



ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA COMPENSACIÓN DEL DAÑO MORAL EN PROCESOS DE
REPARACIÓN DIRECTA POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD.

VERGARA RAMIREZ ELVIS JAHIRD

ESPECIALIZACION EN DERECHO ADMINISTRATIVO

PROYECTO DE INVESTIGACION

EMA MOLINA ROYS.

Noviembre de 2017.

Valledupar, Cesar

Análisis jurisprudencial de la compensación del daño moral en procesos de reparación directa por privación injusta de la libertad

Resumen

Las condenas en contra del Estado, siempre han sido un tema de preocupación para quienes manejan las finanzas públicas, y su análisis constante debe llevar a formular o reformular políticas al respecto. Pero más allá del manejo administrativo que se le puede dar, el máximo órgano de la justicia contenciosa administrativa, por ser quien conoce de los procesos promovidos en contra del Estado, puede desde sus pronunciamientos fijar posiciones que de no tomarse con especial cuidado podrían estimular el detrimento patrimonial del Estado, aunque desde luego se trate solo de una consecuencia colateral, en el afán de hacer justicia o de aliviar las cargas de quienes demandan por considerarse víctimas de una actuación u omisión del Estado.

Es precisamente, lo que se estima puede estar ocurriendo con las consideraciones que respecto a la compensación del daño moral, tuvo a bien establecer el Consejo de Estado en la sentencia de unificación emitida el 28 de agosto de 2014, en la cual se procuró estandarizar dicha compensación en el caso de los procesos de reparación directa por privación injusta de la libertad, lo que nos condujo a plantearnos ¿Por qué constituye una fuente de detrimento patrimonial del Estado la compensación del perjuicio moral con solo probar el parentesco en los procesos de privación injusta de la libertad?, y para dar una respuesta a tal cuestionamiento se hizo un análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado, específicamente sentencias proferidas por la Sección Tercera en procesos de reparación directa en los que se persigue la declaración de la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad de una persona, utilizando el método inductivo de conocimiento con el fin de determinar los criterios de la jurisprudencia del Consejo de Estado respecto de la responsabilidad patrimonial del Estado por la privación injusta de la libertad, y finalmente razonar respecto de la forma en la que hoy por hoy se viene indemnizando el daño moral alegado por los demandantes en este tipo de procesos.

Lo anterior, con miras a establecer si los parámetros adoptados por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014 para la compensación del daño moral se pueden constituir en fuente de detrimento patrimonial para el Estado.

Introducción

La realización de este trabajo está motivada por el creciente número de procesos de reparación directa por privación injusta de la libertad que se tramitan en los juzgados administrativos del circuito de Valledupar, en los que se presentan condenas casi que automáticas contra la Nación - Rama Judicial del Poder Público y/o Fiscalía General de la Nación.

El tema tiene una importancia mayúscula, pues sumado a la cantidad de procesos, se observa que el monto de las condenas se constituyen en sumas considerablemente altas, si se tiene en cuenta que por lo general las demandas son promovidas no solo por quien fue privado de la libertad, sino también por sus padres, hermanos, hijos, hijastros, cónyuge o compañero (a) permanente, abuelos y sobrinos, y en menor proporción demandan también los tíos y primos, a quienes por acreditar el parentesco con registros civiles, el Consejo de Estado ha tenido a bien presumirles el daño moral, presunción que será objeto de análisis en el desarrollo de este trabajo.

Pero, en esta etapa del trabajo, resulta importante recalcar, las consecuencias económicas que tiene para el Estado este tipo de condenas, pues según informó recientemente el portal ambitojuridico.com la Contraloría General de la República evidenció la alta litigiosidad en contra de la Rama Judicial, debido al riesgo jurídico derivado de la congestión e inoportunidad en la prestación del servicio público de administración judicial, lo cual es una fuente de responsabilidad. De hecho, refiere el portal especializado en noticias jurídicas, que de acuerdo a lo advertido por la Contraloría al 31 de diciembre del 2016, las pretensiones de procesos instaurados en contra de la Rama Judicial del poder Público sumaban diecisiete billones de pesos y los fallos ejecutoriados pendientes de pago totalizaron la suma ciento sesenta y dos mil ciento tres billones de pesos. No obstante, para este 2017 solo se apropió el 24% para el pago de estas obligaciones, lo que implica que el saldo restante continuará causando intereses moratorios (Ambito Juridico, 2017).

