hombre fue dotado de libertad, aunque tenía una limitación. Sin embargo, a pesar de tener esa libertad el hombre optó por realizar la única conducta que tenía prohibida (comer del fruto del árbol prohibido), y con este acto de subordinación se configura el primer gesto de libertad en el mundo, el primer acto humano de quebrantar un

¹² Cfr. SAAAVEDRA BECERRA, RAMIRO “la responsabilidad extracontractual de la administración pública” primera reimpresión, ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, Colombia, 2003 pág. 51.

¹³ Cfr. SAAAVEDRA BECERRA, RAMIRO “la responsabilidad extracontractual de la administración pública” primera reimpresión, ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, Colombia, 2003 pág. 54.

mandamiento, lo prohibido, es así que en este momento “ser libre es elegir, pero también es hacerse responsable por haber elegido lo que se ha elegido”¹⁴. Ya siendo libre, pues, el hombre se libera de Dios, de los temores y desconsuelos, y de la primitiva naturaleza, es la sociedad ahora su esencia tal como la libertad; y en esa sociedad, en donde el hombre es el Zoonpolitikón, según Aristóteles, este comienza a plantear problemas sobre su libertad y empieza a coartarla, frenarla, dirigirla.

Como bien sabemos, la libertad no es un concepto estático ni teórico, sino que surge en función de una actividad, de un desenvolvimiento y de una realización. Pues cuando el hombre libre actúa en sociedad, se enfrenta o colabora, coopera o litiga con los demás hombres libres. Puede decirse que tutela los derechos fundamentales derivados de la vida y la libertad frente a cualquier acto u omisión de cualquier autoridad, funcionario o persona que pueda vulnerar dichos derechos.

En Roma la concepción de Libertad tenía un valor supremo, que incluso eran pocos los esfuerzos por tratar de definirla. Considerada como “el más dulce de los bienes”, era el elemento estructurante de la vida en sociedad.

La libertad nació donde generalmente era evitada, en la familia; “Por qué te quejas de que la libertad está desterrada de la República, ¿cuándo tú mismo la has desterrado de tu propia casa?”, era obvio suponer que, a falta de esta en el hogar doméstico, en la patria era imposible su existencia. Para los romanos existían varias clases de libertad, pero la que prevalecía por sobre las demás era la de la patria, ya que esta garantizaba la libertad individual de los particulares, y su protección debía ser incluso con la vida, ya que, sin la libertad de la patria, ¿Qué sentido tiene la vida? La libertad en Roma era lo más importante, tal importancia significaba para el romano ser obediente. El concepto más interesante de la libertad, es que esta no depende del lugar, sino de la voluntad de la persona.

¹⁴ GALA, Antonio. Historia de la libertad. Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos, p.51
<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1837/5.pdf>

El pueblo era tan respetuoso de la libertad, que en los pueblos vendían a los esclavos que se habían evitado los peligros de defender la libertad de su patria.¹⁵ Con estos antecedentes, el estado del hombre libre se garantiza mediante la institución de Causa Liberalis, que es un juicio donde se evidencia la condición del hombre en cualquiera de los estratos sociales. Puesto esto de precedente era notorio en la época que un hombre libre podía pasar a ser esclavo en cualquier momento y de igual manera para el esclavo. Vale aclarar que, ya que la libertad era entendida como un derecho natural, la esclavitud por otro lado era considerada como un estado contra natural.

De todo esto se desprende un principio totalmente válido y vigente, en las legislaciones mundiales, y es que la persona que estuviere siendo investigada en un proceso que tuviere que ver con su estado de libertad, debe ser tenido por libre y quien sostuviese lo contrario debía probarlo, se hace claro entonces el principio de “toda persona es inocente hasta que se demuestre lo contrario”, que si bien desemboca en la presunción de inocencia que conocemos actualmente, este es uno de los principales fundamentos estructurantes de la libertad. Otro elemento válidamente destacable es que en caso de duda acerca del estado de libertad de un hombre, debe favorecerse la libertad¹⁶, esta institución es llamada favor libertati, esta será entonces el precedente de lo que hoy conocemos como el Indubio Pro Reo, que establece que toda duda será predicable del acusado, consagrando así otro de los elementos esenciales para evitar cualquier privación injusta de la libertad.

En Grecia la libertad es vinculada casi siempre con el conocimiento, es decir que se relaciona con el hombre sabio, este hombre es libre por naturaleza, radica en ser un conocedor del bien y del mal, pero con total independencia y autonomía de optar por uno o por otro. Para la Grecia antigua, la esclavitud significaba un gran elemento en su economía, el cual fue modificado con lo que se llamó la liberación, que puede remontarse al periodo clásico, donde podía hacerse de manera informal llevando varios testigos, con esto el esclavo quedaba en libertad. También existen casos conocidos de emancipación colectiva, como una manera de

¹⁵ (citado el 6 de Octubre de 2014). Disponible en Internet: <<http://derecho-romano-esquina.blogspot.com/2008/06/la-libertad-en-la-antigua-roma.html>>

¹⁶ (citado el 6 de Octubre de 2014). Disponible en Internet: <<http://www.historiadelderecho.uchile.cl/index.php/RCHD/article/viewFile/23866/25193>>

agradecimiento hacia el esclavo. Configuraba en la mayoría de los casos un acto voluntario del amo. El liberto, como era llamado el esclavo emancipado, gozaba de la protección jurídica que impedía que fuera reducido nuevamente a la condición de esclavo. Es menester aclarar que la condición del liberto jamás sería la misma que la del ciudadano ateniense, que era libre desde el nacimiento.

Es necesario remontarse a la Edad Media, para entender otro acontecimiento importante en la evolución histórica de la libertad. La Edad Media se caracterizaba por ser una época de pocas libertades y las restricciones eran desmedidas, el eje central de la vida giraba en torno a la salvación o la condena y en función de estas es que se orientaba la existencia. Luego con la llegada del renacimiento la concepción del hombre cambio y a su vez todo su entorno. Ya no se sataniza la belleza, y se busca el reconocimiento de los pares, y tener un papel más activo en la sociedad. El renacimiento es entonces el primer gran salto a la individualización, es el momento decisivo en que se concreta la libertad por medio de otras libertades, sean estas políticas, religiosas, sociales, etc. Apenas concebida esta concepción, sale a la luz el nuevo interés tras el renacimiento. En el renacimiento el concepto del hombre cambia y este está determinado no por algo superior sino por el mismo. La libertad es llamada hacia la perfección, hacia la plena realización del hombre, la libertad es el punto de partida para la potencialización de las aptitudes humanas. La sociedad entonces estaba integrada por seres libres e iguales.

Como protagonista de este movimiento se encuentra Kant, que consideraba que la libertad debía partir de la conciencia humana (interior) y luego concentrarse en lo social (exterior). La libertad está ligada íntimamente con el concepto de voluntad, y esta es la que determina el obrar de los hombres en la sociedad, pero no es el único elemento estructurante, ya que hace falta la razón para poder atribuirle a nosotros mismos.¹⁷

El Habeas Corpus se entiende como uno de los instrumentos más importantes para la protección de la libertad en Inglaterra consagrado en la Carta Magna (1215), con este instrumento se pretendía evitar agravios e injusticias cometidas por los señores feudales

¹⁷ (citado el 6 de Octubre de 2014). Disponible en Internet: <<http://www.e-torredababel.com/Historia-de-la-filosofia/Filosofiamedievalymoderna/Kant/Kant-Libertad.htm>>

contra sus súbditos o personas de clase social inferior, también persigue evitar los arrestos y detenciones arbitrarias asegurando los derechos básicos de la víctima, algunos de ellos tan elementales como son estar vivo y consciente

La revolución americana trae consigo ciertos logros con respecto a la libertad, se dice que son los hijos de esta, puesto que es en esta revolución en donde se empieza a ver una lucha por este derecho. Con la independencia se desarrollan otras formas de libertad como la de expresión, la libertad religiosa, el derecho de tener y portar armas, el derecho de reunirse y la libertad de petición, pero se genera en las personas ese deseo por ser libres.

La Independencia de los Estados Unidos genera un protagonismo revolucionario con sus ideales en otras partes del mundo como en Francia.

Con la Revolución Francesa se establece un acontecimiento importante porque es en su escenario donde surge la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y con esta se empieza a hablar que el hombre nace y permanece libre e igual en derechos, además se protege la libertad en escenarios como la política. Se considera que con la libertad se tiene el poder de hacer todo lo que no perjudique a los demás, por ello, el ejercicio de los derechos de cada hombre libre se limita hasta donde llegue el derecho de los demás. En la misma declaración se precisan las características de la libertad individual con principios como la presunción de inocencia consagrando que cualquier hombre se considera inocente hasta no ser declarado culpable¹⁸, e irretroactividad de la ley, pues tal como versa la declaración “ningún hombre puede ser acusado, arrestado o detenido, salvo en los casos determinados por la Ley y en la forma determinada por ella...”¹⁹. La Declaración de 1789 ha inspirado un gran número de textos similares en Europa y América Latina. La tradición heredada de la Revolución francesa está también presente en la Convención Europea de los Derechos Humanos, firmada en Roma el 4 de noviembre de 1950.

En este momento cuando se habla de libertad, se está hablando de los valores más altos de la democracia, de la soberanía popular y la igualdad de derechos para todos los ciudadanos, del

¹⁸FRANCIA, DECLARACIÓN DE DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CUIDADANO. 1789. Artículo 9.

¹⁹Ibídem. Artículo 7.

voto universal, de los derechos humanos, libertad de prensa, libertad de culto, libertades económicas etc.

1.3.2 A Nivel nacional

Un fenómeno de bastante relevancia y con inicios desde mediados del siglo XVII fue la esclavitud, promovida en nuestro continente y para este contexto en nuestro país, debido a las campañas colonizadoras del reino de España con el ingreso de miles de esclavos, la mayoría de origen africano, quienes para ese momento no eran considerados sujetos de derechos sino simple mano de obra barata necesaria para el cumplimiento de los intereses de la corona.

Después de muchos años de vejámenes, violación de derechos y explotación indiscriminada de pequeños grupos de esclavos pudieron alcanzar su libertad ya fuera como una amnistía o perdón de los que eran considerados sus dueños, o porque simplemente lograron escapar y conformarse en pequeños grupos, lugares donde por primera vez gozaban de cierta libertad fuera del alcance de la represión que se ejercía por parte de los españoles.

Con la Constitución de Cartagena de 1812, se legisla por primera vez sobre la libertad, y aunque celebrado, para el momento era una legislación sin aplicación alguna ya que el tráfico de personas se mantenía y eran cientos los que se encontraban sometidos aún, tampoco tenía efectos inmediatos lo propuesto en 1816 por Simón Bolívar quien prometió la libertad de los esclavos, y un trato de individualidad a cada una de estas personas.

En 1821 en el Congreso de Cúcuta se introduce un cambio en la normatividad, cambio que va a significar un adelanto en lo referente al reconocimiento de derechos en personas que hasta ahora se encontraban totalmente desprotegidas y se promulgó la discutida ley de vientres, la cual establecía que los hijos de las esclavas nacidos desde este año serían libres en la medida que cumplieran con un periodo de trabajo de 18 años, también se protegió el derecho a la propiedad privada de los esclavistas, expresando la consigna de ser generosos con los esclavos sin dejar de serlo con los amos. Con esto se estableció uno de los primeros hitos en la historia colombiana respecto a la libertad.

La lucha de las comunidades negras se vio reflejada por medio del cimarronaje, los constantes incumplimientos por parte del gobierno y los constantes abusos que aún se presentaban llevaron a la rebelión de comunidades alcanzando su auge máximo en 1842.

La notoria necesidad de corregir los vacíos normativos presentados en la constitución de 1821 y el notable crecimiento de grupos de resistencia en contra del esclavismo, fueron motivos suficientes para grupos de abolicionistas liberales, quienes esperaban de manera democrática exigir a ciertos grupos elites la abolición de la esclavitud y así poder brindar una serie de garantías a miles de personas que se encontraban en condición de esclavos. Aunque este pronunciamiento por parte de los liberales llevo a la libertad de un indeterminado grupo de personas e impulsó el debate sobre el tema, se vio también marcado por un afán de figurar y sobresalir debido a la situación del momento.

José Hilario López presidente en el año 1850 para el virreinato de la nueva granada, y candidato apoyado por sectores democráticos y de trabajadores y artesanos, tuvo un firme compromiso acerca de la abolición de la esclavitud y fue con esto que unos de sus pilares de gobierno se centró en su abolición a largo plazo, pero debido a presiones de diversos sectores y hasta del mismo congreso llevaron a que de manera repentina se aboliera definitivamente este flagelo, determinando así una serie de garantías y derechos a cientos de esclavos que a partir de ese momento empezarían a gozar de una plena libertad.

El debate de control parlamentario de esta nueva disposición concluyo en mayo de 1851, y los principales puntos que se trataron fueron el cómo se podía ser justo tanto con esclavos como con esclavistas y se determinó que para protección de ambos se daría paso a la abolición con indemnización, establecida en la ley de manumisión del 21 de Julio de 1851; la cual entro en vigencia el 01 de enero de 1852 y con la cual se permitió la libertad de cerca de 17.000 esclavos.

Este gran logro alcanzado por nuestro país se ha visto respetado en los diversos cambios que ha tenido nuestra constitución política; el gobierno y diversos sectores han concordado en la importancia de mantener y garantizar los derechos sobre la persona, sobretudo este derecho

de la libertad que es un derecho fundamental y que hoy en día lo podemos ver consagrado en la Constitución política de 1991 en los artículos 13, 28 entre otros.²⁰

1.3.3 Referentes del ordenamiento nacional afectados en el problema de investigación

La ley estatutaria de administración de justicia (Ley 270 de 1996) en su capítulo VI artículo 65 nos habla específicamente de la responsabilidad del Estado frente a los errores judiciales cometidos respecto a las privaciones de la libertad que se tornan injustas después de haber concluido que el imputado o imputado no cometió la conducta punible. En su artículo 68, para ser más precisos, establece que la persona a la cual se le viole su derecho a la libertad privándola injustamente de ella podrá demandar al Estado por los perjuicios causados, además de una reparación integral por los mismos así como lo consagra el artículo 65 de la misma Ley "El Estado responderá patrimonialmente por los danos antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes", además responderá por el mal funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional el cual es cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley , y por la privación injusta de la libertad.

El artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, sirvió por mucho tiempo para responsabilizar al Estado por privaciones injustas de la libertad, aun cuando hoy se encuentra derogado, su lineamiento sigue siendo vigente para el Consejo de Estado que además adicionó otra causal como la del Indubio Pro Reo, parece contradictorio usar como precedente un artículo ya derogado, pero en la práctica tiene sentido ya que las causales que responsabilizan al Estado no han cambiado, y la jurisprudencia ha ampliado la responsabilidad de este.²¹ El Estado está en la obligación de resarcir el daño causado antijurídico causado a una persona en el curso de un proceso penal, donde posteriormente se le declare inocente la carga a la que

²⁰ ROMERO Jaramillo, Dolcey. Abolición de la esclavitud en Colombia. (citado 5 de Octubre de 21014). Disponible en Internet: <<http://www.todacolombia.com/etnias/afrocolombianos/abolicionesclavitud.html>>

²¹ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 2700 (7, marzo, 1996), Diario oficial, Bogota, D C. 1996

se somete a la víctima es una carga que no está obligado a soportar, aunque existirán sentencias que aseguren lo contrario, ya que es obligación del Estado encontrar todos los elementos probatorios necesarios que lleven a una condena eficaz, justa y correcta. Con lo expuesto anteriormente sobre la importancia de la libertad que se ve reflejada no solo a nivel nacional sino internacional, la presunción de inocencia se hace totalmente exigible en cualquier tipo de actuación, y es deber del Estado desvirtuarla allegando todos los elementos probatorios. Si bien estas garantías están contempladas, la realidad muestra otra faceta, donde el Estado pierde numerosas demandas en su contra, por ser este encontrado responsable de actuaciones no diligentes.

El Consejo de Estado en su expediente 130012331000-2003-00962-01 (40.767) nos habla de la detención injusta que sufre el imputado pese a no tener relación alguna con la comisión del hecho punible que se le imputó dado que su conducta no configuraba el delito que se le imputaba, se le impuso una carga que no estaba obligado a soportar, como fuera el tener que permanecer detenido, es por ello que este ente es responsable porque en su accionar causó un daño antijurídico, y es de aquí donde surge la obligación de indemnizar a la luz de la cláusula general de responsabilidad plasmada en el artículo 90 de la Constitución Política. Así pues, el derecho a la libertad se ve vulnerado por el mal accionar del Estado. De igual forma, conforme al Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera subsección A, para reclamar perjuicios por razón de detenciones, se acude a la teoría de la falla en la prestación del servicio, para que se dé la configuración de responsabilidad en estos casos, se exige entre otros aspectos que la detención haya sido injusta, término que como lo manifiesta la Corte Constitucional se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidentemente que la privación de la libertad, no ha sido apropiada, ni razonada conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria.

