

**ACTUALIDAD, CRÍTICA Y PROPUESTAS FRENTE A LA INDEMNIZACIÓN DE
PERJUICIOS EN PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD**



EDWIN ERNESTO RODRIGUEZ LOZANO

**Presentado al Dr.
EDMER LEANDRO LOPEZ PEÑA**

**FACULTAD DE DERECHO
MAESTRIA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
SECCIONAL TUNJA
Octubre
2016**

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	3
I. RESPONSABILIDAD ESTATAL.....	5
II. LIBERTAD PERSONAL.....	22
III. RESPONSABILIDAD ESTATAL POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD.....	29
a. Desarrollo legal responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad	33
b. Posición del Consejo de Estado respecto de la responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad.....	47
IV. INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO INMATERIAL EN LA JURISPRUDENCIA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA.....	55
a. Indemnización de perjuicios inmateriales en la privación injusta de la libertad.....	70
V. HACIA UN NUEVO MODELO DE TASACIÓN DE PERJUICIOS INMATERIALES EN CASOS DE PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD.....	82
a. Falencias del modelo actual.....	82
a. Individualizar la indemnización de la víctima directa - creación primer nivel.....	85
b. Tiempo de reclusión.....	87
c. Edad productiva	90
d. Víctima de delitos	93
e. Tipo Penal.....	95
f. Inexistencia de antecedentes.....	99
g. Daño al proyecto de vida.....	102
h. Lugar de reclusión.....	107
VI. CONCLUSIONES.....	112
VII. NICHOS CITACIONAL DE SENTENCIAS.....	114
VIII. BIBLIOGRAFIA.....	119

INTRODUCCIÓN

Diariamente en una sociedad como la actual, es sencillo lanzar juicios en contra de las personas alrededor y es natural la sensación de descontento cuando las cosas no salen como se espera, en consideración a que no se debió a un descuido propio, sino a la influencia directa de otro ser, lo que conlleva a desear que ese ente, presuntamente vulnerador del espacio propio, reciba un castigo, el cual compense el malestar que ocasionó. Ese sólo sentimiento lleva implícita la necesidad de personificar la influencia antes referida, con el fin de tener a quién reclamar por el daño sufrido, en otras palabras, a quien endilgar responsabilidad.

Con la premisa de que cualquier persona que cause un daño a otro debe responder, como se mencionó atrás, el Estado gracias a la personalidad jurídica que lo caracteriza, debe ser el primero en ejemplarizar acerca de las consecuencias de sus actos, en especial aquellos que vulneran los más importantes bienes jurídicos tutelados como la vida y, en el caso bajo estudio, la libertad. De este planteamiento surge el problema jurídico que se expone más adelante.

Privar de la libertad a una persona de manera injusta puede tornarse en una de las peores afrentas a su vida, su dignidad, en fin. Si bien quienes trabajan estos casos, incluido el suscrito, no han vivido un episodio semejante, basta con escuchar y leer las vivencias de reclusos, para verificar que de las lesiones a la persona, permanecer injustamente en un establecimiento penitenciario debe incluirse entre las más graves.

Es así como se planteará como problema de investigación si *¿Es adecuada la tasación de perjuicios inmateriales en la responsabilidad por privación injusta de la libertad o se presenta la necesidad de establecer elementos adicionales al respecto?*, actualmente, se ha establecido por vía jurisprudencial en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo una serie de criterios respecto de la indemnización de perjuicios en los casos de privación injusta de la libertad. Sin embargo, estos criterios ampliamente conocidos por jueces y magistrados, no son suficientes, dado que presentan vacíos, que a la postre, afectan al individuo privado injustamente de la libertad, y conducen a la inaplicabilidad de los mismos; razón por la cual, es necesario

establecer criterios adicionales que estén acordes con la realidad socio-jurídica del país, y que se relacionan con la individualización de la víctima directa, el tiempo de reclusión, edad productiva, el ser víctima de un delito, la relevancia social del tipo penal por el cual se fue privado injustamente de la libertad, la inexistencia de antecedentes penales, el daño al proyecto de vida, el lugar de reclusión, los cuales se constituyen en herramientas para el desarrollo de la labor de los jueces.

Dicha hipótesis se establecerá a través del desarrollo de un objetivo general, el cual consiste en ejecutar una crítica sobre las falencias de la tasación de los perjuicios que son resarcidos en casos de privación injusta de la libertad, así como una propuesta al respecto, con el apoyo en cinco objetivos de soporte los cuales se desarrollarán en cada capítulo respectivamente.

El primer objetivo específico se centra en (I) determinar las generalidades y fundamentos de la responsabilidad estatal en Colombia, para luego concentrarse en (II) delimitar la libertad personal como derecho a resarcir, y con los anteriores conocimientos, (III) analizar en detalle el desarrollo legal y jurisprudencial de la responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad. Una vez claros los requisitos para declarar la responsabilidad, se centrará la investigación en (IV) indagar la indemnización del perjuicio inmaterial en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y, finalmente, de las falencias encontradas, se (V) planteará un nuevo modelo de tasación de perjuicios inmateriales en los casos de privación injusta de la libertad.

Así mismo, estos capítulos que son directamente proporcionales con los objetivos a cumplir, se desarrollarán por medio de una metodología con enfoque cualitativo deductivo, cuyo método es de corte analítico y descriptivo; analítico, pues pretende desarticular la problemática del sistema de tasación de los perjuicios inmateriales de la responsabilidad por privación injusta de la libertad, para luego recomponer y describir desde un todo las falencias de dicho sistema y así proponer un nuevo modelo de tasación.

I. RESPONSABILIDAD ESTATAL

La palabra responsabilidad viene del vocablo *responsus*, participio pasado del verbo *respondere*, lo cual significa constituirse en garante, como ya se dijo arriba, personificar la actividad desplegada con o sin intención que generó un daño a una persona o a un grupo de personas en particular.

El concepto de la locución bajo estudio aún posee una amplia gama de definiciones que vienen siendo discutidas desde varias perspectivas, a tal punto que se conocen distintas definiciones dependiendo del área desde la cual se aborde su estudio.

Habría entonces que revisar algunas nociones aportadas por los estudiosos de la responsabilidad civil para concluir más acertadamente una definición en conjunto del vocablo analizado. Así, para Planiol y Ripert “*existe responsabilidad en todos los casos en que una persona queda obligada a reparar un daño sufrido por otra.*” (Planiol & Ripert, 1986)

Responsabilidad es entonces, el término que nos permite referirnos específicamente a la conducta que se debe asumir frente a la persona que ocasiona un daño con sus actos, demarcado por la finalidad y las consecuencias de éstos.

El fundamento de la responsabilidad, puede describirse mejor desde la perspectiva del filósofo alemán Immanuel Kant, quien delimitó el siguiente imperativo categórico: “*obra de tal manera que tu deseo sea el que tu acción se convierte en ley universal*”. De lo anterior se extrae la idea de que a cada uno se le endilga la responsabilidad de su acción, la cual en toda ocasión debe ser asumida por su autor, sea que su acción derive en resultados positivos o negativos (dañosos).

En Colombia, la Responsabilidad del Estado ha ampliado su desarrollo desde la segunda mitad del Siglo XIX, esto, con la finalidad de dirimir los conflictos contenciosos en que fuera

parte la Nación, en virtud del artículo 151 de la Constitución Política de 1886, en su momento a la Corte Suprema de Justicia. (Constitución Política de Colombia, 1886)

A luces de Ramiro Saavedra Becerra (2008)

En esa época, el Estado y la sociedad lograron un cierto grado de desarrollo tecnológico, y el Estado gendarme que caracterizó el individualismo liberal, dio paso a una economía intervencionista que incremento las posibilidades de que la actividad pública se tradujera en una creciente cantidad de daños residuales, no es de extrañar que para la sociedad colombiana, rural y pastoril a todo lo largo de ese período, se tratara de una cuestión casi totalmente extraña.

No obstante lo anterior, desde ese entonces, es posible encontrar normas en las que se reconoce el “...*derecho a compensación por daños producidos con ocasión de trabajos públicos: así la Ley Ira de 31 de julio de 1893 se refiere expresamente a esos eventos*”. (Saavedra Becerra, 2008)

El artículo 34 reseñaba que si algunos terrenos, molinos, acequias de regadío y otros establecimientos de cualquier especie, se desmejoraren o inutilizaren por causa de una obra pública, a pesar que esta no ocupase parte de ellos, se indemnizaría a los propietarios de todos los daños que experimentasen.

Las guerras civiles que atacaban el país dieron lugar a la expedición de leyes dirigidas a la compensación de daños que se causaren por los ejércitos en contienda, sin embargo, esto no significaba que dicho reconocimiento fuera una obligación reparadora de principio. (Saavedra Becerra, 2008)

Por tal razón las decisiones judiciales se enmarcaban en reconocer el derecho reclamado únicamente a razón de las condiciones establecidas en la ley, verbigracia, el artículo 33 de la Constitución de 1886 señalaba una forma especial de expropiación para el caso de guerra, no

obstante lo anterior, manifestó claramente que el Estado sería en todo momento responsable por las expropiaciones que el gobierno hiciera por sí o por medio de sus agentes.

Es de resaltar que dicha disposición, claramente con importantes modificaciones, actualmente se conserva en el artículo 59 de la actual Constitución Política de 1991.¹

Después de variado desarrollo jurisprudencial, la Corte recurrió a conceptos formulados en Francia por Paul Duez, referidos, entre otros, a la prestación inadecuada de los servicios públicos, permitiendo plantear primigeniamente la distinción entre la responsabilidad del Estado y del funcionario.

Eventualmente la obligación de reparar un perjuicio abandona el espectro moral y/o social, para entrar en un deber meramente jurídico, del cual surge una responsabilidad directa en cabeza del Estado.

A luces del tratadista Jaime Vidal Perdomo (2008) la responsabilidad del Estado surge cuando se infiere un daño a una persona o a un patrimonio y es preciso tener conocimiento de quien debe responder por él.

“.... Ya no se trata de la responsabilidad moral o social que tiene su sanción conforme a las creencias religiosas o en la reacción de la propia conciencia o del grupo, sino de la responsabilidad jurídica, la que produce efectos en el campo del derecho.”

Si bien la figura de una entidad creada por la sociedad para velar por un orden justo y la provisión de bienes y servicios que favorezcan a todos por igual, data de siglos atrás, fue el siglo pasado el que dibujó mayormente la intervención de dicha entidad y permitió abrir paso a

¹ El artículo 59 de la Constitución Política de 1991 reza: “*En caso de guerra y solo para atender a sus requerimientos, la necesidad de una expropiación podrá ser decretada por el gobierno nacional sin previa indemnización. En el expresado caso, la propiedad inmueble solo podrá ser temporalmente ocupada, para atender a las necesidades de la guerra, o para destinar a ellas sus productos. El Estado será siempre responsable por las expropiaciones haga por sí o por medio de sus agentes*”.

lo que más adelante se conocería como responsabilidad estatal, derivada de la no prestación correcta y efectiva de los servicios que satisficieran las necesidades del pueblo.

Saavedra Becerra nos ilustra sobre lo sucedido en dicha época, al relatar que las diversas soluciones jurisprudenciales acogidas no tuvieron lugar en forma secuencial: por el contrario, coexistieron por largos periodos, aunque la Corte Suprema regresaba constantemente a unas y otras sin abandonar ninguna hasta el año 1964, cuando la competencia en la materia pasó definitivamente al Consejo de Estado. (2008)

Fue así como la Corte Suprema de Justicia, asumió el conocimiento de los asuntos litigiosos en que hiciera parte la Nación, basada analógicamente en las normas del Código Civil que regulaban la responsabilidad de los particulares hasta la entrada en vigencia del Decreto 528 de 1964.

Inicialmente por remisión a las normas del Código Civil colombiano, se cimentaron las bases de la responsabilidad estatal en los artículos 2347² y 2349³, referidas en conjunto a la responsabilidad indirecta por el hecho del otro.

El primero, dispone que *“Toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieron a su cuidado”* a luces de la Corte Constitucional, establece una forma de responsabilidad por el hecho ajeno, de

² Código Civil Colombiano, Artículo 2347: **RESPONSABILIDAD POR EL HECHO PROPIO Y DE LAS PERSONAS A CARGO.** “Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño sino del hecho de aquellos que estuvieron a su cuidado”.

