

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - Condena, accede parcialmente. Caso prolongación injusta de la privación de la libertad

NOTA DE RELATORÍA: Síntesis del Caso. Juzgado penal condenó a un ciudadano por el delito de tentativa de extorsión, sin embargo, un Tribunal Superior disminuyó la pena a 180 meses de prisión, razón por la cual, el condenado recuperó su libertad por error en la dosificación de la pena. La Corte Suprema de Justicia casó la sentencia al considerar que existió un error en la graduación de la condena impuesta, la cual debió ser de 42 meses y no de 180. Problema Jurídico. Corresponde a la Sala determinar si la reducción en la dosificación de la pena, torna en injusta la privación por el tiempo en que se excedió la detención.

FALLA DEL SERVICIO - Por indebida graduación de la pena / RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR ERROR EN LA GRADUACIÓN DE LA PENA / PROLONGACIÓN INJUSTA DE LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD - Condena, accede / CONDENA PENAL DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD - Fue excesiva, Juez penal vulneró el principio de prohibición de exceso / CONDENA PENAL - Graduación de la pena / PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD / PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN

Para el presente caso, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, al dosificar la pena impuesta al demandante, ordeno su libertad inmediata, puesto que concluyó que la pena impuesta fue excesiva, pues el juez penal desconoció el principio de congruencia (...), así mismo sostuvo que fue desproporcional imponer una pena de 180 meses de prisión por el delito de extorsión en la modalidad de tentativa, con lo cual se vulneró el principio de prohibición en exceso (...). Así las cosas, como se presentó una prolongación injusta de la privación de la libertad, derivada de una indebida graduación de la pena, que supuso (...) estuviera privado de la libertad hasta el 22 de febrero de 2008, cuando el tiempo máximo hubiese sido hasta el 27 de mayo de 2005, el título de imputación aplicable es el de falla del servicio(...). En tal virtud, el daño es imputable a la Nación-Rama Judicial, pues fue el juez competente el que graduó la pena y no le es imputable a la Fiscalía General de la Nación, porque no tuvo participación en los hechos, y en consecuencia este Despacho resuelve declarar patrimonialmente responsable a la Nación-Rama Judicial por la prolongación de la privación de la libertad que fue objeto el demandante. NOTA DE RELATORÍA: Con aclaración de voto del consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa; al respecto ver las consideraciones expresadas dentro del voto disidente agregado a la presente decisión.

PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD - Daño antijurídico / PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD - Aplicación del principio in dubio pro reo / RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO - Artículo 90 de la Constitución Política. Cláusula general de responsabilidad

La jurisprudencia tiene determinado, a partir de una interpretación del artículo 90 de la Constitución Política, que cuando una persona privada de la libertad sea absuelta (i) porque el hecho no existió, (ii) el sindicado no lo cometió, o (iii) la conducta no constituía hecho punible, se configura un evento de detención injusta en virtud del título de imputación de daño especial, por el rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas. A estas hipótesis, la Sala agregó la aplicación del principio in dubio pro reo, con fundamento en la misma cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado del artículo 90 C.N. (...) La privación de la libertad en estos casos se da con pleno acatamiento de las exigencias legales, pero la expedición de una providencia absolutoria, pone en

evidencia que la medida de aseguramiento fue injusta y la persona no estaba obligada a soportarla. Si el procesado es exonerado por cualquier causa distinta de las mencionadas, la reparación solo procederá cuando se acredite que existió una falla del servicio al momento de decretarse la medida de aseguramiento, es decir, que no se cumplían los requisitos legales para la restricción de la libertad.

FUENTE FORMAL CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 90 / LEY 270 DE 1996 - ARTÍCULO 67 / LEY 270 DE 1996 - ARTÍCULO 70

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Bogotá D.C., nueve (9) de junio de dos mil diecisiete (2017).

Radicación número: 05001-23-31-000-2009-00446-01(50282)

Actor: ÁLVARO BEJARANO MARTÍNEZ Y OTROS

Demandado: NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN - RAMA JUDICIAL

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA (APELACIÓN SENTENCIA)

Tema: COMPETENCIA DEL SUPERIOR-Se decide sin limitación por apelación de ambas partes. COPIAS SIMPLES-Valor probatorio. PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD POR ERROR EN LA DOSIFICACIÓN DE LA PENA-Falla del servicio. PERJUICIO MORAL-Aplicación de criterios de sentencias de unificación. PERJUICIO MORAL-Se infiere del vínculo parental o marital. LUCRO CESANTE-Se liquida con el salario mínimo cuando no se acredita monto. DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN-Cualquiera que sea su denominación se niega por falta de prueba. DAÑO A LA SALUD-No se reconoce por falta de dictamen pericial y porcentaje de incapacidad.

La Sala, de acuerdo con la prelación dispuesta en sesión de 25 de abril de 2013¹, decide el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia del 30 de julio de 2013 y su adición del 11 de septiembre siguiente, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que accedió parcialmente a las pretensiones.

¹ Según el Acta nº. 10 de la Sala Plena de la Sección Tercera.

SÍNTESIS DEL CASO

Un Juzgado condenó a Álvaro Bejarano Martínez por el delito de tentativa de extorsión, un Tribunal disminuyó la pena a 180 meses de prisión y recuperó su libertad por error en la dosificación de la pena. Califica la privación de la libertad de injusta.

ANTECEDENTES

I. Lo que se demanda

El 21 de octubre de 2008, Álvaro Bejarano Martínez, en su nombre y en representación de los menores Anyi Daniela Bejarano Gómez, Cindy Paola Bejarano Gómez y Yeferson Bejarano Gómez; Mirian Gómez Mosquera, Álvaro Bejarano Gómez, Mary Lenis Bejarano Gómez, Nelly Johana Bejarano Gómez, Yunier Bejarano Gómez, Jhon Jeiler Bejarano Gómez y María Eugenia Bejarano Gómez, a través de apoderado judicial, formularon demanda de reparación directa contra la Nación-Fiscalía General de la Nación, Rama Judicial, para que se le declarara patrimonialmente responsable de los perjuicios sufridos con ocasión de la privación de la libertad, entre el 27 de noviembre de 2001 y el 22 de febrero de 2008.

Solicitaron el pago de 300 SMLMV para cada uno de los demandantes, por perjuicios morales; \$11'480.000 por lo dejado de percibir durante por el tiempo de la privación de la libertad, por perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante; 300 SMLMV para cada uno de los demandantes, por daño al buen nombre y a la honra; 300 SMLMV para cada uno de los demandantes, por daño a la vida de relación y 97'336.676 para Álvaro Bejarano Martínez, por daño a la salud.

En apoyo de las pretensiones, la parte demandante afirmó que un Juzgado condenó a Álvaro Bejarano Martínez a 17 años y 9 meses de prisión por el delito de tentativa de extorsión y un Tribunal disminuyó la pena a 180 meses de prisión. Resaltó que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia casó la sentencia porque se debió condenar a 42 y no a 180 meses de prisión. Adujo que se configuró falla del servicio, porque hubo un exceso en la dosificación de la pena impuesta, que generó una prolongación indebida de la privación de la libertad.

II. Trámite procesal

El 5 de octubre de 2009 se admitió la demanda y se ordenó su notificación a las entidades demandadas y al Ministerio Público. En el escrito de **contestación de la demanda**, la Nación-Rama Judicial, al oponerse a las pretensiones, señaló que no impuso la medida de aseguramiento, que sus decisiones tuvieron fundamento legal y probatorio y que en sede de casación se redujo la pena impuesta. La Nación-Fiscalía General de la Nación sostuvo que su actuación en el proceso penal tuvo fundamento legal y probatorio. Propusieron la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

El 18 de mayo de 2012 se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para **alegar de conclusión** y presentar concepto, respectivamente. La demandante y la Nación-Fiscalía General de la Nación reiteraron lo expuesto y la Nación-Rama Judicial alegó que se deben negar las pretensiones porque el demandante no fue absuelto. El Ministerio Público guardó silencio.

El 30 de julio de 2013, el Tribunal Administrativo de Antioquia en la **sentencia** accedió a las pretensiones porque la pena no debió sobrepasar los 42 meses de prisión.

Las partes interpusieron **recursos de apelación**, que fueron concedidos el

13 de febrero de 2014 y admitidos el 13 de marzo siguiente. La demandante esgrimió que debe aumentarse el monto de perjuicios reconocidos por el daño a la vida de relación a los hijos menores de la víctima directa y por daño moral a Álvaro Bejarano Martínez. La Nación-Rama Judicial arguyó que el demandante fue condenado y que la Corte Suprema rebajó la pena impuesta.

El 30 de abril de 2014 se corrió traslado para **alegar de conclusión en segunda instancia**. La demandante y la Nación-Fiscalía General de la Nación reiteraron lo expuesto y la Nación-Rama Judicial guardó silencio. El Ministerio Público conceptuó que la tesis jurisprudencial sobre la favorabilidad no estaba vigente al momento en que se profirieron las sentencias de primera y segunda instancia y que la Corte Suprema no incurrió en mora al decidir.

CONSIDERACIONES

I. Presupuestos procesales

Jurisdicción y competencia

1. La jurisdicción administrativa, como guardián del orden jurídico, conoce de las controversias cuando se demande la ocurrencia de un daño cuya causa sea una acción u omisión de una entidad estatal según el artículo 82 del CCA, modificado por el artículo 1º de la Ley 1107 de 2006. El Consejo de Estado es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto, de conformidad con el artículo 73 de la Ley 270 de 1996².

² El Consejero Ponente de esta decisión, aunque no lo comparte, sigue el criterio jurisprudencial de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo contenido en el auto del 9 de septiembre de 2008, Rad 34.985 [fundamento jurídico 3], con arreglo al cual conforme al artículo 73 de la Ley 270 de 1996 esta Corporación conoce siempre en segunda instancia de estos procesos, sin consideración a la cuantía de las pretensiones. Los motivos de la disidencia están contenidos en la aclaración de voto a la sentencia del 22 de octubre de 2015, Rad. 36.146 [fundamento jurídico 1].

Acción procedente

2. La acción de reparación directa es el medio de control idóneo para perseguir la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado cuando el daño invocado proviene de un hecho, omisión, operación administrativa o cualquier otra actuación estatal distinta a un contrato estatal o un acto administrativo³, en este caso por hechos imputables a la administración de justicia (art. 90 C.N. y art. 86 C.C.A.).

Caducidad

3. El término para formular pretensiones, en procesos de reparación directa, de conformidad con el numeral 8 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo es de 2 años, que se cuentan a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquier otra causa.

En los eventos de privación injusta de la libertad, la Sección Tercera ha sostenido que el cómputo de la caducidad inicia a partir del día siguiente al de la ejecutoria de la providencia absolutoria, pues solo a partir de ese momento la víctima tiene conocimiento de la antijuricidad del daño⁴.

La demanda se interpuso en tiempo -21 de octubre de 2008- porque el demandante tuvo conocimiento de la antijuricidad del daño reclamado desde el 20 de febrero de 2008, fecha en la que quedó ejecutoriada la providencia que ordenó su libertad [hecho probado 7.6].

³ Excepcionalmente la jurisprudencia ha aceptado la procedencia de dicha acción por daños causados por actos administrativos. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 17 de junio de 1993, Rad. 7.303 y sentencia del 8 de marzo de 2007, Rad. 16.421 [fundamento jurídico 3].

⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 2 de febrero de 1996, Rad. 11.425.

Legitimación en la causa

4. Álvaro Bejarano Martínez, Anyi Daniela Bejarano Gómez, Cindy Paola Bejarano Gómez y Yeferson Bejarano Gómez; Mirian Gómez Mosquera, Álvaro Bejarano Gómez, Mary Lenis Bejarano Gómez, Nelly Johana Bejarano Gómez, Yunier Bejarano Gómez, Jhon Jeiler Bejarano Gómez y María Eugenia Bejarano Gómez son las personas sobre las que recae el interés jurídico que se debate en este proceso, ya que el primero fue el sujeto pasivo de la investigación penal y los demás conforman su núcleo familiar.

La Nación-Rama Judicial Fiscalía General de la Nación está legitimada en la causa por pasiva, pues fue la entidad encargada de la investigación y juzgamiento.

II. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si la reducción en la dosificación de la pena, torna en injusta la privación por el tiempo en que se excedió la detención.

III. Análisis de la Sala

5. Como la sentencia fue recurrida por ambas partes, la Sala resolverá sin limitaciones, en los términos del artículo 357 del CPC.

Hechos probados

6. Las copias simples serán valoradas, porque la Sección Tercera de esta Corporación, en fallo de unificación⁵, consideró que tenían mérito probatorio.

7. De conformidad con los medios probatorios allegados oportunamente al proceso, se demostraron los siguientes hechos:

7.1 El 27 de noviembre de 2001, la Policía capturó a Álvaro Bejarano Martínez por la comisión del delito de tentativa de extorsión, según da cuenta certificado original expedido por el Juzgado 7 Penal del Circuito de Medellín (f. 201 c. 1).

7.2 El 7 de diciembre de 2001, la Fiscalía 02-Sub Unidad de extorsión y secuestro Delegada ante los Jueces Penales del Circuito impuso medida de aseguramiento contra Álvaro Bejarano Martínez por la comisión del delito de tentativa de extorsión, según da cuenta copia auténtica de la providencia (f. 202-207 c. 1).

7.3 El 30 de julio de 2002, la Fiscalía 02-Sub Unidad de extorsión y secuestro Delegada ante los Jueces Penales del Circuito profirió resolución de acusación en contra de Álvaro Bejarano Martínez por el delito de tentativa de extorsión, según da cuenta copia auténtica de esa providencia (f.208-214 c. 1).