De igual manera, en sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, subsección A se habla sobre lo referente a la responsabilidad del Estado frente a las privaciones injustas de la libertad y por consiguiente la violación al derecho a la libertad de la que gozamos todos y sobre la cual reposan varios principios como la presunción de inocencia, entre otros.

1.4 DESCRIPCIÓN DE LOS RESULTADOS MÁS SIGNIFICATIVOS DEL DIAGNÓSTICO REALIZADO CON BASE EN EL COMPORTAMIENTO DEL OBJETO DEL PROBLEMA JURÍDICO

Para la observación indirecta que debió realizarse, fue necesario consultar diferentes fuentes jurisprudenciales proferidas por el honorable Consejo de Estado, el análisis de estas sentencias fue recopilado por la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado en el informe “Esquema de decisión adecuada para imponer la medida cautelar de privación de la libertad” realizado en el año 2014, en donde se analizaron un total de 86 sentencias proferidas por el Consejo de Estado en materia de privación injusta de la libertad entre los años 2000 y 2012.

El documento se encuentra consagrado en la página web de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado www.defensajuridica.gov.co, en el link “Gestión” y “publicaciones ANDJE” bajo el título de “Esquema de decisión adecuada para imponer la medida cautelar de privación de la libertad”

El periodo de estudio se ubica en sentencias proferidas por el Consejo de Estado desde el año 2000 hasta el año 2012

Dentro de la investigación hay tres categorías, la primera son privaciones injustas, la segunda es la libertad concedida y por último la responsabilidad del Estado.

Privación injusta: La libertad es un Derecho Fundamental del Hombre y del Ciudadano, reconocido como tal en la Declaración Universal proclamada en Francia hacia el siglo XVIII y con protección Constitucional en el art, 28 de nuestra Carta Política.

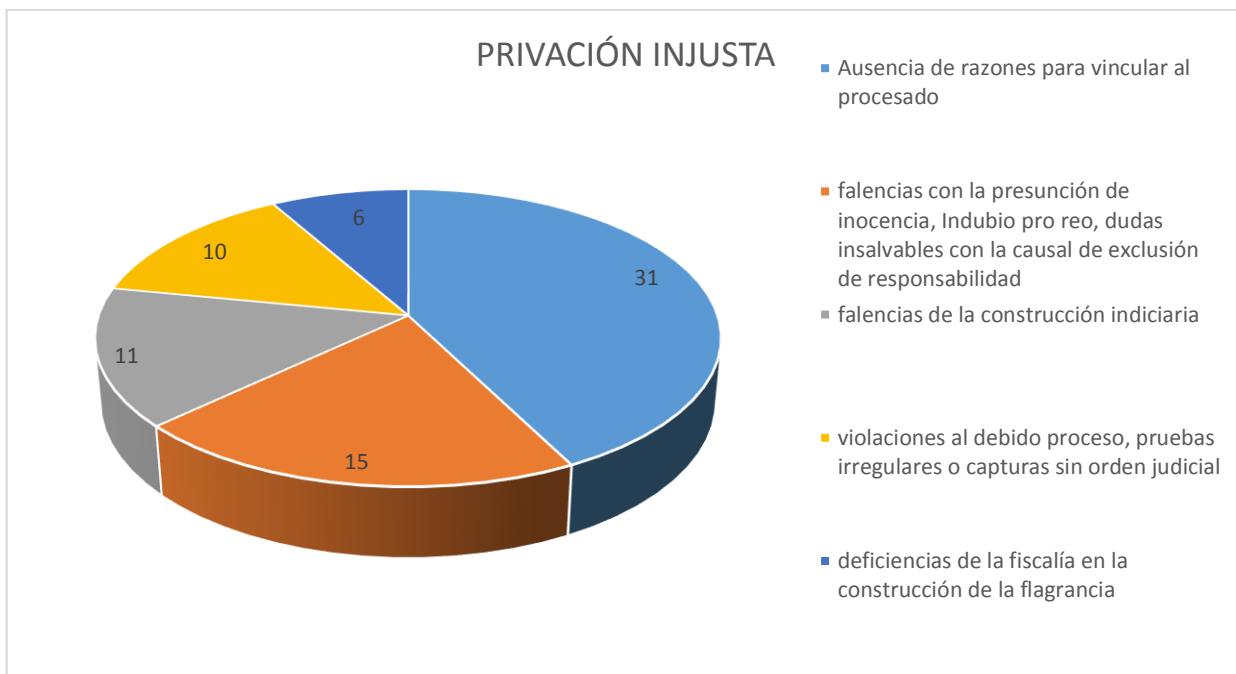
La privación injusta se presenta con la violación de garantías procesales, errores judiciales y omisión de derechos fundamentales lo que conlleva a que personas inocentes se vean privadas de su libertad y con esto afectadas en su persona.

Libertad concedida: Con las garantías que concede la ley a todas y cada una de las actuaciones procesales, cualquier persona inmersa en una investigación por cualquier conducta punible, tendrá tanto a favor como en contra los tiempos que la ley estipule para realizar dichas actuaciones. Las personas sindicadas bien pueden recuperar su libertad por la preclusión de

los procesos, que es la causa más frecuente, o por absolución del juez, o vencimiento de términos, así las cosas, la ley consagra términos y tiempos que deben acatarse para evitar el menoscabo de derechos fundamentales.

Responsabilidad del Estado: La responsabilidad estatal se puede originar por fallas en la aplicación del servicio de justicia, en este caso por privaciones injustas de la libertad según lo reglado en la normatividad vigente y sobreponiendo el artículo 90 de la Constitución nacional. El Estado deberá responder por el daño antijurídico causado, así que, si un sujeto es privado injustamente de su libertad y es liberado mediante sentencia absolutoria, tendrá el estado la obligación de indemnizar todos los daños que deriven de aquella detención.

GRÁFICA N°1



Esta gráfica evidencia las causales que conllevan a privaciones injustas de la libertad, estas fueron extraídas del análisis de 86 sentencias proferidas por el Consejo de Estado. Se hace evidente que el mayor error judicial es la ausencia de razones para vincular al procesado, esto da cuenta de la debilidad probatoria con la que cuenta la Fiscalía al momento de la imputación de cargos.

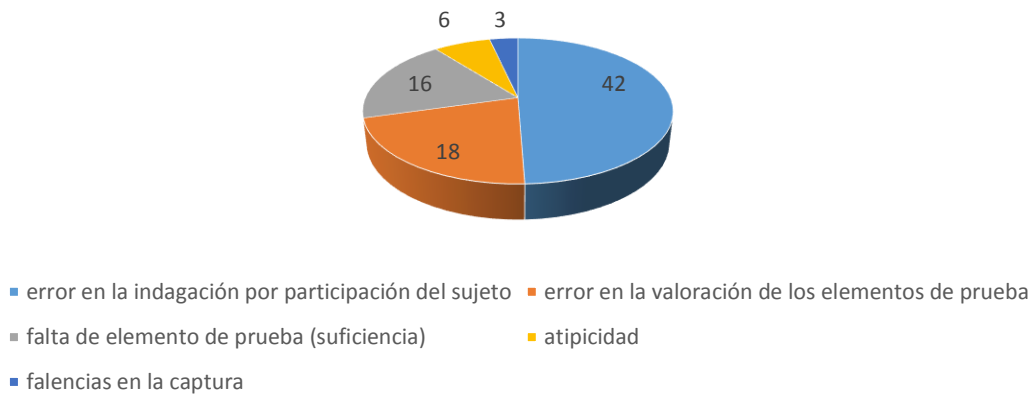
GRÁFICA N°2



Esta gráfica evidencia las causales que permiten que las personas que se encuentran detenidas injustamente recobren la libertad. El suceso que se presenta con mayor frecuencia es la preclusión lo que permite inferir que no es una labor judicial la que le permite las personas recobrar su libertad, sino que es una simple cuestión de términos y plazos, ya sea con la intención de que así sea, o porque realmente el sistema judicial es ineficiente a la hora de administrar justicia.

GRÁFICA N°3

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO



La responsabilidad del Estado por privaciones injustas de la libertad, no solo abarca el aspecto patrimonial sino el moral, y exige de éste una reparación integral por el daño antijurídico causado por su mala actuación.

El error en la indagación del sujeto es la causa más frecuente para determinar el error de la justicia y que acarrea la responsabilidad del Estado para la posterior reparación.

Con estas gráficas lo que se puede evidenciar es que la justicia colombiana presenta graves fallas en su administración de justicia lo cual desencadena una serie de errores que conllevan a privaciones injustas de la libertad, violando de manera arbitraria este derecho fundamental del que gozamos todos los asociados. Estas falencias ocasionan un daño antijurídico que la persona no está en obligación de soportar, esto avalado por la doctrina y jurisprudencia colombiana. Este daño cometido debe ser reparado en su totalidad por el Estado de manera no solo patrimonial sino moral.

2. REFERENTE CONCEPTUAL Y RESULTADOS DEL ESTADO DEL ARTE

2.1 ANÁLISIS-SÍNTESIS CONCEPTUAL DE LAS VARIABLES O CONCEPTOS DEL PROBLEMA Y EXPLICACIÓN DEL CONCEPTO JURÍDICO

2.1.1 DERECHO A LA LIBERTAD

Para Gregorio Peces Barba la libertad se puede configurar no solo desde el ámbito social sino también desde el ámbito político y jurídico, dicho esto considera, además, que la libertad debe configurarse mediante derechos fundamentales y principios de organización, con el fin último de establecer las condiciones aptas para el correcto ejercicio de esa libertad. El objetivo de la organización social y política debe estar orientado a la realización plena del ejercicio de la libertad de cada uno de los asociados que permitan distintas expresiones de voluntad. Para el Dr. Pablo Sánchez-Ostiz la libertad tiene dos aspectos, o más bien, se divide en dos situaciones, la que se tiene, y la que se es o identifica al sujeto; la que se adquiere y desarrolla, frente a la que se tiene de manera innata. El autor especifica que no es lo mismo “ser libre” que “tener reconocidos ciertos derechos” o “ser una persona libre” que “ejercer un derecho”. Según esto “hay aspectos de la libertad que pueden concederse, suspenderse, restringirse, condicionarse o negarse, como también hay un aspecto de la libertad que no desaparece en la medida en que es de la persona de quien se predica la libertad, y esta desaparecería con aquella” Se distingue así libertad adquirida y libertad innata. La innata es la que corresponde al ser humano por serlo y la adquirida la que hace posible el ser que es humano, por derivación se da en mayor o menor medida según las personas o situaciones, pues depende del ejercicio, de la atribución o su reconocimiento. El autor Sebastián Contreras hace un análisis de la obra de “Ferrajoli y su teoría de los derechos fundamentales” en donde ha presentado su teoría del garantismo penal, no sólo como una alternativa al discurso corriente sobre los derechos humanos sino, fundamentalmente, como el gran proyecto teórico de la filosofía del derecho contemporánea, cuyo único propósito sería el de reforzar la protección de las libertades de los sujetos.

Para Peces Barba la libertad es tan importante que debe defenderse ante cualquier tipo de poder, y resalta particularmente la liberación política que supone el desarrollo del Estado desde la democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales. La libertad que

trata de describir no debe ser vista como una no-intervención del Estado, sino como una independencia y para esto deben existir los mecanismos que controlen y sancionen cualquier tipo de arbitrariedad. Para el Dr. Pablo Sánchez-Ostiz es preciso distinguir los diversos modos de afirmar la libertad y resaltar lo propio de esta libertad de carácter adquirido, se afirma en la atribución que nos hacemos unos a otros, sea en relaciones humanas cotidianas, sea en procedimientos judiciales más específicos. En dicha atribución de libertad se da una operación de mutuo reconocimiento basado en la propia experiencia. Se trata por tanto de operaciones de atribución con mayor o menor grado de vinculación a datos empíricos, pero sobre todo basada en operaciones sociales de atribución de significado a los procesos en los que interactuamos. Los derechos fundamentales, que, como escribe Ferrajoli, "son todos ex lege" ,no son otra cosa que las inmunidades o facultades reconocidas a aquellas libertades atribuidas a ciertas personas, ciudadanos y/o sujetos con capacidad de obrar por las normas de un determinado ordenamiento jurídico, por este motivo, son constitutivos de la igualdad y del valor del individuo en el sentido de que se trata de expectativas "cuya garantía es igualmente necesaria para satisfacer el valor de las personas y para realizar su igualdad".

En su libro "Persona, sociedad, Estado", Peces Barba enuncia que la tendencia que por mucho tiempo domino las corrientes políticas era la de la autonomía del gobernante y muchas veces esta autonomía estaba impregnada con tintes de arbitrariedad, que hacían casi imposible un ejercicio pleno de la libertad. Con grandes esfuerzos y con grandes lecciones aprendidas, la normatividad que regulo la actividad del soberano, abrió el camino para el Estado de Derecho que conocimos, que se orienta bajo la premisa que el Derecho crea condiciones de libertad y por esto se justifica la idea general de obediencia, ya que como se sabe esta idea de "sumisión" proviene de un consenso general que busca el bienestar no solo individual, sino general. En concordancia con lo dicho por el Dr. Pablo Sánchez-Ostiz la libertad de las personas, adquirida o innata, es fundamental dentro del ordenamiento interno como internacional por cuanto es protegida especialmente en el Derecho Penal en donde se mira como un bien a proteger que como condición del actuar. Para Ferrajoli la vida, por ejemplo, la libertad personal o el derecho a voto, que son derechos fundamentales, lo son, "no tanto porque correspondan a valores o intereses vitales, sino porque son universales e indisponibles". Por ende, allí donde estuviera permitida su disposición, por ejemplo,

admitiendo la esclavitud, o cualquier modo de alienación de las libertades, de la vida, éstos resultarían también derechos patrimoniales"

Es necesario precisar que el concepto de libertad no puede ser entendido como un derecho absoluto, ya que, si algo ha dejado en claro la doctrina del derecho, es que los derechos absolutos no existen como se creían anteriormente como, por ejemplo; con el derecho de propiedad. Todos tenemos los mismos derechos, pero estos siempre tienen un límite de ejercicio que va hasta donde empieza el derecho del prójimo.

Dicho esto el fundamento de la libertad reposa no solo en el positivismo, sino que tiene un origen natural, que ha sido el eje central de su evolución histórica y gracias al cual actualmente goza de la reputación de derecho fundamental. La comunión del derecho natural y el derecho positivo, permiten trabajar bajo la premisa que si bien la libertad es un derecho fundamental que goza de todas las garantías normativas, es también un derecho que puede ser suspendido solo en las estrictas excepciones que señale la ley, y que, de ser sometida la persona a una carga innecesaria, esta deberá ser indemnizada.

El autor Sebastián Contreras considera que para que un derecho sea considerado como fundamental significa que ese derecho "caracteriza a todo sujeto calificado (dependiendo de los casos) como persona, ciudadano o capaz de obrar", en el sentido de que "dicho sujeto perdería su identidad jurídicamente reconocida como persona, ciudadano o capaz de obrar, si alienara ese derecho"

2.1.2 FUNCIÓN JUDICIAL

Santiago Saravia Frías en su texto "RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ERROR JUDICIAL" cita a Montesquieu el cual expone dos finalidades principales "a) por un lado evitar la concentración del poder y posibilitar su control, estableciendo frenos y contrapesos de manera tal que ninguno de ellos prevalezca sobre los restantes, y b) en segundo lugar, asegurar la libertad, brindando mayores garantías a los particulares en ejercicio de sus derechos individuales y su defensa frente a los posibles abusos o desconocimiento por parte del Estado." Por Otro lado, Claudia L. Ortega Medina cita a su vez a Rudolf Stammler quien dice que "todas las buenas intenciones del legislador, toda la ordenación justa del derecho no les sirve de nada a los miembros de la comunidad jurídica si la seguridad de la realización

del derecho no aparece garantizada por tribunales imparciales y competentes”, esto quiere decir que la función jurisdiccional tiene como fin último la realización y salvaguarda de la seguridad jurídica y de la justicia.