Es por ello que, el tema de los procesos judiciales iniciados en contra del Estado, especialmente aquellos que se presentan con marcada frecuencia, como los procesos promovidos por la presunta privación injusta de un ciudadano, deben ser objeto de constante análisis, para efectos de que se tomen

las medida de fondo para evitar que ese factor de riesgo se siga presentando, desde luego, sin que desde los estrados judiciales se avale la vulneración de derechos fundamentales como la libertad o el debido proceso.

Para abordar el tema que ocupa este trabajo, se ha hecho un análisis usando el método inductivo de conocimiento para examinar la jurisprudencia del Consejo de Estado, específicamente sentencias proferidas por la Sección Tercera en procesos de reparación directa en los que se persigue la declaración de la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad de una persona, con el fin de determinar la evolución que ha tenido la misma, y finalmente razonar respecto de la forma en la que hoy por hoy se viene indemnizando el daño moral alegado por los demandantes en este tipo de procesos, con el fin de establecer principalmente si la forma como se viene compensando dicho perjuicio se constituye en una fuente de detrimento patrimonial para el Estado, esto por cuanto una de las actuaciones que más genera demandas en su contra, es la privación “injusta” de la libertad de las personas mientras están siendo objeto de una investigación o proceso penal. Privación que puede ser de un día o prolongarse por varios días, semanas, meses e incluso años, para que a la postre se ordene la libertad del procesado, sea porque se estableció que no fue él quien cometió la conducta, que la misma no existió, no está tipificada, o simplemente no se pudo desvirtuar la presunción de inocencia que lo acompaña por ministerio de la Constitución. De conformidad con nuestra legislación, el haber estado privado de la libertad y luego resultar absuelto, legitima al procesado cuyo derecho a la libertad se vio restringido a demandar para que se le indemnicen los daños que le causó tal restricción, siendo el daño moral el que comúnmente se solicita indemnizar, aunque no el único. Sin embargo, como lo normal es que no promueva la demanda de reparación solo, sino en conjunto con su grupo familiar, relevarlos de probar perjuicios como el moral, infiriéndolos del parentesco y fijando un monto en salarios mínimos para compensarlo dependiendo del tiempo en que estuvo el demandante privado de la libertad, se puede constituir en una fuente de detrimento patrimonial para el Estado, situación que amerita ser analizada.

Teniendo en cuenta lo anteriormente enunciado, el problema que se pretende resolver a través de este trabajo se condensa en el siguiente interrogante: ¿Por qué constituye una fuente de detrimento patrimonial del Estado la compensación del perjuicio moral con solo probar el parentesco en los procesos de privación injusta de la libertad?

Para dar respuesta a esta pregunta, a lo largo de este trabajo se examinara la forma como se compensa actualmente el daño moral, en los procesos de reparación directa promovidos en contra del Estado por la

privación injusta de la libertad de una persona, para ello previamente se determinarán los criterios de la jurisprudencia del Consejo de Estado, respecto de la responsabilidad patrimonial del Estado por la privación injusta de la libertad, igualmente se establecerá el concepto de daño moral a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado, y los criterios tenidos en cuenta para su indemnización en los procesos de reparación directa por privación injusta de la libertad, determinando la utilidad de los parámetros adoptados por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014 para la compensación del daño moral, en los procesos de reparación directa promovidos por la presunta privación injusta de la libertad de una persona.

Así mismo, se establecerá si los parámetros adoptados por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014 para la compensación del daño moral se pueden constituir en fuente de detrimento patrimonial para el Estado.

