



Revista Derecho del Estado

ISSN: 0122-9893

Universidad Externado de Colombia

PACHECO-REYES, RONALD

La jurisprudencia sobre la responsabilidad estatal por la prisión provisional  
en España y en Colombia: ¿hacia extremos problemáticos?\*\*\_\*\*\*

Revista Derecho del Estado, núm. 51, 2022, pp. 313-358

Universidad Externado de Colombia

DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n51.10>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=337671510010>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

# **La jurisprudencia sobre la responsabilidad estatal por la prisión provisional en España y en Colombia: ¿hacia extremos problemáticos?\*\*\*-\*\*\***

## **The Caselaw on State Liability for Pretrial Detention in Spain and Colombia: Toward Problematic Extremes?**

### **RESUMEN**

Los reclamos de indemnización de quienes han sufrido detención preventiva legalmente ordenada y después resultan absueltos, incluyendo entre las razones de la absolución la presunción de inocencia, han generado en España y en Colombia recientes decisiones judiciales con efectos opuestos. En el primer país, como consecuencia de la Sentencia STC 85/2019, se ha generado una tendencia a una indemnización, calificada por algunos como automática. En el segundo país, por el contrario, después de la Sentencia SU 46947 de 2018 del Consejo de Estado, la tendencia a la indemnización parece reducirse. Lo cierto es que ambos extremos pueden generar problemas. Por un lado, la automatización puede conducir a restarle importancia a la teoría general de la responsabilidad y, por otro lado, la restricción puede llevar a dejar de indemnizar supuestos de daño injustos.

\* Profesor del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia; asesor en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Especialista y magíster en Derecho Administrativo de la misma universidad y doctorando en Derecho en la Universidad Pompeu Fabra. Contacto: ronald.pacheco@uexternado.edu.co ORCID ID: 0000-0002-6482-1700.

\*\* Recibido el 10 de diciembre de 2019, aprobado el 15 de septiembre de 2021.

Para citar el artículo: PACHECO REYES, R. *La jurisprudencia sobre la responsabilidad estatal por la prisión provisional en España y en Colombia: ¿hacia extremos problemáticos?* En *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia. N.º 51, enero-abril de 2022, 313-358.

DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n51.10>

\*\*\* Las ideas para elaborar este escrito surgieron de la conferencia *El debate sobre la indemnizabilidad de la prisión provisional*, a cargo del profesor Edorta Cobreros Mendazona, celebrado el 2 de octubre de 2019 en el marco del Observatorio de la Evolución de las Instituciones (OBSEI) de la Universidad Pompeu Fabra.

**PALABRAS CLAVE**

Responsabilidad estatal, prisión provisional, error judicial, presunción de inocencia, derecho comparado.

**ABSTRACT**

Claims for compensation for those who have suffered legally ordered pre-trial detention and are subsequently acquitted, including the presumption of innocence among the reasons for acquittal, have generated recent judicial decisions in Spain and Colombia with opposing effects. In the first country, as a consequence of Sentence STC 85/2019, there has been a tendency for compensation, described by some, as automatic. In the second country, on the contrary, after the SU 46947 of 2018, the tendency to compensation in these cases seems to be reduced. The truth is that both extremes can generate problems. On the one hand, automation may lead to a lessening of the relevance of the general theory of liability and, on the other hand, restriction may lead to the non-compensation of unfair damage cases.

**KEYWORDS**

State liability, pretrial detention, judicial error, presumption of innocence, comparative law.

**SUMARIO**

Introducción. 1. Algunas precisiones metodológicas. 1.1. La ubicación de los derechos español y colombiano en las familias del derecho. 1.2. El lenguaje de la responsabilidad por la administración de justicia y su ubicación en el sistema de fuentes y de control judicial. 1.3. Delimitación conceptual de la responsabilidad estatal por la administración de justicia y por la prisión provisional. 2. Tratamiento de la responsabilidad estatal por la prisión provisional en los derechos español y colombiano. 2.1. Tratamiento constitucional de la responsabilidad estatal por prisión provisional. 2.2. Desarrollo legislativo de la responsabilidad estatal por la prisión provisional. 2.3. La responsabilidad del Estado-juez en los sistemas jurídicos supranacionales. 3. El desarrollo jurisprudencial sobre la responsabilidad estatal por la prisión provisional. 3.1. La jurisprudencia española. 3.1.1. Indemnización por la inexistencia del hecho imputado. 3.1.2. Ampliación del supuesto indemnizatorio. 3.1.3. Retorno a la indemnización por inexistencia del hecho imputado. 3.1.4. La Sentencia STC 85/2019 y la jurisprudencia posterior. 3.2. La jurisprudencia colombiana. 3.2.1. Procedencia de la indemnización bajo un régimen de responsabilidad subjetiva. 3.2.2. Hacia la responsabilidad objetiva. 3.2.3.

Indemnización de la privación injusta bajo un régimen de responsabilidad objetiva. 3.2.4. La situación actual con la Sentencia SU 46947 de 2018 del Consejo de Estado y con la Sentencia SU-072 de 2018 de la Corte Constitucional. 3.2.5. El estado de la jurisprudencia luego de la decisión de tutela del 15 de noviembre de 2019 que dejó sin efectos la Sentencia SU 46947 de 2018 y la sentencia de reemplazo. 4. La jurisprudencia sobre responsabilidad por prisión provisional en España y en Colombia: ¿hacia extremos problemáticos? 4.1. El automatismo de la responsabilidad estatal. 4.2. La reducción del campo de acción de la responsabilidad estatal. Conclusiones. Referencias.

## INTRODUCCIÓN

En los últimos meses, tanto en España como en Colombia, la responsabilidad estatal por la prisión provisional ha recobrado enorme interés como consecuencia de diversas sentencias que se han proferido sobre este crítico asunto vinculado estrechamente con la libertad de los ciudadanos.

En el país ibérico, el pasado 10 de octubre de 2019, el Tribunal Supremo condenó al Estado a indemnizar a un ciudadano que, en el marco de un proceso penal, fue detenido preventivamente por el delito de agresión sexual y posteriormente resultó absuelto al no probarse la comisión del delito<sup>1</sup>. El Supremo sostuvo que –de acuerdo con el nuevo texto que resultó de la nulidad parcial que sobre el artículo 294 de la Ley Orgánica 6/1985<sup>[2]</sup> declarara recientemente el Tribunal Constitucional mediante la Sentencia 85/2019<sup>[3]</sup>– “en todos los supuestos de absolución por cualquier causa o de sobreseimiento libre, el perjudicado tiene derecho a la indemnización”. Con esta decisión se abrió entonces la puerta en España a la –denominada por algunos<sup>4</sup>– responsabilidad automática del Estado para los casos de prisión provisional. En adelante podrán recibir indemnización, no solo quienes resulten absueltos en procesos penales por la inexistencia del hecho investigado o por la demostrada falta de participación en el hecho delictivo, sino, además, quienes terminen siendo absueltos con fundamento en la presunción de inocencia.

En Colombia este mismo tema no deja de ser menos actual. Como consecuencia de un proceso penal en el que una ciudadana sufrió detención preventiva y luego recuperó su libertad por atipicidad de las conductas investigadas, el Tribunal Administrativo de Risaralda condenó al Estado

1 Sentencia STS 3121/2019 - ECLI: ES:TS:2019:3121.

2 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ).

3 Sentencia STC 85/2019, de 19 de junio - ECLI: ES:TC:2019:85.

4 COBREROS MENDAZONA, E. *El sistema de indemnización por prisión provisional indebida en la encrucijada*. En *Revista de Administración Pública*, 209, 2019, 13-44. Lo mismo se puede deducir del texto mismo de la Sentencia STS 3121/2019 - ECLI: ES:TS:2019:3121.

por privación injusta de la libertad. Esta decisión fue revocada en segunda instancia por el Consejo de Estado mediante la sentencia SU 46947 del 15 de agosto de 2018, al considerar que se encontró probada la culpa exclusiva de la víctima.

Inconforme con esta última decisión, la ciudadana interpuso acción de tutela por considerar vulnerado su derecho al debido proceso y a la presunción de inocencia, y el 15 de noviembre de 2019<sup>[5]</sup> la misma corporación –esta vez en sede de tutela– determinó que la presunción de inocencia había sido violada con lo decidido en la Sentencia SU 46947 y, en consecuencia, ordenó a la Sección Tercera proferir una nueva decisión en la que “al resolver el caso concreto [...] valore la culpa de la víctima sin violar la presunción de inocencia de la accionante”.

Esta decisión de reemplazo se produjo el 6 de agosto de 2020<sup>[6]</sup>, y en ella el Consejo de Estado mantuvo lo resuelto en la Sentencia SU 46947 del 15 de agosto de 2018, en el sentido de revocar la condena en contra del Estado por privación injusta de la libertad, y señaló que, en relación con lo ordenado en la providencia de tutela, no era necesaria “la valoración de la culpa exclusiva de la víctima, como causal eximiente de responsabilidad [...] [,] toda vez que en el presente asunto no se superó el supuesto de acreditar el título de imputación”.

La situación que ocurre en estos países justifica la elaboración de este escrito que, a su vez, tendrá dos propósitos. El primero, exponer las citadas decisiones judiciales, porque se refieren al mismo fenómeno, pero también porque con frecuencia el derecho español se toma como referencia para el derecho colombiano. De hecho, en este asunto concreto, el Consejo de Estado, en la mencionada providencia de tutela, citó dentro de sus fundamentos jurídicos, no solo la reciente Sentencia STC 85/2019, sino, además, otras sentencias del continente europeo. El segundo propósito de este escrito será plantear las posibles consecuencias que las últimas posiciones jurisprudenciales podrían generar en uno y otro ordenamiento jurídico.

Para cumplir con los objetivos planteados, será necesario hacer algunas precisiones metodológicas (1), revisar cómo los sistemas normativos español y colombiano tratan el tema de la responsabilidad estatal por la prisión provisional (2), observar de qué manera se ha manifestado la jurisprudencia en este tipo de casos (3) y, finalmente, destacar las posibles consecuencias problemáticas que las últimas posiciones jurisprudenciales podrían generar (4).

5 Rad. 11001-03-15-000-2019-00169-01.

6 Rad. 66001-23-31-000-2011-00235-01(46947)A.

## 1. ALGUNAS PRECISIONES METODOLÓGICAS

En la actualidad, la comparación de derechos y teorías jurídicas<sup>7</sup> se ha incrementado debido a la presencia de la globalización y de la tecnología. Desde luego, este incremento no significa, *per se*, resultados satisfactorios en los análisis comparativos. Por ello es conveniente abordar los estudios comparativos atendiendo ciertos criterios que permitan enriquecer la observación jurídica y aportar elementos de juicio al análisis de las materias en estudiadas<sup>8</sup>. Con algunos de esos criterios en mente, es necesario indagar si la institución y los derechos que se comparan tienen cimientos comunes (1), así mismo, verificar el lenguaje y la ubicación de la figura estudiada en el sistema de fuentes y de control judicial (2), e igualmente, delimitar conceptualmente el objeto de estudio (3).

### *1.1. La ubicación de los derechos español y colombiano en las familias del derecho*

Para un adecuado análisis comparativo es necesario identificar a qué familia del derecho pertenecen los sistemas jurídicos que se comparan. Conocer si pertenecen al *common law* o al *civil law* permite iniciar los análisis con una información de referencia relevante. Si bien es cierto que hoy la frontera que separa esta clasificación tradicional es borrosa<sup>9</sup>, es innegable que es más fácil comparar dos derechos que tienen similitudes en cuanto a sus textos constitucionales, sistema de fuentes y forma de control judicial. Estas similitudes se presentan en el caso de estudio.

Tanto el derecho español como el derecho colombiano pertenecen a una misma tradición jurídica. Sus respectivos sistemas legales<sup>10</sup> comparten orígenes históricos, incluyendo la influencia francesa en el derecho administrativo<sup>11</sup> y

7 Sobre este tema, véase VELASCO CABALLERO, F. *Introducción al Derecho Administrativo*. En Rodríguez de Santiago, J. M. et al., *Tratado de Derecho Administrativo*. Vol. I. Madrid: Marcial Pons, 2021, 64 ss.

8 Cfr. VELASCO CABALLERO, F. *Metodología comparativa para el derecho administrativo*. En *Revista Española de Derecho Administrativo*. N.º 200, 2019, 51-76. Sobre la metodología del derecho comparado, cfr. también OSPINA GARZÓN, A. *Mis clases de Derecho Comparado y el Derecho Comparado de mis clases*. En *Revista electrónica Docencia y Derecho*, Córdoba. N.º 10, 2016; ZÁRATE PÉREZ, A. ¿Qué metodología utilizar para la elaboración de monografías del nivel de maestría? En *Revista electrónica Docencia y Derecho*, Córdoba. N.º 7, 2013.

9 Cfr. BERNAL PULIDO, C. *El precedente en Colombia*. En *Revista Derecho del Estado*. 21 (1), 81-94.

10 HINESTROSA, F. *Derecho romano, tradición romanista y América Latina*. En *Revista de Derecho Privado*. N.º 25, 2013, 3-7.

11 Sobre la influencia del derecho administrativo francés en España, cfr. GARCÍA DE ENTERÍA, E. *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa* (1994). 3.<sup>a</sup> ed. 2009. En Colombia, cfr. MONTAÑA PLATA, A. *La dimensión teórica de la jurisdicción contencioso administrativa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

características generales, como constituciones escritas, codificaciones y leyes para cada sector y un control judicial similar<sup>12</sup>. Vale la pena destacar que el derecho español es un derecho de referencia para el sistema jurídico colombiano que, de manera frecuente, observa este derecho para su propio desarrollo. En los ordenamientos analizados no solo hay una semejanza por su origen sino, además, porque el país más joven normalmente mira al más experimentado<sup>13</sup>.

### *1.2. El lenguaje de la responsabilidad por la administración de justicia y su ubicación en el sistema de fuentes y de control judicial*

En este análisis es posible hablar de la responsabilidad estatal por la administración de justicia y por la prisión provisional con la tranquilidad de que estas figuras se refieren a un mismo fenómeno y no a cosas distintas<sup>14</sup>. Estas instituciones, en ambos países, estudian el fenómeno del daño y su reparación en los casos en los que, por orden de una autoridad judicial, una persona ha sido privada de su libertad –legal o ilegalmente o mantenida de forma negligente en dicha situación– y posteriormente ha sido absuelta. El origen de las conductas que abren el paso al estudio de la responsabilidad se encuentra en los procesos judiciales y, especialmente, en los de carácter penal.

De acuerdo con esto, un concepto común para ambos países es el de *prisión provisional*, que comprende lo que la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España (LEC)<sup>15</sup> denomina prisión preventiva y lo que el Código de Procedimiento Penal de Colombia<sup>16</sup> llama detención preventiva. Ambas figuras reflejan las normas que autorizan la privación de la libertad, sin previa sentencia judicial condenatoria, en el marco de un proceso penal. Dentro de esta terminología también es posible acudir, de manera genérica, al término absolución para hacer referencia, no solo a la libertad por el efecto de una sentencia absolutoria, sino también a la libertad como consecuencia del sobreseimiento<sup>17</sup> o de la preclusión de la investigación<sup>18</sup>, figuras análogas en España y Colombia.

12 VELASCO CABALLERO, F. *Metodología comparativa para el derecho administrativo*, cit., 64 y ss.

13 Como ejemplo basta con revisar varias de las sentencias colombianas más relevantes que en este escrito se citan. En ellas es frecuente la referencia al derecho español.

14 Se espera que con una lectura completa de este escrito esta afirmación salga a flote por sí misma.

15 Real Decreto del 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. A partir del artículo 502.

16 A partir del artículo 307 de la Ley 906 de 2004.

17 Artículos 634 y siguientes de la LEC. Consagra el artículo 637 ibídem: “Procederá el sobreseimiento libre: 1. Cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiere dado motivo a la formación de la causa. 2. Cuando el hecho no sea constitutivo de delito. 3. Cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices o encubridores”.