Como ya sabemos el Estado tiene tres ramas de poder (ejecutiva, legislativa, judicial) las cuales tienen funciones diferentes y específicas. A pesar que tienen funciones diferentes se complementan porque las tres tienen a su vez una función orgánica, material y mixta (material y orgánica), con la función mixta la función judicial sería con fuerza de verdad legal de una controversia entre partes, producida por un órgano imparcial e independiente - Santiago Saravia Frías- cada función tiene un régimen jurídico propio con principios diferenciales que las caracterizan. De igual manera la Dra. Claudia L. Ortega Medina, resalta la importancia de la imparcialidad y la independencia funcional como principios indispensables a los que debe apegarse toda decisión de carácter jurisdiccional.

Claudia L. Ortega Medina hace referencia a Carré de Malberg el cual opina que, respecto a la jurisdicción, esta solo puede ser definida formalmente y nunca por su contenido material “la característica de la jurisdicción no es el contenido material del acto, sino la forma del mismo. El signo distintivo por el que se reconoce el acto jurisdiccional es, por una parte, su origen, por cuanto que se obra de una autoridad organizada especialmente para el ejercicio de la jurisdicción y por otra parte, su procedimiento, por cuanto que ha sido realizado según las reglas propias de la función que consiste en juzgarlo.”. Por otra parte Patricio Oyaneder Davies en su texto “Función judicial y Estado de Derecho” se refiere al órgano jurisdiccional como “aquel poder del Estado llamado a resolver los conflictos de relevancia jurídica que se produzcan en el orden temporal, mediante la creación de reglas jurídicas particulares, concretas e irrevocables que sintetizan los valores imperantes en la sociedad plasmados en todo el plexo normativo dotado del poder- deber- de hacerlas cumplir directamente con el auxilio del poder coercitivo del Estado.”

2.1.3 RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Respecto a este asunto o tema se hará referencia a varios autores que por sus aportes han tenido gran significación referirse a ellos, en primera medida está el Dr. Jairo López Morales quien afirma que “es un despropósito establecer inmunidad patrimonial del Estado por los

daños antijurídicos causados a los particulares en la función judicial. Porque por encima de las declaraciones singulares o generales de los textos legislativos, de las decisiones judiciales y de los documentos de cualquier tipo y naturaleza, la responsabilidad del estado, en todas sus actividades, incluyendo la judicial, no se deriva de una concesión graciosa y unilateral, sino que constituye, por el contrario, un principio general del derecho”. Por otra parte, el Dr. Luis Guillermo Serrano Escobar considera que si bien el Estado ha impuesto una carga al procesado “para procurar la seguridad y la convivencia, la reparación se impondrá a manera de compensación social, pues ¿qué justifica el asumir individualmente las consecuencias de la restricción de la libertad a que es sometido el detenido absuelto, en beneficio de la sociedad y su seguridad?”. La importancia del principio general de responsabilidad tiene su fundamento en la carta política de 1991.

Es importante también resaltar lo que menciona la Dra. María Angélica Sánchez Álvarez en su texto “RESPONSABILIDAD DEL ESTADO COLOMBIANO POR LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA”. “El desarrollo de la responsabilidad del Estado por la función pública por la administración de justicia no ha sido un tema pacífico y libre de discusiones; por el contrario, ha generado múltiples conflictos, casi todos centrados en la imagen del Estado soberano, y en el efecto que el posible reconocimiento que esta responsabilidad podría acarrear en su esencia. Sin duda los avances en pro de configurar un marco legal y jurisprudencial sobre el tema se han venido presentando desde tiempos que casi se pueden identificar con el nacimiento de la propia figura del Estado porque desde ese primer momento sus actuaciones empezaron a ser objeto de análisis, en especial aquellas que generaban perjuicios en los administrados, problemáticas que en su momento fueron resueltas con el argumento de irresponsabilidad del Estado o inmunidad del soberano.”

A razón de lo anterior se puede observar que “en el derecho positivo colombiano no existía norma expresa y clara que determinara la responsabilidad del Estado, por los daños que en el ejercicio de sus funciones públicas causa a los particulares. Ella se ha reconocido mediante la creación jurisprudencial, que en sus inicios ha recurrido e invocado disposiciones de derecho privado a los cuales después sustituyó por principios de derecho público, deducidos, en lo fundamental de normas constitucionales.” – Dr. Jairo López Morales- Los antecedentes legislativos en nuestro país son escasos, por ello se ve la necesidad de otorgar al Consejo de

Estado la función jurisdiccional para conocer de ciertos casos en los cuales el Estado se ve obligado a responder por un daño causado. De igual manera el Dr. Luis Guillermo Serrano Escobar enmarca el origen de la responsabilidad patrimonial del Estado a partir de la jurisprudencia tanto de la Corte suprema de Justicia como del Consejo de Estado, todo esto, ante la escases de normatividad que existía antes de la Constitución de 1991; el autor también señala que en la poca legislación referente a la responsabilidad patrimonial del Estado en la que solo se incluían servicios públicos administrativos, no se hacía referencia a la responsabilidad en los demás poderes públicos y de los diferentes órganos independientes. Respecto a lo anterior la Dra. María Angélica Sánchez Álvarez dice: “Al analizar detenidamente el fundamento normativo de la responsabilidad estatal en la administración de justicia, que se encuentra consagrado en el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia y en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270 de 1996), se encuentra que estas disposiciones normativas establecen que cuando se presenten casos que cumplen con los requisitos establecidos en dichas normatividades, como: la ocurrencia de un daño antijurídico, la relación de causalidad, y la comprobación de un error judicial reflejo de la violación de la normatividad aplicable al caso, es posible declarar responsable al Estado”

En concordancia con todo lo mencionado anteriormente la responsabilidad patrimonial del Estado no solo tiene fundamento constitucional sino también internacional por cuanto toda persona que haya sido privada injustamente de la libertad tiene derecho a obtener una reparación efectiva por parte del Estado - Luis Guillermo Serrano- en forma de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición. De igual manera el Dr. Jairo López comparte lo anterior y además resalta que estas víctimas también tienen derecho a la verdad y la justicia, todo esto conforme a la evolución de la jurisprudencia internacional respecto a Derechos Humanos.

En relación con la anterior es necesario que para que haya una responsabilidad del Estado se debe configurar cualquiera de las causales del artículo 414 de la ley 2700 de 1991, en lo que coinciden los tres autores, pero además, el Dr. Luis Guillermo Serrano aporta que a pesar de que la indemnización de perjuicios es procedente en caso de detención preventiva; por ausencia de prueba de la responsabilidad penal y por aplicación de principio pro reo, existe otros eventos que dan lugar a indemnizar con ocasión de la detención preventiva infligida

como la terminación del proceso por prescripción de la acción penal y cuando la privación de la libertad ha sido producto de error judicial.

Con relación a lo anteriormente mencionado la importancia de la libertad radica no solo en un fundamento constitucional, e internacionalmente reconocido en diversos convenios y tratados, sino que tiene un origen natural que se fue positivizando a lo largo del tiempo. De la necesidad de defender y garantizar la libertad de todos los seres humanos, surge la relación con la función jurisdiccional que busca satisfacer la necesidad de los asociados por medio de los mecanismos idóneos que velen por la justicia y la igualdad ante la ley. Dicho esto, se hace evidente porque es necesario regular la actuación del Estado cuando este en el ejercicio de sus funciones causa un perjuicio inmerecido a los ciudadanos.

2.2 EXPOSICIÓN DE LOS RESULTADOS DEL ESTUDIO DEL ESTADO DEL ARTE O INVESTIGACIONES.

Según el Dr. Edgar Antonio Guarín Ramírez, docente de la Universidad Santo Tomas, la libertad es considerada hoy en día como uno de los valores con rango constitucional más importante y el elemento fundamental para la plena realización humana dentro del Estado Social de Derecho²², esto permite deducir como la libertad es el eje que permite la realización de los demás derechos fundamentales. Si bien no se puede desconocer la importancia de la libertad, dentro del ordenamiento jurídico colombiano, la Corte en repetidas oportunidades a establecido que este derecho no es absoluto y tiene limitaciones, primero; los derechos de los demás, y segundo, las obligaciones legales.

Tal como lo afirma más adelante el Dr. Guarín y citando de Rawls, la libertad constituye el principal principio de justicia, entonces toda privación o limitación injustificada de esta, se considera una “injusticia”²³. Como la libertad no es absoluta, surge la necesidad de intervención del Estado, para regular tal actuación, ya que cada uno predicara su defensa sin

²² GUARÍN RAMÍREZ, Edgar Antonio. El valor de la libertad en el Derecho: ¿Vivir como cada uno quiera? En: Revista IUSTA. Noviembre, 2010. Vol. 33, p. 44.

²³ GUARÍN RAMÍREZ, Edgar Antonio. El valor de la libertad en el Derecho: ¿Vivir como cada uno quiera? En: Revista IUSTA. Noviembre, 2010. Vol. 33, p. 47.

tener un referente claro de lo “bueno” o “verdadero”, lo que dificulta el ejercicio del Estado y lo crea enormes tensiones sociales.

Para este autor es necesario superar el individualismo y subjetivismo extremo, que generan tanto daño social.²⁴ Considera que el hombre de hoy esta distanciado de la verdad, y que le es difícil diferenciar entre lo correcto e incorrecto, y a voluntad ha ampliado el concepto de libertad, porque considera que el Estado como garante, ha perdido legitimidad, entonces esta magnificación de la libertad ha llevado a la decadencia de demás valores fundamentales para la realización social. Es por esta razón que considera necesario profundizar esfuerzos en la educación, ya que fortaleciendo ésta será más fácil la dinámica social, a más educación menos delitos y para los que ya hayan incurrido en faltas, contarán con un sistema judicial más eficiente.

Para Ervin Marino Orjuela Pérez, la libertad cuando es privada de manera injusta, el daño antijurídico que se constituye es una carga que los asociados no deben soportar por ningún motivo, ya que el Estado es responsable de todas sus actuaciones sean legales o ilegales o injustas o no, ya que es de aquí que se desprende si el Estado debe o no responder por esa carga que impone a las personas, y que hasta hace un tiempo lo eximia de responsabilidad. Estimar que esa carga debe ser asumida por los asociados, es desconocer la existencia del Estado y uno de sus fines constitucionales más importantes, ya que es su obligación velar y proteger la libertad.²⁵

Ya que la privación de la libertad no es un daño normal ni por lo menos insignificante, lo es aún más cuando la persona es inocente, pues se le somete a procesos degradantes que traen consigo muchas consecuencias, tanto morales como psicológicas y físicas; es la expresión mínima de reconocimiento que el Estado trate de reparar el daño producido en el ejercicio de su función. Como bien lo dice Orjuela, para la persona que ha sido afectada en su derecho a la libertad, es irrelevante si detención fue ilegal o no, eso lo tiene sin cuidado, ya que no es

²⁴ GUARÍN RAMÍREZ, Edgar Antonio. El valor de la libertad en el Derecho: ¿Vivir como cada uno quiera? En: Revista IUSTA. Noviembre, 2010. Vol. 33, p. 52.

²⁵ ORJUELA PÉREZ, Ervin Marino. Responsabilidad civil extracontractual del Estado por la privación legal e injusta de la libertad. En: Justicia Juris. Marzo, 2010. Vol.6. No.12 p.89.

menester de este entender los complejos procedimientos penales que pudieron conducirle a tal situación.

Para la Dr. Jacqueline Blanco Blanco, la libertad proviene de la igualdad, y estos dos derechos propiciaron el acceso a los demás, pero esta libertad tenía sus limitaciones, y por eso anteriormente era imposible gozar a plenitud de derechos civiles o políticos.²⁶Inicialmente la libertad no era concedida por un aspecto meramente económico, ya que elevar al mismo grado a los esclavos significaba un detrimento económico para los patronos. Con la famosa consigna de la Revolución Francesa, los gestores de la independencia convocaron a los granadinos y alimentaron sus espíritus con los discursos libertarios, donde promulgaban un Estado no opresor y lleno de oportunidades. Si bien parece que todos consideran la libertad como el bien supremo, hubo momentos en los que no era vista de este modo, incluso el propio Simón Bolívar, advertía que la libertad no podía ser concedida de manera inmediata, ya sea por condiciones económicas, políticas o sociales. Hasta el ilustre Rousseau dice que la libertad es un “alimento suculento, pero de difícil digestión”, y esto obedece a que él considera que es necesario que los “débiles” robustezcan su espíritu, porque han vivido demasiado tiempo a las sombras y existe el riesgo de que no sepan cómo manejar con firmeza tal responsabilidad, por eso convoca al legislador a que piense bien antes de dar tales atribuciones.

El miedo al establecimiento de este derecho, surgía del temor de perder las garantías que les eran heredadas a los reyes y sus descendientes, ya para 1810 la libertad alcanzo valor constitucional, y con esto se concretó el fin máximo de la independencia.

Según Wilson García Jaramillo en su texto “La detención preventiva en el sistema penal acusatorio colombiano y los estándares del sistema interamericano de derechos humanos” la libertad como derecho fundamental no puede nunca vulnerarse de ninguna manera ya que es un derecho inherente, genérico de todo habitante por el simple hecho de ser persona, derecho establecido en los principios constitucionales, en el bloque de constitucionalidad y el cual

²⁶ BLANCO BLANCO, Jacqueline. De los derechos sociales sobre libertad e igualdad a la definición de los derechos civiles y políticos después de la independencia. En: Revista PROLEGÓMENOS Derechos y valores. Julio-Diciembre, 2010. Vol.13. No.26 p.43.

por todo esto debe garantizarse por sobre todo proceso inclusive aquellos de aplicación de la ley.

Las garantías procesales establecidas por el estado y controladas por organismos del mismo orden, se encaminan a la protección y respeto de los derechos establecidos para los ciudadanos y en este caso concreto para el derecho de la libertad el cual debe ser siempre protegido y garantizado.

Es así como García Jaramillo establece si existe o no violación de derechos con la aplicación de medidas cautelares, preventivas como la detención provisional, ya que esta puede de muchas formas vulnerar o interferir directamente con la libertad personal de las personas. También se estudian y determinan conceptos como los de libertad y detención preventiva y hace referencia a América latina especialmente a Colombia y su ordenamiento jurídico penal y su sistema penal acusatorio.

La constitución política de Colombia en su artículo 116 establece que funcionarios tendrán la facultad para privar a una persona de la libertad como lo son la Sala penal, la corte suprema de justicia, tribunales y jueces penales y la fiscalía general de la nación; los cuales en todo caso deberán cumplir ciertos requisitos mínimos para poder decretar la captura de una persona y así privarlo de su derecho de libertad.

Para todos los colombianos y en general en todos los ordenamientos jurídicos del mundo, la libertad es el pilar de todos los derechos y para el caso de nuestro país ha sido ratificado en el artículo 28 de la constitución y analizado por la corte constitucional en múltiples ocasiones buscando en muchos casos garantizar la tutela de este derecho y así mantener el equilibrio de una sociedad bajo principios de legalidad, proporcionalidad, igualdad entre otros sin intervenir o suprimir la autonomía de las personas.

Para lo anterior el Estado posee un sistema estructurado que hace que indiciados e imputados, y en general todas las personas tengan un completo proceso, donde siempre se garantice y se vele por la favorabilidad hacia sus derechos.

Determina el autor que figuras como la detención preventiva deben ser usadas solo en determinados casos, y brindando siempre la totalidad de garantías, pero su efectividad es insuficiente, ya que muchas veces se puede argumentar detenciones ilegales o arbitrarias, sin

contar que deriva en la violación de derechos fundamentales que en estos casos son vulnerados por actores del estado, quienes llamados a protegerlos terminan causando daños que a largo plazo deberán ser reparados por el mismo estado.

Es propio referirnos al Dr. Humberto Nogueira Alcalá²⁷ en su artículo “La libertad personal y las dos caras del Jano en el ordenamiento jurídico Chileno”. Dicho artículo trata aspectos centrales del derecho a la libertad personal y la seguridad individual como derecho fundamental de las personas, considerando el bloque constitucional del mismo que lo integra, además de la norma constitucional formal, los contenidos del derecho especificados por la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, complementado con las disposiciones legales que lo regulan, en especial las normas procesales penales de los dos códigos vigentes.