7.4 El 11 de marzo de 2003, el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Medellín condenó a Álvaro Bejarano Martínez a 17 años y 9 meses de prisión por el delito de tentativa de extorsión, según da cuenta copia auténtica de esa sentencia (f. 215-222 c. 1) y copia auténtica de la sentencia de casación (f. 231 c. 1).

⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2013, Rad. 25.022 [fundamento jurídico 1]. El Magistrado Ponente no comparte este criterio jurisprudencial, sin embargo lo respeta y acoge. Los argumentos de la inconformidad se encuentran consignados en la aclaración de voto a la sentencia del 22 de octubre de 2015, Rad. 26.984

7.5 El 22 de julio de 2003, el Tribunal Superior de Medellín confirmó la condena impuesta a Álvaro Bejarano Martínez pero disminuyó la pena a 180 meses, según da cuenta copia auténtica de esa sentencia (f. 223-229 c. 1) y copia auténtica de la sentencia de casación (f. 231 c. 1).

7.6 El 20 de febrero de 2008, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia casó la sentencia del 22 de julio de 2003, porque se debió condenar a Álvaro Bejarano Martínez a 42 meses y no a 180 meses de detención.

El artículo 187 de la Ley 600 de 2000 establecía que las providencias que resolvían el recurso de casación quedaban ejecutoriadas el día en que fueran suscritas. En el expediente obra copia auténtica de la sentencia de casación y fue suscrita el 20 de febrero de 2008 (f. 230-247 c. 1).

7.7 El 22 de febrero de 2008, Álvaro Bejarano Martínez recobró la libertad, según da cuenta certificado original expedido por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Medellín (f. 201 c. 1).

7.8 Álvaro Bejarano Martínez es padre de Anyi Daniela Bejarano Gómez, Cindy Paola Bejarano Gómez, Yeferson Bejarano Gómez Álvaro Bejarano Gómez, Mary Lenis Bejarano Gómez, Nelly Johana Bejarano Gómez, Yunier Bejarano Gómez, Jhon Jeiler Bejarano Gómez y María Eugenia Bejarano Gómez, según dan cuenta copias auténticas de certificados y registros civiles de nacimiento (f. 92-100 c. 1).

La prolongación de la privación de la libertad fue injusta por una falla del servicio

8. El daño antijurídico está demostrado porque Álvaro Bejarano Martínez estuvo privado de su derecho fundamental a la libertad por prolongación de la detención desde el 27 de mayo de 2005 hasta el 22 de febrero de 2008 [hechos probados 7.4, 7.5, 7.6 y 7.7]. Es claro que la lesión al derecho de la

libertad personal genera perjuicios que los demandantes no estaban en la obligación de soportar.

9. La privación injusta de la libertad como escenario de responsabilidad está regulada en la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, en el artículo 68 que establece que quien haya sido privado de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios.

La jurisprudencia⁶ tiene determinado, a partir de una interpretación del artículo 90 de la Constitución Política, que cuando una persona privada de la libertad sea absuelta *(i)* porque el hecho no existió, *(ii)* el sindicado no lo cometió, o *(iii)* la conducta no constituía hecho punible, se configura un evento de detención injusta en virtud del título de imputación de daño especial, por el rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas. A estas hipótesis, la Sala agregó la aplicación del principio *in dubio pro reo*,⁷ con fundamento en la misma cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado del artículo 90 CN⁸.

La privación de la libertad en estos casos se da con pleno acatamiento de las exigencias legales, pero la expedición de una providencia absolutoria, pone en evidencia que la medida de aseguramiento fue injusta y la persona no estaba obligada a soportarla.

Si el procesado es exonerado por cualquier causa distinta de las mencionadas, la reparación solo procederá cuando se acredite que existió una falla del servicio al momento de decretarse la medida de

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de mayo de 2007, Rad. 15.463 [fundamento jurídico 2.2.2].

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 diciembre de 2006, Rad. 13.168 [fundamento jurídico 5] y sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013, Rad. 23.354 [fundamento jurídico 2.3.2].

⁸ El Magistrado Ponente no comparte este criterio jurisprudencial, sin embargo lo respeta y acoge. Los motivos de la disidencia están contenidos en la aclaración de voto a la sentencia del 22 de octubre de 2015, Rad. 36.146 [fundamento jurídico 3].

aseguramiento, es decir, que no se cumplían los requisitos legales para la restricción de la libertad⁹.

La Sala ha sostenido que en todos los casos es posible que el Estado se exonere con la acreditación de que el daño provino de una causa extraña, esto es, que sea imputable al hecho determinante y exclusivo de un tercero o de la propia víctima en los términos del artículo 70 de la Ley 270 de 1996.

10. El Tribunal Superior de Medellín condenó a Álvaro Bejarano Martínez a 180 meses por el delito de tentativa de extorsión, con fundamento en que el delito fue cometido con la participación de varias personas y el procesado tenía antecedentes penales [hecho probado 7.4].

Sin embargo, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia casó parcialmente la sentencia condenatoria, dosificó nuevamente la pena y ordenó la libertad del demandante [hecho probado 7.7]. Concluyó que la pena impuesta fue excesiva, pues el juez penal desconoció el principio de congruencia al agregar como circunstancias de agravación la participación de varias personas en el delito, cuando no fue expresamente incluida en la acusación y los antecedentes penales del condenado, pues la Ley 599 de 2000 eliminó la personalidad del agente como criterio de dosificación.

Sostuvo que fue desproporcional imponer una pena de 180 meses de prisión por un delito de extorsión en la modalidad de tentativa, con lo cual se vulneró el principio de prohibición en exceso. Arguyó que procedía la libertad inmediata pues, para ese momento, el tiempo de condena, de acuerdo con la nueva dosificación, ya había sido cumplido. Así lo puso de relieve la providencia al indicar:

[...] Teniendo en cuenta que el Tribunal impuso una pena de ciento ochenta meses de prisión dentro de un rango que fluctuaba entre treinta y dos y doscientos setenta meses, la sanción impuesta equivale al 66,6% de la pena máxima que podría infligir. Ahora bien, como la Sala debe moverse en el cuarto mínimo que oscila entre veinticuatro y sesenta y tres meses, como se anotó, el 66,6% del máximo imponible equivale a cuarenta y dos meses de prisión, que será la pena que se le individualizará al procesado.

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2010, Rad. 18.960 [fundamento jurídico 3.3].

Asimismo, como a raíz de esta decisión se observa que Álvaro Bejarano Martínez ya cumplió la pena en comento (como quiera que se halla detenido por causa de este proceso desde el 27 de noviembre de 2001, la Sala ordenará su libertad inmediata, por lo que, una vez verificado que esta persona no es requerida por cualquier otra autoridad judicial, se expedirá a su favor boleta de libertad. (f. 244-246 c. 1)

Así las cosas, como se presentó una prolongación injusta de la privación de la libertad, derivada de una indebida graduación de la pena, que supuso que Álvaro Bejarano Martínez estuviera privado de la libertad hasta el 22 de febrero de 2008, cuando el tiempo máximo hubiese sido hasta el 27 de mayo de 2005, el título de imputación aplicable es el de falla del servicio.

En tal virtud, el daño es imputable a la Nación-Rama Judicial, pues fue el juez competente el que graduó la pena y no le es imputable a la Fiscalía General de la Nación, porque no tuvo participación en los hechos.

Indemnización de perjuicios

11. La demanda solicitó el reconocimiento de 300 SMLMV a cada uno de los demandantes, por concepto de **perjuicios morales**. La sentencia de primera instancia les reconoció 90 SMLMV a la víctima directa y 40 SMLMV a su compañera permanente y a sus hijos. El demandante en el recurso de apelación solicitó que se incrementaran los perjuicios morales reconocidos a Álvaro Bejarano Martínez.

Recientemente, la Sección Tercera unificó sus criterios de indemnización de perjuicios morales en los eventos de privación injusta de la libertad¹⁰. En esta providencia se trazaron unos parámetros de guía para la tasación del daño moral de acuerdo a factores como la duración de la privación de la libertad y el grado de parentesco de los demandantes en relación con la víctima directa. Estos derroteros quedaron consignados en el siguiente cuadro:

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2014, Rad. 36.149 [fundamento jurídico 7.1].

	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
Reglas para liquidar el perjuicio moral derivado de la privación injusta de la libertad	Victima directa, cónyuge o compañero (a) permanente y parientes en el 1° de consanguinidad	Parientes en el 2° de consanguinidad	Parientes en el 3° de consanguinidad	Parientes en el 4° de consanguinidad y afines hasta el 2°	Terceros damnificados
Término de privación injusta en meses		50% del Porcentaje de la Víctima directa	35% del Porcentaje de la Víctima directa	25% del Porcentaje de la Víctima directa	15% del Porcentaje de la Víctima directa
	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV
Superior a 18 meses	100	50	35	25	15
Superior a 12 e inferior a 18	90	45	31,5	22,5	13,5
Superior a 9 e inferior a 12	80	40	28	20	12
Superior a 6 e inferior a 9	70	35	24,5	17,5	10,5
Superior a 3 e inferior a 6	50	25	17,5	12,5	7,5
Superior a 1 e inferior a 3	35	17,5	12,25	8,75	5,25
Igual e inferior a 1	15	7,5	5,25	3,75	2,25

Cuando se demuestra que el demandante es padre, hermano, hijo o cónyuge de la víctima el perjuicio moral se infiere del vínculo parental o marital existente entre los demandantes y la persona víctima del hecho¹¹.

Álvaro Bejarano Martínez fue privado de la libertad por prolongación de la detención durante un periodo de 32,86 meses y está acreditado que es padre de padre de Anyi Daniela Bejarano Gómez, Cindy Paola Bejarano Gómez, Yeferson Bejarano Gómez Álvaro Bejarano Gómez, Mary Lenis Bejarano Gómez, Nelly Johana Bejarano Gómez, Yunier Bejarano Gómez, Jhon Jeiler Bejarano Gómez y María Eugenia Bejarano Gómez [hechos probados 7.7 y 7.8].

La demanda afirmó que Mirian Gómez Mosquera es la compañera permanente de Álvaro Bejarano Martínez. Juan de Dios Palomeque (f. 117-118 c. 1), Arelis Gómez Aragón (119-120 c. 1) y Yeseny Blandón Ayala, amigos de Álvaro Bejarano Martínez, declararon sobre la relación afectiva y de apoyo mutuo entre la víctima y Mirian Gómez Mosquera y del sufrimiento que padecieron por la privación de la libertad.

Como estos testimonios merecen credibilidad, no solo porque provienen de quienes tuvieron contacto directo con la familia y presenciaron el afecto y

¹¹ Cfr. Consejo de Estado Sección Tercera, sentencia del 17 de julio de 1992, Rad. 6.750.

apoyo entre Álvaro Bejarano Martínez y Mirian Gómez Mosquera, sino también porque fueron claros en sus dichos, la Sala le reconocerá a esta última la condición de compañera permanente.

Demostrada la relación de parentesco y el sufrimiento padecido por los demandantes, con base en los criterios arriba expuestos, el monto de los perjuicios morales será de 100 SMLMV para la víctima directa, 100 SMLMV para su compañera permanente y 100 SMLMV para cada uno de sus hijos.

12. La demanda solicitó \$11.480.000 por lo dejado de percibir por la víctima directa durante el tiempo de privación a título de **lucro cesante**. La sentencia reconoció \$24'341.427,6 por este concepto.

Juan de Dios Palomeque (f. 272-273 c. 1), Arelis Gómez Aragón (f. 274-275 c. 1) y Yeseny Blandón Ayala (f. 276-277 c. 1), amigos del demandante, declararon que Álvaro Bejarano Martínez trabajaba en oficios varios en una finca bananera, actividad con la que sostenía a su familia.

Si bien los testimonios provienen de personas que tuvieron contacto con Bejarano Martínez, pues son sus amigos y vecinos, lo declarado por ellos no merece credibilidad, pues en la sentencia penal se determinó que Bejarano Martínez era responsable del delito de tentativa de extorsión y eso demuestra que el demandante, en su vida cotidiana, se dedicaba a una actividad ilícita y no a la sostenida por los declarantes. Por lo tanto, se negará el reconocimiento de este perjuicio.

13. La demanda solicitó 300 SMLMV por **daño a la vida de relación** para cada uno de los demandantes y 300 SMLMV para cada uno de los demandantes, por daño al **buen nombre**. La sentencia de primera instancia los negó y en el recurso de apelación se pidió su reconocimiento.

En sentencias de unificación¹² se recogieron las clasificaciones conceptuales enmarcadas bajo las denominaciones de “*daño a la vida de relación*”, “*alteración a las condiciones de existencia*” o “*perjuicios fisiológicos*”. En esa oportunidad la Sala sostuvo que podrían indemnizarse los perjuicios ocasionados a bienes jurídicamente tutelados, siempre que tal circunstancia se acreditara en el proceso y no se enmarcaran en las demás tipologías de perjuicios reconocidas por la jurisprudencia¹³.

De modo que quienes sufren estos perjuicios tienen derecho a su reparación integral mediante la adopción de medidas no pecuniarias a favor de la víctima directa y sus familiares más cercanos y, excepcionalmente, cuando dicha medida no sea procedente, al reconocimiento de una indemnización de hasta 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes exclusivamente a favor de la víctima directa¹⁴.

Según la demanda, por la privación de la libertad, los demandantes sufrieron un cambio en su vida personal, económica y social. Como las declaraciones de Juan de Dios Palomeque (f. 272-273 c. 1), Arelis Gómez Aragón (f. 274-275 c. 1) y Yeseny Blandón Ayala (f. 276-277 c. 1), amigos de la víctima, dan cuenta únicamente de los perjuicios morales sufridos por los demandantes, que ya fueron reconocidos en esta sentencia, pero no acreditan la afectación de otros bienes jurídicamente tutelados que amerite reparación a través de medidas no pecuniarias, estos perjuicios no serán reconocidos.