Marco Teórico

Antecedentes

Lo primero que ha de considerarse es que cuando se habla de privación injusta de la libertad, es que se está haciendo referencia a la restricción de un derecho fundamental, respecto del cual el filósofo francés Rousseau, en su Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres, afirmó: “que la condición de la libertad es inherente a la humanidad, una inevitable faceta de la posesión del alma, con la implicación de que todas las interacciones sociales con posterioridad al nacimiento implica una pérdida de libertad, voluntaria o involuntariamente”(1754). Dentro del catálogo de derechos contenido en la Constitución Nacional, la garantía de la libertad ocupa un especial e importantísimo lugar, esto es, la posición de derecho fundamental cuya eficacia emerge como el hilo conductor de todo el ordenamiento democrático y vincula a todas las manifestaciones del poder público y, fundamentalmente, al juez de responsabilidad extracontractual del Estado a quien se le impone el velar por la reparación integral de los perjuicios.¹

Es por esto que la limitación o restricción al derecho de libertad lleva consigo la configuración de un daño antijurídico que, en principio, el ciudadano no está obligado a soportar, en tanto no haya una razón jurídica que imponga tal carga, como es la comisión de una conducta punible, caso en el cual el particular

¹ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá D.C siete (7) de julio de dos mil dieciséis (2016). Radicación: 760012331000200504037 01 (38994)

puede ser restringido o privado del ejercicio de la libertad. Entonces, se trata de un derecho constitucional por excelencia, a propósito de lo cual vale la pena mencionar que “el constitucionalismo surgió como reacción al colapso de la capacidad reguladora de la ley, y que, los derechos fundamentales son el cuerpo prismático mediante el cual se debe interpretar el derecho” (Ferrajoli, pg.18-21).

Nuestra Carta Magna establece el principio de responsabilidad patrimonial del Estado en el artículo 90, al indicar que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, destacándose en la norma la inclusión del término antijurídico para distinguir el tipo de daño que está llamado a reparar el Estado.

Doctrinariamente, se le ha atribuido la definición de daño antijurídico a García de Enterría, quien definió la lesión como aquella:

Que el titular del patrimonio considerado no tiene el deber jurídico de soportarlo, aunque el agente que lo ocasione obre él mismo con toda licitud (...). La calificación de un principio en justo o injusto depende de la existencia o no de causas de justificación (civil) en la acción personal del sujeto a quien se impute tal perjuicio. La causa de justificación ha de ser expresa y concreta y consistirá siempre en un título que legitime el perjuicio contemplado (...). Fuera de esta hipótesis, todo perjuicio o detrimento patrimonial imputable a un sujeto será una lesión, un perjuicio injusto, que por la propia virtualidad de esa última nota, tenderá a su reparación, generando un deber de resarcimiento, que es en lo que se concreta la responsabilidad civil. (1984 pg.176 y 177).

Según la Corte Constitucional², la responsabilidad estatal se concibe como una institución de origen netamente jurisprudencial a partir de los pronunciamientos desarrollados en sus inicios por la Corte Suprema de Justicia y posteriormente por el Consejo de Estado, con sustento en las disposiciones del Código Civil que regulaban el tema de la responsabilidad patrimonial en el ámbito del derecho. Pero, en lo que atañe específicamente al tema que nos ocupa, esto es, la responsabilidad del Estado por privación injusta, tenemos que la noción de privación injusta de la libertad no es un instituto nuevo en el marco del derecho administrativo nacional. El tratamiento de esta categoría antes de la Constitución de 1991 se basaba fundamentalmente en las nociones de responsabilidad extracontractual. No obstante, en el derecho comparado algunas legislaciones entendieron la noción de privación injusta más como una figura compensatoria que el Estado le debía al ciudadano por la afectación indebida del derecho a la libertad que

² Sentencia C- 644/11, Bogotá D. C., 2011.

como una modalidad de responsabilidad estatal. Con la Constitución Política de 1991, la consagración positiva de la responsabilidad estatal por el daño antijurídico como consecuencia de la acción u omisión de las autoridades públicas y las normas de índole procesal penal que contemplan expresamente la noción de privación injusta, resultaba necesaria una nueva apreciación de la jurisprudencia (Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, 2013, p.11).

Luego de promulgada la Constitución de 1991, se expidió el Decreto 2700 de 1991 que en su artículo 414 previó que quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios. Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave. Más adelante se expidió la Ley 270 de 1996, conocida como la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, donde se desarrolló el principio de responsabilidad del Estado en el título tercero, capítulo VI, artículos 65, y subsiguientes, reservando una norma específica para los casos de privación injusta de la libertad, en los siguientes términos: “ARTICULO 68. PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios.” (Ley 270 de 1996)

Posteriormente el Decreto 2700 de 1991, fue derogado expresamente por artículo 535 ley 600 de 2000, pero la jurisprudencia ha señalado que las hipótesis establecidas en su artículo 414 antes citado, al margen de su derogatoria, continúan siendo aplicables a hechos ocurridos con posterioridad a su vigencia, sin que ello implique una aplicación ultractiva del citado precepto legal, sino de los supuestos que se regulaban de manera específica en el mismo, pues, en virtud del principio *iura novit curia*, el juez puede acoger criterios de responsabilidad objetiva o subjetiva para respaldar su decisión (Sentencia Consejo de Estado, 2011)³.