³ Código Civil Colombiano, Artículo 2349: **DAÑOS CAUSADOS POR LOS TRABAJADORES.** Los amos responderán del daño causado por sus criados o sirvientes, con ocasión de servicio prestado por éstos a aquéllos; pero no responderán si se probare o apareciere que en tal ocasión los criados o sirvientes se han comportado de un modo impropio, que los amos no tenían medio de prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente; en este caso recaerá toda responsabilidad del daño sobre dichos criados o sirvientes.

carácter excepcional, basada en que se presume la culpa mediata o indirecta del responsable. (Corte Constitucional, SC423, 2006)

Verbigracia, los padres son responsables solidariamente del hecho de los hijos que habitan en la misma casa; los directores de colegios y escuelas responderán del hecho de los discípulos mientras estén bajo su cuidado, de allí que la ley presume que los daños que ocasionen las referidas personas son imputables a quienes debían haber desplegado adecuadamente un control y vigilancia sobre aquéllos, y por ende, la víctima de tales perjuicios debe probar “(i) el daño causado y el monto del mismo; (ii) la imputación del perjuicio al directo responsable; y (iii) que este último se encuentre bajo el cuidado o responsabilidad de otro, bien sea por mandato legal o vínculo contractual”. (Corte Constitucional, SC423, 2006)

Al igual que el artículo 2347, el artículo 2349 de la norma ibídem el cual señala que: “*Los amos responderán del daño causado por sus criados o sirvientes, con ocasión de servicio prestado por éstos a aquéllos; pero no responderán si se probare o apareciere que en tal ocasión los criados o sirvientes se han comportado de un modo impropio, que los amos no tenían medio de prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente; en este caso recaerá toda responsabilidad del daño sobre dichos criados o sirvientes.*” Dicho postulado, igualmente desarrolla la responsabilidad civil extracontractual por el hecho ajeno, la cual se imputa por disposición de la ley a una persona que a pesar de no ser la causante inmediata del daño, debe repararlo por la presunción de culpa que sobre ella pesa.

Relaciona la Corte Constitucional, con ponencia del Dr. Rodrigo Escobar Gil en Sentencia C-1235 de 2005, que según un sector de la doctrina acogido por nuestro ordenamiento civil, se funda en el incumplimiento del deber de vigilar, elegir o educar –*culpa in vigilando*⁴, *culpa in eligendo*⁵– al causante inmediato del daño, con quien de acuerdo con los supuestos previstos en las normas, tiene una relación de cuidado o dependencia. (Corte Constitucional, SC1235, 2005)

⁴ La imputación por culpa *in vigilando* constituye una forma de responsabilidad por omisión, (Córcoles, 2008)

⁵ Expresión latina que puede traducirse como “culpa en la elección”.

El sector de la doctrina que contrapone esta tesis, se acoge en otros ordenamientos civiles en el derecho comparado, fundado en un criterio de imputación objetiva –la teoría del riesgo creado o riesgo beneficio- conforme a la cual, la persona que se beneficia de una actividad debe soportar las cargas que se derivan del ejercicio de esta.

Frente a dicha discusión, la Corte Constitucional ha señalado que:

El entendimiento de la modalidad de responsabilidad por el hecho ajeno ofrece alguna discusión en la doctrina, como quiera que bajo una comprensión más compleja se suele sostener que la responsabilidad en estos casos no tiene origen en la conducta de un tercero -responsabilidad indirecta-, sino en el incumplimiento del deber propio -responsabilidad directa -, cual es en cada caso el de vigilar, elegir o educar y que vendría a constituir la causa inmediata del daño. Al margen de esta discusión y de los diferentes alcances que se dejan expresados en esta providencia, se observa que la responsabilidad por el hecho ajeno tiene un fundamento común en la necesidad ponderada por el legislador dentro de su amplia potestad de configuración política, de garantizar a la víctima la reparación del daño, en consideración a la previsible incapacidad física o patrimonial de quien lo ocasiona en forma inmediata y la relación de dependencia o cuidado de éste con el civilmente responsable. Fundamento que a la postre no sufre alteración alguna si la institución jurídica es entendida bajo un régimen de responsabilidad objetiva o uno de culpa presunta, o acaso razonada como responsabilidad directa o indirecta. (Corte Constitucional, SC1235, 2005)

A partir de esto, se edificaron las bases de la *responsabilidad indirecta*, que ni el Código de Napoleón, ni el señor Bello, ni legislación alguna comparada pasada, cimentaron las bases de la responsabilidad extracontractual de las personas morales toda vez que solamente se había legislado para la persona física, (Saavedra Becerra, 2008), como se manifestó líneas arriba.

Fue entonces cuando la doctrina, de la mano con la jurisprudencia, aplicó las instituciones jurídicas establecidas en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil.

En el mismo sentido, en Sentencia del 30 de Junio de 1962⁶, la Corte Suprema de Justicia estableció que la responsabilidad inicial de las personas morales de derecho privado y público fue, por tanto, una responsabilidad *indirecta*, a causa de las culpas cometidas en daño de terceros, por sus funcionarios o dependientes, en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas.

Las bases de la precitada *responsabilidad indirecta* se enmarcan en que la persona jurídica debe elegir y vigilar a sus agentes cuidadosamente, toda vez que son sus dependientes o subordinados, y en caso que llegaran a incurrir en culpa en el desempeño de sus funciones, esta se proyectara sobre la entidad jurídica, en la forma prevista en los artículos 2347 y 2349 *ejusdem*, y evidentemente en las presunciones que la doctrina constituyó sobre estos textos.

Resalta Saavedra Becerra que, como estos procesos se consideraban de carácter civil, en la medida en que se fue abriendo paso la idea de que las víctimas de daños por actuaciones estatales tenían derecho a ser compensadas; la tendencia fue desde un principio aplicar el Código Civil y sus normas en materia de responsabilidad por culpa, considerando al Estado como una especie de persona jurídica. (2008)⁷

⁶ Reinaldo Tinjacá y Aurelio Planells. Vs Municipio de Bogotá, M.P. José J. Gómez, G.J. xcix P. 87, Saavedra Becerra, trae en su texto *la responsabilidad extracontractual en la administración pública* sintetizó dicho fallo y recalcó los elementos que tendría la responsabilidad indirecta de los entes jurídicos: A) Existe una responsabilidad Civil Indirecta de la persona moral privada y pública, basada en el hecho dañoso de sus agentes, por los actos ejecutados en ejercicio de sus cargos o con ocasión de los mismos, cualquiera que sea la posición jerárquica de aquellos y la especie o calidad de sus funciones o tareas. B) Se presume la culpa de la persona moral, porque esta tiene la obligación de elegir el personal y de vigilarlo diligentemente C) Dicha presunción puede desvirtuarse probando ausencia de culpa D) Existe, además, una responsabilidad personal del autor del daño frente a la víctima. E) Responden solidariamente al damnificado la persona jurídica y el agente infractor, con el derecho de la primera a ser reembolsada por el último. F) La acción indemnizatoria contra la persona moral prescribe en tres años; contra el autor, si se trata de infracción penal, en el lapso de prescripción de la pena, o de veinte años, si de cuasidelitos. (Saavedra Becerra, 2008)

⁷ Cabe la pena aclarar que reconocer al Estado como una persona jurídica, se debió a la moderna visión de W.E. Albretch, doctrinante alemán que reseñó: “*no hay otro remedio que reconocer al Estado como una persona*”, a su vez, Gerber, afirmó que el pueblo se eleva a la máxima condición jurídica, ser persona, gracias a la personificación del Estado en que se institucionaliza su poder supremo. A su vez Gierke, EN 1874, elaboró la *Teoría del Órgano* con que explica la actuación de la persona jurídica, y finalmente, Jellinek cierra el círculo, convirtiendo el súbito en “administrado” y titular de derechos. De otro lado, el

Posteriormente, la responsabilidad estatal se ciñó dentro del marco del artículo 2341⁸ regulador de la responsabilidad directa de los particulares, el autor que se viene citando trae a colación la Sentencia del 21 de agosto de 1939 de la Corte Suprema de Justicia, y resalta que la *responsabilidad indirecta* no es realmente aplicable a las personas jurídicas cuya naturaleza no permite establecer una dualidad entre ella y sus propios agentes y se decide en favor de una “*responsabilidad directa de la persona jurídica, por el quebranto patrimonial y moral que a terceros ocasionaren culposamente sus agentes, en ejercicio de sus atribuciones, con ocasión o a pretexto de estas*” esto es, ya no con fundamento en los artículos 2347 y 2349, sino en el artículo 2341⁹.

Estas dos tesis, *responsabilidad directa e indirecta*, se aplicaban interrumpidamente entre ellas dependiendo de la posición del Magistrado que conociera el caso, de manera que, las dos concepciones junto a otras, como la insipiente tesis de la falla del servicio y la organicista, se alternaron por un largo periodo.

derecho francés, a través de la distinción de “actos de imperio-actos de agresión”, dará entrada a una “personificación” del Estado cuando este actúa sometido al Derecho Privado. (Saavedra Becerra, 2008)

⁸Código Civil Colombiano, Artículo 2341: **RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL**. El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.

⁹ La Sentencia del 30 de Junio de 1962, comúnmente conocido como el *fallo Tinjacá* igualmente señala los elementos distintivos de la responsabilidad directa: a) La culpa personal de un agente dado compromete de manera inmediata a la persona jurídica, porque la culpa de sus agentes, cualesquiera que estos sea, es su propia culpa, subsiste, por tanto, como base de responsabilidad el hecho dañoso de un agente determinado. B) las obligaciones de elección y vigilancia diligentes, propias de la responsabilidad por los hechos “ajenos” de las personas naturales, que contempla el artículo 2347, no explican la responsabilidad de los entes morales. C) la entidad moral se redime de responsabilidad probando un hecho extraño (caso fortuito, hecho de terceros o culpa de la víctima). D) Responden del daño solidariamente la persona jurídica y el autor, y aquella puede exigir a este el valor de la reparación satisfecha a la víctima. E) La acción contra la persona moral prescribe conforme al derecho común en veinte años: contra el agente, en tres años. F) Arranca esta nueva forma de tratar la responsabilidad de los entes morales, del artículo 2341 del Código Civil, fundamento general de la responsabilidad extracontractual. (Saavedra Becerra, 2008)

En relación con la *tesis organicista*¹⁰ también derivada de la responsabilidad directa, se tiene que ésta se fundamenta en que la persona natural o física quien tiene la capacidad para representar una persona jurídica o moral, se obligaría directamente, habida cuenta que cuando actúa, es la persona moral misma quien obra, en consecuencia, serán órganos de la persona moral quienes la dirijan. En el resto de situaciones, si quienes actúan son personas físicas que no encarnan la voluntad de la persona moral o jurídica, ellos serían solo sus agentes pero no sus órganos.

Es así que la responsabilidad estatal, en virtud de la *responsabilidad directa según la teoría organicista*, se centra en la responsabilidad directa de las personas morales, cuando actúan quienes tienen capacidad para representarlas, pues en ese caso tanto la persona moral como las personas naturales serían una persona en sí misma.

Posterior a dicha tesis, con sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 30 de junio de 1941, se acoge la tesis de la noción francesa *faute de service* -*falla del servicio*- siempre guardando su carácter civilista, sin perder sus raíces iniciales.

¹⁰ El fallo de Tinjacá sobre sus elementos relató: A) En toda entidad jurídica, privada o pública, hay agentes representativos, depositarios de la voluntad de la persona moral, y agentes auxiliares, no representativos ni depositarios de esa voluntad, B) Solo la culpa de los primeros repercute directamente sobre la entidad moral, dado el carácter representativo que ostentan, en tanto que la culpa de los agentes auxiliares, por carecer de dicho carácter, no genera sino una responsabilidad indirecta del ente colectivo. C) Subsiste el factor culpa como causa generadora de la responsabilidad, y debe, por tanto, probarse el hecho dañoso concreto de un agente determinado, D) Para exonerarse la persona jurídica, si el daño se debe a culpa de uno de sus órganos, debe probar un factor extraño (caso fortuito, hecho de un tercero o culpa de la víctima); si de un agente auxiliar le basta demostrar la ausencia de culpa E) prescribe la acción contra la persona moral, en el primer caso, conforme a las reglas comunes, y el segundo, en tres años. En este contra el subalterno y auxiliar, según las normas ordinarias. F) Se funda esta tesis en lo que atañe a los agentes representativos, en el artículo 2341 del Código Civil que ordena responder por el perjuicio causado a otro, y en lo que respecta a los demás, en los premencionados artículos 2347 y 2349, asiento de la responsabilidad indirecta.