18 Artículo 331 ss. CPP. El artículo 332 ibídem señala: “El fiscal solicitará la preclusión en los siguientes casos: 1. Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal.

Por otra parte, se resalta que en los dos ordenamientos intervienen, por un lado, el juez constitucional, revisando la constitucionalidad de las leyes –o normas con fuerza material de ley– que definen la responsabilidad estatal, y, por otro lado, el juez contencioso administrativo, declarando la responsabilidad del Estado. Estas instituciones, en ambos países, cumplen un rol análogo que se retroalimenta.

El juez constitucional en España es el Tribunal Constitucional, y en Colombia, la Corte Constitucional. Para los efectos del proceso de responsabilidad por prisión provisional las autoridades competentes son, en España, la Audiencia Nacional, que conoce del recurso de apelación que se presente en contra la resolución del Ministerio de Justicia que niegue la indemnización<sup>19</sup>, y, excepcionalmente, el Tribunal Supremo, que conocerá, mediante recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Nacional, cuando considere que se presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia<sup>20</sup>. Por su parte, en Colombia las autoridades competentes para conocer el proceso de responsabilidad estatal son los tribunales administrativos y el Consejo de Estado, en primera y segunda instancia, respectivamente. Del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) y del Consejo de Estado también cabe destacar algún parecido en lo que tiene que ver con la existencia de mecanismos jurídicos para la labor de unificación de criterios jurisprudenciales<sup>21</sup>.

Al igual que en España, en Colombia los jueces contencioso administrativos conocen de los procesos judiciales para declarar la responsabilidad del Estado, incluyendo la responsabilidad por la prisión provisional. Desde el punto de vista del trámite ordinario, el proceso resarcitorio normalmente termina con una sentencia de segunda instancia. No obstante, en el ordenamiento jurídico colombiano se ha previsto, de manera excepcional, la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales cuando con estas se desconocen derechos fundamentales. En estos casos, el juez que conoce de la tutela puede tomar las medidas necesarias para hacer cesar la vulneración de los derechos fundamentales, y dentro de estas medidas se encuentra la posibilidad de dejar sin efectos una providencia que viole tales derechos. Esta aclaración particular, te-

2. Existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal. 3. Inexistencia del hecho investigado. 4. Atipicidad del hecho investigado. 5. Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado. 6. Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia. 7. Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 del este código. Parágrafo. Durante el juzgamiento, de sobrevenir las causales contempladas en los numerales 1 y 3, el fiscal, el Ministerio Público o la defensa, podrán solicitar al juez de conocimiento la preclusión”.

19 Artículo 66 de la LOPJ.

20 Artículo 58 de la LOPJ.

21 Artículo 88 de la Ley 29/1998, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y artículo 270 de la Ley 1437 de 2011, respectivamente.

niendo en cuenta la acción de tutela del Consejo de Estado que –como se mencionó en la introducción– dejó sin efectos una sentencia de unificación de la misma corporación proferida en el marco de un proceso contencioso administrativo.

Ahora bien, para la declaración de la responsabilidad estatal, también en los dos derechos estudiados, el juez debe analizar que se presenten las causas que dan surgimiento a la misma. Estas causas se tratarán a continuación.

### *1.3. Delimitación conceptual de la responsabilidad estatal por la administración de justicia y por la prisión provisional*

Tres casos penales hipotéticos se utilizarán en este apartado para intentar delimitar conceptualmente las causas que dan lugar a la declaración de la responsabilidad del Estado-juez.

*Caso 1.* En el marco de un proceso penal se ordena la prisión provisional de una persona que posteriormente es absuelta porque, en sede del recurso de revisión, se demuestra que la autoridad que lo juzgó fue condenada por prevaricato por emitir la orden de detención preventiva y la condena de forma manifiestamente contraria a la ley.

*Caso 2.* En el marco de un proceso penal, con el cumplimiento de todos los requisitos legales, se detiene preventivamente a una persona que, posteriormente, es absuelta con fundamento en una prueba aportada por el investigado. Sin embargo, las demoras del sistema judicial para abordar el estudio de las pruebas llevan a dicha persona a permanecer detenida más tiempo del que legalmente debió estar.

*Caso 3.* Este es un mismo caso que se diferencia por tres variaciones relacionadas con el motivo de absolución (Caso 3a, Caso 3b y Caso 3c). En este caso, un juez ordena, cumpliendo con todos los requisitos de ley, la prisión provisional de un ciudadano por presuntamente secuestrar a una persona y, posteriormente, dispone la revocación de dicha medida.

*Caso 3a.* En esta variación, el ciudadano recupera su libertad porque se demuestra que la persona que se creía secuestrada en realidad salió voluntariamente de su casa.

*Caso 3b.* En esta variación, el ciudadano recupera su libertad porque se demuestra que el autor del secuestro fue otra persona.

*Caso 3c.* En esta variación, el ciudadano recupera su libertad por no existir pruebas suficientes que demuestren su culpabilidad dentro del proceso penal.

En España y en Colombia el ordenamiento jurídico ha conceptualizado la situación que ocurre en el Caso 1 como un error judicial, y la que sucede en el Caso 2 como un evento de funcionamiento anormal de la administración de justicia, mientras que la que se configura en el Caso 3 es descrita como

detención preventiva en España y como privación injusta en Colombia (ambas tratadas en este escrito bajo el concepto de prisión provisional)<sup>22</sup>.

El interés de este escrito se enfoca en el supuesto que refleja el Caso 3, por ser el que ha dado lugar, en los últimos años, a los más intensos debates jurídicos. Sin embargo, los demás casos –especialmente el supuesto que describe el Caso 1– no deben perderse de vista, ya que en la práctica es difícil delimitar los distintos supuestos, e incluso, conceptualmente, no hay unanimidad en la jurisprudencia ni en la doctrina sobre el significado de la prisión provisional. Al respecto pueden identificarse dos posiciones principales.

Una ha considerado que la prisión provisional –sufrida por quien luego es absuelto– es una especie de error judicial<sup>23</sup>, estableciendo así una relación de género a especie entre los casos 1 y 3, dando lugar a lo que podría etiquetarse como *error judicial ex ante* (para el Caso 1) y *error judicial ex post* (para el Caso 3); en este último supuesto se considera que hay un error judicial porque el resultado del proceso (la absolución) demuestra que alguien no debió haber estado privado de su libertad.

Otra posición, relativamente reciente, considera que la prisión provisional es una figura distinta del error judicial ya que el estándar para determinar la conformidad o inconformidad de la decisión que ordena la prisión provisional lo integra la información existente al momento de tomarse la decisión<sup>24</sup>. Este escrito considera que esta última posición<sup>25</sup> produce menor incoherencia jurídica que la primera, por las razones que se expondrán en el apartado 4.

Regresando a los supuestos descritos en el Caso 3, de forma resumida se puede decir que, en la primer variante (3a), el ciudadano recupera su libertad por *falta de tipicidad* del hecho investigado; en la segunda variación (3b),

22 En España se han hecho estudios en los que se delimitan y conceptualizan estos supuestos de responsabilidad de la administración de justicia. Al respecto, cfr. COBREROS MENDAZONA, E. *La responsabilidad del Estado derivada del funcionamiento anormal de la administración de justicia*. Madrid: Civitas, 1998. En el mismo sentido, GONZÁLEZ ALONSO, A. *Responsabilidad patrimonial del Estado en la administración de justicia. Funcionamiento anormal, error judicial y prisión preventiva*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

23 En España, cfr. Tribunal Supremo. Sentencia STS 13458/1989 - ECLI: ES:TS:1989:13458; en Colombia, cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 15 de septiembre de 1994. Exp. 9.391.

24 En España puede verse la Sentencia STC 85/2019, de 19 de junio - ECLI: ES:TC:2019:85, y en Colombia, la Sentencia de unificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 17 de octubre de 2013, expediente 23.354.

25 Refiriéndose a la responsabilidad estatal por la administración de justicia y a su consideración como inserta dentro de un régimen de responsabilidad subjetivo, Zapata García señala que “[p]arte de la doctrina administrativa, sin embargo, encuentra en el tratamiento de la prisión preventiva, consagrado con posterioridad en el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) de 1985, un supuesto que abre la posibilidad de una responsabilidad objetiva”. Para soportar esta afirmación cita a Germán Fernández. Cfr. ZAPATA GARCÍA, P.A. *Fundamentos, límites y convergencias de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Una lectura unificada de la responsabilidad contractual y extracontractual administrativa*. Tesis doctoral, Universidad de Barcelona, 2018, 110.

la libertad se recobra por *falta de participación* en el hecho investigado; y, en la tercera (3c), la absolución se produce con fundamento en la aplicación de la *presunción de inocencia*. Si bien es cierto que en estrictos términos jurídicos se ha considerado que la inocencia es una sola y no hay distintas clases o niveles de inocencia, para efectos metodológicos y por lo que ha sucedido en la práctica<sup>26</sup> llamaremos a los dos primeros tipos de casos como los de *inocencia probada* y al tercer tipo de casos (en los que se aplica el *in dubio pro reo*) como los de *inocencia presumida*<sup>27</sup>.

Partiendo de la existencia de una medida cautelar legalmente ordenada en los tres casos: ¿debe el Estado indemnizar por la prisión provisional de los ciudadanos que luego recuperan su libertad? ¿Se presenta la misma situación en los casos de *inocencia probada* e *inocencia presumida*? En el contexto de la denominada responsabilidad estatal por la prisión provisional, la doctrina<sup>28</sup> y la jurisprudencia<sup>29</sup> se han pronunciado de forma extensa sobre estas cuestiones, y algunas de las soluciones propuestas, especialmente las contenidas en las tesis jurisprudenciales más recientes mencionadas en la introducción, parecen generar nuevos problemas.

En relación con las distintas respuestas que se han planteado, la procedencia de la indemnización ha sido pacíficamente aceptada por la jurisprudencia en aquellos casos en los cuales el ciudadano ha recuperado su libertad porque se ha determinado que, o bien el hecho imputado en el proceso penal no existió, o bien se demostró que el investigado no participó en el mismo; esto es, en los casos de *inocencia probada*. Incluso, el mismo legislador en algunos momentos determinó que en estos supuestos de *inocencia probada* la prisión provisional legal se indemniza<sup>30</sup>. Se consideraba que estos supuestos hacían

26 Un completo escrito en España para entender el tema de la responsabilidad estatal por la prisión provisional –previo a la expedición por el Tribunal Constitucional de la Sentencia STC 85/2019– en COBREROS MENDAZONA, E. *El sistema de indemnización por prisión provisional indebida en la encrucijada*, cit.

27 El TEDH en varias sentencias ha criticado la diferenciación que en el marco de procesos indemnizatorios por prisión provisional se hace en algunos Estados con el propósito de aclarar que “el demandante no había sido absuelto en base a pruebas de descargo que confirmaran su inocencia, sino a la falta de pruebas de cargo suficientes que demostrarán su participación en los hechos delictivos”. TEDH. Sentencia *Vlieeland y Lanni c. España* del 16 de febrero de 2016, n.º 53465/11 y 9634/12.

28 Cobreros, identificando por temas, referencia la doctrina que en España se ha producido al respecto. Cfr. COBREROS MENDAZONA, E. *El sistema de indemnización por prisión provisional indebida en la encrucijada*, cit.

29 En el apartado 3 de este escrito se describirá.

30 En España, el artículo 294 de la Ley Orgánica 6/1985, del 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), antes de la nulidad parcial declarada por la Sentencia STC 85/2019; y en Colombia, el artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991, antes de su derogatoria. Es importante aclarar que, inicialmente, el supuesto indemnizatorio del artículo 294 de la LOPJ se limitaba a la inexistencia del hecho imputado; sin embargo, su ámbito de aplicación se amplió posteriormente mediante interpretación del Tribunal Supremo a la demostrada falta de participación en el hecho delictivo. En la parte 4 de este escrito se volverá sobre este punto.

evidente un error judicial tan grave que debía indemnizarse sin necesidad de solicitar la previa declaración del mismo<sup>31</sup>. Sin embargo, en los casos de libertad por *inocencia presumida* la indemnización ha sido bastante discutida, y se han presentado esencialmente dos posiciones enfrentadas al respecto: la que considera que debe indemnizarse y la que estima que no. En el apartado 3 de este escrito se hará referencia a estas con más detalle.

Frente a las variantes del Caso 3, ¿cuál de las posiciones es la más adecuada? En este escrito se intentará, por un lado, presentar un acercamiento a las respuestas que a estas preguntas se han planteado desde los ordenamientos jurídicos español y colombiano, y, por otro lado, hacer evidentes los problemas que las respuestas presentadas por ambos ordenamientos podrían generar; pero, para llegar a esos puntos es necesario revisar qué disponen los sistemas jurídicos positivos al respecto.

## 2. TRATAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL POR LA PRISIÓN PROVISIONAL EN LOS DERECHOS ESPAÑOL Y COLOMBIANO

A continuación se analizarán, respecto del tema de estudio, en los derechos español y colombiano, (2.1) su tratamiento constitucional, (2.2) el desarrollo legal y (2.3) las normas supranacionales aplicables. De este análisis se irán desprendiendo los elementos que luego servirán para perfilar la responsabilidad estatal por la prisión provisional, para posteriormente revisar de qué manera se ha pronunciado la jurisprudencia frente a la procedencia o no de la indemnización en estos casos.

### 2.1. Tratamiento constitucional de la responsabilidad estatal por prisión provisional

Tanto en España como en Colombia, la responsabilidad estatal ha sido consagrada a nivel constitucional de manera expresa. Este hecho es una novedad debido a que en las anteriores constituciones, salvo lo sucedido en España en la II República, no se hacía reconocimiento expreso de la responsabilidad estatal<sup>32</sup>. Las normas constitucionales vigentes que se refieren de manera

31 Señaló el Tribunal Supremo de España: “El art. 294 cumple la función de hacer innecesaria la previa declaración jurisdiccional del error en los casos en los que el propio curso del proceso penal ha puesto de relieve más descarnadamente el error, es decir, la improcedencia –objetivamente apreciada a posteriori– de la prisión provisional”. Tribunal Supremo. Sentencia STS 13458/1989 - ECLI: ES:TS:1989:13458.

32 Mir PUIGPELAT, O. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*. Madrid: Civitas, 2002, pp. 37 ss. Este mismo trabajo presenta una visión crítica sobre el entendimiento que la doctrina inicialmente dominante dio al régimen la responsabilidad del Estado en España (objetiva global). Antes de este trabajo ya un civilista había comenzado a poner en evidencia lo irrazonable de este entendimiento objetivo y global de la responsabilidad del Estado: cfr. PANTALEÓN PRIETO, F. *Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen*

directa a la responsabilidad del Estado son, en el caso español<sup>33</sup>, los artículos 106.2 y 121, y, en el caso colombiano<sup>34</sup>, el artículo 90.

El artículo 106.2 de la Constitución española establece que “... Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

Pero además, el artículo 121 de la Carta española dispone una tipología especial de daño, el derivado de la actividad de la administración de justicia, señalando que “Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley”.

Pasando al derecho colombiano, la Constitución Política de 1991 establece la responsabilidad patrimonial del Estado de manera explícita en su artículo 90 al disponer que el “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”. Y a renglón seguido establece que “En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”.

A diferencia del caso español, en Colombia no se consagra una norma especial de rango constitucional para la responsabilidad de la administración de justicia; sin embargo, la alusión al concepto de “autoridades públicas” que se hace en el artículo 90 ha permitido en Colombia una responsabilidad

*de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.* En *Documentación Administrativa*, 1994, 237-238. Cfr., también, PARADA, R. *Derecho Administrativo I. Parte General*. Madrid: Marcial Pons, 2004, 623 ss.; REBOLLO MARTÍN, L. *Manual de las leyes administrativas*. Aranzadi, 2019, 769 ss. Dentro del interesante trabajo de Zapata García se puede observar una exposición sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en España y en Colombia; cfr. ZAPATA GARCÍA, P. A. *Fundamentos, límites y convergencias de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, cit., 103 ss. Igualmente, cfr. NAVIA, F. *La responsabilidad extracontractual del Estado a la luz del artículo 90 de la Constitución Política*. En *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia. N.º 6, 2000, 211-231.