14. La demanda solicitó el pago de \$97'336.676, por **daño a la salud**. Expuso que el tiempo que duró la privación de la libertad ocasionó un trastorno psíquico y físico por la estadía en el centro de reclusión y las malas condiciones de este.

¹² Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 14 de septiembre de 2011, Rad. 19.031 [fundamento jurídico 7.4] y 38.222 [fundamento jurídico 4.3].

¹³ El Magistrado Ponente no comparte este criterio jurisprudencial, sin embargo lo respeta y acoge. Los motivos de la disidencia están contenidos en la aclaración de voto a la sentencia del 15 de octubre de 2015, Rad. 34.952 [fundamento jurídico 2].

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2014, Rad. 26251 [fundamento jurídico 6.3].

Como en el expediente no obra pruebas técnicas que establezcan la afectación a la salud de Bejarano Martínez ni el porcentaje de incapacidad requerido para determinar la gravedad de la lesión, se negará su reconocimiento.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

MODIFÍCASE la sentencia del 30 de julio de 2013 y su adición del 11 de septiembre de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, la cual quedará así:

PRIMERO. ABSUÉLVASE de responsabilidad a la Nación-Fiscalía General de la Nación por la prolongación de la privación de la libertad de Álvaro Bejarano Martínez.

SEGUNDO. DECLÁRESE patrimonialmente responsable a la Nación-Rama Judicial por la prolongación de la privación de la libertad de Álvaro Bejarano Martínez.

TERCERO. CONDÉNASE al Nación-Rama Judicial a pagar a Álvaro Bejarano Martínez, Mirian Gómez Mosquera, Anyi Daniela Bejarano Gómez, Cindy Paola Bejarano Gómez, Yeferson Bejarano Gómez, Álvaro Bejarano Gómez, Mary Lenis Bejarano Gómez, Nelly Johana Bejarano Gómez, Yunier Bejarano Gómez, Jhon Jeiler Bejarano Gómez y María Eugenia Bejarano Gómez, la suma equivalente en pesos a cien (100) SMLMV para cada uno.

CUARTO. NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO. Sin condena en costas.

SEXTO. CÚMPLASE lo dispuesto en esta providencia, en los términos establecidos en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

SÉPTIMO. En firme este fallo **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento y expídanse a la parte actora las copias auténticas con las constancias pertinentes conforme a la ley.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente de la Sala
Aclaró voto

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

ACLARACIÓN DE VOTO DEL CONSEJERO JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

REPARACIÓN DIRECTA - Aclaración de voto. Privación injusta de la libertad / MEDIDA DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD EN LA MODALIDAD DE DETENCIÓN PREVENTIVA / PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD - Preclusión de la investigación / DAÑO ESPECIAL / CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE DAÑOS /

Aunque acompañé la decisión adoptada en el asunto de la referencia por la disciplina propia de un sistema de precedente judicial con tendencia vinculante y atendiendo el criterio sentado por el Pleno de la Sección Tercera en punto a la responsabilidad por privación injusta de la libertad, presento las razones que me llevan a disentir del raciocinio que actualmente constituye ratio decidendi siendo imperativo ineludible de esa misma Plenaria volver sobre este asunto, modificar la actual tesis de responsabilidad fijada y emprender la construcción de criterios jurídicos que respondan a una lectura más ajustada de la cláusula constitucional de responsabilidad conteste con las reglas, principios y valores convencionales y constitucionales que proveen sobre el derecho de libertad personal en el contexto

de las causas penales y las medidas de detención preventiva dictadas en su marco.

DAÑO ANTIJURÍDICO - Concepto, noción, definición. Aclaración de voto / RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO - No se privilegia ningún título de imputación. Cláusula general de responsabilidad, artículo 90 de la Constitución Política

El concepto de daño antijurídico no se agota en el menoscabo, vulneración o aminoración de un derecho o interés jurídicamente tutelado (hecho material), pues falta allí el denotativo “antijurídico” que, también, tiene un contenido específico y es el de operar como calificativo normativo de ese daño, de ahí que deba ser considerado como aquel respecto del que no se puede predicar el deber jurídico de soportar (acentúese: no tener la obligación de) o aquel cuyo padecimiento no deviene admitido por el sistema jurídico. Se ha dicho que ese daño no es soportable, ora porque es contrario a la Constitución o la norma legal, ser irrazonable en clave de derechos e intereses constitucionalmente reconocidos o por no encontrar sustento en la prevalencia y respeto del interés general o de la cooperación social. (...) [Ahora bien,] en cuanto hace [referencia] al elemento imputación, dígase que el precepto constitucional no fijó ni privilegió criterio alguno, siendo, en todo caso, un juicio de valor normativo de justificación, motivación u ofrecimiento de las mejores razones jurídicas con arreglo a las cuales resulta posible afirmar que ese daño deviene achacable o atribuible al Estado, bien sea desde una perspectiva subjetiva, esto es, que apalanque su razón de ser en un reproche normativo por incumplimiento de los estándares jurídicos que gobiernan a la Autoridad o, de otra parte, por concurrir razones diferentes que, desde un enfoque de responsabilidad objetiva, imponen cargar a cuenta del Estado el daño ora por la connotación riesgosa o peligrosa de la actividad desplegada, ya por ocurrir un desequilibrio de las cargas públicas lo que ordena, conforme a los mandatos de solidaridad e igualdad material, reparar a la víctima de tal agravio.

PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD - Aclaración de voto: Criterios de unificación. Aplicación de sentencia de unificación / RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD - Criterios. Presupuestos

Es en el fallo de 17 de octubre de 2013 de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado donde se encuentra recogido, actualmente, el criterio unificado a ser seguido a la hora de evaluar la configuración de la responsabilidad del Estado en casos de privación injusta de la libertad. (...) Sostuvo la Sala que el fundamento de la responsabilidad en los casos de daños por privación injusta de la libertad debe buscarse directamente en el artículo 90 constitucional, sin que otra norma de inferior jerarquía pueda limitar su alcance. Anotó que en ese caso la responsabilidad no depende ni se supedita a la constatación de un error jurisdiccional, un defectuoso funcionamiento de la administración judicial o una falla o incumplimiento de las funciones, pues ello sería tanto como confundir o entremezclar la responsabilidad del Estado con la del servidor judicial, para lo cual recalcó que lo único que se exige es que exista un daño antijurídico que resulte imputable al Estado. (...) Concretamente dijo que la injusticia de la privación no se deriva de la antijuridicidad o del ilícito proceder del apartado judicial sino de la consideración de que la víctima no se encuentra en el deber jurídico de soportar los daños irrogados por la detención mientras la causa penal concluyó con absolución. (...) Y esto cobra mayor fuerza si se tiene en cuenta que en los casos de absolución por duda la presunción de inocencia no fue desvirtuada por el

Estado, de ahí que sea una contradicción insalvable pregonar esa presunción de inocencia en el juicio penal pero sostener, en la arena de la responsabilidad del Estado, que el procesado debió soportar esa detención, máxime si se advierte que una medida de detención afecta de manera intensa el derecho de libertad, el que se configura como principio-derecho-valor. (...) [Además,] la providencia dejó a salvo la posibilidad de declarar la responsabilidad del Estado con fundamento en el criterio de motivación de falla del servicio si ello aparece evidenciado en el caso, además de recordar el deber oficioso del Juez de revisar si concurre un eximente de responsabilidad como lo es, entre otros, el hecho de la propia víctima. NOTA DE RELATORÍA: Sobre este tema ver la decisión de 17 de octubre de 2013, exp. 23354.

MEDIDA DE DETENCIÓN PREVENTIVA - Finalidad. Daño antijurídico: Tipo / DAÑOS CAUSADOS POR MEDIDA DE DETENCIÓN PREVENTIVA

La tesis del fallo pasa por alto la valoración de la antijuridicidad del daño limitándose a sostener que la imposición de una medida de detención preventiva es una afectación intensa del derecho de libertad de una persona. Así, el fallo se ubica en las antípodas del instituto de la responsabilidad del Estado al trabajar con un concepto de daño que sólo se contenta con la constatación efectiva de que a un sujeto se le haya impuesto una medida cautelar de esa naturaleza, sin otra razón adicional. Basta, poner a prueba este aserto, indagando sobre cuál es el criterio que constituye la antijuridicidad de ese daño irrogado al sujeto, en los términos del fallo expuesto, y lo único que se obtendrá como respuesta será un silencio por cuanto, a la luz de la tesis allí expuesta, no hay razón que dote de contenido sustantivo la partícula “antijurídico” que acompaña, inseparablemente, al daño en los términos del artículo 90 constitucional. (...) Pero, siendo caritativos con el fallo, bien se podría aventurar dos respuestas a la indagación lanzada, así i) la antijuridicidad viene dada por la providencia absolutoria dictada en la causa penal o ii) viene determinada por la inmaculada presunción de inocencia que campeó en el juicio penal y terminó imponiéndose al finalizar aquella. (...) Pero se responderá que uno u otro aserto no pueden ser tenidos por candidatos idóneos para ocupar el lugar de la antijuridicidad pues la providencia absolutoria ejecutoriada apenas determina el fin de la actuación penal seguida en contra de la víctima y, por ende, la conclusión del estatus de detención preventiva, lo que vale como elemento para determinar la extensión y la culminación definitiva del daño sufrido. Se dirá: sólo la absolución definitiva delimita la lesión de la víctima. (...) Y a lo segundo se debe responder que la presunción de inocencia fue operativa y desplegó su efecto jurídico allá en el proceso penal donde logró imponer una decisión absolutoria; que el juicio de responsabilidad del Estado no puede alterar ese estatus jurídico ya consolidado con fuerza de cosa juzgada y que en virtud de la autonomía funcional del Juez Administrativo respecto de otras instancias judiciales (como es el caso de la justicia ordinaria penal), la construcción de las premisas de su razonamiento obedecen a la valoración autónoma, responsable y argumentada en el campo de la responsabilidad extracontractual del Estado y no le vienen predeterminadas por esas otras instancias. (...) Obsérvese cómo el fallo de Sala Plena es enjundioso en advertir la grave contradicción que se seguiría de las siguientes afirmaciones: i) X fue absuelto en aplicación de su presunción de inocencia y ii) la detención preventiva sufrida por X es un daño soportable. Para la Sala esa contradicción se resuelve ordenando los enunciados así: i) X fue absuelto en aplicación de su presunción de inocencia y ii) entonces la detención preventiva sufrida por X es un daño no soportable. (...) se está frente a un típico caso de falacia non sequitur pues es falso que de la premisa i) se siga la premisa ii), ya se dijo, en los juicios de responsabilidad del Estado la presunción de inocencia no está (ni puede estar) en juego, de manera que cualquiera sea el

sentido de la decisión del juez administrativo la misma tampoco puede ser mancillada y eso es así por cuanto presunción y antijuridicidad se ubican en frecuencias paralelas que no se trastocan ni se comunican, pues la presunción, a los ojos del juez de la responsabilidad, es un dato fáctico y la antijuridicidad es un presupuesto normativo, aquella se prueba (y es verdadera o falsa), mientras que esta se valora, discute y argumenta. (...) Valga anotar, como adenda, que el argumento del fallo de la Sección Tercera plantea un falso antagonismo entre las medidas de detención preventiva y presunción de inocencia y se dice que es falso por cuanto si ello fuera así habría que concluir la inexorable inconstitucionalidad de la figura de la detención preventiva, argumento absurdo y contraevidente que no resiste anotaciones adicionales. (...) Ergo, desde la tesis jurisprudencial unificada el juez contrae su análisis a verificar un daño (la afectación a la libertad que culminó con una decisión absolutoria fruto de la presunción de inocencia), perdiendo de vista la valoración de su antijuridicidad. Desde entonces no se ofrece razón (y no se exige) justificar por qué el sujeto privado no se encontraba en el deber jurídico de soportarlo, de ahí que sólo en el específico caso de la responsabilidad por privación injusta de la libertad se aplique una tesis con la cual los jueces reparan daños que no son antijurídicos, dicen aplicar los presupuestos del artículo 90 constitucional cuando, en puridad, no hacen cosa diferente a transgredirlo. (...) Desde entonces, ya es un lugar común advertir en las subsecciones de la Sección Tercera, siempre en respeto del precedente judicial, consideraciones que hacen radicar la antijuridicidad de la privación en el hecho de la absolución penal favorable a quien sufrió la detención preventiva, tal como se puede evidenciar en los pasajes de los siguientes fallos de recién aparición. Todo ello, se repite, pone de presente el craso olvido de examinar la antijuridicidad del daño en el juicio de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD - Aclaración de voto / PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD - Aclaración de voto: Criterios convencionales para la determinación de antijuridicidad / PRINCIPIO DE CONVENCIONALIDAD / CONTROL DE CONVENCIONALIDAD / PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD - Estándares convencionales de Derechos Humanos como parámetro de determinación de la antijuridicidad / MEDIDA DE DETENCIÓN PREVENTIVA / DAÑOS CAUSADOS POR MEDIDA DE DETENCIÓN PREVENTIVA

La hipótesis a la cual debe aproximarse la jurisprudencia de la Sección debe ser aquella según la cual en sede de valoración del daño antijurídico el Juez de la responsabilidad no solo debe examinar la existencia de una medida de detención preventiva contra una persona, su materialización efectiva y el haberse dictado decisión absolutoria en firme; sino también, en orden a valorar el presupuesto de antijuridicidad, revisar si la detención preventiva sufrida se ajustó a los estándares convencionales y constitucionales que admiten excepcionalmente limitación al derecho de libertad personal, de donde se debe concluir que si la detención se dispuso de conformidad a ese marco normativo se estará en presencia de un daño jurídicamente permitido o, lo que es lo mismo, un daño al que le faltará el elemento de antijuridicidad, cuyo carácter preventivo se corrobora conforme a los estándares internacionales que, más abajo, se expondrán. (...) No se desconoce que filosóficamente la libertad se cuenta entre los bienes más preciados sobre los que se funda toda organización política contemporánea, de ahí que buena parte de los arreglos institucionales deban su razón de ser a la protección de posiciones jurídicas de libertad individual, bien entendido como esfera negativa, de no interferencia, de los demás en las acciones propias; como la posibilidad de ser protagonista del régimen jurídico al que se está sujeto y como el reconocimiento

del espacio afirmativo que posibilita la realización de lo que se desea. (...) Empero, sabido es que no existen derechos absolutos, consideración a la que no escapa la libertad personal, de suerte que a menudo la autoridad normativa cuenta con competencia para intervenir en la esfera de los derechos y libertades, como se sigue de la jurisprudencia constitucional y, particularmente, de los artículos 30 (...) y 32.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...). Esta breve revisión de los estándares convencionales a los que está sujeto el régimen de adopción de medidas cautelares de detención y prisión preventiva de la libertad trae, además de los referentes objetivos y razonados para la limitación de ese derecho, una verdad incontestable cual es la necesidad de auscultar los diversos escenarios en que puede tener lugar una privación de la libertad, esto es, los contextos de captura y presentación "sin demora" ante la autoridad judicial, la detención como medida cautelar dictada en el curso de un proceso penal propiamente dicho y, por último, las cuestiones relativas al régimen de libertad de la persona luego de dictarse una sentencia condenatoria, pues en cada una de tales circunstancias deben tomarse en cuenta diversos elementos de juicio para determinar el recto alcance de la esfera jurídica de protección de la libertad personal y los límites a la intervención de la autoridad judicial penal.