En el mismo cuando se refiere que libertad personal es la de la persona física en cuanto ser corporal en sí mismo, constituyendo un derecho matriz y residual, ya que protege las expresiones de libertad no asegurados específicamente por los demás derechos autónomos, posibilitando realizar todo aquello que es lícito; es el derecho de toda persona a que los poderes públicos y terceros no interfieran en la esfera de autonomía personal, vale decir, de disponer de su propia persona y de actuar determinado por la propia voluntad sin otras limitaciones que las que imponen el medio natural, los derechos de los demás y el ordenamiento constitucional. El derecho a la libertad personal como todo derecho fundamental sólo puede ser afectado y regulado en su ejercicio por la ley, todo ello de acuerdo con el principio de reserva legal para la regulación de los derechos establecido en la Constitución y en los tratados de derechos humanos antes señalado, así pues, el Dr. Humberto considera conveniente que las medidas restrictivas de libertad deben ser cuidadosamente ponderadas en su idoneidad y adecuación al cometido que buscan desempeñar, ya que ellas siempre afectan, en algún grado, la libertad personal. Una medida no idónea o inadecuada debe rechazarse como contraria al orden constitucional y violadora del mismo. Frente a que la medida sea idónea se requiere que se fundamente en un precepto legal; los derechos,

²⁷ Abogado. Doctor en Derecho Universidad de Lovaina La Nueva, Bélgica. Profesor Titular de Derecho Político y Derecho Constitucional, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca. Chile.

entre ellos la libertad personal, sólo pueden ser objeto de limitación en virtud del principio de reserva legal, por una ley debatida y aprobada por el parlamento (en nuestro país el Congreso), que pueden denominarse leyes limitativas de los derechos fundamentales, además debe ser conforme con los fines constitucionalmente legítimos para una sociedad democrática y cumpla tres condiciones adicionales: La primera es el principio de idoneidad, vale decir, que el medio empleado para restringir el derecho fundamental debe ser apropiado al fin que se pretenda, siendo inconstitucional el desarrollo de medidas no idóneas para fines constitucionalmente legítimos. La segunda es el principio de necesidad o exigibilidad, que especifica que el medio utilizado para alcanzar el fin legítimo sea el menos gravoso y eficaz, ya que si existen otros medios menos gravosos e igualmente eficaces deben preferirse estos últimos.

Y la tercera condición es la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto, que consiste en que, aceptada la necesidad e idoneidad de los intereses, debe ponderarse si el sacrificio de los intereses individuales que trae consigo la intervención y afectación de la libertad personal guarda una relación proporcionada y razonable con la importancia del interés público que se trata de preservar. Ello implica evitar no recargar a la persona afectada con una medida considerada excesiva, sin que con dicha medida se vea favorecido el bien común.

De esta forma, cualquier disposición legal y actuación concreta o privación de la libertad personal incurriendo en falta de proporcionalidad constituye un acto o actuación inconstitucional, todo lo cual es propio de un Estado de Derecho,

Tal como lo resalta el Dr. Wilson García, la libertad es comprendida como el derecho con mayor prelación o más importante, establecido constitucional e internacionalmente, de igual manera lo establece el Dr. Edgar Antonio Guarín el cual adiciona que es además un elemento primordial para la realización humana dentro del Estado Social de Derecho y de los demás derechos existentes en él, a lo cual, con otras palabras, la Dra. Jaqueline Blanco dice que la libertad proviene de la igualdad, y de estas dos provienen los demás derechos. De igual manera el Dr. Humberto Noguera Alcalá, y el Dr. Ervin Marino Orjuela y los anteriores autores nombrados concuerdan en decir que la mejor forma o manera de proteger

la libertad de las personas es que el Estado actúe conforme a la ley, principios y valores constitucionales, teniendo más prudencia cuando se prive de la libertad; sabemos que la libertad no es un derecho absoluto sino que tiene limitaciones, pero no por ello no se debe proteger, al contrario debe ser salvaguardada de la mejor manera. Al tener esas limitaciones el Estado debe intervenir cuando esta sea de forma injusta e igualmente debe responsabilizarse por tal injusticia, además porque hay una carga, la cual las personas no están obligadas a soportar. Se busca sanear integralmente el daño causado por la privación de la libertad que ha sido injusta. Pero antes de esto debe pensarse que es mejor no vulnerar el derecho a la libertad para que así el Estado no se vea perjudicado a razón de la responsabilidad que se configura por los errores cometidos.

Establece el doctor Edgar Antonio Guarín Ramírez que la libertad como valor fundamental principal debe ser de gran importancia dentro del ordenamiento jurídico nacional, y su protección es imperativa por parte del estado, inclusive en ocasiones cuando ese derecho debe ser limitado en ejercicio efectivo de la ley.

Se considera también la importancia que debe tener un proceso educativo dentro de la dinámica de un estado social de derecho e implanta la idea de que esta sería la solución que llevará en un determinado plazo a que se cometan menos delitos, se genere una cultura de convivencia más tolerable y a que el aparato judicial se dinamice, ganando eficacia y evitando generar responsabilidad al estado en casos de privaciones injustas de la libertad.

Con las investigaciones consultadas, se hacen evidentes varios elementos que permiten estructurar la investigación para el problema socio-jurídico que nos ocupa. Según la Agencia Nacional para la defensa jurídica del Estado, se hace necesario hacer un replanteamiento en las actuaciones de la administración de justicia, ya que la evidente y flagrante violación a principios constitucionales y procesales le cuesta a la Nación un gran número de procesos. Con base en el análisis de esta agencia las falencias pueden verse en los procedimientos de aprehensión material, captura y detención. Es necesario entonces que los operadores judiciales reconozcan los límites de la legislación frente al derecho a la libertad, para superar estas falencias se propone:

- 1- La implementación de una mejor y más eficiente política criminal con el objetivo de proponer soluciones a mediano y largo plazo, donde se busque readecuar la imposición de medidas cautelares intramurales y así evitar futuros daños antijurídicos.
- 2- Proponer medidas y soluciones frente al próximo debate relacionado con el Código de Procedimiento Penal.
- 3- Abrir espacios para que los operadores judiciales reconozcan e identifiquen la importancia de la implementación de los derechos humanos respecto al derecho de la libertad.²⁸

Como grupo investigador nuestra propuesta se encamina a que efectivamente se mejore la implementación de la actual política criminal, debido a que las medidas preventivas de la privación de la libertad, no pueden ser vistas como una sanción o como una pena más, porque como lo dice su nombre busca evitar un daño mayor, y además en este punto del proceso aún no ha sido desvirtuada la presunción de inocencia del imputado, entonces debe prevalecer el derecho a la libertad de las personas, es por eso que consideramos pertinente que frente a algunos delitos y según la etapa en que este el proceso (antes de sentencia condenatoria), prevalezca una medida cautelar domiciliaria, en donde el imputado no sufra una afectación moralmente relevante. Esta propuesta tiene dos funciones; la primera, atenuar la responsabilidad patrimonial del Estado frente a los daños morales causados por una privación injusta de la libertad, y la segunda, en función de la presunción de inocencia, busca descongestionar los centros carcelarios, en los cuales están reclusos personas que aún no han ido condenadas.

Con base en lo anterior es necesario cuestionarse sobre ¿Cómo implementar la política criminal actual para que sea realmente eficaz y evite los daños antijurídicos ocasionados por la privación injusta de la libertad?

²⁸ AGENCIA NACIONAL DE LA DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO. (Abril, 2014). Citado el 20, Octubre, 2014. Disponible en Internet: <file:///C:/Users/salas/Downloads/Esquema%20de%20decisi%C3%B3n%20adecuada%20para%20imponer%20medida%20cautelar.%20ANDJE.pdf>.

“La noción de política criminal ha sido definida por la Corte, como el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción. La jurisprudencia constitucional ha reconocido así mismo que la política criminal puede ser articulada por el Legislador a través de la expedición de normas. En este sentido indicó que: la legislación penal es manifestación concreta de la política criminal del Estado, y que la decisión política que determina los objetivos del sistema penal y la adecuada aplicación de los medios legales para luchar contra el crimen y alcanzar los mejores resultados, se plasma en el texto de la ley penal. Así mismo, se precisó que la norma penal, una vez promulgada, se independiza de la decisión política que le da origen, conservando la finalidad buscada por su redactor en el elemento teleológico de la norma.”²⁹

Según la Comisión Asesora para la Política Criminal, “la Política Criminal en Colombia se ha adoptado a partir de decisiones esencialmente reactivas y sin fundamentos empíricos sólidos. En la gran mayoría de las ocasiones dichas medidas han sido tomadas sin tener una evaluación del impacto previo y posterior; sin hacer un seguimiento de las consecuencias sobre los fenómenos de la criminalidad y la violencia, el sistema normativo; y sin contar con los operadores del sistema penal, penitenciario y carcelario.”

Esta falta de elementos suficientes (sistemas de información sólidos e integrados sobre los sistemas penales y la criminalidad) para la formulación, seguimiento y evaluación de la Política se constituye en unos de los problemas estructurales identificados por la Comisión.

Además, una adecuación de la política criminal que responda a todas las necesidades de los colombianos en términos prácticos, sería imposible de llevar a cabo, ya que existirán orbitas en las que el Estado simplemente no podrá actuar, bien sea por la falta de recursos o porque no es lo suficientemente capaz para ejercer dichas funciones.

²⁹ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-936-10 (23, noviembre, 2010). Bogotá, D.C., 2010. <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-936-10.htm>

Esta limitante no puede entorpecer la iniciativa de este proyecto, ya que consideramos que hay temas que están siendo omitidos y peor, algunos que ni siquiera se han tratado. Una implementación adecuada y eficaz de los derechos humanos con relación a la libertad, supone una mejor capacitación para todos los operadores judiciales, lo cual garantizaría en cierta medida la no violación de este derecho de manera tan frecuente. Este tema no es solo relevante por la vulneración de derechos humanos, sino por la responsabilidad patrimonial que asume el Estado a causa de estos errores judiciales, es innegable la cantidad de recursos que se destinan para las indemnizaciones por privaciones injustas de la libertad, las cuales de no cometerse, permitirían disponer mejor de estos recursos, como la implementación verdadera del sistema acusatorio en Colombia.

3. EXPLICACIÓN DE LOS REFERENTES TEÓRICOS QUE ORIENTAN LA SOLUCIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN Y SUSTENTAN LA HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN.

HIPÓTESIS

Contribuye el reduccionismo punitivo en la política criminal para reducir la violación del derecho a la libertad y evitar la reparación de perjuicios por parte del Estado como consecuencia de las privaciones injustas de la libertad.

3.1 EXPOSICIÓN DE LAS CLAVES TEÓRICAS

Se entiende por política al proceso y actividad orientada, ideológicamente, a la toma de decisiones de un grupo para la consecución de unos objetivos. A la política, entonces, debe preocuparle e interesarle el bienestar de los coasociados o integrantes de una determinada comunidad o sociedad.³⁰

La disciplina que estudia esta faceta del control social recibe, igualmente, el nombre de política criminal. Es tarea de esta disciplina, no sólo la descripción de la reacción social

³⁰ GARCÍA AQUINO, Jhonny. Política criminal en un Estado de Derecho. Citado el 26 de Octubre de 2014). Disponible en Internet: <http://expertoenderecho.blogspot.com/2010/11/concepto-de-la-politica-criminal-el.html>

contra la delincuencia, sino también determinar los lineamientos que deberían seguirse a fin de lograr una mayor eficacia.

Por esto, se ha considerado que la política criminal se presenta bajo dos aspectos, la primera como una disciplina o un método de observación de la reacción anti criminal; tal como es, efectivamente, practicada. La segunda como un arte o estrategia de lucha contra la delincuencia; elaborada a partir de los datos y enseñanzas aportados por la observación objetiva.

La política criminal es, en consecuencia, una parte de la política jurídica del Estado, la que a su vez es parte de su política general.

La Política general la ejerce el Estado quien debe atender, vigilar, salvaguardar y resguardar todos aquellos aspectos, frentes y conflictos de la vida social. Así, tenemos la política de educación, la de sanidad, la de deportes, la de infraestructura general, la de economía, y por supuesto, en el caso que nos compete, la Política Criminal.

La Política Criminal puede ser conceptuada, según la literatura que existe al respecto, bajo dos sentidos: en sentido político, se entiende 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; y en sentido académico, como aquel sector del conocimiento que tiene como objeto el estudio del conjunto de medidas, criterios y argumentos que emplean los poderes públicos para prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal.

La política criminal es, en síntesis, el conjunto de decisiones, instrumentos y reglas que orientan el ejercicio de la violencia estatal que es una coerción penal hacia determinados objetivos. Se considera que la política criminal no es una ciencia, si no, que se trata de una política o conjunto de políticas.

En Colombia la política criminal ha tenido una evolución significativa desde sus inicios y con la Comisión Asesora de Política Criminal del Estado Colombiano en el año 2011 se busca dar mayor relevancia al estudio de los fenómenos que genera la criminalidad en el país.

Si bien para muchos la política criminal en Colombia no existe hay que diferir de estas opiniones ya que el Estado cuenta con un amplio catálogo de medidas e informes relacionados con la política criminal, que dan fe de no solo su existencia, sino de su aplicación en el ámbito nacional. La política criminal en el país tiene una doble dimensión, ya que busca proteger no solo a las víctimas y velar por la materialización de sus derechos, sino que también se preocupa por los actores causantes de las conductas lesivas, esto con observancia no solo a la constitución nacional sino a un sin número de tratados internacionales ratificados por Colombia.

La crítica que se impone frente a la política criminal es primero, que no está bien regulada, porque tiene apenas un carácter consultivo que no permite que todas sus disposiciones sean vinculantes y por eso la razón de la ineficacia de algunas de las medidas propuestas por la comisión asesora. Es necesario reevaluar el alcance de las propuestas estipuladas en la política criminal, ya que si tuvieran un carácter de ley su aplicación sería más eficaz, lo que reduciría significativamente los escenarios de inobservancia.

Incluso con la puesta en marcha del decreto 2055 de 2014 que reglamenta el Consejo Superior de Política Criminal, su funcionamiento y todos los asuntos relacionados con las demás instancias técnicas que se requieran para su adecuado desarrollo, se puede evidenciar la buena fe del legislador al querer blindar y dar mayor fortaleza jurídica a la figura de la política criminal, pero estos esfuerzos son insuficientes porque aun los verbos rectores estipulados en el decreto no pasan de recomendar, asesorar, recopilar, revisar y emitir conceptos no vinculantes, que si bien quieren mejorar la actual política criminal su alcance se queda corto.

En varios pronunciamientos la Corte Constitucional ha sido enfática en las críticas frente a la política criminal, la cual ha denominado de “reactiva, populista, poco reflexiva, volátil, incoherente y subordinada a la política de seguridad”³¹, así mismo la Corte ha declarado el estado de cosas inconstitucionales en las cárceles porque “en algunas situaciones particulares el texto constitucional carece de efectividad en el plano de la realidad, tornándose meramente

³¹ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-762-15 (16, diciembre, 2015). Bogotá, D.C., 2015. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-762-15.htm>

formal. Se ha decretado al verificar el desconocimiento de la Constitución en algunas prácticas cotidianas en las que interviene la Administración, y en las que las autoridades públicas, aún al actuar en el marco de sus competencias legales, tejen su actividad al margen de los derechos humanos y de sus obligaciones constitucionales, en relación con su respeto y garantía.”³². Esto tiene como fin llamar la atención sobre el grave hacinamiento carcelario por el que atraviesa el país, y como el populismo punitivo ha contribuido a este.

3.2 EXPLICACIÓN DE LAS FISURAS EPISTÉMICAS

Establece la Doctora María Angélica Sánchez Álvarez que los errores judiciales en ordenamientos como el colombiano se deben en ocasiones al error o equivocación en el que incurren jueces de la república quienes son los encargados de la administración de justicia, se aclara que existen vacíos normativos que llevan a la violación de derechos fundamentales y a la seguida responsabilidad del estado.³³

Se constituirá error judicial en aquellas decisiones que contradigan lo establecido por el ordenamiento jurídico en el que se busca la solución de determinadas controversias y en las que terminan viéndose afectados derechos fundamentales de personas, en este caso específico el derecho de la Libertad de las personas.

Se determina que la ineficacia de la política criminal colombiana con lo referente a detenciones preventivas de la libertad cuando en realidad no se ha podido demostrar la culpabilidad de indiciados, imputados y en general toda persona que se encuentre inmersa en procesos judiciales, y que terminan exponiendo a estas personas a violaciones arbitrarias e injustas de derechos básicos y fundamentales inherentes a todos los seres humanos.

³² COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-762-15 (16, diciembre, 2015). Bogotá, D.C., 2015. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-762-15.htm>

³³SANCHEZ ÁLVAREZ, María Angélica. Responsabilidad del Estado por la administración de justicia. Citado el 26 de Octubre de 2014). Disponible en Internet: http://portalweb.ucatolica.edu.co/easyWeb2/files/54_4208_estudios-dic-2009-sanchez-alvarez-.pdf

Estos errores judiciales constituyen graves violaciones al DIH y a principios establecidos en la constitución nacional, componen injusticias que generan responsabilidades económicas por parte del estado, desgaste en el sistema judicial, genera un mayor hacinamiento en las cárceles y todo esto sin contar los perjuicios físicos y morales a los que se pueden ver expuestas estas personas a las que se les viole el derecho primario de la libertad y sus familias quienes terminan siendo víctimas secundarias de los errores judiciales de la administración de justicia.

Es necesario dar cumplimiento estricto a criterios legales y jurisprudenciales ya determinados, que derivan en errores judiciales, porque debido a estos incumplimientos se conceptúa una fisura en el estudio de nuestro objeto de investigación y no permite que funcione correctamente el aparato judicial y su cometido de administrar justicia de manera eficaz, considerada y justa.

Se hace importante resaltar la importancia de generar espacios de concertación entre jueces y fiscales, incluidas todas las partes y organismos que se ven anegados durante el proceso penal, igual que la capacitación continuada de los mismos para así lograr determinar que fallas se generan por parte del estado en sus órganos de administración de justicia y con esto evitar la transgresión de valores tan importantes como la libertad de las personas.

3.3 DESCRIPCIÓN DE LA BRECHA METODOLÓGICA O PROCEDIMIENTO JURÍDICO.

La importancia del reduccionismo punitivo, surge como una herramienta fundamental que no solo llevará a que el sistema carcelario se descongestione en un mínimo porcentaje, disminuirá el número de demandas a las que se ve expuesto el Estado día a día, sino que también podría contribuir a disminuir las condenas injustas que privan de la libertad a personas por errores de la función judicial que afectan su integridad como persona y sujeto de derechos.

La teoría del minimalismo o reduccionismo punitivo ha expuesto un concepto de pena de clara inspiración liberal, que constituye uno de los más acabados esfuerzos contemporáneos desde esta posición. Según ese concepto, la pena solo debiera intervenir en delitos muy graves, que comprometan intereses generales y en los que, de no hacerlo se correría el peligro

de una venganza privada ilimitada. ³⁴De este modo el poder punitivo estaría siempre junto al más débil, esto quiere decir el autor en la pena.

Alessandro Barata, en “criminología crítica”³⁵, especifica que la estrategia de la despenalización significa la institución de las sanciones penales por formas de control no estigmatizantes y que fueran más bien de manera administrativas o civiles y que el comienzo de otros procesos de socialización del control de la desviación.

La estrategia de la despenalización significa la apertura de mayores espacios de aceptación social. Para cumplir este objetivo se busca llegar a medidas alternativas como suspensión condicional de la pena y libertad condicional, por la introducción de formas de ejecución de la pena detentiva, extensiones a permisos y una nueva evaluación del sistema carcelario.

Para Luigi Ferrajoli, el derecho penal mínimo tutela derechos fundamentales; el fin general del derecho penal es definido como la minimización de la violencia de la sociedad, esto por medio de la ley penal, previniendo su parte prohibitiva y mediante la razón de la fuerza manifestada en la venganza y demás acciones informales.

CAPÍTULO 2 APLICACIÓN Y EXPLICACION DEL MÉTODO DELPHI

El presente proyecto, fundamentado en el paradigma socio-crítico, tiene un enfoque socio-jurídico y es de tipo descriptivo-analítico-interpretativo, para lo cual se han efectuado consultas bibliográficas y desarrollo de un trabajo de campo.

La metodología aplicada en el desarrollo de esta investigación es el método Delphi, la importancia de este método es responder una serie de interrogantes por medio de cuestionarios individuales dirigidos a especialistas en el campo del Derecho Penal. Para obtener información la misma, que nos permita avanzar en busca de la respuesta del problema

³⁴ SIERRA, Hugo Mario. SALVADOR CANTARO, Alejandro. Lecciones de derecho penal. Bogotá D.C. 1990.

³⁵ BARATA, Alessandro. Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal. Buenos Aires. 2004.

de investigación. La selección de los especialistas en el campo penal surgió de un grupo selecto del grupo social y familiar de los investigadores.

Esta investigación es de carácter cualitativo el cual permite analizar las diversas variables que se establecen mediante entrevistas y observación de análisis de las mismas. El objeto de esta investigación es la libertad personal, que según la unidad de análisis se refiere a errores judiciales que conllevan a privaciones injustas de este derecho. Dentro de la investigación hay tres categorías la primera son privaciones injustas, que se presentan con la violación de garantías procesales, omisión de derechos y errores judiciales, la segunda es la libertad concedida que es aquella garantía otorgada por la ley hacia las personas que fueron vulneradas al ser privadas injustamente y por último la responsabilidad del Estado originada por fallas en la aplicación de la función judicial lo que lleva a responder por el daño antijurídico ocasionado.

El objetivo general de esta investigación es analizar el problema del reduccionismo punitivo como política criminal para evitar la privación cautelar de la libertad y la relación con la privación injusta de la libertad minimizando la violación de este Derecho, que es ocasionado por los errores en la función judicial del Estado, y que de la misma manera se reduzcan los casos en donde se estructura la responsabilidad del Estado por los perjuicios causados.

2.1 APLICACIÓN METODO DELPHI

Siendo la libertad unos de los pilares, principios, valores y fundamentos en el cual se sustenta la construcción política y jurídica del Estado Social de Derecho y además siendo un Derecho fundamental que se consagra desde el preámbulo de la Carta Política de 1991 y que en su artículo 28, tal como se ha referido a este la Corte Constitucional en las sentencias C-774-01 y la C-580-02, este articulo representa la cláusula general del derecho a la libertad personal y en él se reconoce de manera clara y expresa que toda persona es libre.³⁶

³⁶ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-774-01 (25, julio, 2005). Según consideraciones de la Corte, la libertad personal, principio y derecho fundante del Estado Social de Derecho. Bogotá, D.C, 2001. expediente D- 3271. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-774-01.htm>

Junto con las disposiciones nacionales sobre la libertad, existen a nivel internacional una serie de tratados y convenios que consagran este derecho, de esta manera ambas se armonizan para estructurar su reconocimiento y protección. Sin embargo, debe entenderse que la libertad no es un derecho absoluto y por ello se admite una precisa y estricta limitación de acuerdo con el fin social del Estado.

Con base en el informe realizado por la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado se evidencia una grave vulneración a la libertad de las personas cuando estas han sido privadas injustamente, ya que se determina que durante el proceso penal la persona no cometió el delito o la conducta no está tipificada; cuando la administración de justicia no opera de manera diligente al momento de valorar los elementos materiales probatorios o cuando el proceso precluye, siendo esta la causa más frecuente por la cual las personas recobran la libertad.

Ante esta situación se reconoce la falta de solidez investigativa tanto de la fiscalía como de la policía judicial ya que en muchos casos se vinculan a las personas en un proceso penal sin mayores fundamentos legales lo que causa un daño antijurídico a los procesados. Además, se hace evidente la vulneración del principio de presunción de inocencia, el cual debe prevalecer como norma general y no excepcional durante todo el proceso hasta que el ente acusador logre desvirtuarlo, ya que la medida privativa de la libertad debe ser el último recurso al cual se debe acudir.

Es necesario valorar la aplicabilidad del reduccionismo punitivo en la política criminal para así determinar qué aspectos de ésta deben prevalecer en la acción judicial de Estado. Para contextualizar esta problemática fue imperativo recurrir al método Delphi³⁷ de investigación puesto que es el más adecuado para estudiar y dar solución a esta situación, para esto fue imprescindible contar con la asesoría de cinco abogados penalistas que con su experiencia dieron las directrices para dar una posible respuesta o solución al problema investigado.

³⁷ El Método Delphi es un programa cuidadosamente elaborado, que sigue una secuencia de interrogaciones individuales a través de cuestionarios, de los cuales se obtiene la información que constituirá la retroalimentación para los cuestionarios siguientes

En la numerosa jurisprudencia proferida por el honorable Consejo de Estado se evidencia las constantes irregularidades en las que incurre la administración de justicia al momento de vincular personas a procesos penales y por eso consideran valido replantear los actuales sistemas de aplicación penal ya que atentan contra derechos y garantías constitucionales y procesales.

La rama penal es considerada la especialidad del derecho donde más se vulneran garantías procesales y constitucionales ya que desde allanamientos, interceptaciones telefónicas, recolección de pruebas y demás, implican para los asociados ceder una porción de derechos que termina por generar en menor o mayor proporción un daño antijurídico. Si bien ni los doctrinantes ni los juristas han logrado determinar la certeza de la afirmación de si las personas están obligadas o no a soportar la carga que impone el Estado para investigar un hecho, la realidad es que cuando esta carga es injusta y por demás arbitraria el Estado debe reparar a la víctima de manera integral.

Las más de 266.000 demandas que cursan contra el Estado por privaciones injustas de la libertad, dan cuenta de la problemática por la que atraviesa la administración de justicia, no solo por el perjuicio ocasionado a las víctimas, sino por el detrimento patrimonial del Estado que se ve obligado a pagar grandes sumas de dinero, tanto por daños materiales e inmateriales, además de generar congestión adicional en la rama judicial. Aunque el Consejo de Estado en sentencia de unificación del año 2014 determino un margen de indemnización en el que los operadores judiciales tienen un aspecto discrecional para determinar los rangos de reparación, estos no son de imperativo cumplimiento.

Es menester de todo Estado Social de Derecho velar por la protección de derechos fundamentales no solo consagrados en su ordenamiento interno si no ratificados también internacionalmente ya sea por convenios o tratados. Debido a la protección especial de la que goza la libertad personal de todos los asociados es necesario hacer un análisis cuando esta es limitada de manera bien sea ilegal o ilícita lo que configura una violación de garantías procesales y constitucionales generando un daño jurídico. Una vez una persona se ve vinculada a un proceso penal desde principio a fin se le debe garantizar la presunción de inocencia y la regla general seria que solo fuera cobijado con medida de aseguramiento cuando fuese oído y vencido en juicio por un juez natural e imparcial, por el contrario en

Colombia la regla general parece ser la excepción ya que casi el 30% de las personas privadas de la libertad están bajo la condición de imputados, lo que desvirtúa por completo la presunción de la que goza todas las personas. Cuando se ha determinado que ha ocurrido una privación injusta de la libertad y la persona luego de pasar determinado tiempo en un centro de reclusión es liberada, ya sea por preclusión que es la causa más frecuente o por sentencia absolutoria, se genera frente al Estado una obligación de reparar de manera integral a las víctimas de este daño antijurídico, el Estado debe responder por las fallas en la administración de justicia que desencadenaron esa privación injusta sin importar su origen o el autor, estas reparaciones están estimadas tanto de manera material como de manera inmaterial dependiendo del grado de afectación.

Si bien la función de reparación del Estado está guiada por lineamientos establecidos por altas cortes en particular el Consejo de Estado sección tercera, jamás la compensación monetaria será elemento suficiente para restaurar el orden natural a la persona víctima de este perjuicio.

A fin de dar claridad al tema que se está tratando, fue necesario acudir al método Delphi ya que es el que mejor se adecua a esta problemática. Para realizarlo fue necesario hacer una selección exclusiva de 5 abogados especialistas en el área penal, que es donde tienen origen los errores judiciales que conllevan a privaciones injustas de la libertad. Este grupo selecto surgió del grupo social y familiar de los investigadores lo que facilitó en cierta medida la recolección de información. El Robinson Sanabria Baracaldo docente procesal penal en la Universidad Libre de Colombia sede Bosque Popular que además es abogado litigante y ex funcionaria de la Fiscalía General de la Nación. Doctor Octavio Carrillo que se desempeña también como de la Universidad Libre de Colombia sede Bosque popular en la materia de tutela penal y que actualmente ejerce funciones como honorable Juez de la República. El doctor Carlos Ubaté, también docente área de procesal penal de la Universidad libre de Colombia sede Bosque Popular El doctor Hernán Jiménez abogado penalista y actual docente de procesal penal en la Universidad Sergio Arboleda El doctor Joselyn Gómez Pico que se desempeña como Juez Penal de la República. Y por último la doctora Gyobana Peña Torres de profesión abogada que ejerce funciones de defensora pública. Frente a los dos últimos especialistas vale la pena aclarar que al momento de realizada la entrevista se

encontraban en un programa de protección por lo que el acceso a la Información fue limitada por factores de seguridad.

La primera ronda estaba constituida por un número de 10 preguntas de opción abierta y se desarrolló de la siguiente manera:

1. ¿Qué se considera una privación injusta de la libertad?
2. ¿Cuáles son los errores más frecuentes que conllevan a privaciones injustas de la libertad?
3. ¿Cuáles son las consecuencias de las privaciones injustas de la libertad?
4. ¿Considera que la política criminal actual es la adecuada?
5. ¿Cómo se determina la responsabilidad patrimonial del Estado frente a una privación injusta de la libertad?
6. ¿Por qué aún se siguen aplicando las disposiciones del artículo 414 de la Ley 270 de 1991, si se encuentra derogado?
7. ¿Podría hablarse de una “inacción” del Estado ya que en el informe que presentó la Agencia Nacional para la defensa jurídica del Estado, se determinó que la principal razón por la que las personas privadas injustamente obtienen la libertad es por preclusión del proceso y no por un fallo absolutorio?
8. ¿Considera que tantos errores en el momento de decretar una medida de aseguramiento responden en algún punto a la mentalidad carcelaria de la sociedad?
9. ¿Considera usted que el estado está cumpliendo a la hora de responder de manera integral a las víctimas?
10. ¿Qué posibles soluciones podrían ser tenidas en cuenta para mitigar este problema?

En la segunda ronda de entrevistas se destacaron las diferencias entre los resultados, y fue posible evidenciar el aspecto subjetivo en las respuestas de los penalistas, ya que en muchos casos según su posición laboral era factor decisivo al momento de responder.

La mayor diferencia que se rescató de la primera entrevista, es que para unos especialistas la política criminal en Colombia no existe, ya que no hay lineamientos claros que la evidencien y las autoridades desconocen por completo los alcances funcionales de la misma. En otros casos consideran que si existe, pero que es insuficiente su aplicación por parte de los

servidores públicos, debido a que presenta innumerables errores que dificultan su ejecución. Bien sea por falta de capacitación o el sesgo y dogmático. Otra diferencia sustancial reposa en la reparación del Estado, algunos considera que el Estado cumple a la hora de reparar a las víctimas de este daño antijurídico aunque cualquier reparación en poca frente a tal vulneración de derechos. Pero por otro lado algunos consideran que no se está cumpliendo con la función reparadora del Estado, ya que no es eficaz el esfuerzo que realizan las autoridades para compensar falencias la administración de justicia.

Frente a la concepción "carcelera" que pueden tener algunos servidores públicos al momento de administrar Justicia en nombre del Estado, algunos afirman que este fenómeno es más usual de lo que se cree ya que muchos jueces están bajo la presión mediática que en muchos casos termina siendo un "factor auxiliar" de interpretación y ciñen sus pensamiento con base en condiciones sociales transitorias Para otros no es correcto hacer ese tipo de afirmaciones ya que ellos los jueces están bien capacitados en su juicio valorativo podrían separar perfectamente lo subjetivo de lo objetivo.

2.2 EXPLICACIÓN RESULTADOS DE LA APLICACIÓN DEL MÉTODO DELPHI

Con base en los resultados obtenidos de la aplicación del método Delphi, y luego de realizadas las tres rondas de entrevistas a los cinco especialistas en Derecho Penal se concluye que la actual política criminal en Colombia presenta graves falencias que impiden el normal ejercicio de la administración de justicia.

Si bien el método Delphi permite obtener un panorama general de la situación problemática gracias a una serie de preguntas que garantizan la imparcialidad en las respuestas de los panelistas; se evidencia un alto contenido subjetivo por parte de los entrevistados lo que en algún punto del análisis sesga los resultados dificultando la respuesta objetiva del problema.

La actual política criminal en Colombia está fundamentada en tres aspectos primordiales los cuales son criminalización primaria, criminalización secundaria y criminalización terciaria. La primera se refiere a la fase legislativa, la segunda, y sobre la que se concentraran esfuerzos para dar respuesta a la pregunta de investigación, que hace referencia a la determinación de

un individuo como responsable de un crimen ya establecido por la ley, de manera más precisa se habla sobre el proceso de judicialización o investigación criminal. El último tipo de criminalización centrado en la ejecución y cumplimiento de la sanción penal por parte de una persona declarada responsable de un crimen, que es la fase de ejecución penitenciaria.