33 En España, los artículos 1.1 y 9 conforman, junto con los artículos 106.2 y 121, un conjunto normativo que otorga una base constitucional común a la responsabilidad del Estado. Cfr. ZAPATA GARCÍA, P. A. *Fundamentos, límites y convergencias de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, cit., 108.

34 “[D]ebe anotarse que el artículo 90 de la Constitución establece el régimen general de responsabilidad extracontractual del Estado; sin embargo, este precepto es el resultado del entendimiento sistemático de varias disposiciones constitucionales, entre ellas, el preámbulo [...]. En esa misma línea, los artículos 2.º, 6.º y 229 de la Constitución, orientan el régimen general de responsabilidad estatal. [...] Finalmente, es necesario indicar que los principios que irradian la administración pública –art. 209 C. Pol.– deben estar incluidos en el conjunto de parámetros que le dan sustento a la responsabilidad extracontractual del Estado en tanto constituyen prenda del adecuado cumplimiento de sus fines y deberes”. Corte Constitucional. Sentencia SU-072 de 2018.

para todo el Estado que incluye los clásicos poderes públicos y otro tipo de órganos independientes, de control y de carácter electoral.

En España, el artículo 106.2 constitucional establece que se indemniza la lesión siempre que sea consecuencia del *funcionamiento de los servicios públicos*, entendiendo el concepto de servicios públicos en sentido amplio, esto es, incluyendo no solo la actividad prestacional técnica de servicios sino, en general, todas las actividades cotidianas de las administraciones públicas<sup>35</sup>. En el caso colombiano –como ya se mencionó–, la producción del daño puede ser atribuible a cualquier acción u omisión de las autoridades públicas, independientemente de su forma de manifestación.

Otra diferencia observable es la relacionada con la denominada acción de repetición, en Colombia, o acción de regreso, en España. Este último país no consagra una norma expresa de carácter constitucional para reclamar a los servidores públicos que –actuando con dolo o culpa grave– hubieran dado lugar a una condena patrimonial en contra del Estado; sin embargo, el artículo 36.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), sí consagra esta acción.

Otro asunto que podría llamar la atención es el relacionado con la denominación del hecho indemnizable. En España, según lo dispuesto en el artículo 106.2 de la Constitución, se indemniza la *lesión*, y en Colombia se responde por el *daño antijurídico*; sin embargo, se trata solo de una diferencia terminológica, ya que, en esencia, tanto el concepto de lesión como el de daño antijurídico son entendidos –cada uno en su país de uso– como aquel daño que el particular no tiene el deber de soportar<sup>36</sup>. Incluso, el Consejo de Estado colombiano ha señalado que “[e]l concepto del daño antijurídico cuya definición no se encuentra en la Constitución ni en la ley, sino en la doctrina española, particularmente en la del profesor Eduardo García de Enterría, ha sido reseñado en múltiples sentencias desde 1991 hasta épocas más recientes, como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo”<sup>37</sup>.

Como lo destaca el anterior extracto, el concepto de daño antijurídico en Colombia ha sido desarrollado exclusivamente por la jurisprudencia, situación en la que se diferencia del ordenamiento español, en el que existe para la

35 Sentencia 700/2018 del 26/04/2018 del Tribunal Supremo. Así mismo, MIR, O. *La responsabilidad patrimonial de la Administración*, cit., 41 ss.; PARADA, R. *Derecho Administrativo I*, cit., 633; REBOLLO MARTÍN, L. *Manual de las leyes administrativas*, cit., 795.

36 En España, no solo es un entendimiento general de la doctrina, sino que además el artículo 34 de la LRJSP señala que “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”.

37 Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 7 de julio de 2011. Rad. 23001-23-31-000-1995-37279-01(21294).

figura de la lesión, no solo desarrollo jurisprudencial, sino también –aunque calificada como imprecisa<sup>38</sup>– una definición legal<sup>39</sup>.

Desde el punto de vista constitucional, se evidencian entonces pocas diferencias sustanciales entre los derechos español y colombiano en lo que tiene que ver con la responsabilidad estatal en general. En principio podría decirse que una de las diferencias más relevantes tiene que ver, precisamente, con el tema de la responsabilidad del Estado por la administración de justicia ya que en España existe una norma constitucional expresa para este tipo de responsabilidad y en Colombia no. Sin embargo, esta ausencia en Colombia no ha impedido la declaración de la responsabilidad del Estado-juez. Además, al igual que en España, existe desarrollo legal del tema de la responsabilidad por la administración de justicia.

Un punto relevante en el diseño de la responsabilidad estatal en la Constitución española está relacionado con el tipo de régimen de responsabilidad de la Administración Pública acogido. Especialmente en los momentos cercanos a la expedición de la Constitución de 1978, se consideró que este régimen era objetivo global: se responde –dicen las normas– por el funcionamiento normal y anormal de los servicios públicos<sup>40</sup>. Esto condujo a que, para el caso de la responsabilidad por la administración de justicia, se planteara la duda de si también la responsabilidad era objetiva, sobre todo, teniendo en cuenta que el artículo 121 consagra dos títulos por los cuales responde el Estado-juez que dan lugar a un entendimiento de funcionamiento anormal.

## *2.2. Desarrollo legislativo de la responsabilidad estatal por la prisión provisional*

Tanto en la LOPJ española como en la Ley colombiana 270 de 1996 se reconoce la responsabilidad por el error judicial, por el funcionamiento anormal de la administración de justicia, e igualmente, por la prisión preventiva o privación injusta de la libertad –como se le llama en Colombia–. Una primera inquietud que surge de este diseño normativo lleva a indagar si estas normas contemplan tres formas distintas de responsabilidad de la administración de justicia o no.

En España, hasta antes de la Sentencia STC 85/2019<sup>[41]</sup>, no era claro si el evento de prisión preventiva previsto en el artículo 294 de la LOPJ era una

38 Cfr. REBOLLO MARTÍN, L. *Manual de las leyes administrativas*, cit., 773.

39 Artículo 34 de la LRISP.

40 Para una exposición crítica de esta situación, cfr. MIR, O. *La responsabilidad patrimonial de la administración*, cit., 18.

41 Sentencia STC 85/2019, del 19 de junio - ECLI: ES:TC:2019:85.

especie de error judicial<sup>42</sup>. En Colombia también se ha presentado esta duda<sup>43</sup>. No obstante, antes de profundizar en este asunto –que posteriormente será clave en el desarrollo doctrinal– es importante revisar cómo han sido definidas estas clases de responsabilidad del juez en las citadas leyes.

Comenzando por la LOPI, se observa que su artículo 292 dispone, en el numeral 1, que “[l]os daños causados en cualesquiera bienes o derechos por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán a todos los perjudicados derecho a una indemnización a cargo del estado, salvo en los casos de fuerza mayor, con arreglo a lo dispuesto en este Título...”.

Posteriormente, la LOPI contempla otro artículo (el número 294) específico para la prisión preventiva en los siguientes términos: “Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos o haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le[s] hayan irrogado perjuicios” (los apartes del texto tachados fueron declarados inconstitucionales mediante la Sentencia STC 85/2019, de 19 de junio).

Se observa entonces un artículo en el que se contempla la responsabilidad por error judicial y la responsabilidad por el funcionamiento defectuoso de la administración de justicia, y otro artículo para la prisión preventiva<sup>44</sup>.

42 Afirma Del Saz que “la compensación debida por la privación legítima de la libertad, lejos de constituir un supuesto de compensación por un error judicial, está amparada por el derecho fundamental a la libertad del artículo 17 CE”; sin embargo, destaca que, “en su Memoria de 1987, al referirse a la prisión provisional, [el Consejo de Estado] se limitó a afirmar que la posición del Consejo de Estado era unánime al considerar que el artículo 294 se refiere a un supuesto específico de error judicial en cuanto el eventual efecto lesivo se sigue directamente de una decisión judicial –la que absuelve al acusado–”. DEL SAZ, S. *La obligación del Estado de indemnizar los daños ocasionados por la privación de libertad de quien posteriormente no resulta condenado*. En *Revista de Administración Pública*. N.º 195, 55-98. Por su parte, Cobreros Mendazona sostiene que “[s]i el error judicial *in genere* (al que se refiere el art. 293.1 LOPI) tiene que consistir en una resolución judicial adoptada de manera muy equivocada, el error judicial en que consiste la prisión provisional indebida (a la que se refiere el art. 294 LOPI) no exige tal requisito, sino que el propio proceso judicial haya demostrado inequívocamente la incorrección de la medida (aunque no hubiera habido descuido o torpeza algunos del órgano judicial)”. Redacción de la cual puede entenderse que se plantea una relación de género a especie entre el error judicial y la prisión provisional. Cfr. COBREROS MENDAZONA, E. *El sistema de indemnización por prisión provisional indebida en la encrucijada*, cit., nota al pie de página 7. El mismo autor tenía este entendimiento en COBREROS MENDAZONA, E. *La responsabilidad del Estado derivada del funcionamiento anormal de la administración de justicia*. Madrid: Civitas, 1998, 22.

43 Sección Tercera. Sentencia de 1 de octubre de 1992. Exp. 7.058.

44 Los otros aspectos importantes tienen que ver con los presupuestos necesarios para que se configure la responsabilidad y con el procedimiento a seguir para su reclamación. En relación con lo primero, el artículo 292 de la LOPI exige que el daño debe ser efectivo, medible económicamente e individualizado respecto de una o un grupo de personas, e igualmente, destaca que la mera anulación o revocación de las providencias judiciales no implica, *per se*, el derecho a la indemnización. Relevante también resulta el artículo 295 ibídem, que establece que no habrá indemnización cuando se evidencie una conducta dolosa o culposa del perjudicado. Frente a lo segundo, el artículo 293 ibídem consagra el procedimiento que debe seguirse para reclamar la

Por su parte, en el ordenamiento colombiano, la Ley 270 de 1996<sup>[45]</sup>, en su artículo 65, establece que “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales”, y que “responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad”.

Para el caso específico de la prisión provisional, la aludida Ley 270 de 1996 en su artículo 68 dispuso que “Quien haya sido privado injustamente<sup>[46]</sup> de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios”.

La citada ley define<sup>[47]</sup> cada uno de los tres tipos de daño mencionados en el segundo inciso del artículo 65, consagra los presupuestos del error jurisdiccional, establece que la culpa exclusiva de la víctima exonera de responsabilidad al Estado y contempla la acción de repetición y la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de este asunto<sup>[48]</sup>.

Es curioso que la diferencia más importante que pudo destacarse entre la LOPJ y la Ley 270 quedó desdibujada por virtud de la Sentencia STC 85/2019, la cual anuló el supuesto de indemnización concreto contenido en el artículo 294 de la LOPJ (inexistencia del hecho imputado). Por virtud de la referida sentencia, hoy converge aún más la legislación de la responsabilidad del Estado-juez por la prisión provisional en España y en Colombia, ya que legal-

indemnización por los mencionados supuestos de responsabilidad, estableciendo plazos para su interposición, autoridades competentes para conocer y diferenciando requisitos dependiendo de la causa del daño.

45 Como un antecedente relevante se destaca que, antes de la expedición de la Ley 270 de 1996, el derogado Decreto Ley 2700 de 1991 (antiguo Código de Procedimiento Penal) establecía dos tipos de responsabilidad del Estado-juez: por un lado, la fundamentada en el error judicial como consecuencia de la exoneración de responsabilidad penal a través de la acción de revisión (art. 242), y, por otro lado, la fundamentada en la privación injusta de la libertad, que se configuraba cuando se recuperaba la libertad por tres eventos: porque el hecho no existió, porque el sindicado no lo cometió, o porque la conducta no constitúa hecho punible (art. 414).

46 La Corte Constitucional, al revisar la constitucionalidad de este artículo, señaló que el término “injustamente”, contenido en este artículo, “se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada, ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria”. Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 1996.

47 El artículo 66 señala que el error judicial “Es aquel 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”.

48 De manera similar al ordenamiento español, en Colombia se diferencian los eventos por los cuales responde el Estado-juez y se contempla un artículo para cada una de estas formas de responsabilidad. Así mismo, se establecen presupuestos de responsabilidad, procedimientos de reclamación, autoridades competentes para conocer de los procesos de reclamación y reglas sobre la acción de repetición o regreso. En relación con el procedimiento de reclamación se resalta que, mientras en España, para los eventos de error judicial, de anormal funcionamiento de la Administración de Justicia y de prisión preventiva, la reclamación inicial se formula al Ministerio de Justicia, en Colombia la solicitud se demanda directamente ante el juez contencioso administrativo.

mente no hay supuestos específicos en los que se limite la procedencia de la indemnización para los casos de detención preventiva legalmente ordenada<sup>49</sup>.

### *2.3. La responsabilidad del Estado-juez en los sistemas jurídicos supranacionales*

Además de las normas de derecho interno, es necesario tener en cuenta que tanto España como Colombia, en virtud de obligaciones con fuente en el derecho internacional, deben respeto a ciertas normas supranacionales<sup>50</sup>; para el caso concreto, se destaca, por un lado, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), y, por otro, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Como aplicable a ambos países, vale la pena destacar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>51</sup>. Así mismo, en caso de demandas por violación a los anteriores convenios, ambos ordenamientos internos se someten respectivamente a la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

Para los efectos del análisis del tema de la responsabilidad del Estado por la administración de justicia, es importante tener en cuenta que en los mencionados convenios se consagran algunos elementos esenciales, como lo es el derecho ciudadano a ser indemnizado por los errores judiciales<sup>52</sup>; así mismo, son centrales la protección y la garantía de la libertad personal<sup>53</sup> y el derecho al respeto de la presunción de inocencia<sup>54</sup>. Estos elementos se erigen en los estándares que deben cumplir ambos Estados al momento de desplegar su poder público sobre los ciudadanos, y el juzgamiento del cumplimiento o no de tales estándares compete a los órganos mencionados al final

49 Recuérdese el supuesto del Caso 3 con sus tres variantes expuesto en el numeral 1.3 del apartado 1 de este escrito.

50 En España, el Tribunal Constitucional modificó el artículo 294 como consecuencia de la doctrina del TEDH de las sentencias *Puig Panella y Tendam*. En Latinoamérica, “de acuerdo con la Convención Americana de Derechos Humanos los fallos dictados en la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana son de obligatorio cumplimiento para las partes involucradas, resultando que en diversos fallos la Corte Interamericana ha ordenado que el Estado responsable reforme su legislación en un plazo razonable[,] y no ha faltado tampoco algún caso en que ha dispuesto directamente la ineficacia de la legislación del Estado cuya responsabilidad se ha declarado”. LLOBET RODRÍGUEZ, J. *La prisión preventiva y la presunción de inocencia según los órganos de protección de los derechos humanos del sistema interamericano*. En *Ius. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*. N.º 24, 2009, 114-148.

51 En España se publicó en el BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977, 9337-9343, el “Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966”, BOE-A-1977-10733. En Colombia este instrumento se aprobó mediante la Ley 74 de 1968.

52 Artículo 5.5 del CEDH y artículo 7, en concordancia con el 63, de la CADH.

53 Artículo 5 del CEDH y artículo 7 de la CADH.

54 Artículos 6.2 y 8.2 ibíd.

del párrafo anterior. Casos paradigmáticos para el análisis que se adelanta, son los del 25 de abril de 2006, asunto *Puig Panella c. España*, y del 13 de julio de 2010, asunto *Tendam c. España*. En el siguiente apartado se verá cómo incidieron en el sistema jurídico español. Para el caso colombiano –y latinoamericano en general– hay abundante jurisprudencia interamericana en la que se condena a los Estados miembros en aquellos casos en los que se presentan detenciones ilegales y arbitrarias<sup>55</sup>.