DERECHO DE LIBERTAD PERSONAL - Noción, definición, concepto. Aclaración de voto

La libertad personal, como ocurre con los demás derechos y libertades, no es un derecho absoluto de modo que la autoridad normativa puede imponer limitaciones a su goce y ejercicio siempre que consulte los parámetros formales y materiales que aseguren la proporcionalidad y razonabilidad de la intervención estatal.

DERECHO DE LIBERTAD PERSONAL - Aclaración de voto: Garantías y límites / DERECHO DE LIBERTAD PERSONAL - Aclaración de voto: Criterios convencionales y constitucionales para su protección / PRINCIPIO DE CONVENCIONALIDAD / CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Es que no existen derechos absolutos, consideración a la que no escapa la libertad personal, de suerte que a menudo la autoridad normativa cuenta con competencia para intervenir en la esfera de los derechos y libertades, como se sigue de la jurisprudencia constitucional y, particularmente, de los artículos 30 (...) y 32.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: (...), desprendiéndose de todo esto el que cualquier intervención, que pretenda corrección en términos convencionales y constitucionales, queda circunscrita a la satisfacción de criterios formales (reserva de ley y competencia) y materiales (razonabilidad, proporcionalidad), de suerte que no se trata de habilitación para la arbitrariedad estatal sino ejercicio razonado de esa potestad normativa. [Además,] invocando los artículos 1º y 4º de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, (...) se advierte el profundo sustancial de la libertad en el marco jurídico y filosófico contemporáneo. (...) En desarrollo de ese pensamiento se advierte que de manera conjunta los artículos 7º CADH y 9º PIDCP establecen las siguientes disposiciones de protección del derecho de libertad personal: (i) Nadie puede ser privado de su libertad física; (ii) Se exceptúa lo anterior en las causas y condiciones fijadas previamente por la Constitución y la Ley y según el procedimiento establecido en ésta; (iii) Nadie será objeto de detención o encarcelamiento arbitrario; (iv) derecho a ser informado de las razones de la detención y a ser notificado sin demora del cargo o acusación en su contra; (v) derecho a ser llevado ante autoridad judicial sin demora; (vi) derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de continuar el proceso; (vii) la libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su

comparecencia en el juicio o a diligencias procesales o para la ejecución del fallo; (viii) derecho de toda persona privada a recurrir ante autoridad judicial competente para que decida, sin demora, sobre la legalidad del arresto o detención y ordene su libertad si el arresto, prisión o detención fuere ilegal. (...) Adicionalmente, el artículo 9° del Pacto agrega (...) el recurso judicial que tiene una persona cuando se vea amenazada de ser privada de su libertad, para que se resuelva sobre la legalidad de esa amenaza y, de otro tanto, la prohibición de detención por deudas, salvo el caso de incumplimiento de deberes alimentarios. (...) [Así las cosas,] A partir de estos referentes la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha elaborado los siguientes criterios sobre el instrumento de la detención preventiva y el derecho de libertad personal: (i) Regla General. Se predica el principio de la libertad del individuo mientras se resuelve la responsabilidad penal; (ii) Limitaciones. La medida de detención está limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia y proporcionalidad; (iii) Fines legítimos. (...) (iv) Fines ilegítimos. (...) (v) Deber de evaluación periódica. (...) (vi) Cuestiones probatorias. (...) (vii) Estigmas y prejuicios. (...) (viii) Juicio de Proporcionalidad. (...) (ix) Motivación Suficiente. (...) (x) aun cuando esté previsto en la Ley, puede existir violación a la libertad personal cuando la detención se ampare en causas o métodos irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad. (...) [En suma,] la revisión de los anteriores estándares convencionales en punto al derecho de libertad personal y el uso por parte de los Estados de las medidas de detención o prisión preventiva ponen de presente la existencia de múltiples referentes objetivos que orientan la construcción de la noción de detención arbitraria o injusta de la libertad como elemento que se ubica allende a las garantías judiciales o al goce o ejercicio de los demás derechos y libertades protegidas; no se trata de un concepto reflejo que automáticamente hace su aparición con el solo hecho de la absolución obtenida dentro de una causa penal.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD - Aclaración de voto: Propuesta de aplicación de estándares convencionales de derechos humanos como parámetro de determinación de la antijuridicidad / PRINCIPIO DE CONVENCIONALIDAD / CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Desde la tesis jurisprudencial unificada el juez contrae su análisis a verificar un daño (la afectación a la libertad que culminó con una decisión absolutoria fruto de la presunción de inocencia), perdiendo de vista la valoración de su antijuridicidad. Desde entonces no se ofrece razón (y no se exige) justificar por qué el sujeto privado no se encontraba en el deber jurídico de soportarlo, de ahí que sólo en el específico caso de la responsabilidad por privación injusta de la libertad se aplique una tesis con la cual los jueces reparan daños que no son antijurídicos, dicen aplicar los presupuestos del artículo 90 constitucional cuando, en puridad, no hacen cosa diferente a transgredirlo. (...) Desde entonces, ya es un lugar común advertir en las subsecciones de la Sección Tercera, siempre en respeto del precedente judicial, consideraciones que hacen radicar la antijuridicidad de la privación en el hecho de la absolución penal favorable a quien sufrió la detención preventiva, tal como se puede evidenciar en los pasajes de los siguientes fallos de recién aparición. Todo ello, se repite, pone de presente el craso olvido de examinar la antijuridicidad del daño en el juicio de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad. (...) [Por ello,] debe dejarse constancia que la propuesta de parámetros convencionales para abordar el juicio de responsabilidad del Estado por privación de la libertad no implica ni se propone invadir la esfera de competencia de la autoridad judicial penal sino, llanamente, averiguar si, conforme a la perspectiva de análisis propia de un observador externo e imparcial comprometido con la vigencia convencional imperativa de los Derechos

Fundamentales y las Libertades Civiles la expresión del poder cautelar del Estado en el ámbito de la libertad personal consultó una corrección conforme a los estándares de razonabilidad prenotados. Dicho de otra manera, se trata de revalidar la competencia convencional del Juez de la responsabilidad como sustento jurídico suficiente que le compromete no solo a la observancia de la Constitución Política, como también a los principios, reglas y valores que surgen de la Convención Americana de Derechos Humanos, los demás instrumentos internacionales afines y el mismo derecho de gentes. (...) En síntesis, la propuesta de construcción de un juicio de responsabilidad por privación injusta de la libertad que se avenga, armónicamente, con los presupuestos del artículo 90 constitucional, de una parte, y con los estándares convencionales que gobiernan las condiciones bajo las cuales resulta jurídicamente ajustado las limitaciones impuestas al derecho de libertad personal es, esquemáticamente, del siguiente tenor (...). Dicho sea de paso, es de rigor hacer énfasis en la libertad de aplicación de criterios de motivación de atribución de responsabilidad, acorde con la realidad argumentativa y probatoria del caso, lo que quedó sentado con fuerza propia de jurisprudencia unificada en los fallos de Sala Plena de Sección Tercera de 19 de abril y 23 de agosto de 2012, expedientes 21515 y 24392, a lo que, tampoco, puede escapar de manera injustificada el régimen de la responsabilidad por los daños causados por privación de la libertad. Por tal cosa es que se hace precisión, en el esquema precedente, la apertura de los criterios de atribución de responsabilidad como, esto sí, se decanta de los presupuestos normativos del artículo 90 constitucional.

PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD - Aclaración de voto. Llamamiento o exhorto a la Sección Tercera / LLAMAMIENTO O EXHORTO - Aclaración de voto: Se hace llamado para la revisión del criterio jurisprudencial por privación de la libertad / LLAMAMIENTO O EXHORTO - Aclaración de voto: Aplicación de estándares convencionales de derechos humanos en estudio de responsabilidad estatal por privación de la libertad / PRINCIPIO DE CONVENCIONALIDAD / CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Se hace un llamado urgente a la Sección Tercera de esta Corporación para que, en los términos del artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, revise el criterio jurisprudencial por privación de la libertad, delibere de manera comprometida y adopte nuevos parámetros para la estructuración de la responsabilidad del Estado que sean expresión equilibrada del contenido normativo del artículo 90 constitucional y las posiciones jurídicas protegidas del derecho de libertad personal comprendido conforme a la dinámica convencional que se viene de expresar.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Bogotá D.C., nueve (9) de junio de dos mil diecisiete (2017).

Radicación número: 05001-23-31-000-2009-00446-01(50282)

Actor: ÁLVARO BEJARANO MARTÍNEZ Y OTROS

Demandado: NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN - RAMA JUDICIAL

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA (APELACIÓN SENTENCIA)

ACLARACIÓN DE VOTO

Contenido: Reparación Directa. Responsabilidad por Privación Injusta de la libertad

“Lo condeno aunque no existan buenas razones para ello”¹⁵ o de cómo se ha banalizado el juicio de Responsabilidad por Privación Injusta de la Libertad

Resumen: Necesidad de revisión urgente del criterio jurisprudencial unificado en punto a la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad toda vez que, a partir del mismo, se asume la responsabilidad inclusive por daños que no revisten la connotación de antijurídicos al subsumir dentro de esa noción el solo hecho de la absolución del procesado y/o la aplicación de la presunción de inocencia. La revisión del criterio jurisprudencial debe orientarse hacia el examen de la antijuridicidad del daño en sentido material o sustancial, para lo cual es esencial tomar consciencia de los estándares convencionales que habilitan la limitación proporcional, temporal y excepcional de la libertad personal; el punto de partida para repensar ello demanda, también, comprender que la libertad personal, como ocurre con los demás derechos y libertades, no es absoluto. **Contenido.** 1.- Introducción; 2.- El criterio jurisprudencial unificado de la Sección Tercera. Descripción. 3.- Crítica. La ausencia de la antijuridicidad del daño. 4.- Los estándares convencionales de Derechos Humanos como parámetro de determinación de la injusticia de la privación de la libertad. 5.- Conclusiones.

Con el respeto y consideración acostumbrada, presento la razón que me mueve a aclarar el voto respecto del fallo proferido por la Subsección el 24 de mayo de 2017.

Introducción.

Aunque acompañé la decisión adoptada en el asunto de la referencia por la disciplina propia de un sistema de precedente judicial con tendencia vinculante y atendiendo el criterio sentado por el Pleno de la Sección Tercera¹⁶ en punto a la responsabilidad por privación injusta de la libertad, presento las razones que me llevan a disentir del raciocinio que actualmente constituye *ratio decidendi* siendo imperativo ineludible de esa misma Plenaria volver sobre este asunto, modificar la actual tesis de responsabilidad fijada y emprender la construcción de criterios jurídicos que respondan a una lectura más ajustada de la cláusula constitucional de responsabilidad conteste con las reglas, principios y valores convencionales y constitucionales que proveen sobre el derecho de libertad personal en el contexto de las causas penales y las medidas de detención preventiva dictadas en su marco.

¹⁵ Frase tomada, con alguna ligera modificación, de ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. 2º ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2012, p. 209. El texto original es del siguiente tenor: “hay que decir que un fallo judicial como “en nombre del pueblo, se condena al señor N a diez años de privación de libertad, aunque no hay para ello buenas razones” es defectuosa no sólo por razones morales. (...) Por tanto, hay razones para opinar que la falta de la pretensión de corrección de una decisión no la priva necesariamente de su carácter de decisión judicial válida, pero la hace ser defectuosa en un sentido relevante no sólo moralmente”.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sala Plena de Sección Tercera. Sentencia de 17 de octubre de 2013, Exp. 52001-23-31-000-1996-07459-01 (23354).

1.- Estructura de la responsabilidad del Estado. Enunciación.

1.1.- En el actual estadio del derecho de la responsabilidad del Estado es verdad, a la luz del contenido normativo del artículo 90 constitucional y la doctrina que se ha elaborado a su alrededor, que son dos los presupuestos para su estructuración, a saber: *i)* un daño antijurídico que resulte *ii)* imputable al Estado.