Evolución jurisprudencial de la responsabilidad de Estado por la privación injusta de la libertad de una persona, al interior del Consejo de Estado.

³ En este sentido, la Sección Tercera, Subsección C en Sentencia de 19 de octubre 2011, Exp.: 19.151, precisó: “...no se avala una aplicación ultractiva del citado precepto legal (art. 414) que se encuentra derogado, sino de los supuestos que se regulaban de manera específica en el mismo. No quiere ello significar, entonces, que se estén modificando los efectos en el tiempo de una norma que se encuentra claramente abrogada. Sin embargo, en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, por ser una institución donde rige el principio *iura novit curia*, es posible que el juez adopte o acoja supuestos de responsabilidad objetiva o subjetiva, lo cual dependerá del fundamento en que se soporte la misma...”.

En diferentes pronunciamientos, el Consejo de Estado se ha ocupado de hacer un recuento de la evolución que ha tenido el tema de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad al interior de dicha Corporación, pues tal y como lo reconoció en sentencia de 25 de enero de 2017⁴ han sido varias las líneas jurisprudenciales que ha fijado al respecto. En esta sentencia, se identifica una primera etapa en la evolución jurisprudencial que ha tenido el tema, la cual se califica como restrictiva, pues parte del entendido de que la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad de las personas se fundamenta en el error judicial, que se produce como consecuencia de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, previa valoración, seria y razonada, de las distintas circunstancias del caso. En ese sentido, la responsabilidad del Estado subyace como consecuencia de un error ostensible del juez, que causa perjuicios a sus coasociados⁵. Posteriormente, se dice que la investigación de un delito, cuando medien indicios serios contra una persona sindicada de haberlo cometido, es una carga que todas las personas deben soportar por igual, de manera que la absolución final no es indicativa de que hubo algo indebido en la detención⁶.

En una segunda línea jurisprudencial el Consejo de Estado determinó que, en los tres eventos previstos en el artículo 414 del C.P.P. -absolución cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible-, la responsabilidad es objetiva, por lo que resulta irrelevante el estudio de la conducta del juez para tratar de definir si éste incurrió en dolo o culpa (Sentencia del Consejo de Estado, 1994). Se consideró que, en tales eventos, la ley presume que se presenta una privación injusta de la libertad y que, en aquellos casos no subsumibles en tales hipótesis normativas, se debe exigir al demandante acreditar el error jurisdiccional derivado no sólo del carácter “*injusto*” sino “*injustificado*” de la detención⁷.

En lo que se podría denominar una tercera etapa en la evolución jurisprudencial, se morigera el criterio absoluto conforme al cual la privación de la libertad es una carga que todas las personas deben soportar por igual, pues ello implica imponer a los ciudadanos una carga desproporcionada; además, amplía, en casos concretos, el espectro de responsabilidad por privación injusta de la libertad, fuera de los tres

⁴ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Subsección A, Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, Bogotá D.C., veinticinco (25) de enero de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 54001-23-31-000-2010-00090-01(44214)

⁵ Sentencia de 1 de octubre de 1992, exp. 7058.

⁶ Sentencia de 25 de julio de 1994, exp. 8666.

⁷ Sentencia de 17 de noviembre de 1.995, exp. 10056.

supuestos de la segunda parte del artículo 414 del citado código y, concretamente, a los eventos en que el sindicado sea exonerado de responsabilidad en aplicación del principio universal del *in dubio pro reo*.⁸

En este recuento se dice también, que en la actualidad y para aquellos casos en los cuales resulta aplicable el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, por haberse configurado la libertad de una persona bajo los supuestos previstos en dicha norma, la Sala ha venido acogiendo el criterio objetivo, con fundamento en que la responsabilidad del Estado se configura cuando se ha causado un daño antijurídico por la privación de la libertad de una persona a quien se le precluye la investigación o es absuelta porque nada tuvo que ver con el delito investigado, sin que resulte relevante, generalmente, cualificar la conducta o las providencias de las autoridades encargadas de administrar justicia.