### 3. EL DESARROLLO JURISPRUDENCIAL SOBRE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL POR LA PRISIÓN PROVISIONAL

El desarrollo de las normas constitucionales sobre responsabilidad estatal ha sido llevado a cabo en España tanto por el legislador<sup>56</sup> como por la jurisprudencia. En Colombia esta tarea ha estado, esencialmente, en cabeza del Consejo de Estado. Esta diferencia se sustenta en la habilitación que de manera expresa hace la Constitución española al legislador para que establezca el alcance y delimita los elementos de la responsabilidad del Estado, habilitación que no existe en la Constitución colombiana y que, como lo menciona Zapata García, “abre la puerta a una atrayente discusión sobre la capacidad del legislador de limitar, modular o incluso eximir a la Administración de la responsabilidad en determinados supuestos”<sup>57</sup>.

No obstante, en Colombia, como caso particular, el legislador –a través de la ya referida Ley 270 de 1996– desarrolló la Constitución en materia de responsabilidad de la administración de justicia<sup>58</sup>, por lo que podría decirse que para el caso concreto no cabría, en principio, hablar de situaciones sustancialmente disímiles en la regulación de ambos países<sup>59</sup>. En ese sentido,

55 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *El análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de integridad personal y privación de libertad (artículos 7 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. San José: Corte IDH, 2010. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/privacion-libertad.pdf>

56 Entre estas se destacan las siguientes: LRJSP, LOPI y Ley 39/2015, del 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

57 Cfr. ZAPATA GARCÍA, P. A. *Fundamentos, límites y convergencias de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, cit., 110.

58 Antes de la Ley 270 de 1996, también había en Colombia una norma que desarrollaba la responsabilidad del Estado para el caso de la privación injusta, esto es, el Decreto Ley 2700 de 1991.

59 Ahora bien, a pesar de existir ley concreta en Colombia que desarrolla la responsabilidad del Estado-juez –al igual que ocurre en España–, sigue presente la interesante cuestión relacionada con el poder que detenta el legislador en el país europeo para delimitar la responsabilidad estatal, y sigue presente porque, aunque en Colombia el legislador delimitó la responsabilidad estatal a través de ley, el Consejo de Estado ha señalado que “[e]l fundamento de la responsabilidad del Estado en estos eventos, por tanto, no debe buscarse –al menos no exclusivamente– en preceptos infraconstitucionales que pudieren limitar los alcances de la cláusula general de responsabilidad

tanto en España como en Colombia, para resolver las demandas ciudadanas concretas de responsabilidad estatal por prisión provisional, actualmente los jueces se encuentran con un primer referente normativo que, en resumen, indica que es posible demandar al Estado para obtener la reparación de los perjuicios causados por la prisión preventiva o la privación injusta de la libertad.

### *3.1. La jurisprudencia española*

Frente a la procedencia de la indemnización por la actividad de la administración de justicia es posible identificar algunas posiciones o tesis de la jurisprudencia<sup>60</sup>.

#### 3.1.1. Indemnización por la inexistencia del hecho imputado

Una de las posiciones que sostuvo el Tribunal Supremo puede ubicarse en el periodo comprendido entre la expedición de la actual Constitución española y los primeros años de vigencia de la LOPJ. Si bien es cierto que el artículo 121 de la Constitución consagra desde 1978 la responsabilidad del Estado por el error judicial y por el anormal funcionamiento de la administración de justicia, solo fue en 1985 que esta disposición se desarrolló mediante la LOPJ. De esta situación se derivan dos aspectos para destacar, el primero, la exigibilidad de desarrollo legislativo para poder reclamar la indemnización ante el Estado<sup>61</sup>, mientras que el segundo tiene que ver con la interpretación del artículo 294 de la LOPJ, ya que, para poder reclamar la indemnización en los términos de este artículo, la autoridad de conocimiento se limitaba a

del Estado contenida en el artículo 90 superior". Sentencia de unificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 17 de octubre de 2013, expediente 23.354. Sería interesante, en clave de derecho comparado, profundizar en la competencia y alcance de las facultades del legislador y la jurisprudencia para delimitar la responsabilidad del Estado.

60 Exposiciones de estas distintas tesis en COBREROS MENDAZONA, E. *El sistema de indemnización por prisión provisional indebida en la encrucijada*, cit.

61 Señala el Tribunal: "es de ver que ni durante el tiempo en que el Sr. [...] estuvo en prisión preventiva, ni incluso cuando se dictó la Sentencia absolutoria [...] existía en el campo normativo la Ley Orgánica del Poder Judicial [...]. Ciertamente el art. 121 de la Constitución establece que los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la Ley. Pero este precepto, en virtud de lo dispuesto en el art. 53 de la propia Constitución, necesitaba ineludiblemente un posterior desarrollo legislativo, que lógicamente, fue el que la Ley Orgánica del Poder Judicial dio al Título VI –del Poder Judicial– en el cual aquel artículo está incardinado". Sentencia de 27 enero 1989 - ECLI: ES:TS:1989:415. En el mismo sentido la Sentencia RJ 1989\496 de la misma fecha (sin ECLI).

comprobar que la decisión que ordenó la libertad se hubiere motivado en la no existencia del hecho investigado en el proceso penal<sup>62</sup>.

Un aspecto importante para resaltar es que la indemnización reclamada con fundamento en el artículo 294 de la LOPI suponía un trámite de reclamación mucho más sencillo y expedito que el previsto por el artículo 293 ibídem para los demás casos de responsabilidad del Estado juez<sup>63</sup>. Se entendía que la configuración del supuesto de hecho normativo del artículo 294 ponía de manifiesto una especie de “error judicial” tan evidente<sup>64</sup> que era totalmente viable conceder al perjudicado un procedimiento preferente para reclamar la indemnización de los daños en estos casos.

### 3.1.2. Ampliación del supuesto indemnizatorio

Como se resaltó, en la tesis anterior la indemnización por la prisión provisional estaba limitada al supuesto de inexistencia objetiva (inexistencia del hecho investigado). Sin embargo, esta interpretación cambió con la STS 13458/1989,

62 “Pero el hecho imputado, al que se refiere el artículo 294.1 de la Ley Orgánica, subsiste plenamente, y está constituido por la serie de yacimientos logrados con la mujer, facilitados además por las circunstancias de la personalidad de la misma que han sido recogidas en la sentencia, y por la circunstancia de la proximidad amical entre el procesado y el padre de la mujer. Aunque tales hechos ciertamente existentes, no hayan merecido la calificación jurídica de violación”. Ibíd.

63 Para considerar la existencia de un error judicial, el Tribunal Supremo estableció que “no es correcto identificar error judicial con discrepancia de las decisiones de los órganos judiciales correspondientes, frente a las posiciones o criterios que se consideran, dentro de la amplia relatividad en la que se mueven las normas jurídicas (cfr. artículo 3.1 del Código Civil respecto a la realidad social)[...] como más generalmente admitidos y aceptables. Es por ello por lo que se viene exigiendo, para que prospere la demanda por error judicial, la concurrencia de los siguientes requisitos: a) Un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o a un grupo de personas; b) El agotamiento de todos los recursos que el ordenamiento tenga establecidos para el caso debatido, y c) Que el daño sea consecuencia de la actividad jurisdiccional originada por un desajuste objetivo, patente e indudable con la realidad fáctica o con la normativa legal, error de hecho o de derecho causado, el primero, por unos hechos radicalmente distintos de aquéllos a que llevan las bases de que se partió para obtenerlos, [...] [y] el segundo, por aplicar a estos un precepto legal inadecuado, no aplicar el que corresponde o interpretarlo de forma absolutamente inadecuada, equivocaciones flagrantes que pueden afectar al fondo o a la forma, esto es, que pueden consistir en errores ‘in iudicando’ o ‘in procedendo’ (Sentencias de 3 y 5 de noviembre de 1987, 16 de mayo y 6 de junio de 1989 y 9 de julio de 1990)”. Sentencia STS 4590/1990 - ECLI: ES:TS:1990:4590.

64 Refiriéndose al artículo 294 de la LOPI sostuvo el Tribunal Constitucional que “el propio proceso penal ha evidenciado la existencia del error judicial de suerte que ya no será necesaria una declaración jurisdiccional en tal sentido”. Sentencia STS 13797/1989 - ECLI: ES:TS:1989:13797. En sentido similar, la misma corporación definía que, “aunque es cierto que el ya reiterado art. 121 del texto constitucional sólo distingue entre el error judicial y el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, el título quinto mencionado, subdivide el error judicial, que es siempre de fondo y no una mera cuestión formal, en dos supuestos distintos, estableciendo en el art. 293 una norma general y dedicando el 294 a un supuesto muy concreto”. Sentencia STS 6942/1989 - ECLI: ES:TS:1989:6942.

del 27 de enero<sup>65</sup>, ampliándose la posibilidad de indemnización al evento que se denominó de inexistencia subjetiva, que reflejaba los casos en los que se comprobaba que el investigado no había participado en el hecho delictivo, lo que en otras palabras implicaba la existencia de certeza y plena prueba de la inocencia del investigado<sup>66</sup>. Se había construido así una doctrina que permitía la aplicación del artículo 294 no solo a los supuestos de inexistencia objetiva, sino también a los de inexistencia subjetiva. Incluso, el Tribunal Constitucional avaló esta interpretación señalando que “desde la finalidad de la norma, la inexistencia objetiva y la subjetiva del hecho imputado son esencialmente iguales y deben, por ello, recibir tratamiento unitario”<sup>67</sup>.

No obstante, a pesar de la ampliación del ámbito indemnizatorio del artículo 294, la posición del Tribunal Supremo contenida en la Sentencia 13458/1989, del 27 de enero, no permitía indemnización para los casos de *inocencia presumida*. En ese sentido, quien luego de prisión provisional resultare libre, por ejemplo, con fundamento en la aplicación de la presunción de inocencia, no era destinatario de la previsión contenida en el citado artículo 294. Esta situación comenzó a generar demandas que llegaron a conocimiento del TEDH, las cuales terminaron en sentencias condenatorias al Estado español. Son especialmente importantes las sentencias del TEDH del 25 de abril de 2006, en el asunto *Puig Panella c. España*, y del 13 de julio de 2010, en el asunto *Tendam c. España*.

Según el TEDH, el problema se encontraba en las razones por las cuales las autoridades españolas negaban las reclamaciones de indemnización por prisión provisional y en la forma en la que se exponían estas razones, básicamente, el lenguaje utilizado en las decisiones denegatorias. Del razonamiento que normalmente acompañaba a la denegación se podía percibir, en última instancia, una especie de verificación de “tipos de inocencia”, ya que solo se indemnizaba a dos clases de inocentes: los que lo eran por inexistencia del hecho investigado y los que lo eran por haberse demostrado su no participación en el delito; es decir, solo se indemnizaban los casos de *inocencia probada*. Los demás inocentes, esto es, los que tenían tal condición por la aplicación de la presunción de inocencia, no eran objeto de indemnización. Normalmente este raciocinio se exteriorizaba con un lenguaje que podía poner en entredicho la inocencia del perjudicado –afirmaba el TEDH–.

65 ECLI: ES:TS:1989:13458.

66 El Tribunal Supremo no solo delimitó positivamente el artículo 294 incluyendo el supuesto de inexistencia subjetiva, sino también negativamente señalando que “[n]o resulta en cambio viable extender su virtualidad a los casos de falta de prueba de la participación en el hecho en los que la reclamación de una posible indemnización derivada de la prisión preventiva habrá de discurrir por el cauce general del art. 293.1”. Ibíd. No obstante, no se hizo mención a otro tipo de casos, distintos a los de presunción de inocencia, en los que el proceso penal no termina con una condena.

67 Sentencia STC 98/1992 - ECLI: ES:TC:1992:98.

Para el TEDH, con este tipo de raciocinio se vulneró el artículo 5.5 del Convenio, ya que, si en el proceso penal no se encontraba demostrada la culpabilidad del investigado, no era posible en el proceso de reclamación de la indemnización ante el Estado exigir pruebas de la inocencia del ciudadano –para efectos de la indemnización– porque este era por virtud de la ley inocente.

### 3.1.3. Retorno a la indemnización por inexistencia del hecho imputado

Como consecuencia de las citadas sentencias del TEDH<sup>68</sup>, el Tribunal Supremo regresó a su posición inicial, es decir, interpretó que el artículo 294 solamente permite la indemnización por prisión provisional para el caso de inexistencia del hecho investigado. Debido a que indagar los motivos por los cuales el ciudadano ha recobrado su libertad para efectos de indemnizar la prisión provisional se consideró violatorio de la presunción de inocencia, se optó por aplicar literalmente la norma y no hacer interpretaciones sobre los asuntos decididos en el proceso penal; simplemente se debería chequear la inexistencia del hecho, como se hizo en los primeros momentos de aplicación del artículo 294<sup>[69]</sup>.

No obstante, esta última posición del Tribunal Supremo no implicó una solución a la problemática relacionada con la aplicación del artículo 294 debido a que, en todo caso, indemnizar por el único supuesto previsto en dicha norma –inexistencia del hecho investigado– igualmente comportaba hacer una especie de ejercicio de selección de tipos de inocentes, lo que se consideraba una discriminación porque la inocencia es una sola, independientemente de sus causas; por tanto, restringir la indemnización solo a un tipo de inocentes era discriminatorio y violatorio de la presunción de inocencia.

A mediados del año 2019, el Tribunal Constitucional reaccionó frente a la situación relacionada con la aplicación del artículo 294 y, mediante la Sentencia STC 85/2019, declaró nulos e inconstitucionales los apartes del citado artículo que establecían el supuesto indemnizatorio (inexistencia del hecho imputado). No obstante, antes de esta sentencia, el Tribunal Constitucional

68 “[E]l Tribunal Supremo modificó en el año 2010 la anterior interpretación teleológica en atención a la doctrina sentada en las sentencias del TEDH de 25 de abril de 2006, asunto *Puig Panella c. España*, y de 13 de julio de 2010, asunto *Tendam c. España*”. Sentencia STC 85/2019.

69 “[D]icho cambio de criterio jurisprudencial en la interpretación del alcance del art. 294 de la LOPI, viene impuesto por el respeto al derecho reconocido por el art. 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en los términos que resultan de la indicadas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, encargado de su tutela (arts. 19 y 46 del Convenio), que no pueden ser desconocidas por este órgano jurisdiccional en la aplicación e interpretación de la norma invocada por la parte como fundamento de sus pretensiones”. Sentencia STS 6698/2010 - ECLI: ES:TS:2010:6698. En el mismo sentido la Sentencia STS 6717/2010 - ECLI: ES:TS:2010:6717.

amparó los derechos fundamentales de dos demandantes a los que se les había denegado la indemnización poniendo en duda su inocencia<sup>70</sup>.

### 3.1.4. La Sentencia STC 85/2019 y la jurisprudencia posterior

Con el propósito de brindar una solución al problema que se presentaba con el tema de los supuestos indemnizables, el Tribunal Constitucional, mediante la Sentencia STC 85/2019, resolvió declarar nulo el aparte que restringía la indemnización a la inexistencia del hecho imputado, quedando entonces configurado –según algunos doctrinantes<sup>71</sup>– un régimen de responsabilidad automática para los casos de prisión preventiva.