1.2.- Esa apreciación, cuanto menos, supone que son esos dos elementos condiciones necesarias y concurrentes para predicar la configuración de la responsabilidad estatal¹⁷ y, esa misma circunstancia, observada desde una perspectiva analítica lleva a decir que ambos conceptos (daño antijurídico e imputación) deben contar con contenidos normativos propios y diferentes de modo que no pueda predicarse relación de implicatura y/o dependencia jurídica de uno u otro; así el estudio dogmático de lo que es un daño antijurídico no depende ni se puede ver condicionado por "*lo imputable*", pues de ser así se incurriría en una protuberante e innecesaria confusión conceptual de esas nociones.

1.3.- Por lo demás, es del caso señalar que el concepto de daño antijurídico no se agota en el menoscabo, vulneración o aminoración de un derecho o interés jurídicamente tutelado (hecho material), pues falta allí el denotativo "*antijurídico*" que, también, tiene un contenido específico y es el de operar como calificativo normativo de ese daño, de ahí que deba ser considerado como aquel respecto del que no se puede predicar el deber jurídico de soportar (acentúese: *no tener la obligación de*) o aquel cuyo padecimiento no deviene admitido por el sistema jurídico. Se ha dicho que ese daño no es soportable, ora porque es contrario a la Constitución o la norma legal, ser irrazonable en clave de derechos e intereses constitucionalmente reconocidos o por no encontrar sustento en la prevalencia y respeto del interés general o de la cooperación social¹⁸.

1.4.- En cuanto hace al elemento imputación, dígase que el precepto constitucional no fijó ni privilegió criterio alguno, siendo, en todo caso, un juicio de valor normativo de justificación, motivación u ofrecimiento de las mejores razones jurídicas con arreglo a las cuales resulta posible afirmar que ese daño deviene achacable o atribuible al Estado, bien sea desde una perspectiva subjetiva, esto es, que apalanque su razón de ser en un reproche normativo por incumplimiento de los estándares jurídicos que gobiernan a la Autoridad o, de otra parte, por concurrir razones diferentes que, desde un enfoque de responsabilidad objetiva, imponen cargar a cuenta del Estado el daño ora por la connotación riesgosa o peligrosa de la actividad desplegada, ya por ocurrir un desequilibrio de las cargas públicas lo que ordena, conforme a los mandatos de solidaridad e igualdad material, reparar a la víctima de tal agravio.

2.- El criterio jurisprudencial unificado de la Sección Tercera¹⁹. Descripción.

2.1.- Es en el fallo de 17 de octubre de 2013 de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado donde se encuentra recogido, actualmente, el criterio unificado a ser seguido a la hora de evaluar la configuración de la responsabilidad del Estado en casos de privación injusta de la libertad.

2.2.- Sostuvo la Sala que el fundamento de la responsabilidad en los casos de daños por privación injusta de la libertad debe buscarse directamente en el artículo 90 constitucional, sin que otra norma de inferior jerarquía pueda limitar su alcance. Anotó que en ese caso la responsabilidad no depende ni se supedita a la constatación de un error jurisdiccional, un defectuoso funcionamiento de la administración judicial o una falla o incumplimiento de las funciones, pues ello sería tanto como confundir o entremezclar la responsabilidad del

¹⁷ Lo que podría ser descompuesto, inclusive, en las siguientes reglas básicas: *i)* No hay responsabilidad si no hay daño, *ii)* No hay responsabilidad si no hay daño antijurídico, *iii)* No hay responsabilidad si hay daño antijurídico pero no hay imputación y *iv)* si hay responsabilidad si hay daño antijurídico imputable al Estado.

¹⁸ Cfr. Sentencias de 30 de enero de 2013 Exp. 23310, 13 de junio de 2013, Exp. 20771, Sección Tercera, Subsección C, entre varias que trabajan sobre esta noción de daño antijurídico.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de Sección Tercera. Sentencia de 17 de octubre de 2013, Exp. 23354. Véase, puntualmente, las consideraciones vertidas en el numeral 2.3 y siguientes de la parte motiva de la decisión.

Estado con la del servidor judicial, para lo cual recalcó que lo único que se exige es que exista un daño antijurídico que resulte imputable al Estado.

2.3.- Concretamente dijo que la injusticia de la privación no se deriva de la antijuridicidad o del ilícito proceder del apartado judicial sino de la consideración de que la víctima no se encuentra en el deber jurídico de soportar los daños irrogados por la detención mientras la causa penal concluyó con absolución.

2.4.- Y esto cobra mayor fuerza si se tiene en cuenta que en los casos de absolución por duda la presunción de inocencia no fue desvirtuada por el Estado, de ahí que sea una contradicción insalvable pregonar esa presunción de inocencia en el juicio penal pero sostener, en la arena de la responsabilidad del Estado, que el procesado debió soportar esa detención, máxime si se advierte que una medida de detención afecta de manera intensa el derecho de libertad, el que se configura como principio-derecho-valor.

2.5.- Corolario de lo dicho, el fallo anotó que si la víctima no se encontraba en el deber jurídico de soportar el daño ocasionado será intrascendente la corrección observada dentro de la causa penal, pues habrá responsabilidad del Estado por irrogarse un daño especial al individuo, y ello es así,

“[E]n la medida en que mientras la causación de ese daño redundará en beneficio de la colectividad (...) sólo habrá afectado de manera perjudicial a quien se vio privado de su libertad, a aquella persona en quien, infortunadamente, se concretó el carácter excepcional de la detención preventiva y, por tanto, dada semejante ruptura del principio de igualdad de las cargas públicas, esa víctima tendrá derecho al restablecimiento que ampara el ordenamiento vigente (...)”.

2.6.- Finalmente, la providencia dejó a salvo la posibilidad de declarar la responsabilidad del Estado con fundamento en el criterio de motivación de falla del servicio si ello aparece evidenciado en el caso, además de recordar el deber oficioso del Juez de revisar si concurre un eximente de responsabilidad como lo es, entre otros, el hecho de la propia víctima.

3.- Crítica. La ausencia de la antijuridicidad del daño.

3.1.- La tesis del fallo pasa por alto la valoración de la antijuridicidad del daño limitándose a sostener que la imposición de una medida de detención preventiva es una afectación intensa del derecho de libertad de una persona. Así, el fallo se ubica en las antípodas del instituto de la responsabilidad del Estado al trabajar con un concepto de daño que sólo se contenta con la constatación efectiva de que a un sujeto se le haya impuesto una medida cautelar de esa naturaleza, sin otra razón adicional.

3.2.- Basta, poner a prueba este aserto, indagando sobre cuál es el criterio que constituye la antijuridicidad de ese daño irrogado al sujeto, en los términos del fallo expuesto, y lo único que se obtendrá como respuesta será un silencio por cuanto, a la luz de la tesis allí expuesta, no hay razón que dote de contenido sustantivo la partícula “*antijurídico*” que acompaña, inseparablemente, al daño en los términos del artículo 90 constitucional.

3.3.- Pero, siendo caritativos con el fallo, bien se podría aventurar dos respuestas a la indagación lanzada, así i) la antijuridicidad viene dada por la providencia absolutoria dictada en la causa penal o ii) viene determinada por la inmaculada presunción de inocencia que campeó en el juicio penal y terminó imponiéndose al finalizar aquella.

3.4.- Pero se responderá que uno u otro aserto no pueden ser tenidos por candidatos idóneos para ocupar el lugar de la antijuridicidad pues la providencia absolutoria ejecutoriada apenas determina el fin de la actuación penal seguida en contra de la víctima y, por ende, la conclusión del estatus de detención preventiva²⁰, lo que vale como elemento para determinar la extensión y la culminación definitiva del daño sufrido. Se dirá: sólo la absolución definitiva delimita la lesión de la víctima.

²⁰ En el entendido que la condición de libertad de que goza el sujeto procesado dentro de la causa penal es precaria “apenas condicional” pues en cualquier momento del proceso existe la posibilidad de imponérsele medida de aseguramiento, en los términos de la legislación procesal penal.

3.5.- Y a lo segundo se debe responder que la presunción de inocencia fue operativa y desplegó su efecto jurídico allá en el proceso penal donde logró imponer una decisión absolutoria²¹; que el juicio de responsabilidad del Estado no puede alterar ese estatus jurídico ya consolidado con fuerza de cosa juzgada y que en virtud de la autonomía funcional del Juez Administrativo respecto de otras instancias judiciales (como es el caso de la justicia ordinaria penal), la construcción de las premisas de su razonamiento obedecen a la valoración autónoma, responsable y argumentada en el campo de la responsabilidad extracontractual del Estado y no le vienen predeterminadas por esas otras instancias.

3.6.- Y esto último es posible afirmarlo sin ambages en razón a que el juicio de responsabilidad por privación injusta de la libertad no tiene por objeto (directo ni indirecto) re-examinar el posible compromiso penal del encartado en la causa que le fue instruida en su contra [pues ello sí constituiría una flagrante violación a la garantía del *non bis in idem*] sino averiguar si la detención o prisión preventiva que reposó en su detrimento admite ser calificada como injusta y deviene atribuible al Estado y pasa que respecto de esas dos razones el proceso penal lo único que ofrece es una serie de datos fácticos sobre los cuales el juez administrativo debe construir su decisión de responsabilidad estatal, como también que se debe tener por cierto que la presunción de inocencia sólo informa la razón por la cual el procesado se libró del juicio penal, esto es, otro dato fáctico relevante, sin más.

3.7.- Obsérvese cómo el fallo de Sala Plena es enjundioso en advertir la grave contradicción que se seguiría de las siguientes afirmaciones²²: *i) X fue absuelto en aplicación de su presunción de inocencia y ii) la detención preventiva sufrida por X es un daño soportable*. Para la Sala esa contradicción se resuelve ordenando los enunciados así: *i) X fue absuelto en aplicación de su presunción de inocencia y ii) entonces la detención preventiva sufrida por X es un daño no soportable*.

3.8.- Empero, se está frente a un típico caso de falacia *non sequitur* pues es falso que de la premisa i) se siga la premisa ii), ya se dijo, en los juicios de responsabilidad del Estado la presunción de inocencia no está (ni puede estar) en juego, de manera que cualquiera sea el sentido de la decisión del juez administrativo la misma tampoco puede ser mancillada y eso es así por cuanto *presunción* y *antijuridicidad* se ubican en frecuencias paralelas que no se trastocan ni se comunican, pues la presunción, a los ojos del juez de la responsabilidad, es un *dato fáctico* y la antijuridicidad es un presupuesto normativo, aquella se prueba (y es verdadera o falsa²³), mientras que esta se valora, discute y argumenta.

3.9.- Valga anotar, como adenda, que el argumento del fallo de la Sección Tercera plantea un falso antagonismo entre las medidas de detención preventiva y presunción de inocencia y se dice que es falso por cuanto si ello fuera así habría que concluir la

²¹ 121. (...) La presunción de inocencia implica que el imputado goza de un estado jurídico de inocencia o no culpabilidad mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal” Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Zegarra Marín Vs. Perú., Sentencia de 15 de febrero de 2017. párr. 121.

²² Estos enunciados se derivan del siguiente pasaje del fallo: “Además, desde la perspectiva de la presunción constitucional de inocencia **resultaría abiertamente contradictorio sostener, de una parte, que en materia penal al procesado que estuvo cautelarmente privado de su libertad y que resultó absuelto** y, por tanto, no condenado –cualquiera que hubiere sido la razón para ello, incluida, por supuesto, la aplicación del principio *in dubio pro reo*, pues como lo ha indicado la Sección Tercera, no existen categorías o gradaciones entre los individuos inocentes (total o parcialmente inocentes)⁴⁰– el propio Estado lo debe tener como inocente para todos los efectos, acompañado siempre por esa presunción constitucional que jamás le fue desvirtuada por autoridad alguna y por lo cual no podrá registrarse anotación en sus antecedentes judiciales con ocasión de ese determinado proceso penal; **sin embargo, de otra parte, en el terreno de la responsabilidad patrimonial, ese mismo Estado, en lo que constituiría una contradicción insalvable, estaría señalando que el 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** –o no merecería credibilidad alguna– frente 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.” (Resaltado propio).

²³ O, simplemente, se presume

inexorable inconstitucionalidad de la figura de la detención preventiva, argumento absurdo y contraevidente que no resiste anotaciones adicionales.

3.10.- Ergo, desde la tesis jurisprudencial unificada el juez contrae su análisis a verificar un daño (la afectación a la libertad que culminó con una decisión absolutoria fruto de la presunción de inocencia), perdiendo de vista la valoración de su *antijuridicidad*. Desde entonces no se ofrece razón (y no se exige) justificar por qué el sujeto privado no se encontraba en el deber jurídico de soportarlo, de ahí que sólo en el específico caso de la responsabilidad por privación injusta de la libertad se aplique una tesis con la cual los jueces reparan daños que no son antijurídicos, dicen aplicar los presupuestos del artículo 90 constitucional cuando, en puridad, no hacen cosa diferente a transgredirlo.