En el fallo Tinjacá, se lee la aparición de dicha tesis como proyección del deber del Estado de prestar a la comunidad los servicios públicos, y en virtud de la cual, el daño originado en irregularidades o deficiencias de estos, deben ser satisfechas por la Administración.

No necesariamente implica la culpa de un agente individualizado o identificado, pues basta con que la falla sea orgánica, funcional o anónima. Aclara el fallo Tinjacá, que *la culpa del derecho común, localizada en un agente infractor según la tesis de la responsabilidad directa, vino a radicarse en el Estado, configurándose la llamada culpa de la Administración*¹¹.

Establece el precitado fallo de 1962:

“Se avanzó más, en consecuencia, en este último terreno porque el factor culpa se afectó en su especificidad y sujeto; lo primero porque no fue exclusivamente el hecho singular y determinado, causante de un daño, sino también la falla general de organización o funcionamiento de un servicio público; lo segundo, porque el sujeto no fue ya un hombre concreto, sino el Estado, en razón de su deber primario—que explica su existencia- de suministrar adecuadamente los servicios al grupo humano que gobierna y representa. El objeto, la extensión y variedad de los servicios públicos, en el límite que lo exijan las necesidades del pueblo, fueron bastantes a medir y precisar la responsabilidad del Estado, por las irregularidades de que pudiesen adolecer esos mismos servicios.”

Es así como en este tipo de responsabilidad, por *falla en el servicio*, se sustituye la noción de culpa individual de un agente determinado, por la culpa¹² de la administración o *falla del servicio*, es así como desaparece la necesidad de demostrar la acción u omisión de un agente plenamente identificado, es suficiente la falla funcional orgánica o anónima.

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 30 de Junio de 1962, Reinaldo Tinjacá y Aurelio Planells. Vs Municipio de Bogotá, M.P. José J. Gómez, G.J. xcix

¹² Para Hugo Andrés Arena Mendoza “El funcionamiento anormal o la culpa estatal es la principal fuente de responsabilidad en los ordenamientos jurídicos occidentales (por ejemplo, Italia, Francia y los países del common law), pues se ha consolidado como regla general para que el Estado esté obligado a indemnizar por sus actuaciones u omisiones. En este sentido, la presencia de la culpa es uno de los elementos indispensables para atribuir la responsabilidad a las administraciones públicas de esta manera, se estará ante un régimen de responsabilidad predominantemente subjetivo o culpabilístico”. (Arenas Mendoza, 2014)

Le basta a la víctima probar la falla causante y el daño, configurándose la presunción de responsabilidad en cabeza del Estado, teniendo como únicas causas exonerativas: un elemento extraño, bien sea caso fortuito o fuerza mayor, el hecho de un tercero o la culpa de la víctima.

Así mismo esta *falla del servicio* se sustenta en el artículo 2341 del Código Civil, en el entendido que esta disposición es base de la responsabilidad extracontractual directa¹³.

Después de concluir que la responsabilidad estatal acogida por la Corte Suprema de Justicia, es de carácter subjetivo (culpa), la Corte se negó ampliamente a aceptar el cambio hacia una teoría basada en la teoría del *riesgo*, solamente admitida por daños por trabajo o expropiación.

Según Maria Celilia M`Causland Sanchez, incluso la Corte Suprema de Justicia asumió la responsabilidad civil por riesgo derivada del ejercicio de actividades peligrosas, como se sustentó desde la conocida sentencia del 14 de marzo de 1938.

La *teoría del riesgo*, señala Saavedra Becerra, da preponderancia a la posibilidad de una imputación material en la determinación de la responsabilidad, y no permite establecer diferencias de naturaleza moral entre quien obra con intención de causar un perjuicio y quien actúa sin ese ánimo doloso, ni entre quienes incumplen voluntariamente o a causa de hechos eximentes. (2008)

¹³ El fallo Tinjacá respecto de la *falla del servicio* señala que “Debe agregarse que, controvertido, como ha sido el fundamento positivo del sistema que finca la responsabilidad del Estado en la prestación inadecuada, errónea o irregular de los servicios públicos... La Corte lo ha encontrado hasta ahora en el citado artículo 2341 del Código Civil, porque como lo ha dicho repetidamente, este precepto, ha consagrado una obligación general de indemnización, con respecto a todas las personas, sean físicas o morales y el Estado proceda como ente político o civil, debe sostenerse al derecho” Sentencia de marzo 2 de 1948 LXIII, 2057 y 2058, 397) y lo halla hoy, además, el artículo 16 de la Carta, porque entre los “deberes sociales del Estado” sobresale el de prestar a la colectividad servicios públicos eficientes, así que fallando estos, deja de cumplir el ordenamiento constitucional y debe reparar el daño”

En suma, no se busca con esta teoría sancionar a quien obró de forma dolosa o culposa, por el contrario, busca reprender a quien generó un daño y perturbó la estabilidad patrimonial de la víctima al hacer uso de medios peligrosos en su propio beneficio, o por el bienestar general.

Lo anterior, se concentra más en la órbita económica que moral, y por ello, la creación consciente del riesgo y la finalidad de obtener una ganancia con dicho riesgo, es causa suficiente para indemnizar cuando se materializa dicho riesgo.

En relación con la tesis de la *teoría del riesgo*, en las actividades llamadas “peligrosas” la Corte Suprema de Justicia hacía referencia marginal a esta teoría, pues prefería acudir a la figura de la *culpa presunta*, la cual se consagra en el artículo 2356 del Código Civil, en el entendido que este artículo traía consigo una presunción de culpa, es decir, basta el hecho nocivo y su probable imputabilidad al agente para que se desenvuelva a modo de presunción la responsabilidad del Estado.

Señala Saavedra Becerra (2008), mientras no se pruebe la irresponsabilidad, mientras la suposición del legislador no sea eficazmente desvirtuada, debe ser reparado el daño por el presunto autor doloso o culpable.

En suma, la responsabilidad del Estado bajo el tratamiento de la Corte Suprema de Justicia varió tangencialmente de acuerdo a las posturas y evolución jurisprudencial, así por ejemplo, de la no asunción de responsabilidad, pasó a la responsabilidad indirecta basada en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil; posteriormente, la responsabilidad directa cuyo sustento fue el artículo 2341 *ibídem*; luego viene, la responsabilidad directa según la teoría organicista, respondiendo directamente los dirigentes; posterior a ello, se tiene la responsabilidad según las fallas del servicio, para posteriormente acoger la falla presunta desvirtuando únicamente la responsabilidad estatal con causas exonerativas como el hecho de un tercero, culpa de la víctima, fuerza mayor o caso fortuito.

Es así como la Corte Suprema de Justicia cimentó la responsabilidad del Estado en el marco de la *culpa civil* y, excepcionalmente, en el *riesgo*, con fundamento en los principios del derecho de la responsabilidad civil extracontractual.

Con el surgimiento del Decreto 528 de 1964, el Consejo de Estado asumió la competencia general para conocer de las controversias de responsabilidad contra entidades públicas, desarrollando teorías de la falla del servicio, el daño especial y el riesgo excepcional inspirado en planteamientos de la jurisprudencia francesa. (M`Causland, 2015).

El Consejo de Estado Colombiano en Sentencia del 28 de junio de 1967 acogió la teoría de la falla del servicio, a luces de Paul Duez; sin embargo, modificó su posición en Sentencia del 30 de marzo de 1990, en donde consideró que la responsabilidad estatal se presentaba:

“...cuando existía una violación al contenido obligatorio que se impone al Estado, y que puede ser infringido ya sea porque así se deduce nítidamente de una norma que estatuye con precisión a lo cual está obligado el Estado..., ya sea porque así se deduce de la función genérica del Estado”.

De la anterior acepción se concluye entonces que esta teoría de la falla del servicio, permite ubicarse en un régimen *subjetivo de* responsabilidad, por configurarse la desaprobación de la actuación estatal (M`Causland, 2015).

Contrario sensu, las teorías del daño especial y el riesgo excepcional se fundamentan en la categoría denominada responsabilidad *objetiva* del Estado, lo que conlleva al deber de indemnizar el daño causado por la realización de conductas lícitas.

Este régimen implica que el estudio no se centre en la naturaleza de la conducta estatal, la cual, en varias ocasiones se muestra acorde a derecho, sino que comporta un análisis en torno a precisar si el daño sufrido por la víctima implica un desequilibrio injustificado en las cargas públicas que deben soportar normalmente las personas por el hecho de vivir en sociedad (Bejarano Guzmán, 2015)

Desde la expedición de la Constitución Política de Colombia de 1991, se trató lo concerniente a la responsabilidad estatal en su artículo 90, el cual establece:

“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra este”

Como se puede observar, la norma no deja vacío alguno en cuanto a la responsabilidad atribuible al Estado, delimitando su procedencia a los daños antijurídicos que ocasione, es decir, aquellas cargas que la comunidad en general no esté en la obligación de soportar, y que afecten de manera tangible los derechos que con tanto afán han sido otorgados y protegidos por el desarrollo constitucional y legislativo que se ha materializado, precisamente, en el artículo transcrito.

Este régimen constituye el sistema tradicional de responsabilidad del Estado, en el cual, reseña (Ramiro Bejarano Guzmán, 2015) además de la demostración de la existencia de un daño, se exige para su imputación jurídica que ese menoscabo haya sido causado por la acción u omisión predicable del Estado o de sus agentes, y que la víctima no tenga el deber jurídico de soportarlo, así como un nexo de causalidad entre el daño y la acción u omisión del Estado. Así lo establece el Consejo de Estado en Sentencia del 26 de febrero de 2015, exp. 2338; sin embargo, esta postura ya no sería más la regla general, pasando a un segundo plano

Actualmente, se ha impuesto una nueva tendencia jurisprudencial, por la misma línea del régimen objetivo de responsabilidad, según la cual, basta con la existencia de un daño antijurídico y que éste sea imputable al Estado para predicar responsabilidad de éste.

Luis Guillermo Serrano Escobar (2011), sobre los elementos del nuevo esquema de responsabilidad¹⁴ señala que:

“...en nuestro orden jurídico son dos elementos los que determinan la responsabilidad del Estado. En primer lugar, debe haber un daño antijurídico padecido por alguien; y en segundo lugar, ese daño debe serle imputado a alguna persona pública. Planteamiento del que se prescinde del nexo causal como elemento necesario para la procedencia de la responsabilidad, bajo el entendido de que el vínculo que une el daño con el responsable no es una conexión fáctica, sino una relación jurídica. (...)”

Con relación al régimen de *daño especial*, señala M'Causland los ejemplos de rompimiento del principio de equilibrio de los ciudadanos frente a las cargas públicas debido a la causación de daños a una persona o a grupos de personas por la realización de actividades que persiguen directamente el beneficio general, puede encontrarse en la realización lícita de actividades como la modernización de los sistemas viales, la expedición de leyes que limitan el ejercicio de ciertos derechos y de actos administrativos que restringen el uso de la propiedad inmueble, la adopción de medidas de detención preventiva en procesos penales, cuando en estos no se establece la responsabilidad del sindicado (situación objeto de análisis en el presente trabajo), entre otros.

En lo que atiene al régimen de *riesgo excepcional*, podemos encontrar en el desarrollo lícito de actividades peligrosas por las entidades estatales, como la conducción de vehículos automotores, el manejo de armas, la explotación de ciertas empresas industriales y la construcción de obras públicas, en todos los casos cuando se ocasionan daños cuya causa

¹⁴ El mismo autor refiere que para efectos de precisar el esquema propuesto, conviene aclarar que nuestro entendimiento del daño antijurídico se distancia del esquema español, e implica consecuentemente quitarle al daño la función que se le asignó en ese modelo, de ser el criterio que define la atribución de la responsabilidad, y recuperar su verdadero significado dentro del esquema, como aquel elemento que está en la base de la responsabilidad y es el objeto de indemnización, que se refiere a la pérdida sufrida por una persona como consecuencia de la lesión a un derecho o a un interés jurídicamente tutelado de la víctima.(Serrano Escobar, 2011).

adecuada es la ocurrencia de hechos imprevisibles e irresistibles que constituyen riesgos propios de tales actividades. (M´Causland Sanchez, 2015)

De este breve relato sobre las bases de la responsabilidad estatal, Saavedra Becerra nos ayuda a efectuar un análisis sumario de lo ocurrido en el trasegar de los años, desde que se consolidó la responsabilidad estatal en Colombia.

Su postura es completamente acogida en este trabajo, cuando expresa que en Colombia la jurisprudencia se adentró bastante en el análisis de la responsabilidad por falla el servicio con exclusivo fundamento en normas constitucionales, que si bien no la proveyeron de una base expresa, si fueron suficientes para divorciarla totalmente del Código Civil.