A continuación se resaltan algunos de los puntos más importantes sostenidos por el Tribunal Constitucional en la Sentencia STC 85/2019 para declarar la nulidad parcial del artículo 294:

- i) La previsión contenida en el artículo 294 contempla un supuesto especial que permite indemnizar la *prisión preventiva legítima*; no se trata, por consiguiente, de una responsabilidad por una especie de error judicial o por el anormal funcionamiento de la administración de justicia;
- ii) Resalta que el CEDH no ordena que se indemnice la prisión preventiva legal: “[s]in embargo, si una vez reconocido el derecho a ser indemnizado, se hace de forma selectiva, el propio criterio de selección puede introducir dudas sobre la inocencia del procesado no condenado”;
- iii) Si bien es cierto que la prisión provisional es una carga que debe asumirse en nombre del interés general, esta asunción genera una compensación del *sacrificio especial asumido* por el ciudadano absuelto;
- iv) La existencia de supuestos indemnizables atenta contra el derecho constitucional a la presunción de inocencia en la medida en que para decidir si se indemniza o no, se recurre a las razones de la absolución, lo cual, de forma directa o indirecta, vulnera la presunción de inocencia;
- v) La redacción del artículo 294 luego de su nulidad parcial no implica que se haya establecido un régimen automático de indemnización. La indemnización, además de la eventual intervención legislativa, deberá decidirse de acuerdo con la teoría general de la responsabilidad civil, incluyendo criterios del derecho

70 Sentencia 8/2017, del 19 de enero de 2017 - ECLI: ES:TC:2017:8, y Sentencia 10/2017, del 30 de enero de 2017 - ECLI: ES:TC:2017:10.

71 COBREROS MENDAZONA, E. *El sistema de indemnización por prisión provisional indebida en la encrucijada*, cit., 39.

de daños como la *compensatio lucri cum damno* o la relevancia causal de la conducta del reclamante.

El mismo Tribunal Constitucional aclaró en su sentencia que con el nuevo texto que resultaba del artículo 294 no se generaba una responsabilidad automática de perjuicios, a la vez que afirmó que la eventual intervención legislativa y el uso de la teoría general de la responsabilidad civil en este asunto delimitarían los presupuestos y el alcance de la indemnización para el supuesto del artículo 294. Poco tiempo después de esta sentencia, Medina Alcoz y Rodríguez Fernández publicaron un escrito en el que se prestan *Razones para (no) indemnizar la prisión provisional seguida de absolución. Guía aplicativa del art. 294.1 LOPJ tras la STC 85/2019* y se concluye que “[n]o cabe asociar automáticamente la indemnización de la prisión provisional padecida al dictado de un pronunciamiento penal absolutorio”<sup>72</sup>. No obstante lo anterior, el Tribunal Supremo, al pronunciarse sobre este supuesto, no pensaría lo mismo, y es así como, mediante sentencia del 10 de octubre de 2019, sostuvo que, “aunque el Tribunal Constitucional defiera a los Tribunales ordinarios la fijación en cada caso de la procedencia de la indemnización, debemos concluir que partiendo de nuestra sujeción a la norma y tomando en cuenta la nueva redacción de la misma [...], en todos los supuestos de absolución por cualquier causa o de sobreseimiento libre, el perjudicado tiene derecho a la indemnización”<sup>73</sup>.

### *3.2. La jurisprudencia colombiana*

Como se mencionó en la introducción, la posición jurisprudencial sobre el tema de la responsabilidad estatal por privación de la libertad en el ordenamiento jurídico colombiano se encuentra definida en las sentencias de unificación SU 46947 de 2018 del Consejo de Estado y SU-072 de 2018 de la Corte Constitucional. También se adelantó que el mismo Consejo de Estado, pero en sede de tutela, mediante providencia del 15 de noviembre de 2019<sup>[74]</sup>, dejó sin efectos la Sentencia SU 46947 y ordenó proferir una decisión de reemplazo respetuosa de la presunción de inocencia. Esta decisión se produjo el 6 de agosto de 2020<sup>[75]</sup> pero, como lo resaltó la Corte Constitucional,

72 MEDINA ALCOZ, L. y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I. *Razones para (no) indemnizar la prisión provisional seguida de absolución. Guía aplicativa del art. 294.1 LOPJ tras la STC 85/2019*. En *Revista Española de Derecho Administrativo*. N.º 200, 2019, 147-190.

73 Sentencia del Tribunal Supremo del 10 de octubre de 2019. N.º 1348/2019, STS 3121/2019 - ECLI: ES:TS:2019:3121.

74 Esta providencia se encuentra en proceso de revisión por la Corte Constitucional bajo el radicado T-7-785-966.

75 Rad. 66001-23-31-000-2011-00235-01(46947)A, cit.

“este pronunciamiento no tuvo por objeto unificar jurisprudencia”<sup>76</sup>, por lo que se entiende que la posición jurisprudencial del Consejo de Estado en materia de privación injusta de la libertad continúa siendo la mantenida en la sentencia SU 46947<sup>[77]</sup>.

Ahora, antes de describir los puntos centrales contenidos en las referidas sentencias de unificación, de manera resumida se expondrán los antecedentes de la jurisprudencia contencioso administrativa sobre el asunto de estudio<sup>78</sup>.

### 3.2.1. Procedencia de la indemnización bajo un régimen de responsabilidad subjetiva

Desde el inicio de la vigencia de la Constitución Política de 1991 y hasta que estuvo vigente<sup>79</sup> el Decreto Ley 2700 de 1991 se puede ubicar una línea decisoria del Consejo de Estado en la que, luego de cierta reticencia a indemnizar por las decisiones de la administración de justicia<sup>80</sup>, se comienza a abrir paso a una tesis de responsabilidad del Estado-juez con fundamento en un régimen subjetivo<sup>81</sup>. La norma en la que se fundaba esta responsabilidad era la consagrada en el artículo 414 del citado Decreto Ley 2700 que establecía que “... Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constitúa hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por

76 Sentencia T-045 de 2021.

77 Así lo confirma, por ejemplo, la fundamentación jurídica de la Sentencia T-045 de 2021, de la Corte Constitucional, en la que se describe el “[e]stado de la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado respecto de la responsabilidad del Estado en casos de privación injusta de la libertad”.

78 Varios escritos hacen los recuentos históricos de las líneas jurisprudenciales, entre los cuales pueden consultarse, por un lado, las sentencias SU-072 de 2018, de la Corte Constitucional, y SU 46947 de 2018, del Consejo de Estado; por otro lado, pueden consultarse los siguientes escritos: *Privación injusta de la libertad: entre el derecho penal y el derecho administrativo*, Documentos Especializados de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, mayo de 2013. Disponible en: [https://www.defensajuridica.gov.co/gestion/publicaciones-andje/Documents/privacion\\_injusta\\_libertad.pdf](https://www.defensajuridica.gov.co/gestion/publicaciones-andje/Documents/privacion_injusta_libertad.pdf); cfr., también, HOYOS DUQUE, R., ZAMBRANO, M. V. y JARAMILLO BEDOYA, L. F. *Responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad*. En *Prolegómenos. Derechos y Valores*. Vol. IX, N.º 17, 2006, 11-21.

79 Derogado por la Ley 600 de 2000, no obstante lo cual el Consejo de Estado seguía aplicando su artículo 414 a los hechos acaecidos durante la vigencia de la norma.

80 “[A] la hora de abordar la responsabilidad de los jueces, también persistía cierta reticencia frente a tales condenas. Por ejemplo, en sentencia del 24 de mayo de 1990 el Consejo de Estado se negó a considerar la responsabilidad del Estado por fallas cometidas por dolo o culpa de los jueces, en tanto se consideraba que en estos casos la responsabilidad era personal. Por supuesto, dicha decisión no fue adoptada de manera pacífica si se tiene en cuenta que tres consejeros manifestaron su disidencia”. Corte Constitucional. Sentencia SU-072 de 2018.

81 Cfr. Sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 1 de octubre de 1992, exp. 7058, y del 13 de octubre de 1994, exp. 9214.

la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave”.

En este momento, a pesar de que la disposición transcrita parecía consagrar una responsabilidad objetiva al prescindir del análisis de la conducta del juez, el Consejo de Estado condicionó la aplicación de este tipo de responsabilidad al error judicial y consideró que la responsabilidad injusta prevista en dicho artículo era una especie del género error judicial<sup>82</sup>.

### 3.2.2. Hacia la responsabilidad objetiva

Esta línea jurisprudencial se generó estando todavía vigente el Decreto Ley 2700 de 1991 y abrió el camino a un régimen de responsabilidad objetiva del Estado-juez, para aquellos casos en los cuales la absolución se hubiera generado porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible<sup>83</sup>. Es decir, procedía la indemnización en los casos de *inocencia probada*. Para las demás hipótesis no previstas en el aludido artículo 414, el juicio de responsabilidad se seguía centrando en la demostración de un error judicial.

### 3.2.3. Indemnización de la privación injusta bajo un régimen de responsabilidad objetiva

En vigencia de la Ley 270 de 1996, la tendencia hacia la objetivación del régimen de responsabilidad iniciada en la anterior tesis del Consejo de Estado llegó a su punto más alto al sostenerse que, además de los tres eventos de absolución delimitados hasta el momento (inexistencia del hecho, hecho no cometido por el sindicado o conducta no estaba tipificada como punible), la responsabilidad del Estado era objetiva incluso en los casos de absolución con fundamento en la aplicación del *in dubio pro reo*<sup>84</sup>.

82 “En relación con la responsabilidad de la administración por privación injusta de la libertad, la Sala desea hacer las siguientes precisiones, por la vía jurisprudencial, a saber: a) Ella toma apoyo en el artículo 90 de la Constitución Nacional y en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, y se ubica en el ámbito de la responsabilidad directa del Estado por error judicial, que se produce como consecuencia de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, y previa una valoración seria y razonable de las distintas circunstancias del caso”. Sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 15 de septiembre de 1994, exp. 9391.

83 Sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 17 de noviembre de 1995, exp. 10056. Esta es una línea identificada en algunas sentencias del Consejo de Estado. Por ejemplo, sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 4 de abril de 2002, exp. 13606 y del 27 de marzo de 2014, exp. 31535.

84 “[D]esde la perspectiva de la presunción constitucional de inocencia resultaría abiertamente contradictorio sostener, de una parte, que en materia penal al procesado [...] el propio Estado lo debe tener como inocente para todos los efectos [...]; sin embargo, de otra parte, en el terreno de la responsabilidad patrimonial, ese mismo Estado [...] estaría señalando que el

Esta línea jurisprudencial adquirió relevancia jurídica al ser incluida por el Consejo de Estado en sentencia de unificación SU 23354 del 17 de octubre de 2013, de la cual es importante resaltar, además de la inclusión de la presunción de inocencia como causa objetiva indemnizable por absolución, dos argumentos más. Por un lado, sostuvo el alto tribunal que no es válido exigir la comprobación de conductas dolosas o gravemente culposas del funcionario judicial como condicionante para la declaración de la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad, y ello no solo porque este ejercicio implicaría una confusión con el juicio de responsabilidad personal que se hace a los agentes del Estado, sino porque el artículo 90 constitucional diferencia con claridad la responsabilidad estatal de la de sus servidores.

Por otro lado, afirmó la corporación que el fundamento de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad se encuentra en el artículo 90 de la Carta Política y que, por tanto, cualquier interpretación contraria con fundamento en normas de rango inferior atenta contra la norma constitucional. En ese sentido, aclaró que la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad no se reducía exclusivamente a las hipótesis que estaban consagradas en el artículo 414 del Decreto Ley 2700 o en el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, ni a las de ninguna otra norma distinta del artículo 90 superior.

La anterior posición se mantuvo hasta el 15 de agosto de 2018, fecha en la cual el Consejo de Estado unificó nuevamente, mediante la pluricitada Sentencia SU 46947, su tesis sobre la responsabilidad del Estado por prisión provisional. Esta nueva postura –como se dijo– coincide con la de la Corte Constitucional contenida en la Sentencia SU-072 de 2018 en esta materia, y una de las razones esenciales para las unificaciones (sentencias SU 46947 de 2018 y SU-072 de 2018) obedeció a la consideración de la absolución por presunción de inocencia como un supuesto que debía estudiarse bajo el régimen de responsabilidad objetivo.

### 3.2.4. La situación actual con la Sentencia SU 46947 de 2018 del Consejo de Estado y con la Sentencia SU-072 de 2018 de la Corte Constitucional

Mediante la Sentencia SU 46947 de 2018, el Consejo de Estado modificó algunos de los criterios por él acogidos en la SU 23354 de 2013 y señaló que, en adelante, independientemente del motivo por el cual se recupera la

procesado sí estaba en el deber jurídico de soportar la detención a la cual fue sometido, cuestión que pone en evidencia entonces que la presunción de inocencia que le consagra la Constitución Política en realidad no jugaría papel alguno [...] [F]rente al juez de la responsabilidad extracontractual del Estado e incluso, en armonía con estas conclusiones, se tendría que aceptar que para dicho juez tal presunción sí habría sido desvirtuada, aunque nunca hubiere mediado fallo penal condenatorio que así lo hubiere declarado". Sentencia de unificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 17 de octubre de 2013, exp. 23.354.

libertad, será necesario hacer el estudio en el marco del artículo 90 constitucional para verificar la antijuridicidad del daño<sup>85</sup>. Asimismo sostuvo que se deberá analizar, bajo la óptica del derecho civil, si el demandante actuó con culpa grave o dolo, y si con ello dio lugar a la imposición de la detención preventiva.

La relevancia de este último criterio hace conveniente observar la forma en la que se llevó a cabo este análisis en el caso concreto:

... en consecuencia, fueron las actuaciones de la demandante las que motivaron la investigación que se le adelantó por parte de la Fiscalía (en cumplimiento de su deber constitucional de investigar las conductas que pudieran constituir delito<sup>114</sup>) y la suspensión de la medida restrictiva de la libertad en su contra, toda vez que existían indicios que permitían inferir una posible intención de control, dominación o sujeción a un trabajo forzado a través de la imposición de una obligación económica a favor de doña Martha Lucía o de un tercero (Ricardo Restrepo), situación que sólo se podía esclarecer en el escenario de un proceso penal.

Así, pues, a pesar de que la Fiscalía General de la Nación adelantó la investigación a la luz de una norma procesal que no resultaba aplicable, lo cierto es que ello no fue determinante en la privación de la libertad de que MLRC fue objeto, pues, en todo caso, su conducta debía ser investigada –independientemente de las normas de procedimiento penal que debieron aplicarse–. Así las cosas, a juicio de la Sala no existe vínculo causal (entendido desde la perspectiva de la “causalidad adecuada”) entre la medida de aseguramiento y los perjuicios por cuya indemnización se reclama en el presente asunto, pues, se insiste, la privación de la libertad de la señora Ríos Cortés no tuvo su causa eficiente o adecuada en la actividad de la administración de justicia (a pesar de ser la causa inmediata), sino en la conducta asumida por ella misma.

85 Dentro de los argumentos de esta sentencia de unificación se pueden destacar los siguientes: i) si bien es cierto que ninguna norma infraconstitucional puede restringir el ámbito de aplicación de la responsabilidad estatal, es válido que el legislador aclare los supuestos constitucionales de la responsabilidad estatal, tal y como sucede con el artículo 68 de la Ley 270 de 1996; ii) el juicio de responsabilidad subjetivo que se realiza en un proceso de responsabilidad por privación injusta no necesariamente se confunde con el juicio de responsabilidad del agente, por consiguiente, no puede utilizarse este argumento para condicionar la aplicación de la cláusula general de responsabilidad del Estado prevista en el artículo 90 de la Constitución; iii) no es cierto que la presunción de inocencia sea incompatible con la detención preventiva que también es una medida de carácter constitucional. Por un lado, la libertad no es un derecho absoluto y, por otro, la referida medida cautelar no tiene relación con la presunción de inocencia, ya que si en el proceso penal no se profiere una sentencia condenatoria, la inocencia se mantiene intacta; iv) la medida de detención preventiva solo está condicionada a que se dicte cumpliendo las formalidades legales y por un motivo previamente definido en la ley; sin estos requisitos la medida sí se torna injusta e ilícita; v) resulta incoherente que la Constitución exija a las autoridades la imposición de la detención preventiva –en los casos en los que procede– y que a la vez estas autoridades tengan que indemnizar cuando levantan tal medida.