3.11.- Desde entonces, ya es un lugar común advertir en las subsecciones de la Sección Tercera, siempre en respeto del precedente judicial, consideraciones que hacen radicar la antijuridicidad de la privación en el hecho de la absolución penal favorable a quien sufrió la detención preventiva, tal como se puede evidenciar en los pasajes de los siguientes fallos de recién aparición. Todo ello, se repite, pone de presente el craso olvido de examinar la antijuridicidad del daño en el juicio de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad:

Decisión	Pasaje
Subsección B. Sentencia de 1° de agosto de 2016, Exp.	“15.10 (...) se observa que la Ley 270 de 1996 consagra un sistema legal de responsabilidad estatal por los daños antijurídicos imputados a la administración de justicia con ocasión de una privación injusta de la libertad, la cual se califica de injusta cuando se precluye la investigación o se absuelve al procesado (...) ”
Subsección B. Sentencia de 11 de noviembre de 2016, Exp. 39044.	“(...) en virtud del art. 90 de la Carta el hecho de la absolución o preclusión en sede penal es título suficiente para la reclamación del daño derivado de la pérdida de la libertad (...) ya que se encuentra probado que el señor XX estuvo detenido, sin que se desvirtuara judicialmente la presunción de inocencia, cabe concluir que el mismo no estaba en el deber jurídico de soportar la detención (...)”
Subsección A. Sentencia de 12 de mayo de 2016, Exp. 47570.	“es evidente que la privación de la libertad de la demandante configuró para ella un verdadero daño antijurídico , toda vez que no se hallaba en la obligación legal de soportar la limitación de su libertad impuesta (...) mucho menos cuando dicha detención se dio en el marco de una investigación adelantada por una conducta que resultó ser atípica ”
Subsección A. Sentencia de 10 de agosto de 2016. Exp. 41685.	“(...) lo cierto es que si el imputado no resulta condenado se abre paso el reconocimiento de la obligación (...) de indemnizar los perjuicios irrogados al particular, siempre que no se encuentre en el deber de soportarlos, cosa que puede ocurrir, por vía de ejemplo, cuando el hecho exclusivo y determinado de la víctima da lugar a que se profiera, en su contra, la medida de detención preventiva (...) ”
Subsección A. Sentencia de 8 de noviembre de 2016, Exp. 39182.	“(...) cuando se produce la exoneración del sindicado, mediante sentencia absolutoria o su equivalente , por alguna de las causales previstas en el citado artículo 414 del C. de P. P. -sin que, en cualquier caso, opere como eximente de responsabilidad la culpa de la víctima-, (...), o –en la opinión mayoritaria de la Sala- por virtud del indubio pro reo, el Estado está llamado a indemnizar los perjuicios que hubiere causado por razón de la imposición de una medida de detención preventiva que lo hubiere privado del ejercicio del derecho fundamental a la libertad , pues, de hallarse inmerso en alguna de tales causales, ningún ciudadano está obligado a soportar dicha carga.”
Subsección B. Sentencia de 31 de mayo de 2016. Exp. 40648.	“15.4. En conclusión, de acuerdo con estos lineamientos, en el caso bajo estudio implica una responsabilidad de carácter objetivo en la que no es necesario probar que la autoridad judicial incurrió en algún tipo de falla; al damnificado le basta con acreditar que contra él se impuso una medida privativa de su libertad en el trámite de un proceso judicial, que culminó con una decisión favorable a su inocencia y que le causó un daño con ocasión de la detención. Con esa demostración,

	<i>surge a cargo del Estado la obligación de indemnizar los daños sufridos.”</i>
Subsección C. Sentencia de 5 de octubre de 2016, Exp. 43942.	<i>“La Sala encuentra que la privación de la libertad padecida por el señor deviene en injusta toda vez que fue absuelto por atipicidad y antijuridicidad de las conductas por las cuales fue procesado (...)”</i>
Subsección A. Sentencia de 14 de septiembre de 2016, Exp. 41358.	<i>“(...) cuando la decisión penal definitiva del sindicado concluyó en una decisión favorable a su inocencia, ya sea porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no era constitutiva de hecho punible, la medida de detención preventiva (...) deviene en injusta y se abre paso a declarar la responsabilidad del Estado por los daños que hubiere causado, sin necesidad de acreditar que la misma haya sido ilegal o arbitraria.”</i>
Subsección C. Sentencia de 7 de julio de 2016, Exp. 41655.	<i>“8. El daño antijurídico está demostrado porque el señor XX estuvo privado de su derecho fundamental a la libertad desde el 9 de marzo de 2006 hasta el 15 de marzo de 2007 (...). Es claro que la lesión al derecho de la libertad personal genera perjuicios que los demandantes no estaban en la obligación de soportar”</i>
Subsección C. Sentencia de 28 de mayo de 2015, Exp. 46426.	<i>“El derecho a la libertad es un derecho fundamental connatural al ser humano, que posibilita el goce o ejercicio de otros derechos; por lo tanto, no cabe duda que cuando se limita o priva de ese derecho a una persona inocente, se genera un daño, el cual resulta ser antijurídico, pues no existe norma en el ordenamiento jurídico colombiano que obligue a un ciudadano inocente a tolerar o soportar el daño que emana de la privación de la libertad dentro de un proceso penal en el cual no se le desvirtuó la presunción de inocencia”.</i>
Subsección B. Sentencia de 28 de mayo de 2015, Exp. 33559	<i>“16. (...) independientemente de que la privación de que la privación de la libertad de un individuo se hubiere dispuesto con sujeción de un proceder lícito por parte del Estado, éste siempre estará llamado a responder por los perjuicios que le ocasionó a la víctima en razón a dicha detención, siempre que el mismo no estuviere en el deber legal de soportar tal carga.</i> <i>17. (...) no es necesaria la demostración de que la autoridad judicial incurrió en un error. Al damnificado le basta con demostrar que contra él se impuso una medida privativa de su libertad en el trámite de un proceso penal, que dicho proceso culminó con decisión favorable a su inocencia, y que el daño surgió como consecuencia de esa detención, para que con esa demostración surja a cargo de la administración la obligación de indemnizar los perjuicios sufridos por el ciudadano”</i>
Subsección C. Sentencia de 20 de octubre de 2014, Exp. 40060.	<i>“la privación de la libertad, en estos casos, puede y debe darse con pleno acatamiento de las exigencias legales, pero, a la postre, si se dicta una providencia absolutoria, por cualquiera de los supuestos ya citados o por duda, se trataría de una decisión legal que pone en evidencia que la medida inicial fue equivocada.</i> <i>(...)</i> <i>Cuando una persona privada de la libertad sea absuelta, porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, la conducta no constituía hecho punible o por in dubio pro reo, se habrá de calificar sin ambages ni dubitaciones como detención injusta. Es por ello, que se trata de una responsabilidad objetiva (...)”</i>

4.- Los estándares convencionales de Derechos Humanos como parámetro de determinación de la antijuridicidad de la privación de la libertad.

4.1.- La insuficiente justificación del actual criterio de responsabilidad por privación injusta de la libertad que, se repite, avala la reparación de daños que no revisten la condición de ser antijurídicos se debe a una falencia más profunda que dice relación con el desconocimiento de los estándares que de manera objetiva, excepcional y clara otorgan competencia al Estado para intervenir en el derecho de libertad personal en el marco de

las actuaciones penales o, si se quiere, de la incompreensión de que la libertad personal puede ser restringida *acorde a derecho* de modo excepcional.

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

4.3.- No se desconoce que filosóficamente la libertad se cuenta entre los bienes más preciados sobre los que se funda toda organización política contemporánea, de ahí que buena parte de los arreglos institucionales deban su razón de ser a la protección de posiciones jurídicas de *libertad individual*, bien entendido como esfera negativa, de no interferencia, de los demás en las acciones propias; como la posibilidad de ser protagonista del régimen jurídico al que se está sujeto y como el reconocimiento del espacio afirmativo que posibilita la realización de lo que se desea²⁴.

4.4.- Empero, sabido es que no existen derechos absolutos, consideración a la que no escapa la libertad personal, de suerte que a menudo la autoridad normativa cuenta con competencia para intervenir en la esfera de los derechos y libertades, como se sigue de la jurisprudencia constitucional²⁵ y, particularmente, de los artículos 30 “*Las restricciones*

²⁴ “14. (...) El núcleo esencial de la libertad personal está constituido, de una parte, por la posibilidad y el ejercicio positivo de todas las acciones dirigidas a desarrollar las aptitudes y elecciones individuales que no pugnen con los derechos de los demás ni entrañen abuso de los propios y, de otra, por la proscripción de todo acto de coerción física o moral que interfiera o suprima la autonomía de la persona sojuzgándola, sustituyéndola, oprimiéndola o reduciéndola indebidamente.” Corte Constitucional. Sentencia T-301 de 1993.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido sobre el derecho de libertad personal: “*En sentido amplio la libertad sería la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. (...) La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana. En efecto, del Preámbulo se desprende el propósito de los Estados Americanos de consolidar “un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”, y el reconocimiento de que “sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento de temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”. De esta forma, cada uno de los derechos humanos protege un aspecto de la libertad del individuo*”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs Ecuador. Sentencia de 21 de noviembre de 2007, párr. 52.

²⁵ “*En efecto (...) considerar que un determinado derecho fundamental tiene carácter ilimitado, implica, necesariamente, aceptar que se trata de un derecho que no puede ser restringido y que, por lo tanto, prevalece sobre cualquiera otro en los eventuales conflictos que pudieren presentarse. Pero su supremacía no se manifestaría sólo frente a los restantes derechos fundamentales. Un derecho absoluto o ilimitado no admite restricción alguna en nombre de objetivos colectivos o generales o de intereses constitucionalmente protegidos.*”

Si el sistema constitucional estuviese compuesto por derechos ilimitados sería necesario admitir (1) que se trata de derechos que no se oponen entre sí, pues de otra manera sería imposible predicar que todos ellos gozan de jerarquía superior o de supremacía en relación con los otros; (2) que todos los poderes del Estado, deben garantizar el alcance pleno de cada uno de los derechos, en cuyo caso, lo único que podría hacer el poder legislativo, sería reproducir en una norma legal la disposición constitucional que consagra el derecho fundamental, para insertarlo de manera explícita en el sistema de derecho legislado. En efecto, de ser los derechos “absolutos”, el legislador no estaría autorizado para restringirlos o regularlos en nombre de otros bienes, derechos o intereses constitucionalmente protegidos. Para que esta última consecuencia pueda cumplirse se requeriría, necesariamente, que las disposiciones normativas que consagran los “derechos absolutos” tuviesen un alcance y significado claro y unívoco, de manera tal que constituyeran la premisa mayor del silogismo lógico deductivo que habría de formular el operador del derecho.” Corte Constitucional. Sentencia C-475 de 1997.

permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a las leyes que se dictaren por razón de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas²⁶ y 32.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Los Derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”²⁷⁻²⁸, desprendiéndose de todo esto el que cualquier intervención, que pretenda corrección en términos convencionales y constitucionales, queda circunscrita a la satisfacción de criterios formales (reserva de ley y competencia) y materiales (razonabilidad, proporcionalidad), de suerte que no se trata de habilitación para la arbitrariedad estatal sino ejercicio razonado de esa potestad normativa.

4.5.- Invocando los artículos 1º y 4º de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, que respectivamente enseñan que “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos” y “La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a los demás. Por ello, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre tan sólo tiene como límites los que garantizan a los demás miembros de la Sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites tan solo pueden ser determinados por la Ley”, como los artículos 1º y 4º de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que pregonan, en esta misma línea, que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos (...)” y “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”, se advierte el profundo sustancial de la libertad en el marco jurídico y filosófico contemporáneo.

4.6.- En desarrollo de ese pensamiento se advierte que de manera conjunta los artículos 7º CADH y 9º PIDCP establecen las siguientes disposiciones de protección del derecho de libertad personal: (i) Nadie puede ser privado de su libertad física; (ii) Se exceptúa lo anterior en las causas y condiciones fijadas previamente por la Constitución y la Ley y según el procedimiento establecido en ésta; (iii) Nadie será objeto de detención o encarcelamiento arbitrario; (iv) derecho a ser informado de las razones de la detención y a ser notificado sin demora del cargo o acusación en su contra; (v) derecho a ser llevado ante autoridad judicial sin demora; (vi) derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de continuar el proceso; (vii) la libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio o a diligencias procesales o para la ejecución del fallo; (viii) derecho de toda persona privada a recurrir ante autoridad judicial competente para que decida, sin demora, sobre la legalidad del arresto o detención y ordene su libertad si el arresto, prisión o detención fuere ilegal.

Véase ALEXY, Robert. La dignidad humana y el juicio de proporcionalidad. En: Parlamento y Constitución. Anuario. Año 2014, No. 16, págs. 9-27 [donde, entre otras cuestiones, se defiende la tesis según la cual inclusive la Dignidad Humana admite un peso relativo de modo que resulta compatible con el examen de proporcionalidad]. Desde otra perspectiva la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Artavia Murillo Vs. Costa Rica, Sentencia de 28 de noviembre de 2012 discutió sobre la posibilidad de protección absoluta del derecho a la vida en razón a la proscripción de la práctica de FIV por cuenta de las autoridades judiciales de Costa Rica.

²⁶ “18. Al leer el artículo 30 en concordancia con otros en que la Convención autoriza la imposición de limitaciones o restricciones a determinados derechos y libertades, se observa que exige para establecerlas el cumplimiento concurrente de las siguientes condiciones: a. Que se trate de una restricción expresamente autorizada por la Convención y en las condiciones particulares en que la misma ha sido permitida; b. Que los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos, es decir, que obedezcan a “razones de interés general” y no se aparten del “propósito para el cual han sido establecidas”. Este criterio teleológico, cuyo análisis no ha sido requerido en la presente consulta, establece un control por desviación de poder; y c. Que tales restricciones estén dispuestas por las leyes y se apliquen de conformidad con ellas.” Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

²⁷ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-05/85 de 13 de noviembre de 1985. La colegiación obligatoria de periodistas, párr. 64-69. “el artículo 32.2 contiene un enunciado general que opera especialmente en aquellos casos en que la Convención, al proclamar un derecho, no dispone nada en concreto sobre sus posibles restricciones legítimas”.