Pero es más, desde la promulgación de la Constitución de 1991, ya existían en nuestra jurisprudencia formas consagradas de responsabilidad objetiva por riesgo y por daño especial; esta tradición pretoriana en el derecho colombiano de la responsabilidad estatal le dio a nuestros tribunales la capacidad y la confianza necesarias para mantener la jurisprudencia en constante actualización. (2008)

En suma, el deber de reparar de la Administración se enmarca en los elementos necesarios para atribuirle responsabilidad, de tal suerte que para imputarle el daño, dependiendo del nexo causal existente entre la actuación y el daño, su actuar puede ser calificado de acuerdo con los variados regímenes, según el fundamento y los presupuestos sobre los que se estructura la responsabilidad.

De un lado, el régimen de responsabilidad por culpa o falla del servicio, o también llamado régimen de responsabilidad subjetiva, o finalmente descrito como régimen de responsabilidad por mal funcionamiento; este complementado con el de los sistemas objetivos de responsabilidad sin culpa o por actuaciones lícitas de la administración.

Y de otro, como un sistema aparte, aparece el régimen de responsabilidad por daño antijurídico presente como un régimen puramente objetivo.

La finalidad de aclarar el panorama planteado en precedencia no es otra que lograr la ubicación correcta de la responsabilidad estatal derivada de la privación injusta de la libertad, tema cuyo abordaje requiere, adicionalmente, de un acercamiento a la noción de libertad y su aspecto socio- moral para ubicarnos en la órbita legal, y así tener conocimiento de la magnitud de la violación que se presenta al privar injustamente a alguien de tal derecho y, finalmente, analizar la forma en que se tasa la indemnización por los perjuicios derivados de esta actuación cuya titularidad recae únicamente en el Estado.

II. LIBERTAD PERSONAL

El concepto de libertad posee devenir histórico importante en el desarrollo de las sociedades para llegar a lo que conocemos hoy en día como sociedades modernas, su evolución ha ido de la mano de cambios sociales y culturales, así como transformaciones en los modelos de Estado a través de la historia de la humanidad.

Para los griegos la libertad estaba relacionada con la posibilidad de un individuo de contar con una serie de prerrogativas y derechos a partir de los cuales se generaba conciencia y capacidad de decisión en temas fundamentales para el Estado, es por esto que a medida que se involucraba más en las cuestiones de lo que podría llamarse Estado se hacía más libre un ser.¹⁵

Por otra parte Buela manifiesta que

“...la idea de libertad surge históricamente con los griegos como lo hace notar el erudito Max Pohlenz, cuando ellos se percatan del hecho evidente que hay hombres esclavos y otros que no lo son. Esto fue observado por Aristóteles cuando afirma: la otra característica de la libertad (la primera era alternarse en la obediencia y el mando de la ciudad) es que cada cual viva como le agrada, ya que según se dice, esto es el efecto de la libertad, por el siempre hecho de que el esclavo no vive como quiere” (Buela, 2016)

Posteriormente, como consecuencia de la revolución francesa, el concepto de libertad da un giro trascendental en el sentido que cobra relevancia y como consecuencia de este suceso histórico se transforma en un eje transversal de la sociedad y de los fines del Estado, toda vez que en un sentido amplio, la libertad permea casi todas las situaciones de los seres humanos.

¹⁵ Una referencia interesante respecto de la importancia de la libertad para los griegos está dada en Grecia Fundante: “El Ámbito de La Libertad” de Jorge Eduardo Rivera C *“Si tuviéramos que elegir una sola palabra para definir y caracterizar al pueblo griego, ella tendría que ser, sin duda alguna, eleuthería, libertad. Eleuthería significa “ir donde se quiere”, capacidad para autodeterminarse, para darle forma a la propia existencia. Lo que llama la atención en Grecia desde un comienzo y con fuerza siempre creciente es una vigorosa “voluntad de libertad”. Ella se muestra desde los tiempos en que Homero hablaba del éléutheron êmar, del día largo de la libertad, y se convierte en gesta heroica durante las Guerras Médicas”* (Rivera, 2002)

Para Oscar Parra Vera y Manuel Eduardo Góngora

“... antes del movimiento independentista norteamericano y de la Revolución Francesa del Siglo XVII, la forma de gobierno predominante en el mundo era el absolutismo, es decir, un régimen político en el que el monarca gozaba de poder ilimitado o absoluto sobre los súbditos a los que regía. La doctrina que permitió generar un cambio político que diera fin al absolutismo fue el **liberalismo**, y su presupuesto filosófico fundamental fue la idea de establecer límites al poder como una garantía de libertad individual”. (Parra Vera & Gongora citado por Defensoría del Pueblo, 2003)¹⁶

El Diccionario de la Real Academia Española; define la libertad como:

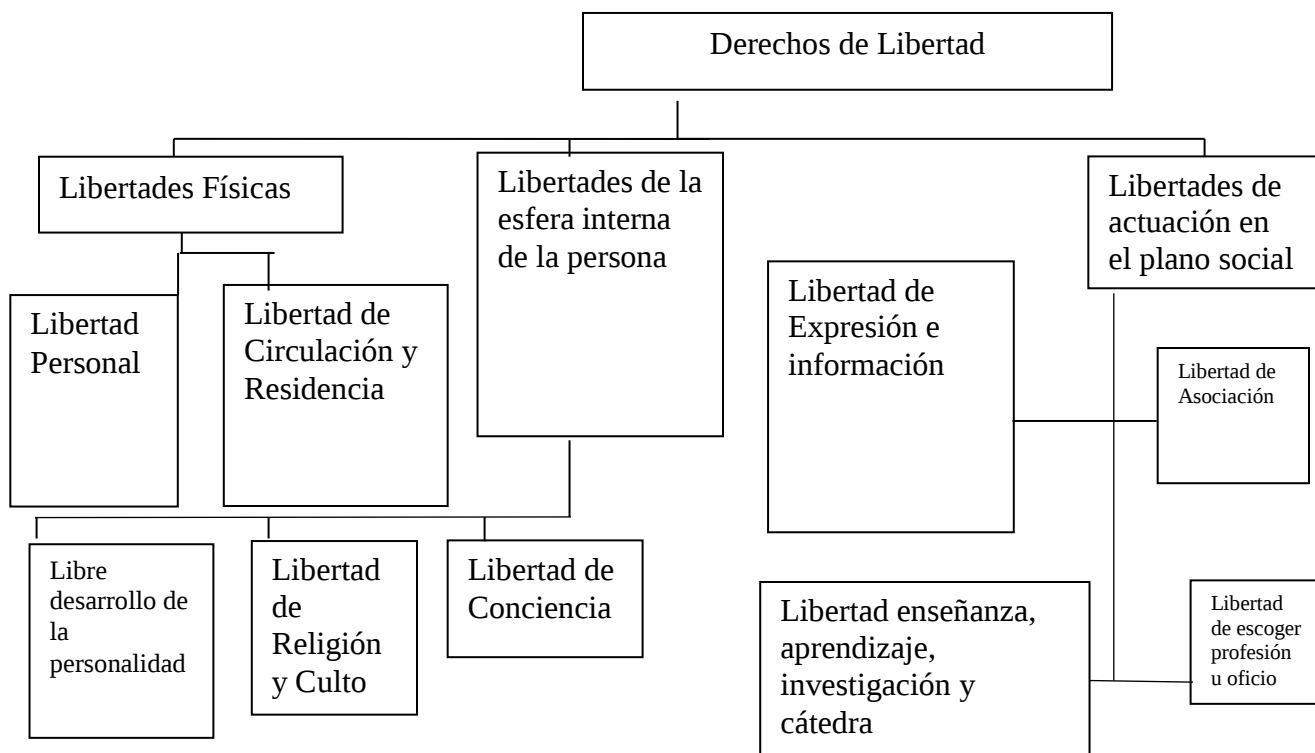
1. f. Facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos.
2. f. Estado o condición de quien no es esclavo.
3. f. Estado de quien no está preso.
4. f. Falta de sujeción y subordinación. A los jóvenes los pierde la libertad.
5. f. En los sistemas democráticos, derecho de valor superior que asegura la libre determinación de las personas.
6. f. Prerrogativa, privilegio, licencia. U. m. en pl.
7. f. Condición de las personas no obligadas por su estado al cumplimiento de ciertos deberes.... (Real Academia Española, 2016)¹⁷

¹⁶ Para Jean-Clément Martin *“La libertad republicana —la libertad de la Antigüedad—, que insiste en la soberanía popular dada a limitar los derechos individuales, se combina con la libertad «inglesa» de los modernos, ligada al poder nacional y al respeto de la independencia personal basada en la propiedad; además, se articula con ecos del debate sobre el pactismo y los movimientos reformadores impulsados por ciertos monarcas o su entorno. Así, pues, las revoluciones en Europa y América deben considerarse en el amplio intervalo que abarca desde la década de 1770 hasta los primeros decenios del siglo xx”*. (Martin, 2013)

¹⁷ Del latín “*libertatem*”, acusativo para “*libertas*” y ésta del adjetivo “*liber*” (fem. “*libera*” neut. “*liberum*”, cuya forma arcaica era “*loebesum*”).

Una etimología es que provenga de la raíz indoeuropea *(e)leudh- como en griego ἐλεύθερος (“*eléutheros*”, “*libre*”), emparentada con el germánico *leudi que deriva al alemán moderno en “*Leute*” (“*gente*” refiriéndose probablemente a la gente libre en contrapartida a “*Volk*” que originariamente era la gente

La libertad es un concepto muy amplio con diferentes significados, el que nos ocupa en relación con el tema del presente documento es la libertad personal, la cual es uno de los pilares para el desarrollo del ser humano en su esfera social. Cada vez que un ser humano pierde su libertad dentro de un ordenamiento jurídico, se elimina la posibilidad de participar activamente dentro de la sociedad generando consecuencias jurídicas, sociales y psicológicas para el individuo.



Tomado y adaptado de Defensoría del Pueblo Derechos de Libertad. (Defensoría del Pueblo, 2003)

Ya dentro de la orbita del derecho colombiano, la Libertad es un derecho fundamental consagrado constitucionalmente y en distintos instrumentos internacionales; sin embargo, para llegar al punto en el que se encuentra este derecho, es necesario hablar de la evolución del concepto dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

guerrera) También se encuentran palabras derivadas en: inglés antiguo “leod”, visigodo “leudes”, y también en lenguas bálticas como en lituano “liáudis”, y letón “lāudis””. (Etimología de la Lengua Española, 2016)

El primer antecedente en Colombia, esta dado principalmente en la Declaración de Derechos Humanos¹⁸, empero, previo a esto, en 1851 a través de la ley de manumisión de esclavos, en donde se abolió la esclavitud, se enaltecía el concepto de libertad y se dio un reconocimiento real de este derecho, en la medida en que se eliminó esta reprochable forma de vulnerarlo.

Posteriormente, a través de la Constitución de los Estados Unidos de Colombia de 1863, se reconoció una serie de libertades, como reflejo de la influencia europea en el ordenamiento colombiano.

Así mismo, la Constitución de 1886 planteó la posibilidad, a nivel constitucional, de otorgar libertad para los esclavos.