Por otra parte, el Consejo de Estado⁹ ha precisado que el daño también puede llegar a configurarse en aquellos eventos en los que la persona privada de la libertad es exonerada por razones distintas a las causales previstas por el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal. Así ocurrió, por ejemplo, en sentencia de 20 de febrero de 2008, donde se declaró la responsabilidad de la Administración por la privación injusta de la libertad de una persona que fue exonerada en el proceso penal por haberse configurado una causal de justificación de estado de necesidad.

También hapreciado el máximo órgano de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, que si las razones para la absolución o preclusión de la investigación obedecen a alguna de las tres (3) causales previstas en la parte final del artículo 414 del Código de Procedimiento Penal o –en la opinión mayoritaria de la Sala- a la aplicación de la figura del *indubio pro reo*, se está frente a un daño imputable al Estado, por privación injusta de la libertad, el cual debe ser indemnizado con fundamento en lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política; no obstante, si se presenta un evento diferente a éstos, deberá analizarse si la medida que afectó la libertad fue impartida “injustamente” (C-037/96), caso en el cual el ciudadano debe ser indemnizado por no estar en el deber jurídico de soportarla. Lo anterior, sin perjuicio de que el daño haya sido causado por el obrar doloso o gravemente culposo de la propia víctima, o en el evento de que ésta no haya interpuesto los recursos de ley, pues en esos casos el Estado quedará exonerado de responsabilidad.

⁸ Sentencia de 18 de septiembre de 1997, exp. 11.754. No obstante, el ponente de la presente sentencia advierte que no comparte la extensión de la responsabilidad del Estado a los casos en que se haya aplicado el principio del *in dubio pro reo*.

⁹ Sentencia del Consejo de Estado, 2008.

De la liquidación del daño moral según la sentencia de unificación del Consejo de Estado de fecha 28 de agosto de 2014.

Todo lo anterior, para abordar las circunstancias que motivaron la realización de este trabajo, es decir, los criterios que asumió el Consejo de Estado en la sentencia de unificación mencionada, respecto de la compensación del daño moral originado al privado de la libertad y a su grupo familiar.

Respecto de lo que debe considerarse daño moral, Velásquez considera que “No existe en la doctrina nacional e internacional y tampoco en la jurisprudencia, uniformidad de terminología para referirse al daño moral. La razón de este aparente galimatías está en que el concepto como tal aún está en estado de indefinición (...)” (2009, p.251); sin embargo, por ser la fuente principal de este trabajo los pronunciamientos del Consejo de Estado, se tendrá como daño moral lo que dicha corporación ha entendido como tal, esto es, aquel que se encuentra compuesto por el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo¹⁰.

Es claro entonces, que el Estado debe responder por la privación injusta de la libertad a una persona, y que el daño moral se constituye en el daño elemental que sufre el privado de la libertad y las personas con las que tiene lazos afectivos, tenemos que una de las circunstancias que motivó el análisis que se hace a través de este trabajo, son las denominadas “reglas para liquidar el perjuicio moral derivado de la privación injusta de la libertad” que fijó el Consejo de Estado en virtud de la sentencia de unificación proferida el 28 de agosto de 2014, reglas que quedaron establecidas en el esquema inserto en dicha sentencia, así:

Tabla 1. Reglas para liquidar el perjuicio moral derivado de la privación injusta de la libertad.

	NIVEL 1	Nivel 2	NIVEL3	NIVEL 4	NIVEL 5
Reglas para liquidar el perjuicio moral derivado de la privación injusta de la libertad.	<i>Victima Directa, cónyuge o compañero(a) permanente y parientes en 1º de consanguinidad</i>	Parientes en 2º de consanguinidad	Parientes en 3º de consanguinidad	Parientes en 4º de consanguinidad y afines hasta el 2º	Terceros damnificados

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Documento Final, Aprobado Mediante Acta del 28 de Agosto de 2014, Referentes para la reparación de perjuicios, inmateriales, Documento ordenado mediante Acta No. 23 del 25/Sep./2013, con el fin de recopilar la línea jurisprudencial y establecer criterios unificados para la reparación de los perjuicios inmateriales.