Enfocados en la criminalización secundaria donde yacen los principios de la política criminal que podrían jerarquizarse para aplicarlos en la acción judicial del Estado colombiano y teniendo como fundamento lo extraído de las respuestas dadas por los especialistas se puede determinar en primera medida que ante un proceso penal la protección a garantías procesales y constitucionales debe ser siempre la guía de las autoridades judiciales ya que en ningún momento pueden desconocer la obligatoriedad de aplicación de estas medidas no solo porque estarían inobservando lo consagrado en el ordenamiento interno sino además por que estarían pasando por alto disposiciones internacionales ratificadas por el Estado colombiano que le impone la obligación de cumplimiento con el fin de evitar posibles reproches internacionales y más importante aún mitigar el incremento de demandas internacionales que presentan los asociados en tribunales supranacionales donde se compromete la responsabilidad del Estado.

Con referencia a los aspectos de la política criminal que deben jerarquizar en la función judicial del Estado y tras el cotejo de información recaudada se obtuvieron los siguientes resultados:

- Presunción de inocencia: Tal como lo enuncia la Corte Constitucional en sentencia C-289 de 2012 “El derecho fundamental a la presunción de inocencia, recogido en el artículo 29 constitucional, significa que cualquier persona es inicial y esencialmente inocente, partiendo del supuesto de que sólo se puede declarar responsable al acusado al término de un proceso en el que deba estar rodeado de las plenas garantías procesales y se le haya demostrado su culpabilidad.”³⁸
- Non bis in ídem: “El derecho fundamental a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho, pretende asegurar que los conflictos sociales que involucran consecuencias de tipo sancionatorio no se prolonguen de manera indefinida, además de evitar que un

³⁸ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 289 de 2012 (18, abril de 2012). <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-289-12.htm>

mismo asunto obtenga más de una respuesta de diferentes autoridades judiciales, en procesos que tengan identidad de sujeto, objeto y causa, siendo su finalidad última la de racionalizar el ejercicio del poder sancionatorio en general, y especialmente del poder punitivo. Por eso, no solo se aplica a quien está involucrado en un proceso penal, sino que en general rige en todo el derecho sancionatorio (contravencional, disciplinario, fiscal, etc.), pues el artículo 29 dispone que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, y el non bis in ídem hace parte de los derechos que se entienden asociados al debido proceso.”³⁹

- Indubio Pro Reo: “El proceso penal es un instrumento creado por el Derecho para juzgar, no necesariamente para condenar. También cumple su finalidad constitucional cuando absuelve al imputado. Es decir, a éste le asiste en todo momento la presunción de inocencia y el derecho de defensa, consecuencia de lo cual se impone el in dubio pro reo, que lleva a que mientras exista una duda razonable sobre la autoría del delito y la responsabilidad del imputado, éste acorazado con la presunción de inocencia debe ser absuelto.”⁴⁰
- No autoincriminación: “El imputado tiene derecho a no declararse culpable (declarar contra sí mismo) y a que no se obligue a rendir declaración alguna y que si la rinde la misma se ajuste a las disposiciones constitucionales, que le garantizan el efectivo ejercicio de derecho de su defensa.... Los derechos que en materia penal, le reconoce la Constitución Política al imputado, también se extienden, como ya se ha indicado en otras oportunidades, al proceso sancionatorio, en lo que resulte aplicable de acuerdo con su naturaleza. Por otra parte, no es posible deducir, de la disposición 36, ni siquiera en materia penal, un derecho fundamental del imputado a mentir en el proceso. Por el contrario, tal y como se ha venido indicando, el alcance de la garantía

³⁹ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 521 de 2009 (4, agosto de 2009). <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-521-09.htm>

⁴⁰ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 782 de 2005 (28, julio de 2005). <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2005/C-782-05.htm>

en cuestión se circunscribe al derecho de no declarar, de no ser obligado a ello, y al de no confesarse culpable.”⁴¹

- Juez natural: “La jurisprudencia ha puntualizado que la garantía del juez natural tiene una finalidad más sustancial que formal, habida consideración que lo que protege no es solamente el claro establecimiento de la jurisdicción encargada del juzgamiento previamente a la comisión del hecho punible, sino la seguridad de un juicio imparcial y con plenas garantías para el procesado. La Corte ha tenido oportunidad de hacer énfasis en que el respeto al debido proceso en este campo, concretado en el principio de juez natural, implica la garantía de que el juzgamiento de las conductas tipificadas como delitos será efectuado, independiente de la persona o institución en concreto, por los funcionarios y órganos que integran la jurisdicción ordinaria.”⁴²
- Defensa técnica y material: “La Corte ya ha tenido ocasión de referirse a la importancia y características de la defensa técnica en materia penal, para advertir que hace parte del núcleo esencial del debido proceso, cuyo propósito no es otro que ofrecer al imputado el acompañamiento y la asesoría de una persona con los conocimientos especializados para la adecuada gestión de sus intereses.”⁴³

Los anteriores aspectos descritos fueron el resultado de las respuestas dadas por los entrevistados ya que consideran que si bien estas disposiciones están presentes en el ordenamiento interno aún se presenta muchas falencias al momento de aplicarlas e incluso existen casos en los que se pasa por alto completamente. La actual política criminal debe reevaluarse no solo para detectar fallas en la aplicación del sistema penal si no para crear una conciencia en los administradores judiciales sobre la primacía de valores que le son inherentes a los seres humanos, para esto es necesario considerar implementar una mejor

⁴¹ COSTA RICA, SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 406 de 1994. <http://sitios.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/Constitucion%20Politica/Sentencias/1994/94-00406.htm>

⁴² COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 200 de 2002 (19, marzo de 2002). <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-200-02.htm>

⁴³ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 069 de 2009 (10, febrero de 2009). <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-069-09.htm>

capacitación con el fin de disminuir las posibilidades de afectar garantías constitucionales y procesales de los ciudadanos.

Si bien lo establecido no solo a nivel nacional sino también internacional, da un valor superior a la libertad frente a otros derechos, y este solo es superado por el derecho a la vida, la libertad es necesario concebirla desde un punto de vista integral y jamás independiente, que por conexidad vincula otro catálogo de garantías. Con el recorrido histórico de los orígenes de la libertad se hace evidente la importancia de garantizarla por sobre cualquier cosa, excepto cuando haya en su contra un mandato legal emitido por autoridad competente, lo que configura la última medida a la que de acudir el operador judicial como medio de protección de los bienes jurídicos tutelados de todos los asociados.

Es obligación del Estado desvirtuar la presunción de inocencia de la que gozamos todos los seres humanos y solo lo lograra realizando un juicio valorativo no solo de las pruebas, testimonios, contextos sociales, sino de la correcta aplicación de las medidas dispuestas para la conservación del orden estatal.

Cualquier persona sometida a un proceso penal debe gozar de principio a fin de las garantías procesales y constitucionales que en ningún momento deben ser suspendidas o desconocidas; el Estado al ser el soberano tiene como obligación velar por la protección de todos los individuos incluso si estos actuasen en contravía a los fines esenciales de este, ya que a partir de una nueva concepción del derecho penal que busca ser más garantista, las personas privadas de la libertad deben gozar de igual protección de derechos, esto en concordancia con la función de los derechos humanos, innumerablemente descritos en cientos de tratados internacionales. Esta nueva concepción abrió los medios idóneos para permitir un acceso a la justicia más equitativo sin importar si se es el infractor, porque se parte de que todos somos seres humanos y merecemos un trato digno y justo.

Con un nuevo orden social tan garantista no se quiere en ningún momento menoscabar los derechos de afectados por determinadas conductas tipificadas, al contrario, se busca generar un escenario de controversia justo donde diverjan las distintas opiniones que defiendan un punto u otro.

Al igual que muchas actividades realizadas por el hombre, está en particular no está exenta de errores, ni de juicios subjetivos de valoración que desdibujen el fin objetivista del derecho penal, lo que ocasiona un sin número de errores que terminan por afectar de manera

considerable a los asociados, el objetivo de este trabajo es determinar dónde y porqué se comenten estos errores y los más importante aún es lograr generar un conciencia sobre el tema y así desarrollar políticas públicas que ataquen esta problemática.

CAPITULO 3 CONCLUSIONES Y PROPUESTA

Para dar respuesta al interrogante que originó esta investigación, fue necesario realizar un trabajo de campo, el cual arrojó como resultado, la jerarquización de principios en la política criminal que deben ser aplicados en la función judicial del Estado, tales principios son: presunción de inocencia, non bis ibídem, indubio pro reo, no autoincriminación y defensa técnica y material. “El ordenamiento jurídico colombiano supone una jerarquía normativa que emana de la propia Constitución. Si bien ella no contiene disposición expresa que determine dicho orden, de su articulado puede deducirse su existencia, así no siempre resulte sencilla esta tarea”⁴⁴. Como ya se evidenció en el capítulo anterior con la exposición del trabajo de campo, estos principios si bien se encuentran regulados en la normatividad nacional, y están ampliamente reconocidos por cientos de instrumentos internacionales, requieren por parte de los operadores judiciales una mayor observancia, pero como ya se ha expuesto anteriormente, se pasan por alto, haciendo que esa inobservancia se concrete en errores de la administración de justicia y se materialicen en la violación de derechos fundamentales, tal como la libertad, que es el que nos ocupa esta investigación

“Del preámbulo y de otros preceptos constitucionales se deriva la consagración de la libertad como un principio sobre el cual reposa la construcción política y jurídica del estado y como derecho fundamental, dimensiones que determinan el carácter excepcional de la restricción a la libertad individual. La efectividad y alcance de este derecho se armoniza con lo dispuesto en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, por medio de

⁴⁴ COLOMBIA, CORTE COSNTITUCIONAL. Sentencia C-037-00 (26, enero, 2000). <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-037-00.htm>

los cuales se estructura su reconocimiento y protección, a la vez que se admite una precisa y estricta limitación de acuerdo con el fin social del Estado.”⁴⁵

Son numerosos los pronunciamientos de la Corte Constitucional con relación al derecho a la libertad, y a su carácter fundamental en el ordenamiento jurídico. Este derecho por si solo constituye la cláusula para la realización del individuo en sociedad, y dada esta relevancia jurídica no solo a nivel nacional sino también internacional, es que es necesario garantizar su protección.

La protección al derecho a la libertad no debe cesar o disminuir en ningún momento, pero debe entenderse que este derecho no es absoluto, y que puede limitarse en eventos excepcionales previamente establecidos por el legislador. En Colombia estas disposiciones están consagradas en el artículo 28 constitucional que establece “Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley. La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que este adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley. En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.”⁴⁶

Si bien en muchos de los procesos que se adelantan por privaciones injustas de la libertad contra el Estado, se puede evidenciar que el artículo 28 constitucional anteriormente expuesto es cumplido por parte de los funcionarios judiciales, se ha podido determinar que en los demás casos hay otros errores que son igualmente atribuibles al Estado, lo que configura su responsabilidad patrimonial ante una eventual demanda por fallas en la administración de justicia. Como ya se ha expuesto en capítulos anteriores tales fallas se ven reflejadas en demandas contra el Estado por; ausencia de razones para vincular al procesado, violaciones al debido proceso, falencias con la presunción de inocencia e indubio pro reo, error en la

⁴⁵ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-163-08 (20, febrero, 2008). <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2008/C-163-08.htm>

⁴⁶ COLOMBIA CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Artículo 28 (1991)

indagación por participación del sujeto, error en la valoración de los elementos de prueba, falta de elementos de prueba, atipicidad, entre otras.

Para entender este fenómeno, es necesario comprender el contexto jurídico en el que se encuentra Colombia en el ámbito penal, ya que al pasar de un sistema inquisitivo (del cual se conservan muchos elementos), a uno acusatorio, lo que se busca principalmente es reducir los tiempos en los que se desarrolla la administración de justicia, haciendo que el aparato judicial no solo sea procesalmente económico, sino que más célere. Las evidencias demuestran que aun con toda la maquinaria dispuesta para atender el sistema penal, los esfuerzos han sido suficientes ya que el sistema se encuentra desbordado por el significativo número de procesos que se adelantan. Una de las alternativas para mitigar esta problemática es el reduccionismo punitivo que sugiere la posibilidad de ir despenalizando conductas, conductas que por su categoría poco lesiva, no merecen tener ese calificativo, pero esta teoría debe ser analizada con minuciosidad, ya que no se puede atentar contra la seguridad jurídica de la sociedad. El propósito del derecho penal es que sea de la menor intervención posible, y en ese orden de ideas se deberían condenar solo las conductas que en efecto causen un gran daño a la sociedad, esto con el fin de propiciar la ampliación de los derechos y garantías. Esto puede ser entendido porque muchas de las conductas que ingresan a la órbita del derecho penal, responden más a un populismo punitivo que a una verdadera necesidad de contrarrestar los daños producto de esos comportamientos. El problema se evidencia además en que ante cualquier vacío jurídico, la respuesta inmediata es llenarlo con una norma, en vez de considerar otros mecanismos. Es fácil deducir entonces que ante mayor cantidad de delitos, mayor cantidad de procesos, esto satura tanto el sistema como a los funcionarios, los cuales al tener una carga excesiva de casos no pueden dedicar el tiempo adecuado, lo que hace que en muchos casos se cometan errores, algunos de tal gravedad que terminan por enviar a una persona inocente a la cárcel.

3.1 PRINCIPIOS PRIVILEGIADOS

De los resultados obtenidos a lo largo de toda la investigación fue necesario extraer los principios que debían ser privilegiados en el ordenamiento jurídico, esto con el fin de reducir los errores en la administración de justicia que causan privaciones injustas de la libertad.

Acorde con lo anterior para garantizar la no vulneración del derecho a la libertad y teniendo en cuenta la jerarquización de principios mencionados al inicio de este capítulo, a continuación se desarrollaran de forma amplia y suficiente.

1- Principio de presunción de inocencia:

Este principio tiene la denominación de derecho fundamental y está consagrado en la Constitución nacional en su artículo 29, es un derecho que según refiere la Corte Constitucional “es un derecho absoluto no sujeto a ponderación”⁴⁷

“Este postulado cardinal de nuestro ordenamiento jurídico, no admite excepción alguna e impone como obligación la práctica de un debido proceso, de acuerdo con los procedimientos que la Constitución y la ley consagran para desvirtuar su alcance. La presunción de inocencia en nuestro ordenamiento jurídico adquiere el rango de derecho fundamental, por virtud del cual, el acusado no está obligado a presentar prueba alguna que demuestre su inocencia y por el contrario ordena a las autoridades judiciales competentes la demostración de la culpabilidad del agente. Este derecho acompaña al acusado desde el inicio de la acción penal (por denuncia, querrela o de oficio) hasta el fallo o veredicto definitivo y firme de culpabilidad, y exige para ser desvirtuada la convicción o certeza, más allá de una duda razonable, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el acusado. Esto es así, porque ante la duda en la realización del hecho y en la culpabilidad del agente, se debe aplicar el principio del in dubio pro reo, según el cual toda duda debe resolverse en favor del acusado.”⁴⁸

El principio sub examine también se halla receptado, en forma expresa, por diversos tratados de derechos humanos, como en el artículo 8 numeral 2 de la Convención Americana sobre

⁴⁷ TISNÉS PALACIO, Juan Sebastián. Presunción de inocencia: principio constitucional absoluto. En: Revista Ratio Juris. Enero-junio 1012. Vol. 7 N° 14 p.1.

⁴⁸ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-744-01 (25, julio, 2001). <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-774-01.htm>

Derechos Humanos en donde establece que “toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”, el artículo 14 numeral 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que “toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”, el artículo 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre “se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable” y el artículo 11 numeral 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos dice que “toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad”. Como se puede evidenciar, éste principio está consagrado en una innumerable serie de tratados, los cuales Colombia los ha adoptado y son parte del bloque de Constitucionalidad.

En conclusión el principio de presunción de inocencia está consagrado en el constitucionalismo colombiano como un derecho fundamental con arraigo expreso en la Constitución y el derecho internacional, del que se derivan importantes garantías para la persona sometida a proceso penal, como son que nadie puede considerarse culpable, a menos que se haya demostrado la responsabilidad mediante proceso legal, fuera de toda duda razonable, que la carga de la prueba acerca de la responsabilidad recae sobre la acusación; y que el trato a las personas bajo investigación por un delito, debe ser acorde con este principio.

2- Non bis in ídem:

El principio non bis in ídem se encuentra consagrado en el artículo 29 inciso 4 de la Constitución Política. En él se establece que “quien sea imputado tiene derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”⁴⁹. Este postulado se fundamenta, según lo ha establecido la jurisprudencia de la corte en los principios de seguridad jurídica y la justicia material.