En el mismo sentido, y luego de una serie de procesos históricos y de distintas luchas, finalmente, en la Constitución de 1991 se estableció claramente el concepto de libertad con el fin de estar acorde con los modelos europeos de protección de derechos y, así mismo, como consecuencia de una necesidad naciente de considerar la libertad como uno de los pilares del Estado Social de Derecho en Colombia. (Pérez Novoa, 2016)

En la Constitución Política de Colombia de 1991 se establece:

“... Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley. La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley. En ningún caso

¹⁸ Declaración de Derechos Humanos de 1948 Artículo 3 “*Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.*”

podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles”.¹⁹

De acuerdo con lo anterior, si bien no se consagró expresamente, también se puede entender que existen situaciones que no están allí pero que también son cobijadas por este artículo de la Carta, como lo es entender que existen conductas que violan la libertad personal *“molestar a una persona o familia, reducir a una persona a prisión o arresto, detener a una persona o registrar su domicilio”* (Defensoría del Pueblo, 2003)²⁰

¹⁹ NOTA: El artículo 28 fue modificado por el Acto Legislativo 02 de 2003, el cual fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-816 de 2004, por el vicio de procedimiento ocurrido en el sexto debate de la segunda vuelta. El texto del Acto Legislativo 02 de 2003 era: Artículo 3. El artículo 28 de la Constitución Política quedará así: Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley. La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, para que este adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley. En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles. Una ley estatutaria reglamentará la forma en que, sin previa orden judicial, las autoridades que ella señale puedan realizar detenciones, allanamientos y registros domiciliarios, con aviso inmediato a la Procuraduría General de la Nación y control judicial posterior dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, siempre que existan serios motivos para prevenir la comisión de actos terroristas. Al iniciar cada período de sesiones el Gobierno rendirá informe al Congreso sobre el uso que se haya hecho de esta facultad. Los funcionarios que abusen de las medidas a que se refiere este artículo incurrirán en falta gravísima, sin perjuicio de las demás responsabilidades a que hubiere lugar”. (Alcaldía Mayor de Bogotá, 2016)

²⁰ En este mismo sentido el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 9 estableció *“Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.*

La Corte Constitucional en Sentencia C – 239 de 2012 al respecto dijo:

“...En el artículo 28 C.P. se estructuran como verdaderas reglas constitucionales, “encaminadas a delimitar de manera estricta la actividad del Estado frente a esta libertad fundamental”. Así, de acuerdo con ese precepto “nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino i) en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, ii) con las formalidades legales y iii) por motivo previamente definido en la ley. El texto precisa así mismo que iv) la persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley, y advierte finalmente que v) en ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles (...)”. Con ello, se fijan límites precisos sobre los motivos y condiciones en que podrá restringirse el derecho a la libertad, así como las actuaciones que implican el desconocimiento de dicho derecho. Lo anterior sin olvidar que la intervención judicial opera “tanto en el momento de disposición a través de una orden motivada, como en el momento del control de legalidad de una efectiva privación de la libertad”, con lo cual el juez se convierte en el más cierto garante de la libertad. Una condición que “se afianza sobre los rasgos de autonomía e independencia que la Constitución reconoce a sus decisiones” (Corte Constitucional, SC239, 2012)

La libertad personal,²¹ es el derecho que tiene una persona para realizar las acciones correspondientes al desarrollo de sus actividades de vida, sin que nadie interfiera ni limite el ejercicio de esa libertad y a través de la cual el ser humano realiza sus aspiraciones en la medida deseada. Es gracias a ésta que una persona tiene la posibilidad de moverse sin restricciones físicas de ningún tipo más que el respeto de la ley.²²

²¹ La sentencia de la Corte Constitucional C – 163 de 2008 estableció en relación con la libertad personal *“Del preámbulo y de otros preceptos constitucionales se deriva la consagración de la libertad como un principio sobre el cual reposa la construcción política y jurídica del estado y como derecho fundamental, dimensiones que determinan el carácter excepcional de la restricción a la libertad individual. La efectividad y alcance de este derecho se armoniza con lo dispuesto en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, por medio de los cuales se estructura su reconocimiento y protección, a la vez que se admite una precisa y estricta limitación de acuerdo con el fin social del Estado”*

²² Otro concepto que puede aclarar lo que se entiende por libertad personal es el dado por Humberto Nogueira Alcalá *“la libertad personal se refiere a la libertad de la persona física en cuanto ser corporal en sí mismo, constituyendo un derecho matriz y residual, ya que protege las expresiones de libertad no asegurados específicamente por los demás derechos autónomos, posibilitando realizar todo aquello que es*

Contrario a esto, está la privación de la libertad, que en virtud de la posición de la Corte Constitucional

“...se produce cuando la persona es obligada a permanecer en un lugar determinado bajo circunstancias que implican aislamiento o reclusión, de forma tal que ella no puede desarrollar plenamente sus relaciones sociales. En este sentido, la privación de libertad no solo es identificable con la reclusión en una celda. A nivel constitucional, la privación de la libertad puede verse como toda aprehensión, retención, captura, detención, servidumbre, secuestro o cualquier otra forma de limitación arbitraria de la libertad de la persona”. (Corte Constitucional, SC239, 2012)

lícito; es el derecho de toda persona a que los poderes públicos y terceros no interfieran en la esfera de la autonomía personal, vale decir, de disponer de su propia persona y de actuar determinado por la propia voluntad sin otras limitaciones que las que imponen el medio natural, los derechos de los demás y el ordenamiento constitucional”. (Nogueira Alcalá, 2002)

III. RESPONSABILIDAD ESTATAL POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD

Tal como se vio atrás, la Constitución Política de 1991, dentro de la amplia gama de derechos introducidos en el ordenamiento jurídico, estatuyó el derecho a la libertad en su artículo veintiocho²³, como una condición propia del ser humano como tal, y un atributo invaluable de su personalidad.

Empero, la protección de este derecho, puede verse afectada por otras normas de rango legal y su posterior aplicación en manos de los operadores de la justicia, a quienes se les endilga responsabilidad cuando sus decisiones se encuentran contrarias a tales leyes. Por esto, aún con la protección brindada por la Constitución, cabe la posibilidad de que, como la Carta Superior no habla de sanciones o reparación monetaria, los magistrados de lo contencioso administrativo ejerzan un control sobre posibles arbitrariedades de sus colegas de la jurisdicción ordinaria.

Sea lo primero del caso, establecer que el simple hecho de someter a una persona a la privación de su libertad, no constituye per se un hecho “injusto”, toda vez que constitucional y legalmente es viable la pérdida de la libertad en los casos y con las formalidades previstas en el ordenamiento jurídico.

²³ Constitución Política de Colombia, Artículo 28. Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley. La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, para que este adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley. En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles. Una ley estatutaria reglamentará la forma en que, sin previa orden judicial, las autoridades que ella señale puedan realizar detenciones, allanamientos y registros domiciliarios, con aviso inmediato a la Procuraduría General de la Nación y control judicial posterior dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, siempre que existan serios motivos para prevenir la comisión de actos terroristas. Al iniciar cada período de sesiones el Gobierno rendirá informe al Congreso sobre el uso que se haya hecho de esta facultad. Los funcionarios que abusen de las medidas a que se refiere este artículo incurrirán en falta gravísima, sin perjuicio de las demás responsabilidades a que hubiere lugar. Modificado por Acto Legislativo 2/2003.

En primer lugar, la pena privativa de la libertad surge como una sanción delimitada de manera legal, con el fin de que, con observancia de la magnitud de la conducta constitutiva de un delito, su autor cumpla con una pena, no canjeable por una multa pecuniaria; hecho apenas justo, habida consideración de la barbarie de ciertos delitos reprochados tan vigorosamente por la sociedad en general y para los que nuestro ordenamiento no prevé la pena capital.

También, se presenta la figura de la detención preventiva como el mecanismo idóneo (tal vez) para asegurar la comparecencia de los imputados e investigados a los estrados judiciales, tanto para que ellos mismos, o a través de sus defensores, puedan velar por la aplicación correcta del debido proceso, como para los casos en que se trata de individuos tachados de altamente peligrosos por la intensidad de sus (imputadas) actuaciones, a quienes se les debe impedir que continúen cometiendo actuaciones ilegales a su albedrío.

Se colige entonces, que los jueces y magistrados tienen la facultad de ordenar la detención preventiva de una persona, de conformidad con el orden adjetivo sobre la materia, sin perjuicio de que más adelante, dentro del proceso y con fundamento en nuevas pruebas, se logre demostrar que el hecho no existió o que el sindicado no lo cometió, por lo cual se impone su absolución²⁴.

²⁴ Únicamente la existencia de una decisión absolutoria o su equivalente pueden dar lugar a la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, (Bustamante Ledesma, 2003) señala que si a la persona acusada de un delito luego se le exonera de responsabilidad porque se demuestra plenamente que el hecho delictivo no existió o ella no lo cometió, es procedente afirmar que existió una falla en el servicio, que al sindicado se le ocasionó un daño antijurídico y que en estas condiciones el Estado debe responder, con fundamento en los artículos 90 de la Constitución Nacional y 65 y siguientes de la Ley 270 de 1996. El régimen aplicable para obtener la indemnización es el de la falla en la administración de justicia y su viabilidad indiscutible debe estar cimentada en la providencia que exonera de responsabilidad. A la sentencia absolutoria o la resolución equivalente que contiene esta declaración, como resultado de la normatividad penal a los hechos investigados, se le debe reconocer el efecto especial de poner de manifiesto con carácter definitivo e irrefutable la falla del servicio como fuente de la responsabilidad administrativa, al respecto considero que con la premisa de que cualquier persona que cause un daño a otro debe responder, como se mencionó atrás, el Estado gracias a la personalidad jurídica que lo caracteriza, debe ser el primero en ejemplarizar acerca de las consecuencias de sus actos, en especial aquellos que vulneran los más importantes bienes jurídicos tutelados como la vida y, en el caso del tema bajo estudio, la libertad.

Las pautas constitucionales plasmadas en la Carta de 1991 respecto al derecho a la libertad de los individuos que son vulneradas en el marco de la actividad judicial, generan la necesidad de implementar medios de controlar posibles abusos de la Administración de Justicia en el ejercicio de la prerrogativa que le otorgó la ley de privar del referido derecho a los ciudadanos colombianos.

Para (Carlos Jaramillo Delgado, 2006):

“(…) el derecho a la libertad física o personal puede vulnerarse por capturas, órdenes de detención, o medidas de aseguramiento, que son proferidas por los fiscales colombianos, o aun por los jueces en aplicación de la Ley 906 de 2004. Son los códigos de procedimiento penal los que establecen las pautas legales de cuándo se abre una investigación penal, cuándo se impone una medida de aseguramiento de tal gravedad como la detención preventiva. La prisión provisional, además de tener un carácter excepcional, sólo procede en los precisos términos fijados en la ley procesal, esto es, cuando surgía en la investigación “indicio grave de la responsabilidad por la comisión de un hecho punible (...) el Estado Colombiano estaba en franca mora de buscar medios jurídicos para indemnizar a aquellas 1personas que, siendo inocentes, se encuentran en las cárceles o a quienes se les priva injustamente de la libertad, o a quienes se les mantiene en la cárcel, mientras por los años de los años se tramita un proceso que concluye con absolución por falta de pruebas, debido muchas veces a la falta de diligencia de jueces y fiscales, a protuberantes fallas en el recaudo de las pruebas o a la inactividad probatoria.(...)”

En ese contexto, de hacer operante el derecho a la libertad cuyo garante es el funcionario judicial, se creó en Colombia, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, el derecho a la indemnización por privación injusta de la libertad.

Jaramillo Delgado realiza una aproximación a la consagración de una responsabilidad de los operadores de la justicia, respecto de sus actuaciones tendientes a la imposición de una

medida, autorizada por la ley, como lo es la privación de la libertad de un ciudadano, cuando ésta no se presenta con las garantías y requisitos previstos en el código de procedimiento penal.

A. DESARROLLO LEGAL RESPONSABILIDAD ESTATAL POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD

Teniendo en cuenta que en Colombia se encuentra instituida la figura de la responsabilidad estatal, se hace necesario profundizar en el tema específico de las actuaciones de la administración de justicia, habida consideración que el mismo ha tenido un desarrollo constitucional, legal y jurisprudencial bastante importante, más aún si se tiene en cuenta que a pesar de ser un Estado Social de Derecho, Colombia no siempre reconoció la posibilidad de la existencia de responsabilidad por esta clase de actuaciones.

La responsabilidad estatal por la privación injusta de la libertad ocurrida con antelación al 7 de julio de 1991, fecha en la que la Constitución de 1991 entró en vigencia, en una primera instancia se fundamentó en las normas de derecho internacional, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁵ y la Convención Interamericana de Derechos Humanos²⁶, y en los

²⁵ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49

²⁶ San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969, (Pacto de San José).

artículos 16²⁷, 20²⁸, 21²⁹, 30³⁰, 31³¹, 32³², 33³³, 51³⁴ y 151³⁵ de la Constitución de 1886 que exigía a las autoridades velar por la integridad de los ciudadanos, así como consagraban la

²⁷ Constitución Política de Colombia 1886, artículo 16.- La ciudadanía se pierde de hecho cuando se ha perdido la nacionalidad. También pierde la calidad de ciudadano quien se encuentre en uno de los siguientes casos, judicialmente declarados: Haberse comprometido al servicio de una Nación enemiga de Colombia; haber pertenecido a una facción alzada contra el Gobierno de una Nación amiga; haber sido condenado a sufrir pena aflictiva; haber sido destituido del ejercicio de funciones públicas, mediante juicio criminal o de responsabilidad; haber ejecutado actos de violencia, falsedad o corrupción en elecciones. Los que hayan perdido la ciudadanía podrán solicitar rehabilitación del Senado.