Termino 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
Consejo de Estado, SU 28 agosto 2014					

Como se observa, el Consejo de Estado tasó en salarios mínimos el perjuicio moral, dependiendo del número de meses que estuvo la persona privada de la libertad, así como el grado de parentesco entre los demandantes y el privado de la libertad.

Se critica en dicho pronunciamiento que para el caso particular de la privación injusta de la libertad se haya recogido la tesis que de vieja data había sostenido el Consejo de Estado, según la cual, con la prueba del parentesco o del registro civil de matrimonio se infiere la afectación moral de la víctima, del

cónyuge y de los parientes cercanos, según corresponda. Tesis que ya venía siendo planteada, en diversas sentencias¹¹. Se considera cuestionable esta posición, por cuanto, la experiencia también muestra que, por ejemplo, en muchos procesos fungen como demandantes más de 10 o 15 personas parientes de la víctima, entre los que se cuentan muchos hermanos o sobrinos que nunca han convivido con la víctima, o que no tienen ninguna clase de contacto con ésta, o que son infantes que no tienen consciencia de dicha situación familiar, lo que lleva a considerar que compensarlos automáticamente con solo presentar los registros civiles que los vinculen con la víctima directa, se estaría indemnizando un daño que no existió.

No se trata de desconocer que las relaciones familiares, evidentemente enmarcan una correspondencia de afecto en la cual lo que le ocurra a alguno de sus integrantes afecta a los demás, pero inferir el daño moral con la sola prueba del parentesco, se puede constituir en no pocos casos, en un factor que genera detrimento en las finanzas del Estado, por lo que resulta siempre mejor procurar que quien alega haber sufrido un daño moral y persigue su compensación, sea quien acredite la existencia e intensidad del mismo, máxime cuando en principio, quienes han tenido una relación de afecto tienen como demostrar la misma, sea con testimonios, fotografías u otro tipo de documentos, etc. Es decir, las relaciones de afecto no se juzgan usualmente como situaciones complicadas de demostrar, y en todo caso, dependiendo de las circunstancias del caso siempre podrá el Juez atenuar la carga de la prueba, pero lo contrario, es decir, controvertir la existencia del daño moral a pesar del registro o registros civiles con los cuales se acredita el parentesco resulta complicado, por no decir imposible para la contraparte, en este caso el Estado, pues determinar si los demandantes efectivamente se han comportado familiar o socialmente de acuerdo al vínculo que naturalmente los une requiere una labor investigativa mayor, constituyéndose en una carga insostenible que además no tendría por qué atribuirse a la parte demandada.

Ahora bien, la otra circunstancia que también genera motivo de crítica respecto de las consideraciones sobre el daño moral vertidas en la sentencia analizada, son las reglas que se fijaron en el esquema que se insertó en precedencia, acerca de la liquidación del daño moral en casos de privación injusta de la libertad, reglas con las cuales se trató de estandarizar la forma en que se ha de compensar dicho daño, pero que resultan insuficientes, en la medida en que solo tuvo en cuenta el factor tiempo de privación de la libertad, desconociendo que hay otras circunstancias que influyen en la intensidad de este tipo de daños.

¹¹ Sección Tercera, el 1° de marzo de 2006. Expediente 15440. MP: María Elena Giraldo Gómez.

Por ejemplo, una variable a tener en cuenta son las circunstancias en que se desarrolló la privación de la libertad, pues no es lo mismo estar privado de la libertad en un centro carcelario, por demás en condiciones de hacinamiento como es lo usual en este país, que estar privado de la libertad bajo la figura de la detención domiciliaria. Desde luego quien tiene restringida su libertad en la segunda circunstancia anotada no se expone a situaciones que agravan de manera intensa el daño que de por sí genera el estar envuelto en un proceso penal; pues el poder continuar compartiendo con su familia sin restricción de horarios, o durmiendo en su misma cama, o alimentándose como lo acostumbra a hacer, son cosas que en medio de la situación problemática le dan cierto grado de sosiego, que marcan notablemente la diferencia con aquél que estuvo privado de la libertad en un centro carcelario.

Además, otras circunstancias tales como la reincidencia, también han de considerarse pues el impacto moral sufrido no es el mismo cuando ya se ha estado privado de la libertad en otras ocasiones, a cuando se está en esa situación por primera vez.