Así lo destacó desde la sentencia T-537 de 2002, la Corte sostuvo que: “Este principio implica que el Estado se halla legitimado para imponer, luego de los procedimientos legales

⁴⁹COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-121-12 (22, febrero, 2001). <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-121-12.htm>

respectivos, sanciones penales o disciplinarias cuando demuestre la ocurrencia de delitos o de faltas y concurra prueba que acredite la responsabilidad de quienes en ellos intervinieron pero que una vez tomada una decisión definitiva sobre el hecho constitutivo del delito o de la falta y sobre la responsabilidad o inocencia del implicado, no puede retomar nuevamente ese hecho para someterlo a una nueva valoración y decisión. En virtud de ese principio, cualquier persona cuenta con la seguridad de que las decisiones definitivas que se han proferido en los procesos tramitados en su contra, con miras a establecer su responsabilidad penal o disciplinaria, realizan la justicia en cada caso particular e impiden que los mismos hechos puedan ser objeto de posteriores debates. Por ello se dice que el principio non bis in ídem es una manifestación de la seguridad jurídica y una afirmación de la justicia material.”⁵⁰

En cuanto al alcance de este derecho, en desarrollo de la interpretación constitucional del artículo 29 de la Carta, la Corte ha identificado el principio non bis ibídem como un derecho fundamental de aplicación inmediata, que hace parte del debido proceso, que protege a cualquier sujeto activo de una infracción de carácter penal, disciplinario, o administrativo mediante la prohibición de dos o más juicios y sanciones por un mismo hecho. La función que cumple el non bis in ídem, ha dicho la Corte, radica en “evitar que el Estado, con todos los recursos y poderes a su disposición, trate varias veces, si fracasó en su primer intento, de castigar a una persona por la conducta por él realizada, lo cual colocaría a dicha persona en la situación intolerable e injusta de vivir en un estado continuo e indefinido de ansiedad e inseguridad. Por eso, éste principio no se circunscribe a preservar la cosa juzgada sino que impide que las leyes permitan, o que las autoridades busquen por los medios a su alcance, que una persona sea colocada en la situación descrita. De ahí que la Constitución prohíba que un individuo sea “juzgado dos veces por el mismo hecho.” Sin embargo, la jurisprudencia ha reconocido al principio del non bis in ídem un espectro mayor, al admitir que no es solo una prohibición dirigida a las autoridades judiciales con el fin de impedir que una persona ya juzgada y sentenciada, vuelva a ser investigada y/o juzgada por la misma conducta. Ha dicho que es también un derecho fundamental que el legislador debe respetar. De manera que una norma legal viola este derecho cuando permite que una persona sea objeto de múltiples

⁵⁰ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-537-02 (15, julio, 2002). <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-537-02.htm>

sanciones, o juicios sucesivos, por los mismos hechos, ante una misma jurisdicción. La seguridad jurídica y la justicia material se verían afectadas, no sólo en razón de una doble sanción, sino por el hecho de someter a una persona a juicios sucesivos por el mismo hecho. Al interpretar el alcance de la garantía constitucional, la jurisprudencia colombiana ha precisado que un mismo supuesto fáctico puede eventualmente llevar a dos consecuencias negativas para la misma persona, pero advirtió que se vulnera el non bis in ídem cuando se presenta una triple identidad (objeto, causa y persona) en las dos imputaciones.

“El non bis in ídem como principio fundamental está inmerso en la garantía constitucional de la legalidad de los delitos y de las sanciones, puesto que su efectividad está ligada a la previa existencia de preceptos jurídicos de rango legal que determinen con certeza los comportamientos punibles. De esta forma, dicho postulado se constituye en un límite al ejercicio desproporcionado e irrazonable de la potestad sancionadora del Estado”⁵¹

3- In dubio pro reo:

El principio in dubio pro reo constituye una regla de valoración de la prueba, dirigido al Juez o Tribunal sentenciador para que atemperen la valoración de la prueba a criterios favorables al acusado, cuando su contenido arroje alguna duda sobre su virtualidad inculpatoria. Y ello, porque, resulta menos gravoso para la sociedad, la libertad de cargo de un culpable que la condena de un inocente.

Ello significa que el principio in dubio pro reo solo opera una vez se ha agotado una investigación particularmente seria y exhaustiva, en la que se hayan decretado y practicado todas las pruebas conducentes y pertinentes para alcanzar la verdad sin lograr disipar la duda, de manera que no puede aplicarse para terminar apresuradamente el proceso, en beneficio del investigado. Este principio se desprende directamente del artículo 44 de la Constitución Política, en tanto establece la obligación de proteger el interés superior del procesado. “La

⁵¹ RAMIREZ BARBOSA, Paula Andrea. El principio de non bis ibídem como pilar fundamental del Estado. Aspectos esenciales en su configuración. En: Universidad Católica de Colombia.p.1. http://portalweb.ucatolica.edu.co/easyWeb/files/105_16227_el-principio-del-non-bis-in-adem.pdf

presunción de inocencia se refleja, a su vez, en el principio *in dubio pro reo*⁵², que ordena al operador judicial abstenerse de condenar a un ciudadano a menos de que esté probada la conducta típica, más allá de toda duda razonable, y a exigir criterios mínimos de convicción para la adopción de otras decisiones centrales en la investigación y el proceso penal. Es importante indicar que la calificación de la duda razonable guarda armonía con la concepción de lo razonable como parámetro de adecuación del discurso judicial: lo razonable excluye el arbitrio o el capricho del operador judicial por el condicionamiento de sus actuaciones a la existencia de razones legítimas en el marco de la Constitución y la ley; pero no equivale, sin embargo, a lo cierto o lo indiscutible, sino a lo aceptable por los participantes en un discurso que goce de suficientes condiciones para el intercambio de esas razones jurídicamente relevantes y socialmente adecuadas”.⁵³

El artículo 381 del Código de Procedimiento Penal establece en su primer inciso que para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.

4- Principio de no autoincriminación:

La garantía constitucional a la no autoincriminación no se opone en ningún caso a la confesión como medio de prueba, siempre que ésta sea libre, es decir, sin que de manera alguna exista coacción que afecte la voluntad del confesante, requisito igualmente exigible en toda clase de procesos. La confesión, esto es la aceptación de hechos personales de los cuales pueda derivarse una consecuencia jurídica desfavorable, como medio de prueba no implica por sí misma una autoincriminación en procesos civiles, laborales o administrativos. De la misma manera, ese medio de prueba es admisible en el proceso penal, pero en todo caso, en ninguna clase de procesos puede ser compelida la persona a la aceptación de un hecho delictuoso, que es en lo que consiste la autoincriminación, que la Constitución repudia.

⁵² Sobre el alcance del principio *in dubio pro reo*, garantía esencial del debido proceso penal, *cfr.* C-205 de 2003, C-271 de 2003, T-459 de 1997, C-774 de 2001, C-782 de 2005 y, en el escenario constitucional que nos ocupa, principalmente las sentencias T-554 de 2003 y T-078 de 2010.

⁵³ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1015-10 (7, diciembre, 2010). <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-1015-10.htm>

La confesión que se produzca en un proceso no vulnera el artículo 33 de la Constitución. Lo que constituye la violación constitucional es que el funcionario judicial obligue al demandado a declarar contra sí mismo o contra sus familiares más allegados. En consecuencia, la confesión provocada o espontánea, que se realice bajo los rigurosos parámetros legales, no implica, per se, la autoincriminación.

“Sobre el ámbito de aplicación de la garantía de no autoincriminación, la jurisprudencia de la Corte, inicialmente, había señalado que su contenido “solo debe ser aplicado en los asuntos criminales, correccionales y de policía”, pero con posterioridad puntualizó que tal principio, en los términos textuales de la regla Constitucional, reviste una amplitud mayor, pues ésta no restringe la vigencia del mismo a determinados asuntos, por lo que cabe su exigencia en todos los ámbitos de la actuación de las personas, ya que se orienta a proteger a las personas frente a la actividad sancionatoria del Estado. En cuanto al contenido de la garantía, cabría señalar que, de acuerdo con la norma constitucional, las personas no pueden ser obligadas a declarar contra sí mismas o contra sus allegados, aproximación ésta que ubica el asunto, en principio, en el ámbito del proceso, de la indagación, de la averiguación, para excluir la posibilidad de que la persona sea compelida, por cualquier medio a declarar contra sí misma o contra sus allegados.”⁵⁴

Si bien la garantía de la no incriminación implica un derecho al silencio y a utilizar las estrategias que se consideren más adecuadas para la defensa, no se extiende hasta las conductas fraudulentas u obstructivas, pues dicha garantía se orienta a evitar que la decisión adversa a la persona provenga de su propia declaración obtenida mediante cualquier tipo de presión o coacción física o moral, consagrándose en ese contexto un derecho a guardar silencio, del cual, a su vez, se deriva la consecuencia de que tal situación, esto es la negativa a declarar, en cuanto que se encuentra constitucionalmente amparada, no pueda tener

⁵⁴ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-258-11 (6, abril, 2011). <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-258-11.htm>

repercusiones negativas en el ámbito del proceso, en cuanto no puede tomarse como indicio de responsabilidad.⁵⁵

5- Garantía de juez natural:

El derecho al juez natural es un derecho humano reconocido a nivel nacional e internacional que incluye un juez independiente, imparcial y predeterminado por ley. La competencia para conocer de violaciones a los derechos humanos debe recaer, según las normas y jurisprudencia internacionales, en un juez ordinario.

La corte ha puntualizado que la garantía del juez natural tiene una finalidad más sustancial que formal, en razón a que su campo de protección no es solamente el claro establecimiento de la jurisdicción encargada del juzgamiento, previamente a la consideración del caso, sino también la seguridad de un juicio imparcial y con plenas garantías para las partes. Conforme con ello, ha precisado que dicho principio opera como un instrumento necesario de la rectitud en la administración de justicia y como una garantía frente a la posible arbitrariedad de la actuación de los poderes del Estado en perjuicio de los ciudadanos.⁵⁶

El derecho al juez natural comprende una doble garantía: La primera, y la que nos comete en este caso, para quien se encuentra sometido a una actuación judicial o administrativa, en cuanto le asegura el derecho a no ser juzgado por un juez distinto a los que integran la Jurisdicción, evitándose la posibilidad de crear nuevas competencias distintas de las que comprende la organización de los jueces”; y la segunda para la Rama Judicial, “en cuanto impide la violación de principios de independencia, unidad y monopolio de la jurisdicción ante las modificaciones que podrían intentarse para alterar el funcionamiento ordinario.

6- Defensa técnica y material:

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-328-15 (27, mayo, 2015). <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-328-15.htm>

De acuerdo con la Corte Constitucional en sentencia C-127 de 2011, las garantías reconocidas por la Constitución y los tratados de Derechos Humanos se ha establecido que en ejercicio a la defensa penal hay dos modalidades, la defensa material y la defensa técnica.

La defensa material, es aquella que le corresponde ejercer directamente al imputado. La defensa técnica, es la que ejerce en nombre de aquél un abogado escogido por el imputado, denominado defensor de confianza, o bien a través de la asignación de un defensor público proporcionado directamente por el Estado a través del Sistema Nacional de Defensoría Pública.

“En relación con el derecho a la defensa técnica, conocido en el modelo de tendencia acusatoria como el principio de “igualdad de armas”, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en sostener que el mismo hace parte del núcleo esencial del derecho a la defensa y al debido proceso, y su garantía plena es particularmente relevante si se considera que de su ejercicio se deriva la garantía de otros derechos como el de igualdad de oportunidades e instrumentos procesales.”⁵⁷

El Derecho de defensa técnica constituye una de las características fundamentales de los sistemas penales de tendencia acusatoria pues su estructura es adversarial, es decir, que en el escenario del proceso penal, los actores son contendores que se enfrentan ante un juez imparcial en un debate al que ambos deben entrar con las mismas herramientas de ataque y protección.

Si bien el derecho a la defensa, y en particular el derecho a la defensa técnica, resulta determinante para la validez constitucional del proceso penal, el tema de si el derecho de defensa en materia procesal penal tiene un espectro amplio o restringido no ha sido un asunto pacífico, a pesar de que el artículo 29 de la Constitución claramente extiende el derecho al debido proceso a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, y en materia penal reconoce el derecho de los indicados a una defensa técnica durante la investigación y el juzgamiento.

⁵⁷COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-127-11 (2, marzo, 2011).

<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-127-11.htm>

La interpretación que se ajusta a la Constitución y a los tratados de derechos humanos, en torno al tema de hasta donde se extiende el derecho a la defensa en una actuación penal, tanto en el sistema mixto inquisitivo como en el actual modelo de tendencia acusatorio, es la de que el citado derecho surge desde que la persona tiene conocimiento que cursa una investigación en su contra y solo culmina cuando finaliza el proceso. En este sentido es claro que el derecho a la defensa se extiende sin discusión ninguna a la etapa preprocesal de la indagación previa, y a partir de ella, a todos los demás actos procesales hasta la decisión final.⁵⁸

3.2 PROPUESTA

NUEVO ENFOQUE EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

La travesía de esta investigación nos llevó por caminos desconocidos en un principio, luego genero más preguntas que respuestas, hizo que muchos de los criterios bajo los que se construyeron argumentos tuvieran que ser desechados por su inconveniencia, se vislumbraron falsas soluciones que algunas veces dificultaron la investigación, y todo esto es producto no solo de la investigación en sí misma, sino que el tema que originó este proyecto, es de alta complejidad, porque son muchas las variantes, y ante cada variante una posible respuesta. Una de las cualidades del Derecho es que no exacto, es decir, no se puede esperar que ante tal situación siempre medie el mismo resultado, el Derecho se mueve en órbitas infinitas, algunas incluso que no pueden ser previstas por éste, y dependen en muchas ocasiones del desarrollo de la sociedad, de que se incorporen o extraigan delitos del ordenamiento jurídico, o de la política criminal de cada Estado.

El Derecho penal es sin duda el de mayor complejidad para su aplicación ya que, al no ser exacto, el fallador debe analizar imparcialmente cada evidencia para llegar a la verdad real, que en muchas ocasiones dista de la verdad procesal, que será la que pueda ser acreditada en un juicio.

⁵⁸ Ibimen

Ante la cantidad alarmante de procesos que se adelantan contra el Estado por privaciones injustas de la libertad, para el 2014 ascendía casi a los 1.172 procesos, y que para el 2016 se podrían sumar a las 15.123 demandas que hoy siguen en trámite y de las cuales más del 64 por ciento (9.731 casos) corresponden a privaciones injustas de la libertad⁵⁹, Este tipo de reclamaciones, las de la privación injusta de la libertad, son la tercera causa de demandas contra el Estado, es decir, personas que han sido detenidas preventivamente de manera innecesaria. El número actual de demandas por esa razón es de unos 15.000 procesos y el valor de las mismas es de 22 billones de pesos, una cifra muy cercana al déficit fiscal del país en el año 2016. La propia Agencia para la Defensa del Estado criticó en 2014 el abuso de la detención preventiva y recomendó que su utilización fuera excepcional.

Por tal razón surgió la inquietud de cómo tratar de aminorar este problema, y como investigadores fue necesario plantear una posible solución que condense un significativo número de alternativas que ayuden a combatir esta problemática que le cuesta a la nación cerca de 22 billones de pesos al año.⁶⁰

Con todo este análisis investigativo surgió como eventual propuesta el reduccionismo punitivo que como tal no es un tema nuevo, pero no es muy abordado en la actual política criminal del país, y no es sorpresa su discreto manejo, ya que toca fibras sensibles a nivel jurídico y sobre todo social. Este tema no es tan armonioso como se podría pensar, sino que por el contrario genera reacciones diversas en la sociedad, y no es para menos, ya que la concepción de justicia en el país está íntimamente relacionada con el populismo punitivo.

No quiere decir esto que se deba o se vaya a renunciar a perseguir las conductas que constituyen una amenaza real a la vida en sociedad, sino que se busca en cierta medida racionalizar el uso del derecho penal, tratar de encontrar otros medios alternativos que den la

⁵⁹Redacción judicial, Fiscalía debe más de \$470 millones por detenciones injustas. Millonarias indemnizaciones se suman a las 9.731 demandas en curso que siguen por casos similares. En: El tiempo. Bogotá. (febrero, 2016).