²⁸ Constitución Política de Colombia 1886, Artículo 20.- Los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución o de las leyes. Los funcionarios públicos lo son por la misma causa y por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de éstas.

²⁹ Constitución Política de Colombia 1886 Artículo 21.- En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta. Los militares en servicio quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden.

³⁰ Constitución Política de Colombia 1886, Artículo 30.- No habrá pena de muerte por delitos políticos. La ley los definirá.

³¹ Constitución Política de Colombia 1886 Artículo 31.- Los derechos adquiridos con justo título con arreglo a las leyes civiles por personas naturales o jurídicas, no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley; el interés privado deberá ceder al interés público. Pero las expropiaciones que sea preciso hacer requieren plena indemnización con arreglo al Artículo siguiente.

³² Constitución Política de Colombia 1886 Artículo 32.- En tiempo de paz nadie podrá ser privado de su propiedad en todo ni en parte, sino por pena, o apremio, o indemnización, o contribución general, con arreglo a las leyes. Por graves motivos de utilidad pública, definidos por el Legislador, podrá haber lugar a enajenación forzosa, mediante mandamiento judicial, y se indemnizará el valor de la propiedad, antes de verificar la expropiación.

³³ arreglo al Artículo siguiente.

³³ Constitución Política de Colombia 1886 Artículo 33.- En caso de guerra y sólo para atender al restablecimiento del orden público, la necesidad de una expropiación podrá ser decretada por autoridades que no pertenezcan al orden judicial y no ser previa la indemnización. En el expresado caso la propiedad inmueble sólo podrá ser temporalmente ocupada, ya para atender a las necesidades de la guerra, ya para destinar a ella sus productos, como pena pecuniaria impuesta a sus dueños conforme a las leyes. La Nación será siempre responsable por las expropiaciones que el Gobierno haga por sí o por medio de sus agentes.

³⁴ Constitución Política de Colombia 1886 Artículo 51.- Las leyes determinarán la responsabilidad a que quedan sometidos los funcionarios públicos de todas clases, que atenten contra los derechos garantizados en este Título.

³⁵ Constitución Política de Colombia 1886 Artículo 151.- Son atribuciones de la Corte Suprema: 1. Conocer de los recursos de casación, conforme a las leyes; 2. Dirimir las competencias que se susciten entre dos o

responsabilidad de los particulares y prohibían despojar a alguien de su libertad sin contar con orden de autoridad competente.

Posteriormente, con la expedición de la Constitución Política de 1991, dos normas legales se han ocupado, a nivel sustancial, de la responsabilidad del Estado por la actividad de los operadores judiciales en Colombia: en una primera instancia, el Decreto-ley 2700 de 1991³⁶ y la Ley 270 de 1996³⁷.

El primero de ellos, estableció dos formas de responsabilidad patrimonial derivada de la actividad judicial, a saber: i) Responsabilidad del Estado por error judicial derivado de la exoneración de responsabilidad penal a través de la acción de revisión (art. 242); y ii) Responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad (art. 414). (Ramirez, 2016)

Se debe precisar que el fundamento legal de la responsabilidad primigenia a cargo del Estado por daños causados con ocasión de la privación injusta de la libertad estaba plasmado en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, que disponía:

más Tribunales de Distrito; 3. Conocer de los negocios contenciosos en que tenga parte la Nación o que constituyan litigio entre dos o más Departamentos; 4. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de actos legislativos que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales; 5. Decidir, de conformidad con las leyes, sobre la validez o nulidad de las ordenanzas departamentales que hubieren sido suspendidas por el Gobierno, o denunciadas ante los Tribunales por los interesados como lesivas de derechos civiles; 6. Juzgar a los altos funcionarios nacionales que hubieren sido acusados ante el Senado, por el tanto de culpa que corresponda, cuando haya lugar conforme al Artículo 97; 7. Conocer de las causas que por motivos de responsabilidad, por infracción de la Constitución o leyes, o por mal desempeño de sus funciones, se promuevan contra los Agentes diplomáticos y consulares de la República, los Gobernadores, los Magistrados de los Tribunales de Justicia, los Comandantes o Generales en Jefe de las fuerzas nacionales, y los Jefes superiores de las Oficinas principales de Hacienda de la Nación; 8. Conocer de todos los negocios contenciosos de los Agentes diplomáticos acreditados ante el Gobierno de la Nación, en los casos previstos por el Derecho internacional; 9. Conocer de las causas relativas a navegación marítima o de ríos navegables que bañen el territorio de la Nación. Y las demás que le señalen las leyes.

³⁶ Código de Procedimiento Penal, (Noviembre 30) Diario Oficial No. 40.190, del 30 de noviembre de 1991, Derogado por la Ley 600 de 2000, Por medio del cual se expiden y se reforman las normas de procedimiento pena.

³⁷ ley 270 de 1996 (marzo 7), Diario Oficial No. 42.745, de 15 de marzo de 1996, Estatutaria De La Administración De Justicia.

“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 hubiese sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave. (...)”

Dicho precepto ha sido tan importante y vinculante dentro de la jurisprudencia contenciosa administrativa que el Consejo de Estado³⁸ ha señalado que las hipótesis de responsabilidad objetiva establecidas en el artículo 414 del Decreto 2700, independientemente de su derogatoria³⁹, continúan siendo aplicables a hechos ocurridos con posterioridad a su vigencia, no por una aplicación ultractiva de dicho precepto, sino de los supuestos que se regulaban de manera específica en el mismo, puesto que, en virtud del principio *iura novit curia*⁴⁰, el juez puede acoger criterios de responsabilidad objetiva o subjetiva para respaldar su decisión.(...).

En relación con la responsabilidad patrimonial del Estado, regulada a través del Decreto 2700 de 1991, define en su artículo 414, la indemnización por privación injusta de la libertad, como aquel resultado de los daños producidos con la medida provisional de detención, cuando ésta proviene injustificada por absolución posterior del detenido por cualquiera de las causales contempladas en esta norma.

³⁸ Consejo de Estado, Sentencia del veintinueve (29) de enero de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 47001-23-31-000-2008-00282-01(39811) Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth Bogotá, D.C.

³⁹ La Ley 600 del 2000, en su artículo 535 derogó expresamente el Decreto 2700 del 30 de noviembre de 1991

⁴⁰ La Corte Constitucional en Sentencia de Tutela T 851 del veintiocho (28) de octubre de 2010, con ponencia del Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto, sobre el *PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA* señaló “*El principio Iura Novit Curia, es aquel por el cual, corresponde al juez la aplicación del derecho con prescindencia del invocado por las partes, constituyendo tal prerrogativa, un deber para el juzgador, a quien incumbe la determinación correcta del derecho, debiendo discernir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando autónomamente, la realidad del hecho y subsumiéndolo en las normas jurídicas que lo rigen*”.

Esta disposición, antiguo Código de Procedimiento Penal, en su artículo 414, ya derogado, pero que aún se aplica para los casos acontecidos a lo largo de su vigencia, instituye 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.

Sin embargo, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha avanzado proveyendo un contenido más amplio al tema de análisis, considerando que la detención injusta ocurre, aunado a los casos preceptuados en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, cuando la exoneración se sustenta en el principio *in dubio pro reo* o cuando la misma se produce por una falla del servicio.

No obstante lo anterior, las Leyes 600 de 2000 y 906 de 2004 se inhibieron de reproducir el contenido del artículo 414, disposición que consagraba legalmente presupuestos objetivos para la procedencia de la responsabilidad estatal en los casos de privación injusta de la libertad; pese a ello, no implicó el desvanecimiento de las causales de detención injusta, debido a que su contenido tenía como base el artículo 90 de la Constitución y la Jurisprudencia.

De otro lado, la Ley 270 de 1996, “Estatutaria de Administración de Justicia”, reglamentó lo referente a la responsabilidad del Estado y los servidores judiciales, desarrollando por primera vez en Colombia a nivel legal los diferentes títulos de imputación de la responsabilidad patrimonial del Estado por la actividad de la Administración de Justicia, consagrando tres tipos o eventos de responsabilidad estatal derivados del i) defectuoso funcionamiento de la administración de justicia (art. 69) ii) error jurisdiccional (art. 66 y 67) y iii) privación injusta de la libertad (art. 68), y, tomando de manera explícita como fundamento de esta responsabilidad la

noción de daño antijurídico⁴¹, reproduciendo textualmente, en su inciso primero, el artículo 90⁴² constitucional, pero ajustándola a la acción u omisión de sus agentes judiciales. (Ramírez, 2016)

Señala Prato Ramírez que:

“En vigencia del artículo 90 constitucional y de la Ley 270 de 1996, no cabe duda de que el Estado está en la obligación de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, siempre que estén acreditados los elementos que estructuran la responsabilidad del Estado, esto es, que se haya causado un daño antijurídico, que éste resulte imputable a una actuación u omisión de la autoridad vinculada a la rama judicial, y que exista un nexo causal entre el primero y el segundo”.

⁴¹ El Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 26 de marzo de 2008, Exp. 16902. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero considera que la antijuridicidad se constituye como indicador del carácter indemnizable del daño, en efecto, la privación de la libertad, puede y debe darse con pleno acatamiento de las exigencias legales, pero, a la postre, si se dicta una decisión 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. El fundamento de la indemnización, entonces, no sería la ilegalidad de la conducta, por lo que debe preguntarse si el hecho de la privación de la libertad, en esas circunstancias, da lugar o no a un perjuicio indemnizable, es decir, si se ha configurado un daño antijurídico. Esto, bajo el entendido que “los ciudadanos están obligados a soportar algunas cargas derivadas del ejercicio de las funciones administrativas, y sólo en la medida en que, como consecuencia de dicho ejercicio, se produzca un perjuicio anormal, puede concluirse que han sido gravados de manera excepcional. Desde mi punto de vista, teniendo en cuenta que existen cargas, que por el bien común deben soportar los ciudadanos, en ocasiones se torna dispendioso demostrar el carácter de antijurídico del daño, pues se debe establecer el límite de la carga impuesta al individuo y, teniendo claro si se traspasó esa frontera y se llegó a la antijuridicidad, cómo se cuantifica el perjuicio derivado de esa transgresión. Para el caso específico de la privación injusta de la libertad, lo antijurídico se traduce en injusto, toda vez que existe una sola carga y consiste en soportar la limitación a un derecho fundamental. El verdadero inconveniente surge al evaluar si el individuo estaba en el deber jurídico de acarrear con la pena o medida de aseguramiento y más complejo aun, luego de confirmar lo injusto de la acción, se debe cuantificar el sufrimiento por la limitación del derecho, en lo que no se ha puesto de acuerdo la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a quien le compete conocer de estos casos.

⁴² Constitución Política De Colombia, Artículo 90. “*El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas*”. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

La Ley Estatutaria de Administración de Justicia, se encargó de reproducir de la manera más clara y completa posible, la disposición constitucional correspondiente a la cláusula de responsabilidad, de tal manera que, en principio, determinó que la *falla del servicio* sería la fuente primigenia de la responsabilidad administrativa, cuando establece que el “*Estado responde por los daños antijurídicos que le sean imputables por la acción u omisión de sus agentes*”⁴³ y luego buscó plasmar los asuntos que podrían llegar a presentarse, de acuerdo con los que hasta el momento se documentaban en los despachos judiciales, así surgieron los tres casos en que puede configurarse la citada falla del servicio.

Se ha entendido tradicionalmente, que el régimen de falla del servicio probada es un régimen subjetivo que examina el funcionamiento del Sujeto Estado como prestador de servicios a los ciudadanos y obliga al demandante a probar todos los supuestos que dan origen a la responsabilidad. Entre estos supuestos está la falla del servicio y su generador (culpa, omisión, conducta imprudente, irregular, morosa).

La responsabilidad del Estado por la función jurisdiccional se encuentra plasmada en la figura de la privación injusta de la libertad, contemplada en el artículo 68⁴⁴ de la Ley 270 de 1996 cuyo antecedente más inmediato radica en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal de 1991⁴⁵.

La Ley Estatutaria de la Administración de Justicia define la privación injusta en los siguientes términos: “*Privación injusta de la libertad. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado la reparación de perjuicios*”.

La privación injusta de la libertad no genera responsabilidad del Estado si el afectado dio lugar a ella por haber actuado con dolo o culpa grave, como lo estatuye el artículo 70 *ibídem*.

⁴³ Inciso primero, Artículo 65, Ley 270 de 1996.

⁴⁴ Ley 270 de 1996, Artículo 68: **PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD**. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios.