No obstante lo anterior, se reconoce la utilidad que tiene que el Consejo de Estado haya procurado igualar la forma en que se compensa el daño moral en los distintos procesos tramitados por la privación injusta de la libertad de una persona, útil pues por ser una compensación que se declara bajo la facultad denominada arbitrio juris, conllevaba a que en procesos con características iguales la compensación por este concepto se hiciera de manera muy diferente, resultando entonces, que demandantes en situaciones fácticas idénticas resultaban compensados con montos diametralmente disímiles.

Entonces, como límites de compensación, el parámetro propuesto por el Consejo de Estado resulta necesario, máxime cuando el Juez siempre tendrá la posibilidad de salirse de ellos cuando encuentre acreditado un daño moral de una intensidad superior al que normalmente se sufre en esos casos. Pero, con todo, se insiste en que por lo menos en las consideraciones que giran en torno al parámetro de compensación que finalmente se adoptó en lo atinente a los daños morales sufridos, al máximo órgano de lo contencioso Administrativo le ha faltó prever las diversas situaciones que se han mencionado en los párrafos anteriores, y por lo menos no inferir con los solos registros civiles de nacimiento el padecimiento del perjuicio moral, o inferirlo solo respecto del primer grado de consanguinidad, que es el lazo de familiaridad más estrecho y por tanto más difícil de desprenderse de él a quienes vincula.

Esta crítica resulta necesaria, pues el arbitrio juris que en todo caso predomina al momento de determinar la compensación por el citado daño, se ve menguado frente al pronunciamiento hecho por el

Consejo de Estado en sentencia de unificación, lo que se constituye en un precedente, que desde luego hasta esa misma corporación acoge sin mayor disquisición al respecto, pues en sentencias como la pronunciada el 25 de enero de 2017, y que se citó en antelación recordó que en casos de imposición de medidas privativas de la libertad, se presume el dolor moral, la angustia y la aflicción de la víctima directa del daño y de sus familiares, por la privación injusta de su libertad. En ese orden de ideas, en dicha sentencia la corporación manifestó acatar lo dispuesto en la sentencia de unificación jurisprudencial en materia de reconocimiento y liquidación de perjuicios morales en caso de privación injusta de la libertad, proferida el 28 de agosto de 2014 por la Sección Tercera de esta Corporación, por lo que en ese sentido condenó a la Fiscalía General de la Nación. Este criterio jurisprudencial, es el común denominador en los juzgados y tribunales administrativos, primero por la facilidad que supone el consultar y aplicar los parámetros previstos, y además para evitarse la carga argumentativa de sustentar porqué se aparta de tales cuantificaciones.

Conclusiones

Se deduce a partir de la jurisprudencia del Consejo de Estado, que en efecto el deber de indemnizar a quien ha sido injustamente privado de la libertad resulta un acto de elemental justicia, primero, por la naturaleza del derecho conculcado con tal restricción, y segundo porque la carga impuesta a la persona que sufrió tal daño resulta ilegítima pues no estaba en el deber de soportarla.

Con la privación injusta, a la persona se le pueden causar daños tanto materiales como inmateriales, en esta segunda modalidad, se encuentra el daño moral que es el elemental que se sufre en esas circunstancias, pues lo mínimo que padece quien ha sido privado de su libertad sin fundamento es aflicción. Entonces, resulta evidente que este tipo de daño esté llamando a ser indemnizado en tales condiciones, y de hecho, es tal su trascendencia que el Consejo de Estado hoy por hoy infiere dicho daño no solo en la víctima directa de la privación de la libertad, sino también en sus familiares, siempre que acrediten sus lazos de consanguinidad con el primero, a través de registros civiles. Asimismo, ha procurado estandarizar la forma como debe ser indemnizado, fijando a través de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, parámetros a tener en cuenta por los Jueces para tal fin.

No obstante, pese a la utilidad que puede reportar aliviar la carga probatoria para los demandantes respecto del daño moral, igualar o por lo menos tratar de igualar la forma como en los diversos procesos de reparación de esa índole se indemniza el daño moral fijando reglas al respecto, lo cierto es que en la

práctica dichas medidas pueden estar contribuyendo en gran manera a causar un detrimento patrimonial para el Estado, pues no todos los familiares que estén vinculados a través de lazos susceptibles de ser probados a través de registros civiles de nacimiento, necesariamente sufren con la privación de la libertad de un familiar.