Después de la Sentencia SU 46947 de 2018, el Consejo de Estado pareció continuar con su tendencia de no acudir a la responsabilidad objetiva para el supuesto de privación injusta de la libertad, y así, por ejemplo, en la Sentencia 47518 del 25 de octubre de 2019 señaló que “el bien jurídico de la libertad no tiene el carácter de absoluto y que, por lo tanto [...], la imposición de medidas que lo limitan resulta legítima, siempre y cuando se den todos los presupuestos legales que así lo permitan o lo exijan”<sup>86</sup>.

### 3.2.5. El estado de la jurisprudencia luego de la decisión de tutela del 15 de noviembre de 2019 que dejó sin efectos la Sentencia SU 46947 de 2018 y la sentencia de reemplazo

Como ya se destacó, el 15 de noviembre de 2019 el Consejo de Estado dejó sin efectos la Sentencia SU 46947 de 2018, al encontrar –en sede de tutela– que la presunción de inocencia –de la procesada en una investigación penal– había sido vulnerada con la valoración probatoria llevada a cabo y, por consiguiente, ordenó proferir una nueva decisión en la que, al valorarse la culpa de la víctima, se respetara el referido derecho fundamental.

La decisión de reemplazo la dictó la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado el 6 de agosto de 2020. De esta es posible destacar tres puntos: (i) se mantuvo lo decidido el 15 de agosto de 2018 (en la Sentencia SU 46947), en el sentido de revocar la condena en contra del Estado por privación injusta de la libertad; (ii) para mantener esta decisión se acudió a los criterios fijados por la Corte Constitucional en Sentencia SU-072 de 2018; y para poder pronunciarse de esta manera sin contrariar la citada orden de tutela del 15 de noviembre de 2019, (iii) no entró en “la valoración de la culpa exclusiva de la víctima, como causal eximente de responsabilidad”<sup>87</sup>; en efecto el estudio se agotó con la verificación de “que no se demostró que las entidades demandadas hubieran incurrido en falla alguna en [sic] del servicio”<sup>88</sup>, ya que la medida de privación de libertad se sustentó en la ley y puesto que para imponer la medida provisional a la investigada “existían varios indicios serios de responsabilidad y pruebas en su contra que la justificaban”<sup>89</sup>.

86 Sentencia de la Sección Tercera. Rad. 25000-23-26-000-2011-01300-01(47.518). En sentido similar, al resolver una tutela interpuesta en contra de la decisión de un tribunal administrativo que revocó una sentencia condenatoria contra del Estado por privación injusta de la libertad, la Corte Constitucional, mediante decisión del 25 de febrero de 2021, sostuvo que “el Tribunal accionado verificó la legalidad de la medida y concluyó que se ajustaba a derecho”. Sentencia T-045 de 2021.

87 Rad. 66001-23-31-000-2011-00235-01(46947)A, cit.

88 Ibíd.

89 Ibíd.

Como puede verse, las tesis jurisprudenciales más recientes de España y Colombia parecen ir en direcciones opuestas por cuanto, mientras en España se observa una tendencia a reconocer la indemnización en todos los casos en los que se produzca absolución, en Colombia parece restringirse la indemnización a los casos en los que se demuestre la ilegalidad de la medida cautelar, a pesar de que en la Sentencia SU 46947 de 2018 se aclaró que habría que hacer el estudio de la antijuridicidad del daño a la luz del artículo 90 constitucional.

#### 4. LA JURISPRUDENCIA SOBRE RESPONSABILIDAD POR PRISIÓN PROVISIONAL EN ESPAÑA Y EN COLOMBIA: ¿HACIA EXTREMOS PROBLEMÁTICOS?

Reconocer el diseño tripartito de los supuestos de responsabilidad estatal consagrados por los legisladores español y colombiano es relevante porque aporta claridad al análisis de la procedencia –o no– de la indemnización de la prisión provisional. De acuerdo con lo reconocido en la Sentencia STC 85/2019<sup>[90]</sup> del Tribunal Constitucional y en la Sentencia SU-072 de 2018<sup>[91]</sup> de la Corte Constitucional, la prisión provisional es un supuesto distinto del error judicial que encuentra su fundamento en el derecho a la libertad. Esto es importante porque previo a estas sentencias, si bien podía reconocerse a la prisión provisional como un supuesto especial, se consideraba, en últimas, como una especie de error judicial *ex post*.

En España este reconocimiento de la prisión provisional como una especie de error implicaba una especie de incoherencia ya que se considera que la administración de justicia solo responde por el funcionamiento anormal (art. 121) pero, a la vez, responde en casos en los que la administración funciona perfectamente, como cuando se ordena la prisión provisional ajustada a la ley.

Cobreros Mendazona expone algunos antecedentes del artículo 121 y destaca que, si bien en la propuesta original se reconocía la responsabilidad de la administración de justicia tanto por el funcionamiento normal como por el anormal, el texto definitivo contempló únicamente este último caso debido a una confusión conceptual de la ponencia que entendía que no procedía en la administración de justicia la responsabilidad objetiva: “Confusión conceptual consistente [...] en identificar funcionamiento anormal con responsabilidad por culpa; o dicho de otra manera, en considerar que el funcionamiento anormal excluye la responsabilidad objetiva”<sup>[92]</sup>. De estos antecedentes es posible

90 Sostiene el Tribunal Constitucional que “debe insistirse en rechazar que el art. 294 LOPJ atienda de principio a un supuesto al uso de error judicial”.

91 La Corte Constitucional, estudiando los antecedentes de la Ley 270 de 1996, señaló que “el legislador consideró que la privación injusta de la libertad era diferente al error judicial y al defectuoso funcionamiento de la administración de justicia”.

92 COBREROS MENDAZONA, E. *La responsabilidad del Estado derivada del funcionamiento anormal de la administración de justicia*, cit., 21.

concluir que, al haber dejado por fuera del artículo 121 la responsabilidad por funcionamiento normal de la administración de justicia, se hacía difícil encontrarle fundamento a la prisión provisional legalmente ordenada<sup>93</sup>, por lo que una posible forma de superar esta dificultad pudo haber sido calificar a la prisión provisional como un error *ex post* y reconducirla así hasta el artículo 121.

No obstante, a partir de la Sentencia STC 85/2019, no solo se reconoce la prisión provisional como un evento indemnizable en el que se prescinde del análisis de los motivos por los cuales se absolvió al investigado, sino que se da a entender que el fundamento de este daño está en el sacrificio especial del derecho a la libertad. Adicionalmente aclara que en este caso no se presenta ningún error porque la validez de la decisión se valora de acuerdo con la información que tuvo el juez al momento de proferirla<sup>94</sup>.

Por su parte, en Colombia, a partir del último hito jurisprudencial se ha derivado una tendencia que parece considerar que la privación injusta de la libertad es una especie de error judicial, lo cual ha conducido a descartar la responsabilidad estatal por el hecho de dictarse la medida cautelar conforme a la ley.

Los efectos que se generan de las líneas jurisprudenciales de ambos países parecen divergir, ya que se dirigen a extremos distintos: en un lado, la tendencia a la indemnización apunta a ampliarse, y en el otro, a reducirse. En este último apartado se destacarán los problemas que, como consecuencia de las posiciones jurisprudenciales expuestas, se pueden presentar en los dos países: en España, el automatismo de la responsabilidad estatal (4.1), y en Colombia, la reducción de su campo de acción (4.2). Estos problemas podrían llevar a la (con)fusión de los tres títulos de imputación de responsabilidad del Estado-juez.

#### *4.1. El automatismo de la responsabilidad estatal*

Sobre la base de la nueva redacción del artículo 294 de la LOPJ, los operadores jurídicos de esta norma han considerado que la responsabilidad del Estado por prisión provisional termina siendo automática. En palabras del Tribunal Supremo, “en todos los supuestos de absolución por cualquier causa o de sobreseimiento libre, el perjudicado tiene derecho a la indemnización”<sup>95</sup>. Con

93 Sostuvo el Tribunal Constitucional que “el legislador desarrolla el error judicial y el funcionamiento anormal por un lado –el art. 293 LOPI–, con un claro vínculo con el art. 121 CE, y por otro dispone un precepto distinto –el art. 294 LOPI–, para recoger una responsabilidad patrimonial que tiene otra fuente, que obedece a otro título de imputación que no exige culpa o anormalidad”. Sentencia STC 85/2019.

94 Véase MEDINA ALCOZ, L. y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., *Razones para (no) indemnizar la prisión provisional seguida de absolución*, cit., 153.

95 Citado *supra*, nota 79.

seguridad el Tribunal Supremo no olvida la importancia de la teoría general de la responsabilidad patrimonial del Estado; sin embargo, la sombra del llamado automatismo hace conveniente reiterar la necesidad del estudio de los elementos necesarios para la configuración de la responsabilidad estatal, por ejemplo, el estudio de la antijuridicidad del daño y la verificación del nexo causal entre el daño y el hecho dañoso y, en todo caso, el análisis de la procedencia de indemnización a pesar de actuaciones legales, pero que, en el caso concreto, impliquen un rompimiento frente a las cargas públicas que deben soportar los ciudadanos, en otras palabras, signifiquen una situación excepcionalmente injusta.

Es importante destacar que el artículo 294.1 de la LOPI condiciona la indemnización a la existencia de perjuicios, y estos solo pueden comprobarse mediante el estudio de los elementos de la responsabilidad estatal, comenzando por el daño que, en principio, para ser indemnizable debe carecer de título legítimo, ya que si no hay daño se acaba el juicio de responsabilidad<sup>96</sup>. También hay que tener en cuenta que el TEDH ha sostenido que el CEDH no ordena que se indemnice la prisión preventiva legal<sup>97</sup>. Y, a pesar de que es difícil sostener que no hay un daño cuando se priva de la libertad a una persona, el derecho de daños exige que se verifique si existe un título legal que ampare el hecho dañoso. Una vez hecho este análisis, habrá que revisar si, a pesar de existir un título legal para causar el daño (*v.gr.*, prisión provisional legalmente acordada), el reclamante ha percibido un sacrificio especial que revele una situación de injusticia. Esta situación se tendrá que estudiar, caso por caso, para verificar si hay o no un rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas. Esta verificación, desde luego, comporta la conocida complejidad que enfrenta el juez contencioso administrativo cuando tiene que estudiar hechos y pruebas que vienen del proceso penal. Esta complejidad podría reducirse, por ejemplo, al separar los niveles de análisis que sobre unos mismos hechos debe hacer el juez.

Sobre la premisa de la existencia de distintos sistemas de responsabilidad (penal, disciplinaria, civil, etc.) con distintas finalidades y reglas de funcionamiento, unos mismos hechos pueden ser analizados e interpretados de forma diversa dependiendo de la racionalidad de cada uno de los regímenes de responsabilidad. Es relevante tener en cuenta que los estándares probatorios del proceso penal y los del proceso de reparación de daños son

96 HENAO, J. C. *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, 35 ss.

97 TEDH. Sentencia del 13 de julio de 2010, asunto *Tendam c. España*, par. 13.

diferentes. Mientras que en el primero se requiere un alto grado de certeza para condenar, en el segundo se requiere solo un grado de probabilidad<sup>98</sup>.

No tener en cuenta esta diferencia puede llevar a dos extremos problemáticos para el proceso de responsabilidad estatal por prisión provisional: o solo indemnizar al reclamante que haya demostrado su inocencia, o indemnizar a todos los reclamantes que no hayan sido condenados<sup>99</sup>. Lo primero podría implicar denegaciones que violan la presunción de inocencia de los reclamantes al fundamentarse en la ausencia de pruebas de inocencia cuando para el proceso penal el reclamante es inocente<sup>100</sup>. Lo segundo puede generar indemnizaciones de personas que, por ejemplo, se han beneficiado de errores formales en las pruebas del proceso penal por el cual estarían siendo indemnizadas. A pesar del automatismo, tampoco pareciera viable una indemnización cuando la víctima ha causado o contribuido a causar su propio daño.

Debe evitarse entonces la confusión entre las reglas probatorias propias del proceso penal y las del proceso de reparación civil, o la dependencia absoluta de las últimas a las primeras, y, por consiguiente, llevar a cabo el análisis de la responsabilidad estatal con el estándar probatorio propio del proceso resarcitorio<sup>101</sup>.

Luego de la Sentencia STC 85/2019, algunos autores han llegado a proponer una guía sobre cómo llevar a cabo el estudio de la responsabilidad estatal en el caso de la prisión provisional, incluyendo el caso de la *inocencia presumida*, sin caer en los dos extremos anteriormente comentados. La clave está –sostienen estos autores– “en aplicar autónomamente (y con un lenguaje cuida-

98 DOMÉNECH PASCUAL, G. ¿Es mejor indemnizar a diez culpables que dejar a un inocente sin compensación? En *InDret*, 4, 2015, 25.

99 “La posibilidad abierta por la STC 13/82 parecía expandir ilimitadamente el ámbito del derecho a la presunción de inocencia siempre que se sancionase o se limitase coactivamente por parte del Estado cualquier derecho personal o patrimonial en virtud de una infracción del ordenamiento, lo que produjo inmediatamente un efecto de vértigo. El problema se resolvió con la Sentencia STC 6/1988. Según el fundamento jurídico 2.<sup>º</sup> de esta sentencia, el derecho a ser presumido inocente no puede ‘desnaturalizarse’ proyectándose en el ámbito de cualquier procedimiento sea o no jurisdiccional, cuyo sentido no sea el de dar ocasión al ejercicio del *ius puniendi* del Estado”. OVEJERO PUENTE, A. M. *Constitución y derecho a la presunción de inocencia*. Tirant lo Blanch, 2007, 102.

100 En el asunto *Puig Panella c. España*, sostuvo el TEDH que “el Ministerio de Justicia se basó en la falta de certeza total sobre la inocencia del recurrente para rechazar su demanda de indemnización, a pesar de la existencia de una sentencia del Tribunal Constitucional que restableció su derecho a la presunción de inocencia. En estas condiciones, el razonamiento del Ministerio de Justicia, confirmado posteriormente por los tribunales internos recurridos, es incompatible con el respeto de la presunción de inocencia”.

101 Precisamente, en uno de los votos discrepantes de la Sentencia STC 85/2019 se argumentó que “el proceso en el que se solicita la indemnización por la prisión provisional seguida de absolución o sobreseimiento es absolutamente independiente del penal en el que se ha decretado esta absolución o sobreseimiento[,] y que el demandante en la vía contenciosa deberá acreditar la concurrencia de los requisitos y no podrá utilizarse en su favor ni en su contra la presunción de inocencia, porque no nos hallamos ante un proceso penal”.

doso) las reglas sustantivas y procesales que rigen el Derecho de daños”<sup>102</sup>. Es esencial, en el juicio de responsabilidad estatal, no asumir el rol del juez penal, sino limitarse a estudiar la presencia de los elementos necesarios para la configuración de la responsabilidad estatal bajo la lógica probatoria de dicho juicio; y, a pesar de que toda la experiencia acumulada en el manejo de este tipo de casos lleve a pensar que necesariamente habrá que revisar las razones de la absolución, la doctrina comienza a presentar argumentos para evitar que dicha revisión concluya en la confusión de las funciones y terminología del proceso penal y del proceso contencioso administrativo<sup>103</sup>.

Con unas reglas autónomas para el proceso de responsabilidad civil será posible entonces estudiar si la prisión provisional constituye o no un daño que el reclamante ha debido soportar. Puede suceder que, aun entendiéndose que “la prisión provisional constituye un supuesto de privación legítima de libertad”<sup>104</sup>, se genere un daño especial por el rompimiento de las cargas públicas y por lo tanto haya que indemnizar, o puede suceder que, a pesar de haber sufrido la prisión provisional, esta no sea indemnizable porque el daño “no supera un umbral mínimo de intensidad o resulta materialmente compensado por beneficios especiales igualmente derivados, directa o indirectamente, de la intervención lesiva”<sup>105</sup>; o, incluso, a pesar de la inocencia y en virtud de

102 MEDINA ALCOZ, L. y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I. *Razones para (no) indemnizar la prisión provisional seguida de absolución*, cit. Vale la pena destacar que, para el Tribunal Supremo, de acuerdo con lo afirmado en la Sentencia del 10 de octubre de 2019, ya citada, esto no será viable por la nueva redacción del artículo 294 de la LOPJ.