⁴⁵ Ley 2700 de 1991.

En sus inicios, el operador judicial al encasillar a la privación injusta de la libertad en un título de imputación de la responsabilidad estatal, con relación a la afectación del derecho a la libertad, implicaba buscar un modelo adecuado para definir la responsabilidad en esta materia, es allí donde entra la tensión entre las nociones de *falla del servicio* judicial (responsabilidad subjetiva) y un modelo de responsabilidad que fundamenta como *daño especial* (responsabilidad objetiva) el encarcelamiento preventivo injusto.

Ya entendida la noción de falla del servicio, en lo que respecta al daño especial, se entiende este, como el que causa el Estado por una acción u omisión que debe ser lícita (la acción u omisión debe ser lícita, pues si es ilícita encajaría en el régimen de falla del servicio), buscando el interés general. (Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, 2013)

A luces de M'Causland:

“La formulación de la teoría del daño especial permite concluir que constituye un fundamento particular de la responsabilidad del Estado, que no tiene equivalente en el ámbito de la responsabilidad civil, en efecto, no solo está sustentada, de manera directa, en el rompimiento del principio de igualdad de los ciudadanos frente a las cargas públicas, sino que, conforme a ella, el deber de reparar se sustenta en la causación de un daño de parte del Estado, en el ejercicio lícito de sus funciones, cumplidas en aras de garantizar el bien común”.

La importancia de esta teoría de daño especial, para el caso de la privación injusta de la libertad, parte de la noción del proceso penal como una carga que deben tolerar los administrados por el servicio de la administración de justicia

Según la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado: *“La diferencia de este régimen objetivo con la falla del servicio estriba en que en el daño especial no se examina la conducta del agente estatal y solo se debe probar que hubo una actuación u omisión del Estado en pro del interés general y que esa conducta ha causado un daño antijurídico”.*

Al tener en cuenta los pronunciamientos de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el legislador se vio obligado a desarrollar mediante leyes, algunos de los regímenes específicos de la responsabilidad del Estado, tal como es el caso de la responsabilidad por los hechos de la Administración de justicia, derivados del error jurisdiccional, el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y la privación injusta de la libertad, como se reseñaba anteriormente.

Esta última, (privación injusta de la libertad) si bien comenzó de manera muy rígida, en cuanto al requisito para que procediera su declaratoria, pues anteriormente, solo si se presentaba una sentencia absolutoria o una resolución equivalente, se imputaba la responsabilidad estatal.

Más adelante dicha postura se flexibilizó, llegando a admitir el principio de *indubio pro reo*⁴⁶, como medio de establecer lo injusto de la imposición de una pena o medida de aseguramiento.

Es decir, que después de pasar de una postura rígida, la Jurisdicción de lo Contencioso se flexibilizó en virtud *indubio pro reo*; en una primera instancia, según el desarrollo jurisprudencial, la responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad, se derivaba de tres situaciones a saber: primero, cuando la absolución o preclusión de acción penal se derivaba de un hecho que no existió; segundo, la persona no lo cometió; o tercero, la conducta no constituía hecho punible, configurándose en estos tres casos, como se anotó en precedencia, el régimen objetivo de responsabilidad, y por tanto, no sería determinante a la hora de establecer la responsabilidad de la entidad demandada, si actuó o no de manera diligente o cuidadosa.

⁴⁶ El artículo séptimo del Código de Procedimiento Penal Colombiano, Ley 906 de 2004, sobre la **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA E INDUBIO PRO REO**. “*Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal. En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado. En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria. Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda*”.

Se reitera que lo anterior, ajeno a suponer una aplicación ultractiva⁴⁷ del derogado artículo 414 del decreto ley 2700 de 1991, implica el reconocimiento de que en esos supuestos resulta injustificado imponer al administrado la carga de acreditar que la administración pública incurrió en una falla del servicio.

Por el contrario, la fuerza y contundencia de los motivos que generan la absolución en este tipo de circunstancias (el hecho no existió, el sindicato no lo cometió o el hecho no constituía conducta punible), refuerza la idea de que bajo esas premisas impera un esquema objetivo de responsabilidad en el que la autoridad judicial que impuso la medida de aseguramiento no puede exonerarse del deber de reparar con la acreditación de que su comportamiento fue diligente o cuidadoso⁴⁸.

Si bien el artículo 68 de la Ley 270 de 1996 “*Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios.*” (Ley 270, 1996, art. 68) se refiere a la responsabilidad patrimonial del Estado en los eventos en los cuales la actuación de cualquiera de sus dependencias u órganos haya sido abiertamente arbitraria y contraria a derecho, dicha disposición no excluye la aplicación directa de la cláusula general de responsabilidad estatal, esto es, el artículo 90 de la Constitución para derivar el derecho a la reparación cuando los daños provienen de una actuación legítima del Estado, especialmente, adelantada en ejercicio

⁴⁷ La *ultractividad de la ley* es explicada por la Corte Constitucional en Sentencia C 763 de 2002, con ponencia del Magistrado Jaime Araujo Rentería: “*La ultractividad de la ley es un problema de aplicación de la ley en el tiempo y está íntimamente ligada al principio de que todo hecho, acto o negocio jurídico se rige por la ley vigente al momento de su ocurrencia, realización o celebración. Dentro de la Teoría General del Derecho, es clara la aplicación del principio "Tempus regit actus", que se traduce en que la norma vigente al momento de sucederse los hechos por ella prevista, es la que se aplica a esos hechos, aunque la norma haya sido derogada después. Esto es lo que explica la Teoría del Derecho, la denominada ultractividad de las normas, que son normas derogadas, que se siguen aplicando a los hechos ocurridos durante su vigencia. Este fenómeno se presenta en relación con todas las normas jurídicas, cualquiera que sea su naturaleza: civil, comercial, penal, etc.*”

⁴⁸ Consejo de Estado, Sentencia del veintinueve (29) de enero de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 47001-23-31-000-2008-00282-01(39811) Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth Bogotá, D.C.

de una actividad judicial que causa daños antijurídicos a las personas, en tanto éstos no tengan el deber jurídico de soportarlos.

Cabe resaltar que, para determinar el nivel de responsabilidad y una posible indemnización a cargo del Estado por privación injusta de la libertad, se requiere de una ponderación de derechos y principios constitucionales.

Al respecto, (Enrique Gil Botero, 2011)⁴⁹

“La responsabilidad del Estado por privación de la libertad constituye uno de los principales aspectos sobre los cuales recae el análisis del derecho de daños, porque se trata de una materia que desborda los límites de la verificación de un daño antijurídico y su correspondiente imputación, para localizarse en el ámbito de los derechos constitucional y penal, específicamente en lo que concierne al contenido y alcance de algunos derechos fundamentales”.

Es claro que toda obligación patrimonial radicada en cabeza de las entidades estatales proviene necesariamente de la vulneración a normas constitucionales. Si bien se expiden normas que regulan la responsabilidad del Estado, su grado y el monto a indemnizar provendrán necesariamente del análisis que el juez efectúe de los derechos consagrados en la Carta, presuntamente socavados, respecto de otros derechos o principios que el funcionario judicial pretendió salvaguardar.

⁴⁹ Para este autor, el debate gira en torno a la ponderación de principios y derechos que integran el catálogo programático del texto superior. De allí que pretender resolver el problema de cuándo y en qué casos el Estado tiene obligación de resarcir los daños que se deriven del ejercicio del poder estatal cuando en los procesos penales, se ordenan medidas cautelares, constituye una materia que lejos de estar asociada con la hermenéutica del artículo 90 de la Carta Política, se establece a partir del análisis y ponderación de diversas posiciones del ordenamiento jurídico. No se puede desconocer que el artículo 90 de la Constitución Política determina que “el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción y omisión de las autoridades públicas”, lo cual significa que la responsabilidad patrimonial comprende la acción u omisión de una autoridad pública y, por tanto, ninguna rama u órgano del poder público escapa a su órbita, siempre y cuando estén configurados sus presupuestos, esto es, daño antijurídico e imputación en cabeza de la administración pública.”

En este sentido, en la Sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014⁵⁰, el Consejo de Estado determinó que en relación con la responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad, se aplica el régimen objetivo y se impone su declaración en todos los eventos en los cuales el implicado que ha sido privado de la libertad, finalmente es absuelto o se precluye la investigación a su favor, cuando en el proceso a que haya dado lugar a su detención o restricción de la libertad se determine que i) el hecho no existió⁵¹, ii) el sindicado no lo cometió y/o iii) la conducta es atípica.

Lo anterior, indica que cuando se presenta absolución o preclusión de la investigación a favor de la persona que ha sido privada injustamente de la libertad, se debe determinar si el hecho no existió, o no fue cometido por el indiciado o la conducta es meramente atípica, esto es, que no está constituido en el ordenamiento penal como un delito.

De igual forma es pertinente ampliar la posibilidad de declarar la responsabilidad del Estado⁵² por el hecho de la detención preventiva⁵³ de ciudadanos, ordenada por autoridad

⁵⁰ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 68001233100020020254801 (36149), M. P. Hernán Andrade Rincón.

⁵¹ Al respecto, en sentencia proferida el 29 de marzo de 2012 por la Sección Tercera del Consejo de Estado, se dijo: “No olvida la Sala que en casos como el presente, como ya se dijo, surge la responsabilidad objetiva de la entidad demandada, toda vez que se configuró una de las tres circunstancias consagradas en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, consistente en que el hecho no existió, pues así de manera expresa lo manifestó el fiscal en la providencia en la que resolvió precluir la investigación, por considerar que no hubo fraude al fisco con ocasión del contrato de obra pública ejecutado por el señor Villamil Valderrama”, a su vez en igual sentido, en providencia de 31 de mayo de 2013, se manifestó: “De conformidad con lo previsto en el artículo 90 de la Constitución y 414 del Código de Procedimiento Penal vigente al momento de ocurrencia de los hechos de que trata este proceso, el Estado deberá responder por la medida de aseguramiento de detención preventiva a la que estuvo sometido el señor Jhon Jaime Villa Díaz, porque el hecho no existió, comoquiera que en la investigación que se adelantó en su contra, la justicia penal militar así lo resolvió, en la medida en que no se acreditó la existencia del estupeciente...” .

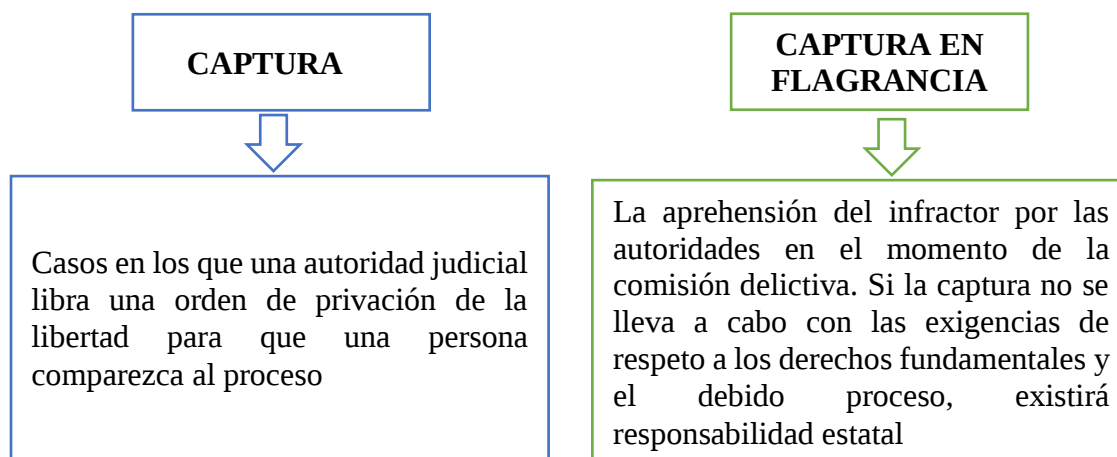
⁵² Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Tercera. Sentencia del 17 de octubre de 2013. Expediente: 23.354.

⁵³ En Sentencia de la Corte Constitucional C 266 de 2014, esa Corporación sobre la detención preventiva estimó que las medidas de aseguramiento no requieren de juicio previo, pues ellas pueden aplicarse, a la luz de la Constitución, si se cumplen los requisitos exigidos por el artículo 28 de la Carta. Así, si media

competente, frente a aquellos eventos en los cuales se causa al individuo un daño antijurídico, sin perjuicio, que el mismo se derive de la aplicación, dentro del proceso penal respectivo, del principio *in dubio pro reo*, si no se logra determinar la responsabilidad así haya sido cometido por este.