Ahora bien, como se presume dicho dolor en los familiares, le correspondería al Estado entrar a desvirtuar dicha presunción, lo que resulta casi imposible, pues investigar como son las relaciones de afecto entre la víctima principal y sus familiares no es una labor que resulte fácil, máxime cuando se trata de un Estado cuya defensa jurídica no se encuentra fortalecida, por carecer de una estructura adecuada para realizar labores de investigación, de hecho la privación injusta en muchos casos se da, precisamente por no contar con un cuerpo investigativo y acusador apropiado para afrontar el alto índice delincencial que tenemos en nuestro país.

Del mismo modo, quedó evidenciado en el trabajo, que el haber establecido reglas para indemnizar el daño moral, considerando únicamente como variables a tener en cuenta para determinar el monto de la indemnización en salarios mínimos, el tiempo de privación de la libertad y el grado de parentesco con la víctima directa, no resulta lo suficientemente objetivo, pues hay factores que influyen en que la restricción de la libertad sea más o menos complicada para el procesado, como por ejemplo, el que esté privado de la libertad en un centro carcelario o en su domicilio, o que se le permita trabajar o no, etc.

Entonces, resulta ideal el replanteamiento de la posición del Consejo de Estado respecto de la forma como hoy por hoy se indemniza el daño moral en estos procesos, para efectos de armonizar el derecho que tienen las víctimas a ser indemnizadas, con la situación fiscal del Estado, en aras de que ninguno de los extremos de la Litis salgan perjudicadas.

Lista de referencias

Sentencia C- 644/11, Bogotá D. C., expediente D-8422 (dos mil once (2011) de treinta y uno (31) de 2011).

administrativo., A. N. (Mayo de 2013). *Recuperado de*
https://www.defensajuridica.gov.co/gestion/publicaciones-andje/Documents/privacion_injusta.
 Obtenido de Recuperado de https://www.defensajuridica.gov.co/gestion/publicaciones-andje/Documents/privacion_injusta

Enterría, E. G. (1984). *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa*. Madrid: Civitas.

Estado, C. d. (Acta No. 23 del 25 de Septiembre 2013). referentes para la reparación de perjuicios inmatrimales. *Documento final aprobado mediante acta del 28 de agosto de 2014 referentes para la reparación de perjuicios inmatrimales*.

Ferrajoli, L. e. (s.f.). *Pasado y Futuro del Estado de Derecho, nota 1, págs. 18 a 21*.

ley 270 de 1996. (1996). *Ley Estatutaria de la Administracion de Justicia*.

Posada., O. V. (2009, página 251). *Responsabilidad civil extracontractual*. Bogotá Colombia: Temis S.A.

Rousseau, J. J. (1754). *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres (en inglés)*.

Sentencia, exp. 7058. (Consejo de Estado 1 de Octubre de 1992).

Sentencia , Exp.: 19.151 (Consejo de Estado,Sección Tercera, Subsección C en Sentencia 19 de octubre de 2011).

Sentencia, Exp.: 19.151 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C 19 de octubre de 2011).

Sentencia, Rad. No. 25.022 (Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo - 28 de Agosto de 2014).

Sentencia, 760012331000200504037 01(38994) (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subseccion C. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa 7 de Julio de 2016).

Sentencia Consejo de Estado, Exp. 8666 (Consejo de Estado 25 de Julio de 1994).

Sentencia Consejo de Estado, exp. 11.754. (Consejo de Estado 18 de septiembre de 1997).

Sentencia Consejo de Estado, Expediente 15440. (Consejo de Estado, Sección Tercera. MP: María Elena Giraldo Gómez. 1° de marzo de 2006).

Sentencia del Consejo de Estado, expediente: 15.980 (Consejo de Estado 20 de febrero de 2008).

Sentencia del Consejo de Estado, exp. 10056. (Consejo de Estado 17 de noviembre de 1.995).

Sentencia del Consejo de Estado, exp. 9391 (Consejo de Estado 15 de septiembre de 1994).

Sentencia, 54001-23-31-000-2010-00090- (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Subsección A, Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO veinticinco (25) de enero de dos mil diecisiete (2017)).