103 Medina y Rodríguez distinguen tres modelos para el análisis probatorio de los hechos en el proceso indemnizatorio: el sistema vicarial, el sistema mixto y el sistema autónomo. El análisis de este último sistema es relevante no solo por ser una posible solución, sino porque tiene en cuenta la posición del TEDH que ha sido crucial en este debate. Al respecto sostienen que el “TEDH entiende, por tanto, que la autonomía de un proceso indemnizatorio, sujeto a reglas sustantivas y procesales distintas a las que determinan la exigencia de responsabilidad criminal, permite salvaguardar el derecho a la presunción de inocencia, aunque el órgano judicial llegue a conclusiones fácticas diversas”. MEDINA ALCOZ, L. y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I. *Razones para (no) indemnizar la prisión provisional seguida de absolución*, cit., 179. Por su parte, Del Saz analiza las sentencias del TEDH que detonaron el cambio normativo y jurisprudencial en España (*Puig Panella y Tendam*) y destaca que la argumentación de las autoridades en su momento se basó exclusivamente en la falta de prueba de la no participación en el hecho, lo cual es –como ya lo ha sostenido el TEDH– incompatible con la presunción de inocencia. Así mismo, con soporte en jurisprudencia del TEDH, sostiene que “la reparación debida podrá ser denegada cuando la razón de la desestimación tenga en cuenta, además de las sospechas o indicios existentes cuando se acordó la prisión y cómo han quedado en la sentencia absolutoria, cuáles fueron las circunstancias del proceso y la actuación misma de quien fue privado de libertad”. Del Saz, S. *La obligación del Estado de indemnizar los daños ocasionados por la privación de libertad de quien posteriormente no resulta condenado*, cit.

104 Sentencia STC 85/2019.

105 MEDINA ALCOZ, L. y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I. *Razones para (no) indemnizar la prisión provisional seguida de absolución*, cit.

uno de los elementos básicos de la responsabilidad estatal<sup>106</sup>, puede excluirse la indemnización si la causa de la lesión ha obedecido a un actuar doloso o culposo de la propia víctima<sup>107</sup>. Se resalta, por ejemplo, que en este mismo sentido el artículo 295 de la LOPJ, para el caso del error judicial y el anormal funcionamiento de la administración de justicia, excluye la indemnización.

A pesar de lo complejo que pueda resultar llevar a cabo el juicio de responsabilidad en los casos de prisión provisional, el automatismo no genera los mismos beneficios que produce el análisis de los elementos de la responsabilidad. Incluso si el resultado es el mismo (procedencia de la indemnización), el estudio de los elementos de la responsabilidad podría arrojar datos importantes para el sistema jurídico –por ejemplo, la posibilidad de identificar si el hecho dañoso obedeció a una conducta dolosa o gravemente culposa cometida por el agente judicial<sup>–108</sup> y, por consiguiente, se pierde la oportunidad de identificar eventuales problemas –y soluciones– dentro del sistema de administración de justicia<sup>109</sup>, bien por aplicación del numeral 2 del artículo 296 de la LOPJ, bien por aplicación del artículo 407 ibídem o bien como dato para futuras reformas normativas.

106 Cfr. MEDINA ALCOZ, M. *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*. Madrid: Dykinson, 2012.

107 Medina y Rodríguez señalan, por ejemplo, que “la culpa (*rectius*: hecho) de la víctima puede tener un rol causal decisivo, determinante del mismo efecto excluyente del resarcimiento. Ha de evaluarse el comportamiento procesal del demandante, valorando en particular si provocó la prisión provisional incumpliendo sus deberes (por ejemplo, al tratar de sustraerse de la acción de la justicia o al intentar coaccionar a los testigos o destruir elementos de prueba), si fue negligente o completamente pasivo al combatir la decisión de privación cautelar de libertad, si su propio comportamiento fue el que generó un panorama de sospechas”. MEDINA ALCOZ, L. y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I. *Razones para (no) indemnizar la prisión provisional seguida de absolución*, cit.

108 Oriol Mir describe las funciones de la responsabilidad civil (compensatoria, preventiva, control de actividades humanas, demarcatoria), las cuales, al ser acogidas por el derecho administrativo en el marco del sometimiento de los servidores públicos a la institución de la responsabilidad civil extracontractual, terminan siendo recibidas por el sistema como ventajas, aunque también se refiere a los inconvenientes de este traslado. MIR PUIGPELAT, O. *Funcionaris responsables. La responsabilitat civil del personal al servei de l'Administració*. En *Revista Jurídica de Catalunya*. 101(4), 2002, 1023-1057. Un análisis específico para la responsabilidad de los funcionarios judiciales en GARCÍA MANZANO, P. *Responsabilidad civil de jueces y magistrados*. En *Revista de Administración Pública*. N.º 117, 1988.

109 Doménech ha expuesto las consecuencias, positivas o negativas, de hacer responder patrimonialmente al Estado en los casos de prisión provisional seguida de absolución. Entre estas, “[s]e ha estimado que esta responsabilidad podría: a) incrementar la credibilidad y la legitimidad del sistema penal, al poner de manifiesto la disposición de los poderes públicos a admitir la comisión de errores y tomarse en serio las consecuencias de adoptar medidas coercitivas tan severas como la prisión provisional; b) proporcionar una cierta satisfacción moral a los perjudicados; c) transferir el riesgo que implican dichas decisiones a la parte que mejor preparada está para soportarlo, que no es el ciudadano objeto de la prisión preventiva, sino el conjunto de la colectividad; d) internalizar, al menos parcialmente, los costes sociales de tales medidas, incentivando de esta manera que los agentes estatales competentes pongan mayor cuidado al adoptarlas, o reduzcan el volumen de las mismas”. DOMÉNECH PASCUAL, G. *¿Es mejor indemnizar a diez culpables que dejar a un inocente sin compensación?*, cit., 18.

Finalmente, el automatismo puede generar el efecto de restarle importancia al estudio de la conducta de los agentes judiciales y de su aparato institucional; en otras palabras, las normas configuradas para el error judicial y el anormal funcionamiento de la administración de justicia, junto con la teoría de la responsabilidad estatal en que se sustentan, podrían perder utilidad ya que a nadie le interesaría demostrar si ocurrió –o no– un error judicial o si la administración de justicia funcionó mal, puesto que con solo demostrar una absolución se obtiene una indemnización. Se llegaría entonces al extremo de concentrar el estudio de la responsabilidad estatal que se derive de los procesos penales en los que hay privación de la libertad en un solo supuesto normativo en el que no interesa nada más que la presencia de una absolución.

#### *4.2. La reducción del campo de acción de la responsabilidad estatal*

En Colombia, a pesar de la claridad de la Ley 270 de 1996 y del propósito del legislador<sup>110</sup>, la Corte Constitucional, en la Sentencia SU-072 de 2018, y el Consejo de Estado, en la Sentencia SU 46947 y en la sentencia que reemplazó a esta última, parecen volver a identificar la privación injusta con la privación ilegal, o, por lo menos, así puede entenderse de la lectura de algunos de sus apartes. Veamos, por ejemplo, algunos párrafos de la Sentencia SU 46947. En primer lugar, cuando sostiene, por ejemplo:

... puede llegar a ocurrir que estén reunidas las condiciones objetivas para resolver la situación jurídica del procesado con [...] detención preventiva [...] y que, finalmente, la prueba [...] resulte insuficiente para establecer su responsabilidad penal, evento este último en el cual debe prevalecer la presunción de inocencia [...] [P]ero nada de ello implica, por sí mismo, que los elementos de juicio que permitieron decretar la medida de aseguramiento hayan sido necesariamente desvirtuados en el proceso penal y que la privación de la libertad haya sido, por tanto, injusta.

El citado extracto hace descansar la “justicia” de la detención preventiva en el cumplimiento de los requisitos legales para decretarla. Esta posición se hace más clara en otros apartes de la misma sentencia: “la medida de detención preventiva [...] no está condicionada a la existencia de una prueba categórica [...] de su responsabilidad penal, sino a que medie un mandamiento escrito

110 “La genética de la norma es útil para señalar que el legislador consideró que la privación injusta de la libertad era diferente al error judicial y al defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, y así fue consignado en el respectivo debate del 14 de junio de 1995, durante el cual el senador Héctor Hélio Rojas Jiménez solicitó que se suprimiera la expresión ‘para lo cual se observarán las reglas correspondientes del error jurisdiccional y del defectuoso funcionamiento de administración de justicia, según el caso’, toda vez que, según el mencionado congresista, ‘se trata de otra clase de error’”. Corte Constitucional. Sentencia SU-072 de 2018.

de la autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por un motivo previamente definido en la ley [...], requisitos sin los cuales su imposición sí se torna injusta e, incluso, ilícita y da lugar a que se declare la responsabilidad extracontractual del Estado”.

De nuevo, se sostiene en este pasaje que si la detención preventiva no se profirió cumpliendo los requisitos legales, se torna injusta e ilegal; es decir que la corporación hace depender la injusticia de la privación de la existencia de una ilegalidad, lo cual implica, en pocas palabras, asemejar la privación injusta a un error judicial –que es el que se comete cuando no se observan los parámetros legales para tomar decisiones–. Con este entendimiento del Consejo de Estado, el supuesto contenido en el artículo 68 de la Ley 270 de 1996 carece de efecto útil porque para declarar la responsabilidad por las ilegalidades en la medida cautelar existe el artículo 66 ibídem que consagra el error judicial.

Finalmente, en otro aparte se afirma en la referida providencia que “podría no ser admisible ni justo con el Estado [...] que se le obligara a indemnizar [...] cuando para la imposición de esta, se han satisfecho los requisitos de ley”, insistiendo en la legalidad de la medida como criterio para desvirtuar lo injusto de la privación de la libertad.

Lo anterior no solo contradice la posición previa del mismo Consejo de Estado<sup>111</sup>, sino la propia intención del legislador de la Ley 270 de 1996 que consideró a la privación injusta como una forma de daño distinta de las otras dos varias veces mencionadas. En los antecedentes de la Ley 270 se sostuvo que –de manera similar a como lo consideró el Tribunal Constitucional español en la Sentencia STC 85/2019– el fundamento de la responsabilidad en el caso de la privación injusta de la libertad descansa, precisamente, en el derecho a la libertad<sup>112</sup>.

Del texto de la citada sentencia de unificación del Consejo de Estado se evidencia entonces una tendencia a confundir la privación injusta de la libertad con el error judicial, lo cual podría llevar a que incluso en casos como los de *inocencia probada* no proceda la indemnización de perjuicios cuando se evidencie que la medida de detención preventiva fue legalmente ordenada. No importa, por ejemplo, que la persona que estuvo detenida no haya tenido nada que ver con el delito o que el hecho por el cual fue detenida nunca haya existido, ya que si la privación cumplió con los requisitos de ley no habría derecho a la indemnización.

Otro punto de interés para resaltar en este escrito es que, en la Sentencia SU 46947, el Consejo de Estado, luego parecer equiparar la privación in-

111 Consejo de Estado. Sentencia SU 23354 del 17 de octubre de 2013.

112 El Estado responde “porque la administración de justicia funcione mal, porque el juez cometa un error, o porque se viole el derecho a la libertad en los procesos”. Gaceta del Congreso 184, 28 de junio de 1995.

justa con la privación ilegal de la libertad, termina haciendo un análisis de culpabilidad de la víctima que, a pesar de calificarse como desarrollado bajo la óptica del derecho civil, difícilmente se puede distinguir de un análisis de carácter penal. De hecho, la citada providencia de tutela del 15 de noviembre de 2019 del Consejo de Estado que dejó sin efectos la sentencia SU 46947, encontró que en tal juicio se “violó directamente el derecho fundamental de la demandante a que se respetara la presunción de inocencia establecida a su favor a partir de la decisión que la absolió de responsabilidad por considerar que la conducta imputada era atípica, decisión que fue adoptada por el funcionario penal competente y que tiene fuerza de cosa juzgada”. A pesar de existir atipicidad de la conducta, el juez de la reparación negó la indemnización por considerar que la reclamante produjo su propio daño con su conducta.

Para superar esta argumentación problemática, y ante la orden de la providencia de tutela del 15 de noviembre de 2019, el Consejo de Estado se volvió a pronunciar en sentencia del 6 de agosto de 2020 con una lógica argumentativa parcialmente similar a la mantenida en la Sentencia SU 46947, es decir, centrando su estudio en la verificación de la legalidad o ilegalidad de la prisión provisional. En la sentencia de reemplazo se afirmó que no fue necesario entrar en “la valoración de la culpa exclusiva de la víctima, como causal eximente de responsabilidad”, aunque esto no queda claro porque, luego de realizar una especie de revisión de la actuación penal que terminó en la libertad de la investigada, en la providencia de la corporación se hacen juicios que parecen propios del juez penal y que finalmente terminan relacionándose con la presunción de inocencia de la investigada<sup>113</sup>.

Es probable que este tipo de análisis exhaustivos encuentren sustento en el juicio que la Corte Constitucional realizó en su momento sobre el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, en el que se sostuvo que el término “injustamente” contenido en este artículo “se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada, ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria”<sup>114</sup>. Al equiparase el término “injusto” con “ilegal” se reduce el camino para que el

113 Al realizar el estudio de la imputación del daño en la sentencia se sostuvo, por ejemplo, que la fiscalía “tenía los suficientes elementos probatorios e indicarios (incluso más de los 2 exigidos en el artículo 356) que le permitían inferir razonablemente la posible participación de la demandante en la comisión de las conductas delictivas antes mencionadas”; que sobre la restricción de la libertad a la demandante “existían varios indicios serios de responsabilidad y pruebas en su contra que la justificaban”, y que “era abundante el acervo probatorio de la Fiscalía de conocimiento para imponer o solicitar, respectivamente, en cualquiera de los dos regímenes que en ese momento se consideraran aplicables al caso, la medida de aseguramiento”. Rad. 66001-23-31-000-2011-00235-01(46947)A, cit.

114 Sentencia C-037 de 1996.

juez de la responsabilidad estatal estudie la posible configuración de un daño indemnizable derivado de una actuación ajustada a la ley, esto es, de un daño bajo el supuesto del rompimiento del equilibrio frente a las cargas públicas.

Aun así, lo cierto es que esta interpretación de la Corte Constitucional era conocida por el Consejo de Estado que, argumentada y expresamente, desde hace ya algún tiempo se había separado de ella<sup>115</sup>. Frente a la naturaleza de la citada interpretación que en su momento se hizo en la Sentencia C-037 de 1996, un salvamento de voto a la Sentencia SU-072 de 2018 manifestó su desacuerdo con la decisión por considerar que “[l]a sentencia C-037 de 1996 no excluyó la posibilidad de aplicar regímenes objetivos de responsabilidad en los casos de privación injusta de la libertad”.

En lo que respecta al derecho supranacional aplicable a Colombia, es ilustrativa la posición de la Corte IDH, la cual, pronunciándose frente a la privación de la libertad, ha diferenciado dos tipos: la ilegal y la arbitraria; señalando respecto de este último evento que “la arbitrariedad de la que habla el artículo 7.3 convencional tiene un contenido jurídico propio, cuyo análisis, en principio, sólo es necesario cuando se trata de detenciones consideradas legales. [...] Así, no se debe equiparar el concepto de ‘arbitrariedad’ con el de ‘contrario a ley’, sino que debe interpretarse de manera más amplia a fin de incluir elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad”<sup>116</sup>.

Es importante destacar que las sentencias de unificación de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado coinciden en señalar:

... la única interpretación posible –en perspectiva judicial– del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 es que el mismo no establece un único título de atribución y que, en todo caso, le exige al juez contencioso administrativo definir si la decisión que privó de la libertad a un ciudadano se apartó de los criterios que gobiernan la imposición de medidas preventivas, sin que ello implique la exigencia ineludible y para todos los casos de valoraciones del dolo o la culpa del funcionario que expidió la providencia, pues, será en aplicación del principio *iura novit curia*, aceptado por la propia jurisprudencia del Consejo de Estado, que se establezca cuál será el régimen que ilumine el proceso y, por ende, el deber demostrativo que le asiste al demandante<sup>117</sup>.