²⁸ En similar sentido el artículo XXVIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. “Artículo XXVIII Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático.”. También Artículo 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

4.7.- Adicionalmente, el artículo 9° del Pacto agrega los numerales 3°: “la prisión preventiva no debe ser la regla general” y 5°: “Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación”, y el artículo 7° de la Convención refiere en los numerales 6° y 7° a la imposibilidad de restringir o abolir, en los Estados donde esté reconocido así, el recurso judicial que tiene una persona cuando se vea amenazada de ser privada de su libertad, para que se resuelva sobre la legalidad de esa amenaza y, de otro tanto, la prohibición de detención por deudas, salvo el caso de incumplimiento de deberes alimentarios.

4.8.- A partir de estos referentes la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha elaborado los siguientes criterios sobre el instrumento de la detención preventiva y el derecho de libertad personal: **(i) Regla General.** Se predica el principio de la libertad del individuo mientras se resuelve la responsabilidad penal²⁹; **(ii) Limitaciones.** La medida de detención está limitada por los principios de legalidad³⁰, presunción de inocencia y proporcionalidad³¹; **(iii) Fines legítimos.** Sólo se reconocen como fines legítimos de imposición de la medida el aseguramiento de que el procesado no impedirá el desarrollo del proceso ni eludirá la acción de la justicia³²; **(iv) Fines ilegítimos.** La detención preventiva es una medida cautelar, no puede ser concebida como una pena anticipada ni como instrumento para la realización de fines de prevención general o especial, pues estos son propios de la pena³³; **(v) Deber de evaluación periódica.** Las autoridades judiciales tiene la obligación de revisar periódicamente la detención preventiva y ofrecer razones que justifiquen su mantenimiento³⁴; **(vi) Cuestiones probatorias.** La decisión que impone una medida de aseguramiento debe basarse en elementos probatorios suficientes

²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso J Vs Perú. Sentencia de 27 de noviembre de 2013, párr. 158; Caso Herrera Espinoza y otros Vs Ecuador. Sentencia de 1° de septiembre de 2016, párr. 143.

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Usón Ramírez Vs Venezuela. Sentencia de 20 de noviembre de 2009, párr. 145: “El numeral 2 del artículo 7 reconoce la garantía primaria del derecho a la libertad física: la reserva de ley, según la cual, únicamente a través de una ley puede afectarse el derecho a la libertad personal. Al respecto, esta Corte ha establecido que la reserva de ley debe forzosamente ir acompañada del principio de tipicidad, que obliga a los Estados a establecer, tan concretamente como sea posible y “de antemano”, las “causas” y “condiciones” de la privación de la libertad física. De este modo, el artículo 7.2 de la Convención remite automáticamente a la normativa interna. Por ello, cualquier requisito establecido en la ley nacional que no sea cumplido al privar a una persona de su libertad, generará que tal privación sea ilegal y contraria a la Convención Americana.”

³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Tibi Vs Ecuador. Sentencia de 7 de septiembre de 2004, párr. 106.

³² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Servellón García y Otros Vs Honduras. Sentencia de 21 de septiembre de 2006, párr. 90. Caso Herrera Espinoza y otros Vs Ecuador. Sentencia de 1° de septiembre de 2016, párr. 143. Caso Norín Catrimán Vs Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2014, párr. 361-362.

³³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Suárez Rosero Vs Ecuador. Sentencia de 12 de noviembre de 1997, párr. 77; Caso J Vs Perú. Sentencia de 27 de noviembre de 2013, párr. 159: “159. Este Tribunal ha precisado también que para restringir el derecho a la libertad personal a través de medidas como la prisión preventiva deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida al proceso ha participado en el ilícito que se investiga²⁶⁶. Sin embargo, aún verificado este extremo, la privación de libertad del procesado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia. Concordantemente, las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. El peligro procesal no se presume, sino que debe realizarse la verificación del mismo en cada caso, fundado en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto. De este modo, para que se respete la presunción de inocencia al ordenarse medidas restrictivas de la libertad es preciso que el Estado fundamente y acredite, de manera clara y motivada, según cada caso concreto, la existencia de los referidos requisitos exigidos por la Convención. Proceder de otro modo equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene principios generales del derecho, ampliamente reconocidos, entre ellos, el principio de presunción de inocencia”

Existe una tensión manifiesta entre este estándar de libertad personal y la legislación procesal penal colombiana que avala la detención preventiva de una persona por ser un peligro para la seguridad de la sociedad dispuesta en el artículo 310 de la Ley 906 de 2004. Empero, en el fallo C-469 de 2016 la Corte Constitucional revisó y avaló la constitucionalidad del precepto arguyendo que esa medida complementa, y no contradice, la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Véase el fuerte Salvamento de Voto suscrito por el Magistrado Alberto Rojas Ríos donde cuestiona la falta de compromiso de la Corte Constitucional en la aplicación del control de convencionalidad, toda vez que la detención preventiva fundada en ser el procesado peligro para la seguridad de la sociedad no se ajusta a los estándares convencionales.

³⁴ Corte Interamericana. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez Vs Ecuador. Sentencia de 21 de noviembre de 2007; párr. 117-118; Caso Yvon Neptune Vs Haití, Sentencia de 6 de mayo de 2008, párr. 108. Caso Bayarri Vs Argentina. Sentencia de 30 de octubre de 2008, párr. 74.

que permitan establecer razonablemente la participación de la persona en el delito objeto de investigación; no se satisface este parámetro cuando el apoyo probatorio consiste en meras conjeturas o intuiciones abstractas, “*El Estado no debe detener para luego investigar*”³⁵; **(vii) Estigmas y prejuicios**. La medida no puede adoptarse por estigmas o prejuicios como, por ejemplo, en razón al origen racial de un grupo poblacional³⁶; tampoco cuenta como justificación suficiente elementos tales como las características personales del supuesto autor o la gravedad del delito³⁷; **(viii) Juicio de Proporcionalidad**. La imposición de la medida debe obedecer a un juicio de proporcionalidad en el caso concreto, atendiendo los elementos de prueba y los hechos objeto de investigación³⁸; en este marco, debe perseguir un fin compatible con la Convención, ser *idónea, necesaria* [absolutamente indispensable para conseguir el fin y que no exista medida menos gravosa] y *proporcional* [debe ser estrictamente proporcional, el sacrificio de la restricción de la libertad no debe resultar exagerado ni desmedido frente a las ventajas que se obtienen y los fines]³⁹; **(ix) Motivación Suficiente**. La falta de motivación suficiente respecto del fin legítimo constituye violación del derecho de libertad personal⁴⁰ y **(x)** aun cuando esté previsto en la Ley, puede existir violación a la libertad personal cuando la detención se ampare en causas o métodos irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad⁴¹.

4.8.- En el mismo escenario del Sistema Interamericano no puede pasarse por alto el Informe sobre el uso de Prisión Preventiva de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, documento que, además de llamar la atención sobre el preocupante abuso del instrumento de la detención preventiva⁴², consideró que *(i)* aun cuando la Convención Americana no prevé expresamente el deber estatal de reparar a quienes han sido ilegalmente detenidos, lo que si se encuentra en el artículo 9.5 del Pacto, este puede ser

³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez Vs Ecuador. Sentencia de 21 de noviembre de 2007; párr. 103.

³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs República Dominicana. Sentencia de 28 de agosto de 2014, párr. 368.

³⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Bayarri Vs Argentina, Sentencia de 30 de octubre de 2008; Caso Teruel y otros Vs Honduras, Sentencia de 27 de abril de 2012, párr. 106; Caso Rodríguez Vera Vs Colombia (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs Colombia. Sentencia de 14 de noviembre de 2014, párr. 409.

³⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso López Álvarez Vs Honduras. Sentencia de 1º de febrero de 2006, párr. 68. “*La legitimidad de la prisión preventiva no proviene solamente de que la ley permite aplicarla en ciertas hipótesis generales. La adopción de esa medida cautelar requiere un juicio de proporcionalidad entre aquélla, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan. Si no hay proporcionalidad, la medida será arbitraria.*”

³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Norín Catrimán Vs Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2014, párr. 312.

⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Sentencia de 22 de noviembre de 2005, párr. 216.

⁴¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gangaram Panday Vs Surinam. Sentencia de 21 de enero de 1994, párr. 47. “*47. Esta disposición contiene como garantías específicas, descritas en sus incisos 2 y 3, la prohibición de detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, respectivamente. Según el primero de tales supuestos normativos, nadie puede verse privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal). En el segundo supuesto, se está en presencia de una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que -aún calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad*”. Véase también: Caso Fleury y Otros Vs Haití, Sentencia de 23 de noviembre de 2011, párr. 58-59.

⁴² “1. Los Estados deben adoptar las medidas judiciales, legislativas, administrativas y de otra índole requeridas para **corregir la excesiva aplicación de la prisión preventiva, garantizando que esta medida sea de carácter excepcional y se encuentre limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad**; evitando así su uso arbitrario, innecesario y desproporcionado. Estos principios deberán guiar siempre la actuación de las autoridades judiciales, con independencia del modelo de sistema penal adoptado por el Estado.

2. Intensificar esfuerzos y asumir la voluntad política necesaria para **erradicar el uso de la prisión preventiva como herramienta de control social o como forma de pena anticipada**; y para asegurar que su uso sea realmente excepcional. En este sentido, es esencial que se envíe desde los niveles más altos del Estado y la administración de justicia un mensaje institucional de respaldo al uso racional de la prisión preventiva y al respeto del derecho presunción de inocencia.”. (Resaltado propio). Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. 2013. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/13, pág. 121, párr. 326

subsumido dentro del artículo 1.1 de la Convención, esto es, conforme al deber de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos y libertades y (ii) sin embargo, aclaró el alcance que tiene ese deber de reparación, así: “220. Conviene aclarar que el hecho de que una persona detenida haya sido posteriormente sobreseída o absuelta no implica necesariamente que la prisión preventiva haya sido aplicada en contravención de las normas de la Convención Americana”⁴³, de donde se sigue la idea según la cual el surgimiento del deber de reparar ocurre siempre que la privación se haya adoptado con desconocimiento a los estándares desarrollados por el Sistema de Protección.

4.9.- De otra parte, en el ámbito del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos de Naciones Unidas, también se verifica la construcción de valiosos referentes sobre el uso de la detención preventiva, su ejercicio ponderado, circunscrito a necesidades imperiosas y el alcance que tiene el precepto recogido en el artículo 9.5 del Pacto sobre el derecho a ser reparado cuando la persona ha sido “*ilegalmente detenida o presa*”.

4.10.- Algunas de estas posiciones jurídicas se encuentran recogidas, recientemente, en la Observación General No. 35 del Comité de Derechos Humanos sobre el artículo 9° del Pacto⁴⁴, donde merecen destacarse los siguientes puntos: (i) una detención puede ser arbitraria inclusive estando autorizada por la legislación nacional, toda vez que el de arbitrariedad es un concepto amplio que excede al de “*contrario a la ley*” pues integra consideraciones tales como inadecuación, injusticia, imprevisibilidad y las garantías judiciales; (ii) las medidas de detención preventiva que se imponen por motivos de seguridad y no con miras a un procesamiento por la imputación de un delito llevan un gran riesgo de privación de la libertad arbitraria⁴⁵; (iii) la reclusión no debe durar más que lo estrictamente necesario, existiendo el deber de efectuar revisiones periódicas y prontas por una autoridad judicial, (iv) se califica como arbitraria una detención que sea castigo por el ejercicio legítimo de los derechos garantizados en el Pacto; el encarcelamiento tras un juicio manifiestamente injusto es arbitrario, pero no toda violación de garantías procesales constituye reclusión arbitraria; (v) las razones para una detención deben ser previstas por la Ley y con suficiente precisión, igualmente los procedimientos también deben estar previstos allí; es ilícito mantener la reclusión de una persona cuando se ha dictado orden de poner en libertad o amnistía válida; (vi) se considera, también, como reclusión ilícita la que inició siendo legal pero se ha convertido en ilícita por haber cumplido la persona la pena de prisión o por haber cambiado las circunstancias que justificaban la reclusión; (vii) el carácter ilícito de la detención o reclusión puede ocurrir por vulneración de la legislación nacional o la vulneración del propio Pacto, no obstante “*el hecho de que un acusado en un proceso penal haya sido finalmente absuelto, en primera instancia o en apelación, no basta para convertir en “ilícita” cualquier reclusión anterior*”⁴⁶ y (viii) la indemnización comprende los daños pecuniarios y los no pecuniarios.

4.11.- En esta misma línea de pensamiento, tal vez los esfuerzos más notables para concretar el concepto de detenciones arbitrarias se encuentran en los informes y opiniones del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria⁴⁷, dependencia que ha reconocido que “*la prohibición de la privación arbitraria de la libertad forma parte del derecho de los tratados y del derecho internacional consuetudinario y constituye una*

⁴³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. 2013. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/13, pág. 96, párr. 220.

⁴⁴ Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 35 Artículo 9°. CCPR/C/GC/35 de 16 de diciembre de 2014.

⁴⁵ Existe una tensión manifiesta entre este estándar de libertad personal y la legislación procesal penal colombiana que avala la detención preventiva de una persona por ser un peligro para la seguridad de la sociedad dispuesta en el artículo 310 de la Ley 906 de 2004. Empero, en el fallo C-469 de 2016 la Corte Constitucional revisó y avaló la constitucionalidad del precepto arguyendo que esa medida complementa, y no contradice, la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Véase el fuerte Salvamento de Voto suscrito por el Magistrado Alberto Rojas Ríos donde cuestiona la falta de compromiso de la Corte Constitucional en la aplicación del control de convencionalidad, toda vez que la detención preventiva fundada en ser el procesado peligro para la seguridad de la sociedad no se ajusta a los estándares convencionales.

⁴⁶ *Ibid.*, párr. 51.

⁴⁷ Creado por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas mediante la Resolución 1991/42, en mandatos que se han ampliado sucesivamente.