⁶⁰Redacción judicial, Privaciones injustas de la libertad provocan demandas por \$20 billones. En: El Espectador Bogotá. (marzo, 2014) P 6.

misma solución, pero de manera más eficiente, esto contribuyendo no solo a la celeridad con que se puedan arreglar, sino que adicionalmente ayudaría a descongestionar el sistema penal, lo que convenientemente reduciría el excesivo número de procesos que deben manejar los fiscales, permitiendo así que estos puedan ser más eficientes a la hora de investigar, previniendo de ante mano que se comentan errores en la administración de justicia que termine por enviar a una persona injustamente a la cárcel y que esta posteriormente demande al Estado por un daño antijurídico que no estaba dispuesto a soportar.

El reduccionismo no tiene otra función que despenalizar conductas que no son enormemente lesivas para la sociedad, esto con el fin de cumplir con el propósito general del derecho penal, el cual es el de la menor intervención posible; cuando el derecho se vuelve excesivamente intervencionista reduce el ámbito de ejercicio de la libertad de los asociados, que va en contravía al marco político y social de un Estado Social de Derecho que promulga Colombia.

Colombia está tratando de encaminar su política criminal, y ha entendido que delito igual cárcel, es una ecuación que se está quedando corta y que es necesario examinar otros medios que permitan castigar al infractor y resarcir de alguna manera a las víctimas, y si bien no es fácil lograr armonizar ambas variantes, si se hace necesario ampliar el abanico de posibilidades, ya que se ha demostrado en muchos casos que aun frente a la amenaza inminente de una sanción privativa de la libertad, no es suficiente aliciente para persuadir al infractor.

Esta propuesta que se articula en un todo, encuadra perfectamente con el ordenamiento jurídico, porque como se ha dicho en renglones anteriores la actual política criminal goza de atención, pero al hablar de su implementación la verdad se queda algo corta, dado que al tener un alcance meramente consultivo, sus pronunciamientos no son del todo vinculantes por lo que su ejecución se ve algo afectada, y al proponer estas alternativas se busca articular armoniosamente todo este engranaje jurídico que permita cumplir con los fines del Estado.

De esta manera se exalta en todo momento el principio que se privilegió a lo largo de esta investigación el cual es la presunción de inocencia, que debe ser conservado hasta el último

momento en el que el juez sin alguna duda falle en contra del procesado, de lo contrario y ante cualquier duda, debe prevalecer la libertad de las personas.

A propósito de nuestra propuesta de investigación y al ser este un tema tan actual y de tanta importancia, para fortalecerla, actualmente están vigentes dos leyes: Ley 1760 de 2015 y la Ley 1786 de 2016, que tienen como objeto acabar con la indeterminación en la duración de la detención preventiva que lleva a miles de colombianos a estar tras las rejas sin que hayan sido condenados, ya la Corte Constitucional ha dicho que eso es abiertamente contrario a la Carta Fundamental, entre otras cosas porque supone una grave afectación a la presunción de inocencia, además de ello estas dos leyes buscan aumentar los requisitos para imponer detención preventiva, pues esto, según la Corte Constitucional, la Agencia para la Defensa del Estado, el Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, devuelve el carácter excepcional que debe tener la privación de la libertad.

Para ello el Código de Procedimiento Penal consagra once medidas de aseguramiento y la ley lo que busca es que la cárcel se utilice solo cuando las otras diez resulten insuficientes que permiten garantizar que la persona no evada la acción de la justicia ni la entorpezca o Cuando se determine que la persona investigada es un peligro para la sociedad, son estas las únicas razones por las que una medida de aseguramiento debe imponerse.

Lo innovador de estas dos leyes fue el cambio generado al Código de Procedimiento Penal, “en la redacción original del Código no había un límite a la duración del juicio con persona privada de su libertad, lo que en algunos casos llevó a detenciones preventivas de hasta diez años. La ley dijo que la audiencia de juzgamiento no podría extenderse más allá de 150 días, salvo causas con más de tres acusados o adelantadas por delitos graves como los relacionados con corrupción o delitos sexuales, hipótesis en las cuales puede durar hasta 300 días, esto es, casi un año; ese es el único plazo nuevo que se introdujo. Si no se abusa de la detención preventiva, si se priorizan las audiencias de los procesos con preso (como con razón acaba de proponerlo el procurador general) y si se ponen a disposición de los jueces y fiscales las

salas necesarias para adelantar esos juicios, deberían ser suficientes 300 días para realizarlos.”⁶¹

CONCLUSIONES

⁶¹Opinión, Detención preventiva y excarcelaciones. En: El Tiempo. Bogotá. (Agosto, 2016)

- 1- La presunción de inocencia está consagrada como un derecho fundamental y además goza de especial protección en diversos tratados internacionales adoptados por Colombia que hace parte del bloque de constitucionalidad. Como lo ha reiterado la Corte Constitucional “La presunción de inocencia es una de las columnas sobre las cuales se configura el Estado de Derecho y es, de igual modo, uno de los pilares fundamentales de las democracias modernas. Su significado práctico consiste en que quien ha sido imputado de haber cometido un delito se presume inocente hasta tanto no se haya demostrado lo contrario mediante sentencia debidamente ejecutoriada.”⁶². En la misma sentencia la Corte ha dicho que las personas vinculadas a un proceso no son las llamadas a aportar pruebas que acrediten su inocencia, sino que la carga probatoria les corresponde a las autoridades judiciales, en cabeza de ellos está la obligación de desvirtuar dicha presunción, luego de un debido proceso.

- 2- Como se ha dicho en líneas anteriores la presunción de inocencia es el principio en el que se pueden edificar los demás derechos de los que gozan las personas, por eso es que se debe velar por una garantía lo más efectiva posible. En la práctica judicial la realidad es diferente porque si bien está establecida la relevancia de este derecho, en muchas circunstancias se deja de lado y casi que es inoperante, muchos operadores judiciales responden a las reacciones sociales que piden de manera casi exclusiva la medida de aseguramiento, esto no solo va en contravía de lo establecido constitucionalmente, sino que además ocasiona un detrimento patrimonial que le cuesta al Estado billones de pesos al año.

- 3- Los operadores judiciales junto a las instituciones deben necesariamente racionalizar las medidas de aseguramiento y conservar la esencia del derecho penal, que implica la mínima intervención, y si ha de decretarse una medida de aseguramiento este debe ser el último recurso al que acudan.

⁶² COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-827-2005 (10, agosto, 2005). Bogotá, D.C., 2005. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/T-827-05.htm>

- 4- De esta investigación de más de dos años surgieron posibles fórmulas que pudiesen aplicarse satisfactoriamente en la política criminal actual, esto con el fin de reducir significativamente los errores en la administración de justicia que conllevan a privaciones injustas de la libertad, estas posibles soluciones no entran en conflicto con el ordenamiento jurídico porque están vistas en clave constitucional, si bien no se espera que sea una armonización pacífica, se insta a las instituciones a realizar una aplicación paulatina que no solo va a traer consigo beneficios para las personas que se encuentran actualmente inmersas en un proceso, y eventualmente podrían terminar siendo víctimas, sino también ayuda significativamente al desarrollo profesional de los operadores judiciales.

- 5- Generar cambios o sugerir estrategias para afrontar una problemática no son temas fáciles de tratar, y requiere de un ejercicio mental y físico bastante significativo, que en muchas ocasiones presenta obstáculos que parecen insuperables. La articulación de cientos de conceptos y distintas formas de ver la problemática, es el primer gran reto al que se enfrentan los investigadores, y es luego de todo este ejercicio investigativo que se puede llegar con cierto grado de convicción a presentar una posible solución.

- 6- Actualmente también se está haciendo uso de la conciliación pre judicial y judicial, para terminar los procesos de manera anticipada, lo que significa un menor desgaste de la jurisdicción y en la mayoría de los casos se logra un acuerdo que deja complacida a las partes.

- 7- Ningún sistema democrático es perfecto e incluso en ordenamientos que son completamente articulados y lo que algunos llamarían “justos”, también se presentan este tipo de errores, claro está en menor proporción, entonces se puede decir que ningún orden social es completamente justo, y que si bien estos errores se pueden presentar eventualmente en cualquier momento, el ideal es que se presenten en la

menor medida posible, pero para esto necesita no solo de un plan de ataque sino de la voluntad no solo legislativa sino gubernamental para implementarla.

8- Colombia está haciendo avances significativos para afrontar la problemática de los excesivos errores judiciales en la administración de justicia, y con el fin de reducirlos ha estructurado dos leyes la Ley 71760 de 2015 y la Ley 1786 de 2016 donde lo que se busca es que se reduzcan los tiempos de las personas privadas preventivamente de la libertad, con el fin de establecer unos tiempos límites que permitan operar de manera más eficiente lo que no solo es beneficioso para la justicia sino para los implicados.

9- El reduccionismo punitivo, surge de la corriente del Derecho penal mínimo, que busca ser de la menor injerencia posible en la regulación de las conductas humanas, y además sugiere la despenalización de ciertas conductas que no revisten en si un daño significativo a la sociedad, pero que al final terminan por saturar la administración de justicia y en consecuencia el sistema penitenciario del país. Con la situación actual de Colombia plantear esta solución no es para nada descabellada ya que atenuaría de alguna forma la problemática del hacinamiento carcelario y contribuiría a reducir las fallas en la administración de justicia.

TABLA DE GRÁFICAS

GRÁFICA N°1.....	31
-------------------------	-----------

La gráfica evidencia las causales que conllevan a privaciones injustas de la libertad, estas fueron extraídas del análisis de 86 sentencias proferidas por el Consejo de Estado. Se hace evidente que el mayor error judicial es la ausencia de razones para vincular al procesado, esto da cuenta de la debilidad probatoria con la que cuenta la Fiscalía al momento de la imputación de cargos.

GRÁFICA N°2.....32

La gráfica evidencia las causales que permiten que las personas que se encuentran detenidas injustamente recobren la libertad. El suceso que se presenta con mayor frecuencia es la preclusión lo que permite inferir que no es una labor judicial la que le permite las personas recobrar su libertad, sino que es una simple cuestión de términos y plazos, ya sea con la intención de que así sea, o porque realmente el sistema judicial es ineficiente a la hora de administrar justicia.

GRÁFICA N°3.....33

La responsabilidad del Estado por privaciones injustas de la libertad no solo abarca el aspecto patrimonial sino el moral, y exige de éste una reparación integral por el daño antijurídico causado por su mala actuación.

El error en la indagación del sujeto es la causa más frecuente para determinar el error de la justicia y que acarrea la responsabilidad del Estado para la posterior reparación.

Con estas gráficas lo que se puede evidenciar es que la justicia colombiana presenta graves fallas en su administración de justicia lo cual desencadena una serie de errores que conllevan a privaciones injustas de la libertad, violando de manera arbitraria este derecho fundamental del que gozamos todos los asociados. Estas falencias ocasionan un daño antijurídico que la persona no está en obligación de soportar, esto avalado por la doctrina y jurisprudencia colombiana. Este daño cometido debe ser reparado en su totalidad por el Estado de manera no solo patrimonial sino moral.

BIBLIOGRAFÍA

- BLANCO BLANCO, Jacqueline. De los derechos sociales sobre libertad e igualdad a la definición de los derechos civiles y políticos después de la independencia. En: Revista PROLEGÓMENOS Derechos y valores. Julio-diciembre, 2010. Vol.13. No.26 p.43.
- COLOMBIA, CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Preámbulo. (1991)
- COLOMBIA, CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Artículo 13. (1991)
- COLOMBIA CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Artículo 28 (1991)
- FRANCIA, DECLARACIÓN DE DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CUIDADANO. 1789. Artículo 9.
- COSTA RICA, San José. Convención Interamericana de Derechos Humanos (07, noviembre, 1969)
- COSTA RICA, San José. Convención Interamericana de Derechos Humanos (07, noviembre, 1969) Artículo 107.
- GUARÍN RAMÍREZ, Edgar Antonio. El valor de la libertad en el Derecho: ¿Vivir como cada uno quiera? En: Revista IUSTA. Noviembre, 2010. Vol. 33, p. 44.
- GUARÍN RAMÍREZ, Edgar Antonio. El valor de la libertad en el Derecho: ¿Vivir como cada uno quiera? En: Revista IUSTA. Noviembre, 2010. Vol. 33, p. 47.
- GUARÍN RAMÍREZ, Edgar Antonio. El valor de la libertad en el Derecho: ¿Vivir como cada uno quiera? En: Revista IUSTA. Noviembre, 2010. Vol. 33, p. 52.

- HOYOS DUQUE, Ricardo. “La responsabilidad del Estado y los Jueces por la actividad jurisdiccional en Colombia en revista vasca de administración Pública, 1997, Pág. 141.
- LÓPEZ MORALES, Jairo “Responsabilidad del Estado por error judicial” Ediciones doctrina y ley. Bogotá, Colombia. 1997 pág. 297
- LÓPEZ MORALES, Jairo “responsabilidad del Estado por error judicial” ediciones doctrina y ley. Bogotá Colombia, 1997 Pag.294
- ORJUELA PÉREZ, Ervin Marino. Responsabilidad civil extracontractual del Estado por la privación legal e injusta de la libertad. En: Justicia Juris. Marzo, 2010. Vol.6. No.12 p.89.
- SARATA, Alessandro. Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal. Buenos Aires. 2004.
- SIERRA, Hugo Mario. SALVADOR CANTARO, Alejandro. Lecciones de derecho penal. Bogotá D.C. 1990.
- TISNÉS PALACIO, Juan Sebastián. Presunción de inocencia: principio constitucional absoluto. En: Revista Ratio Juris. Enero-junio 1012. Vol. 7 N° 14 p.1.

WEBGRAFÍA

- AGENCIA NACIONAL DE LA DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO. (Abril, 2014). Citado el 20, Octubre, 2014. Disponible en Internet: file:///C:/Users/salas/Downloads/Esquema%20de%20decisi%C3%B3n%20adecuada%20para%20imponer%20medida%20cautelar.%20ANDJE.pdf

- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-479-92 (13, agosto, 1992). Bogotá, D.C., 1992. Http: //www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normasNormal.jsp?i—4351

- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1015-10 (7, diciembre, 2010). <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-1015-10.htm>

- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-258-11 (6, abril, 2011). <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-258-11.htm>

- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-328-15 (27, mayo, 2015). <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-328-15.htm>

- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-127-11 (2, marzo, 2011).<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-127-11.htm>

- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-827-2005 (10, agosto, 2005). Bogotá, D.C., 2005. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/T-827-05.htm>

- COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 2700 (7, marzo, 1996), Diario oficial, Bogota, D C.1996

- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-774-01 (25, julio, 2005). Según consideraciones de la Corte, la libertad personal, principio y derecho

fundante del Estado Social de Derecho. Bogotá, D.C, 2001. expediente D- 3271.

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-774-01.htm>

- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 289 de 2012 (18, abril de 2012). <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-289-12.htm>
- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 521 de 2009 (4, agosto de 2009). <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-521-09.htm>
- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 782 de 2005 (28, julio de 2005). <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2005/C-782-05.htm>
- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 200 de 2002 (19, marzo de 2002). <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-200-02.htm>
- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 069 de 2009 (10, febrero de 2009). <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-069-09.htm>
- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037-00 (26, enero, 2000). <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-037-00.htm>
- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-163-08 (20, febrero, 2008). <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2008/C-163-08.htm>
- COSTA RICA, SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 406 de 1994. <http://sitios.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/Constitucion%20Politica/Sentencias/1994/94-00406.htm>
- GALA, Antonio. Historia de la libertad. Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos, p.51 <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1837/5.pdf>

- GARCÍA AQUINO, Jhonny. Política criminal en un Estado de Derecho. Citado el 26 de Octubre de 2014). Disponible en internet:<http://expertoenderecho.blogspot.com/2010/11/concepto-de-la-politica-criminal-el.html>

- RAMIREZ BARBOSA, Paula Andrea.El principio de non bis ibídem como pilar fundamental del Estado. Aspectos esenciales en su configuración. En: Universidad Católica de Colombia.p.1.
http://portalweb.ucatolica.edu.co/easyWeb/files/105_16227_el-principio-del-non-bis-in-adem.pdf

- ROMERO Jaramillo, Dolcey. Abolición de la esclavitud en Colombia. (citado 5 de Octubre de 21014). Disponible en Internet:<http://www.todacolombia.com/etnias/afrocolombianos/abolicionesclavitud.html>

- SÁNCHEZ ÁLVAREZ, María Angélica. Responsabilidad del Estado por la administración de justicia. Citado el 26 de Octubre de 2014). Disponible en Internet: <http://portalweb.ucatolica.edu.co/easyWeb2/files/54_4208_estudios-dic-2009-sanchez-alvarez-.pdf>