La anterior interpretación puede resultar incoherente porque se incluyen en un solo supuesto normativo (art. 68 de la Ley 270 de 1996) todos los regímenes de responsabilidad que del artículo 90 de la Constitución Política se puedan derivar, desconociendo que el propósito del legislador –de la Ley

115 Sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013, exp. 23.354, cit.

116 Caso *Yarce y otras vs. Colombia*, Sentencia de 22 de noviembre de 2016. En el mismo sentido, Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007.

117 Sentencia SU-072 de 2018 de la Corte Constitucional.

270– fue precisamente establecer los distintos regímenes de responsabilidad deducibles del artículo 90 constitucional en distintos supuestos normativos (arts. 66, 68 y 69 de la Ley 270); es decir, establecer supuestos para solicitar indemnización por daños con causas en ilegalidades, legalidades y supuestos no contemplados en los dos anteriores, pero que, por ser injustos, ameriten reparación. Esto no quiere decir que se deba llegar al mencionado automatismo en los supuestos del artículo 68, ya que la responsabilidad objetiva no es incompatible con el estudio de los elementos necesarios para que se configure la responsabilidad estatal.

La posición contenida en las últimas sentencias de unificación es problemática porque: 1. Desconoce el diseño legislativo de la responsabilidad por la administración de justicia consagrado en la Ley 270. Esto no solo se deduce del hecho de observar que en la Ley 270 hay un artículo<sup>118</sup> que hace explícitas las tres razones por las cuales responde el Estado, y que estas tres razones son desarrolladas en artículos diferentes, sino además, del propósito del legislador que –como se dijo– tenía la voluntad de establecer supuestos de responsabilidad distintos<sup>119</sup>. 2. Buscar la configuración de la privación injusta de la libertad en la ilegalidad de la medida cautelar implica dejar sin efecto útil<sup>120</sup> la norma contenida en el artículo 68 de la Ley 270, porque si la detención preventiva fue ilegal, lo más probable es que exista un error judicial y nunca sería necesario acudir al supuesto de privación injusta. 3. Considerar que solo hay privación injusta de la libertad en los casos de ilegalidad de la medida cautelar implica desconocer que el legislador, de acuerdo con lo consagrado en el artículo 90 de la Constitución, puede establecer supuestos de responsabilidad en los cuales no sea necesario demostrar una falla en el servicio. 4. Esto, a su vez, puede conducir a dejar sin posibilidades de indemnizar situaciones de injusticia en las que se evidencie un rompimiento del equilibrio frente a las cargas públicas que deben soportar los ciudadanos.

## CONCLUSIONES

Tanto en España como en Colombia existe un diseño legislativo en el que se diferencian tres supuestos de responsabilidad de la administración de justicia: el error judicial, el anormal funcionamiento de la administración de justicia y la prisión provisional.

El entendimiento de la jurisprudencia sobre este diseño legislativo ha coincidido en algunos momentos, específicamente, en los que se ha considerado

118 Artículo 65.

119 Citado *supra*, nota 78.

120 “[A]sí como al principio de efecto útil que exige que entre dos sentidos posibles de un precepto, uno de los cuales produce consecuencias jurídicas y el otro no, debe preferirse necesariamente el primero”. Corte Constitucional. Sentencia C-929 de 2014.

la prisión provisional como una especie de error judicial. Sin embargo, las últimas posiciones jurisprudenciales de ambos países sobre este asunto han tomado rumbos opuestos: en España se ha reconocido que la prisión provisional corresponde a un supuesto de responsabilidad estatal autónomo en el que, a pesar de la legalidad de la prisión provisional, procede la solicitud de indemnización cuando el investigado es absuelto, lo que permite concluir que este supuesto de responsabilidad se erige como distinto del error judicial y del anormal funcionamiento de la administración de justicia. Mientras que en Colombia, a pesar de la intención del legislador de separar las hipótesis indemnizatorias y de algunas posiciones anteriores del Consejo de Estado, la jurisprudencia parece tomar un camino que cierra el paso a las indemnizaciones por prisión provisional y deja abierta la reparación solo para los casos en los que la medida ha sido ilegal.

Estas posiciones jurisprudenciales pueden llevar a extremos problemáticos. En España, puede surgir una tendencia a la ampliación del ámbito indemnizatorio en el que se adopte una posición automática en los casos en los que hay prisión provisional. En Colombia, por el contrario, la tendencia es la reducción del radio de acción de la responsabilidad estatal, que se ha ido limitando a los casos de ilegalidad de la medida cautelar. Ambos problemas hacen surgir cuestionamientos desde el punto de vista de la teoría general de la responsabilidad del Estado. En el primer evento, porque el automatismo puede llevar a que se torne intrascendente el estudio de los elementos de la responsabilidad estatal, perdiendo así los beneficios que dicho análisis genera para el sistema jurídico y una probable carga fiscal elevada para el Estado. En el segundo evento, porque la última posición jurisprudencial ha ido dejando por fuera la responsabilidad estatal en casos en los que no hay falla en el servicio y, por consiguiente, dejando sin indemnización casos manifiestamente injustos, como algunos de *inocencia probada*.

Un mecanismo importante para evitar que las posiciones jurisprudenciales vigentes en España y en Colombia concluyan en los extremos descritos, es acudir a la teoría general del derecho administrativo<sup>121</sup> y, dentro de esta, a la teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado, especialmente, al análisis del daño, del nexo causal y de las reglas probatorias propias de los juicios resarcitorios. Se ha visto que la aplicación concreta de una norma ha llevado a situaciones que muestran incoherencias jurídicas: indemnizaciones sin importar que no haya antijuridicidad y denegaciones sin importar que haya injusticia. Reconducir estos casos concretos a la teoría general del sector de la responsabilidad civil puede contribuir a brindar soluciones.

Por último, una reflexión desde el punto de vista metodológico. En este escrito se ha tratado de evidenciar que el método de comparar sistemas jurí-

121 SCHMIDT-ASSMANN, E. *Teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madrid: Marcial Pons, 2003.

dicos puede aportar elementos de juicio para el estudio de los problemas del derecho. En el caso de España es abundante el análisis de derecho comparado, que se facilita por el hecho de pertenecer a la Unión Europea. En el caso de Colombia, se observa un creciente uso de este recurso metodológico a nivel de altas cortes. La Sentencia SU-072 de 2018 de la Corte Constitucional contiene un extendido análisis de derecho comparado sobre el tema de la prisión provisional, e igualmente, la reciente sentencia de tutela del Consejo de Estado del 15 de noviembre de 2019 utiliza en sus fundamentos jurídicos precisamente referencias a la Sentencia STC 85/2019 y a otras sentencias del Tribunal Supremo<sup>122</sup>. Sin embargo, en un adecuado ejercicio de derecho comparado es necesario tener en cuenta los contextos en los que las normas y decisiones citadas se insertan. Para el caso de estudio, por ejemplo, el hecho concreto de que el Tribunal Constitucional haya proferido la Sentencia STC 85/2019 ha sido bastante problemático y hasta ahora comienzan estudios para entender sus efectos y propuestas para mitigar efectos adversos<sup>123</sup>.

#### REFERENCIAS

##### *Doctrina*

- Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. *Privación injusta de la libertad: entre el derecho penal y el derecho administrativo*. Documentos Especializados de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, mayo de 2013.
- BERNAL PULIDO, C. *El precedente en Colombia*. En *Revista Derecho del Estado*. 21(1), 81-94.
- COBREROS MENDAZONA, E. *El sistema de indemnización por prisión provisional indebida en la encrucijada*. En *Revista de Administración Pública*. 2019.
- COBREROS MENDAZONA, E. *La responsabilidad del Estado derivada del funcionamiento anormal de la administración de justicia*. Madrid: Civitas, 1998.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *El análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de integridad personal y privación de libertad (artículos 7 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. San José, 2010.
- DEL SAZ, S. *La obligación del Estado de indemnizar los daños ocasionados por la privación de libertad de quien posteriormente no resulta condenado*. En *Revista de Administración Pública*. N.º 195, 55-98.

122 En relación con el fundamento número 37 de la sentencia del Consejo de Estado, confróntese la nota 101 de este escrito.

123 Debido al mencionado automatismo, entre las propuestas se encuentran las de establecer tablas con baremos de indemnización, e igualmente se ha planteado estudiar la conveniencia de que el juez penal, en el mismo proceso penal, defina el monto de la indemnización para evitarle al juez contencioso administrativo tener que evaluar la conducta del reclamante.

- DOMÉNECH PASCUAL, G. *¿Es mejor indemnizar a diez culpables que dejar a un inocente sin compensación?* En *InDret*. 4, 2015.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*, Madrid: Real Academia Española, 1994.
- GARCÍA MANZANO, P. *Responsabilidad civil de jueces y magistrados*. En *Revista de Administración Pública*. N.º 117, 1988.
- GONZÁLEZ ALONSO, A. *Responsabilidad patrimonial del Estado en la administración de justicia. Funcionamiento anormal, error judicial y prisión preventiva*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- HENAO, J. C. *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- HINESTROSA, F. *Derecho romano, tradición romanista y América Latina*. En *Revista de Derecho Privado*. N.º 25, 2013.
- HOYOS DUQUE, R., ZAMBRANO, M. V. y JARAMILLO BEDOYA, L. F. *Responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad*. En *Prolegómenos. Derechos y Valores*. Vol. IX, n.º 17, 2006.
- LLOBET RODRÍGUEZ, J. *La prisión preventiva y la presunción de inocencia según los órganos de protección de los derechos humanos del Sistema Interamericano*. En *Ius. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*. N.º 24, 2009.
- MEDINA ALCOZ, L. y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I. *Razones para (no) indemnizar la prisión provisional seguida de absolución. Guía aplicativa del art. 294.1 LOPJ tras la STC 85/2019*. En *Revista Española de Derecho Administrativo*. N.º 200, 2019.
- MEDINA ALCOZ, M. *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*. Madrid: Dykinson, 2012.
- MIR PUIGPELAT O. *Funcionaris responsables. La responsabilitat civil del personal al servei de l'Administració*. En *Revista jurídica de Catalunya*. 101(4), 2002, 1023-1057.
- MIR PUIGPELAT, O. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*. Madrid: Civitas, 2002.
- MONTAÑA PLATA, A. *La dimensión teórica de la jurisdicción contencioso administrativa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.
- NAVIA, F. *La responsabilidad extracontractual del Estado a la luz del artículo 90 de la Constitución Política*. En *Revista de Derecho Privado*. N.º 6, 2000, 211-231.
- OSPINA GARZÓN, A. *Mis clases de Derecho Comparado y el Derecho Comparado de mis clases*. En *Revista electrónica Docencia y Derecho*, Córdoba. N.º 10, 2016.
- OVEJERO PUENTE, A. M. *Constitución y derecho a la presunción de inocencia*. Tirant lo Blanch, 2007.

PANTALEÓN PRIETO, F. *Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*. En *Documentación Administrativa*. 1994, 237-238.

PARADA, R. *Derecho Administrativo I. Parte General*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

REBOLLO MARTÍN, L. *Manual de las leyes administrativas*. Aranzadi, 2019.

SCHMIDT-ASSMANN, E. *Teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madrid: Marcial Pons, 2003.

VELASCO CABALLERO, F. *Introducción al Derecho Administrativo*. En Rodríguez de Santiago, J. M. et al., *Tratado de Derecho Administrativo*. Vol. I. Madrid: Marcial Pons, 2021.

VELASCO CABALLERO, F. Metodología comparativa para el derecho administrativo. En *Revista Española de Derecho Administrativo*. N.º 200, 2019.

ZAPATA GARCÍA, P. A. *Fundamentos, límites y convergencias de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Una lectura unificada de la responsabilidad contractual y extracontractual administrativa*. Tesis doctoral, Universidad de Barcelona, 2018.

ZÁRATE PÉREZ, A. ¿Qué metodología utilizar para la elaboración de monografías del nivel de maestría? En *Revista electrónica Docencia y Derecho*, Córdoba. N.º 7, 2013.

## *Jurisprudencia*

### España

Sentencia 85/2019, del Tribunal Constitucional - ECLI:ES:TC:2019:85.

Sentencia 10/2017 del Tribunal Constitucional, de 30 de enero de 2017 - ECLI:ES:TC:2017:10.

Sentencia 8/2017 del Tribunal Constitucional, de 19 de enero de 2017 - ECLI:ES:TC:2017:8.

Sentencia STC 98/1992 del Tribunal Constitucional - ECLI:ES:TC:1992:98.

Sentencia 1348/2019 del 10 de octubre de 2019 del Tribunal Supremo, STS 3121/2019 - ECLI:ES:TS:2019:3121.

Sentencia 1835/2018 del 19 de diciembre 2018 del Tribunal Supremo.

Sentencia 700/2018 del 26 de abril de 2018 del Tribunal Supremo.

Sentencia del 23 de noviembre de 2010 del Tribunal Supremo, STS 6698/2010 - ECLI:ES:TS:2010:6698.

Sentencia del 23 de noviembre de 2010 del Tribunal Supremo, STS 6717/2010 - ECLI:ES:TS:2010:6717.

Sentencia de 14 de junio de 1990 del Tribunal Supremo, STS 4590/1990 - ECLI:ES:TS:1990:4590.

Sentencia de 27 de enero de 1989 del Tribunal Supremo - ECLI:ES:TS:1989:13458.

Sentencia de 27 de enero de 1989 del Tribunal Supremo - ECLI: ES:TS:1989:415.

Sentencia del 27 de enero de 1989 del Tribunal Supremo, RJ 1989\496.

Sentencia del 22 de marzo de 1989 del Tribunal Supremo STS 13797/1989 - ECLI: ES:TS:1989:13797.

Sentencia del 1 de diciembre de 1989 del Tribunal Supremo STS 6942/1989 - ECLI: ES:TS:1989:6942.

## Colombia

Sentencia T-045 de 2021 de la Corte Constitucional.

Sentencia SU-072 de 2018 de la Corte Constitucional.

Sentencia C-929 de 2014 de la Corte Constitucional.

Sentencia C-037 de 1996 de la Corte Constitucional.

Sentencia del 6 de agosto de 2020. Rad. 66001-23-31-000-2011-00235-01(46947)A, del Consejo de Estado.

Sentencia de tutela del 15 de noviembre de 2019. Rad. 11001-03-15-000-2019-00169-01, del Consejo de Estado.

Sentencia del 25 de octubre de 2019. Exp. 47.518 del Consejo de Estado.

Sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018. Exp. 46947, del Consejo de Estado.

Sentencia del 27 de marzo de 2014. Exp. 31535, del Consejo de Estado.

Sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013. Exp. 23.354, del Consejo de Estado.

Sentencia del 7 de julio de 2011. Exp. 21294, del Consejo de Estado.

Sentencia del 4 de abril de 2002. Exp. 13606, del Consejo de Estado.

Sentencia del 17 de noviembre de 1995. Exp. 10056, del Consejo de Estado.

Sentencia del 15 de septiembre de 1994. Exp. 9391, del Consejo de Estado.

Sentencia del 13 de octubre de 1994. Exp. 9214, del Consejo de Estado.

Sentencia del 1 de octubre de 1992. Exp. 7058, del Consejo de Estado.

## Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Sentencia del 25 de abril de 2006. Asunto *Puig Panella c. España*.

Sentencia del 13 de julio de 2010. Asunto *Tendam c. España*.

Sentencia del 16 de febrero de 2016. Asunto *Vlieeland y Lanni c. España*.

**Corte Interamericana de Derechos Humanos**

Sentencia del 22 de noviembre de 2016. Caso *Yarce y otras vs. Colombia*.

Sentencia del 21 de noviembre de 2007. Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. vs. Ecuador*.