*norma de ius cogens*⁴⁸; ha relacionado el concepto de “arbitraria” [de la privación] con el “incumplimiento de la exigencia de que la forma particular de privación de libertad se imponga con arreglo al derecho y los procedimientos aplicables y sea proporcionada respecto de la finalidad que se persigue, razonable y necesaria”⁴⁹, en atención al artículo 9.5 del Pacto, ha sostenido que la víctima de una detención arbitraria “tiene derecho a buscar y obtener reparaciones del Estado, lo que incluye la restitución, compensación, rehabilitación, satisfacción y garantía de no repetición”⁵⁰ y ha clasificado las situaciones de privación arbitraria de la libertad en cinco categorías marcadamente influenciadas por los estándares de protección del derecho de libertad personal, bien por ser la detención o reclusión a) carente de justificación legal razonable, b) ser el resultado del ejercicio legítimo de derechos y libertades, c) por ocurrir violación grave a las garantías del juicio imparcial, d) prolongación de detención administrativa en casos de migrantes, asilados o refugiados y e) cuando acontece por motivos discriminatorios; en los siguientes términos:

“a) Cuando es evidentemente imposible invocar base legal alguna que la justifique (como el mantenimiento de una persona en detención tras haber cumplido la pena o a pesar de una ley de amnistía que le sea aplicable) (categoría I);

b) Cuando la privación de libertad resulta del ejercicio de los derechos o libertades garantizados por los artículos 7, 13, 14, 18, 19, 20 y 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y, respecto de los Estados partes, por los artículos 12, 18, 19, 21, 22, 25, 26 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (categoría II);

c) Cuando la inobservancia, total o parcial, de las normas internacionales relativas al derecho a un juicio imparcial, enunciadas en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los instrumentos internacionales pertinentes aceptados por los Estados interesados, es de una gravedad tal que confiere a la privación de libertad carácter arbitrario (categoría III);

d) Cuando los solicitantes de asilo, inmigrantes o refugiados son objeto de detención administrativa prolongada sin posibilidad de examen o recurso administrativo o judicial (categoría IV);

e) Cuando la privación de libertad constituye una vulneración del derecho internacional por tratarse de discriminación por motivos de nacimiento, origen nacional, étnico o social, idioma, religión, condición económica, opinión política o de otra índole, género, orientación sexual, discapacidad o cualquier otra condición, y lleva o puede llevar a ignorar el principio de igualdad de los seres humanos (categoría V).”⁵¹

4.12.- Finalmente, destáquese la Comunicación No. 432/1990 W.B.E Vs Países Bajos donde el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas conoció de un caso en el que un ciudadano puso de presente la violación de los derechos reconocidos en los párrafos 3 y 5 del artículo 9 del Pacto y los párrafos 1 y 2 del artículo 14 del mismo instrumento. Entre otras cuestiones el Comité estudió si en el caso había lugar al derecho a la indemnización de perjuicios de que trata el artículo 9.5, lo que fue despachado desfavorablemente en los siguientes términos:

“6.5 Respecto de la afirmación del autor de que se ha violado su derecho a indemnización consagrado en el párrafo 5 del artículo 9 del Pacto, el Comité recuerda que esta disposición concede a las víctimas de detención o prisión

⁴⁸ Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria. A/HRC/22/44, Distribución General: 24 de diciembre de 2012, párr. 51.

⁴⁹ *Ibid.*, párr. 61.

⁵⁰ Cfr. Naciones Unidas. Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria. Opinión No. 19/2016, A/HRC/WGAD/2016, Distribución General 2 de junio de 2016, párr. 39; Opinión No. 31, A/HRC/WGAD/2016/31, Distribución General 27 de octubre de 2016, párr. 117; Opinión No. 57/2016 A/HRC/WGAD/2016/57, Distribución General 9 de febrero de 2017, párr. 120.

⁵¹ Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria. A/HRC/30/69. Métodos de Trabajo del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria. Distribución General: 4 de agosto de 2015, párr. 8.

ilegal un derecho efectivo a obtener reparación. Sin embargo el autor no ha justificado a los fines de admisibilidad su denuncia de que la detención fue ilegal. En este sentido, **el Comité observa que el hecho de que ulteriormente se absolviera al autor no significa que la detención preventiva fuera ilegal.** Por consiguiente, esta parte de la comunicación es inadmisibles en virtud de los artículos 2 y 3 del Protocolo Facultativo.

6.6 Respecto de la afirmación del autor de que se ha violado el principio de presunción de inocencia consagrado en el párrafo 2 del artículo 14 del Pacto, **el Comité señala que esta disposición es únicamente aplicable a un procedimiento penal y no a un procedimiento por indemnización;** por consiguiente, decide que la queja del autor es inadmisibles en virtud del artículo 3 del Protocolo Facultativo.⁵² (Resaltado propio).

4.13.- En este mismo sentido se alinea la Comunicación No. 963/2001 Colin Uebergang Vs Australia donde el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas conoció de otra petición en la que se alegó la violación al derecho de indemnización del ya citado artículo 9.5 del Pacto. El Comité consideró, al revisar si procedía el derecho de indemnización, que el solo hecho de la absolución final de la víctima no configura, por sí solo, la ilegalidad de la detención previa sufrida; así:

“4.4 En relación con la acusación de violación del párrafo 5 del artículo 9, el Comité observa que tras ser condenado por el tribunal de primera instancia, el autor fue encarcelado a raíz de la sentencia dictada por este tribunal. Su posterior absolución por el Tribunal de Apelaciones, per se, no supone que la encarcelación a que dio lugar la sentencia del tribunal fuera ilegal. El abogado no ha facilitado más argumentos para fundamentar la denuncia, conforme al párrafo 5 del artículo 9. Esta parte de la comunicación, por consiguiente, es inadmisibles con arreglo al artículo 2 del Protocolo Facultativo.”⁵³

4.14.- Esta breve revisión de los estándares convencionales a los que está sujeto el régimen de adopción de medidas cautelares de detención y prisión preventiva de la libertad trae, además de los referentes objetivos y razonados para la limitación de ese derecho, una verdad incontestable cual es la necesidad de auscultar los diversos escenarios en que puede tener lugar una privación de la libertad, esto es, los contextos de captura y presentación “*sin demora*” ante la autoridad judicial, la detención como medida cautelar dictada en el curso de un proceso penal propiamente dicho y, por último, las cuestiones relativas al régimen de libertad de la persona luego de dictarse una sentencia condenatoria, pues en cada una de tales circunstancias deben tomarse en cuenta diversos elementos de juicio para determinar el recto alcance de la esfera jurídica de protección de la libertad personal y los límites a la intervención de la autoridad judicial penal.

5.- Conclusiones.

5.1.- La libertad personal, como ocurre con los demás derechos y libertades, no es un derecho absoluto de modo que la autoridad normativa puede imponer limitaciones a su goce y ejercicio siempre que consulte los parámetros formales y materiales que aseguren la proporcionalidad y razonabilidad de la intervención estatal.

5.2.- La revisión de los anteriores estándares convencionales en punto al derecho de libertad personal y el uso por parte de los Estados de las medidas de detención o prisión preventiva ponen de presente la existencia de múltiples referentes objetivos que orientan la construcción de la noción de *detención arbitraria* o *injusta* de la libertad como elemento que se ubica allende a las garantías judiciales o al goce o ejercicio de los demás derechos y libertades protegidas; no se trata de un concepto *reflejo* que automáticamente hace su aparición con el solo hecho de la absolución obtenida dentro de una causa penal.

⁵² Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos. Comunicación No. 432/1990 de 23 de octubre de 1992. CCPR/C/46/D/432/1990 (1992) W.B.E (nombre omitido) Vs Países Bajos. 46º Periodo de sesiones.

⁵³ Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos. Comunicación No. 963/2001 de 27 de marzo de 2001. CCPR/C/71/D/963/2001 (2001).

5.3.- Trasladados estos referentes al campo de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad se cae en cuenta que el *daño antijurídico*, como primer presupuesto a ser evaluado por el Juez Administrativo, demanda no solo la constatación de una medida de detención preventiva, su materialización y la absolución judicial por decisión ejecutoriada [referentes que construyen, apenas, el daño], sino que también se torna en imperioso, en orden a dotar de contenido sustantivo el elemento de la *antijuridicidad*, averiguar si la medida de detención o prisión preventiva que pesó sobre la víctima fue adoptada según los estándares convencionales arriba expuestos, solo a partir de esa reflexión se podrá responderse a una indagación basilar de la responsabilidad estatal: *¿el daño era jurídicamente soportable para la víctima?*, toda vez que si las intervenciones a la libertad personal se mantuvieron dentro de los parámetros de legalidad, proporcionalidad, excepcionalidad, temporalidad que gobiernan la imposición de ese tipo de medidas conforme a los estándares, habrá de concluirse, inexorablemente, que será un daño que aunque presente su componente material no convalida el que sea antijurídico o contrario al sistema normativo y, por tanto, no da lugar a adelantar el juicio de imputación.

5.4.- Todo esto pone de presente que el actual criterio jurisprudencial unificado de la Sección Tercera de esta Corporación es incompatible a la luz de los estándares convencionales en punto al derecho que tiene toda víctima de contar con un recurso judicial que le permita obtener una reparación de los daños causados con ocasión de la privación de la libertad, por cuanto tales instancias tienen bien averiguado el profundo contenido de lo *“arbitrario”*, estándar al cual no se aviene la jurisprudencia unificada en comento la que, pretextando un falso garantismo, no hace más que reparar daños al derecho de libertad personal que no se pueden calificar *“antijurídicos”* a la luz del artículo 90 constitucional o *“arbitrarios”* de acuerdo a los estándares convencionales ya examinados.

5.5.- Lo anterior sin perjuicio de la disfuncionalidad que genera el criterio jurisprudencial unificado toda vez que desconoce abiertamente el primero de los presupuestos constitucionales para evaluar la responsabilidad del Estado: que el daño sea antijurídico. Por ende, resulta también claro que tampoco se ajusta a un examen de constitucionalidad.

5.6.- Finalmente, debe dejarse constancia que la propuesta de parámetros convencionales para abordar el juicio de responsabilidad del Estado por privación de la libertad no implica ni se propone invadir la esfera de competencia de la autoridad judicial penal sino, llanamente, averiguar si, conforme a la perspectiva de análisis propia de un observador externo e imparcial comprometido con la vigencia convencional imperativa de los Derechos Fundamentales y las Libertades Civiles la expresión del poder cautelar del Estado en el ámbito de la libertad personal consultó una corrección conforme a los estándares de razonabilidad prenotados. Dicho de otra manera, se trata de revalidar la competencia convencional del Juez de la responsabilidad como sustento jurídico suficiente que le compromete no solo a la observancia de la Constitución Política, como también a los principios, reglas y valores que surgen de la Convención Americana de Derechos Humanos, los demás instrumentos internacionales afines y el mismo derecho de gentes⁵⁴.

5.7.- En síntesis, la propuesta de construcción de un juicio de responsabilidad por privación injusta de la libertad que se avenga, armónicamente, con los presupuestos del artículo 90 constitucional, de una parte, y con los estándares convencionales que gobiernan las condiciones bajo las cuales resulta jurídicamente ajustado las limitaciones impuestas al derecho de libertad personal es, esquemáticamente, del siguiente tenor:

Elementos para la construcción de un juicio de responsabilidad por privación injusta de la libertad		
Daño antijurídico		Imputable
<i>Daño</i>	<i>Antijuridicidad del Daño</i>	Determinar si, por los presupuestos de

⁵⁴ Cfr., in extenso, SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. El concepto de convencionalidad. Vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de Derechos Humanos. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.

Hecho material, consistente en la efectiva privación de la libertad.	Determinar si la víctima de la detención se encontraba en el deber jurídico de soportar la medida. Para tal efecto se debe revisar si la privación se ajustó o no a los estándares convencionales que avalan la restricción legítima de ese derecho. La antijuridicidad no se califica por el solo hecho de la aplicación de la presunción de inocencia o por la absolución penal.	la responsabilidad subjetiva u objetiva, existen suficientes razones jurídicas que permitan achacar al Estado la responsabilidad por la privación injusta la libertad de una persona. En este escenario, por mandato expreso de la Ley 270 de 1996, debe examinarse si ha ocurrido una culpa de la víctima que exima de responsabilidad del Estado (Culpa grave o dolo).
--	--	---

5.8.- Dicho sea de paso, es de rigor hacer énfasis en la libertad de aplicación de criterios de motivación de atribución de responsabilidad, acorde con la realidad argumentativa y probatoria del caso, lo que quedó sentado con fuerza propia de jurisprudencia unificada en los fallos de Sala Plena de Sección Tercera de 19 de abril y 23 de agosto de 2012, expedientes 21515 y 24392⁵⁵, a lo que, tampoco, puede escapar de manera injustificada el régimen de la responsabilidad por los daños causados por privación de la libertad. Por tal cosa es que se hace precisión, en el esquema precedente, la apertura de los criterios de atribución de responsabilidad como, esto si, se decanta de los presupuestos normativos del artículo 90 constitucional.

5.9.- Finalmente, se hace un llamado urgente a la Sección Tercera de esta Corporación para que, en los términos del artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, revise el criterio jurisprudencial por privación de la libertad, delibere de manera comprometida y adopte nuevos parámetros para la estructuración de la responsabilidad del Estado que sean expresión equilibrada del contenido normativo del artículo 90 constitucional y las posiciones jurídicas protegidas del derecho de libertad personal comprendido conforme a la dinámica convencional que se viene de expresar.

En este sentido dejo expuesta mi aclaración de voto,

Fecha ut supra

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

⁵⁵ “En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado, tal y como se explicó previamente en esta providencia” (Resaltado propio). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Pleno de Sección Tercera. Sentencia de 19 de abril de 2012, Exp. 21515.