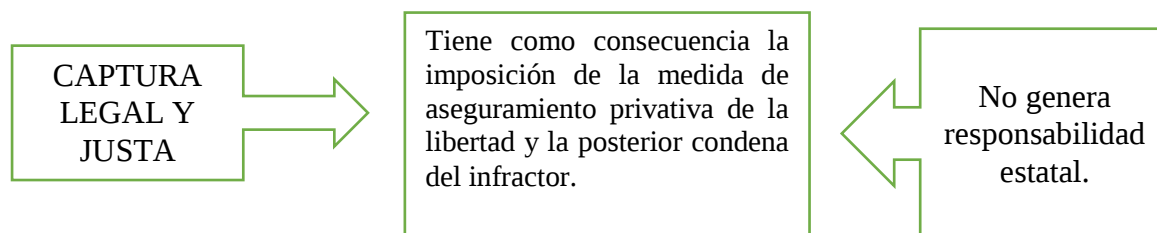
Es de aclarar igualmente, que la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, se declarar indistintamente la entidad que haya adelantado la captura o medida de aseguramiento, es decir, los miembros del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación que investiga por directrices y programa metodológico de esta entidad, así como las autoridades judiciales que legalizan la orden.

Para este efecto, es menester delimitar conforme a la legislación procesal penal, los tipos de privación de la libertad en detención preventiva.



orden escrita del juez competente, se han cumplido las formalidades que la ley consagre al respecto y el motivo de la detención, conminación, prohibición de salida del país o caución está nítidamente consagrado en norma legal preexistente, tales medidas se ajustan al mandato constitucional y no implican desconocimiento del debido proceso, aplicable en el caso de las penas. Pretender que toda detención o medida de aseguramiento deba estar forzosamente precedida de un proceso íntegro llevaría a desvirtuar su carácter preventivo y haría en no pocas ocasiones completamente inoficiosa la función judicial, pues la decisión correspondiente podría tropezar -casi con certeza- con un resultado inútil en lo referente a la efectividad de la pena que llegara a imponerse...No es suficiente que los supuestos fácticos por los cuales el legislador considera que una conducta delictiva da lugar a la imposición de una medida de aseguramiento se encuentren establecidos en la ley, pues es imperativo además que aquéllos sean claros, precisos y unívocos, esto es, deben excluir cualquier ambigüedad previsible y deben abstenerse de hacer generalizaciones y abstracciones que pudieran minar la seguridad jurídica de los asociados.

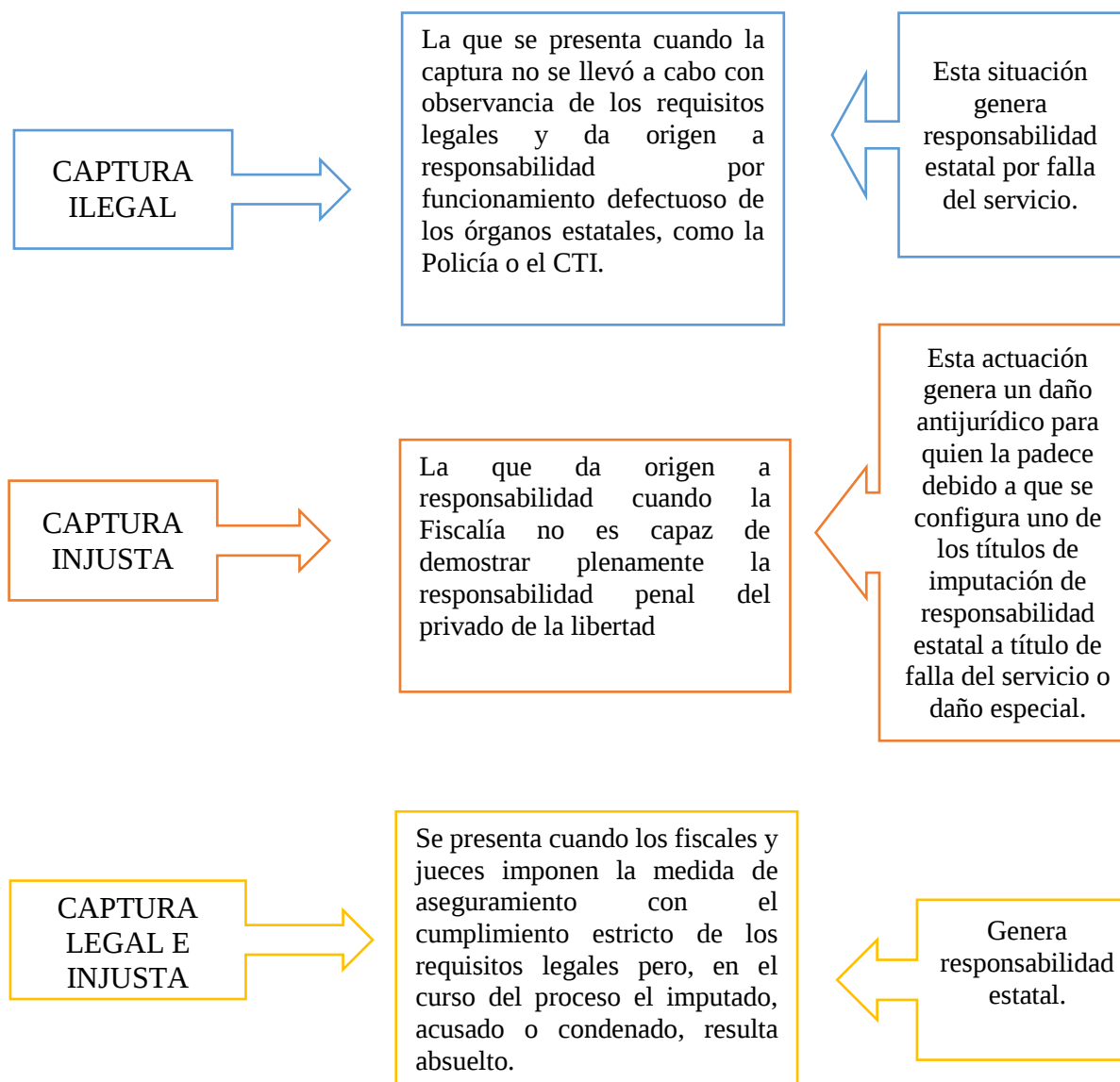
Se precisa que en el proceso penal se entrelaza la situación de captura y la privación de la libertad bajo el título de detención preventiva. Desde esta perspectiva, las situaciones de privación con incidencia en el derecho penal y el derecho administrativo son: i) cuando la captura es legal y justa; ii) cuando es ilegal, o meramente injusta⁵⁴; y iii) cuando es legal e injusta⁵⁵, veamos en un gráfico, más detallado⁵⁶:



⁵⁴ El Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 27 de septiembre de 2000. Exp. 11061 señaló que en algunos casos se revisa si la decisión del juez es legal, pero si el sindicado es absuelto se entendía que la medida era injusta. El Consejo de Estado consideró que si bien el juez tiene la facultad, y además del deber de garantizar la comparecencia del sindicado a los estrados judiciales, y que quien tenga graves indicios en su contra debe soportar la carga de sacrificar su libertad en aras de que se esclarezcan tales indicios, también es cierto que no siempre es inexistente el daño antijurídico para tales personas, aún si la privación se presentó por un corto período de tiempo, a mi parecer se convierte en una dificultad para el juez de lo contencioso administrativo realizar la ponderación entre el derecho a la libertad de todo ciudadano y el deber de soportar una investigación en la que se tienen indicios de una posible responsabilidad suya.

⁵⁵ A lo largo de la historia ha existido la pugna entre las definiciones de ilegalidad e injusticia de la medida, y con cierta razón, puesto que los análisis judiciales se nutren de ambos conceptos. En todo caso, siempre ha consistido en una carga para el actor probar lo injusto de la privación que debió soportar, lo que no constituye una tarea fácil, porque una cosa es demostrar que hubo detención, donde bastaría con la sola boleta de entrada y salida del establecimiento penitenciario y carcelario, y otra muy diferente, es establecer que la autoridad que ordenó tal reclusión obró de manera arbitraria e injustificada, o ilegal. A luces de Alier Eduardo Hernández Perdomo, y Catalina Franco Gómez: “Si bien la conclusión final siempre será la misma, en aras de la precisión conceptual podría decirse, que no se trata de una presunción legal, sino de un hecho probado (la falla en el servicio), de cuya demostración da cuenta la misma ley. En efecto, es evidente que cuando se produce la exoneración del sindicado, por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente, por estar probado que el hecho no existió, que el sindicado no lo cometió o que la conducta no constituía hecho punible, y aquél estuvo sometido a privación de la libertad en el curso del proceso, ésta resulta siempre injusta”

⁵⁶ Esta información se extrae de las condenas emitidas sin perjuicio del título de imputación actual, información recogida de (Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, 2013).



Precisa la Sentencia del 28 de Agosto de 2014 ibidem:

“... aunque la privación de la libertad se hubiere producido como resultado de la actividad investigativa correctamente adelantada por la autoridad competente e incluso cuando se hubiere proferido la medida de aseguramiento con el lleno de las exigencias legales, lo cierto es que si el imputado no resulta condenado, se abre paso el reconocimiento de la obligación, a cargo del Estado, de indemnizar los perjuicios irrogados al particular, siempre que éste no se encuentre en el deber jurídico de soportarlos, cosa que puede

ocurrir, por vía de ejemplo, cuando el hecho exclusivo y determinante de la víctima da lugar a que se profiera, en su contra, la medida de detención preventiva...”⁵⁷.

Esto indica que, es intrascendente que el obrar de la Administración de Justicia fuese o no ajustado a Derecho, toda vez que, si las víctimas no se encuentran en el deber jurídico de soportar el daño irrogado por la privación de su libertad, será indiferente que el proceso penal funcione correctamente.

Al respecto la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado señala que:

“Ello en la medida en que mientras la causación de ese daño habrá de redundar en beneficio de la colectividad, sólo habrá afectado de manera perjudicial a quien se privó de la libertad, sin que se hubiere podido establecer o determinar su responsabilidad penal y, por tanto, dada semejante ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, esas víctimas tendrán derecho al restablecimiento que ampara, prevé y dispone el ordenamiento vigente, en los términos establecidos en el aludido artículo 90 constitucional⁵⁸”.

B. POSICIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO RESPECTO DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD

La responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad, se desarrolla por medio de cuatro líneas jurisprudenciales del Consejo de Estado, las cuales han sido planteadas por esa Corporación como sigue:

⁵⁷ Sentencia del 4 de diciembre de 2006, exp 13.168; sentencia del 2 de mayo de 2007, exp. 15.463, reiteradas por esta Subsección en sentencia de mayo 26 de 2011, exp 20.299, entre muchas otras.

⁵⁸ Los anteriores planteamientos han sido expuestos por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado frente a casos similares al presente, tal como quedó consignado en las sentencias proferidas el 12 y 26 de mayo de 2011, expedientes 20.665 y 18.895, respectivamente, reiteradas, en forma reciente, en proveído de 21 de marzo de 2012, exp. 40.455.

La primera tesis jurisprudencial, y que se puede calificar como “restrictiva”⁵⁹, reservó el deber de reparar sólo a aquellas personas que por causa de alguna decisión judicial se hubieren visto ilegítimamente privadas de su libertad, de manera que solamente existía deber de reparar la “falla del servicio judicial”. (Ramirez, 2016)

Para su configuración se necesita de un error judicial, verbigracia, detención ilegal, que como consecuencia deviene en una privación de la libertad, en esta etapa el Consejo de Estado, confundió el error judicial con la privación injusta de la libertad⁶⁰.

Explica Ramírez que, indistintamente de la época en que se acogieron, pues no tienen un orden cronológico, la segunda línea jurisprudencial estableció que la responsabilidad por privación de la libertad regulada por el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, sería objetiva y que era procedente únicamente si la situación podía subsumirse en alguna de las tres causales normativas (absolución cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible), en el evento contrario, el actor tenía el deber de demostrar la ocurrencia de error jurisdiccional derivado del carácter “injusto” o “injustificado” de la detención. (2016)

⁵⁹ Como atenuante de la privación injusta de la libertad está la obligación de soportar las investigaciones judiciales, a luces de la Sentencia de 25 de julio de 1994, exp. 8666 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el hecho de que el proceso penal culmine con absolución, no es siempre un indicativo de la injusticia de la medida adoptada por el operador judicial. Dicha providencia indicó al respecto que “La investigación de un delito, cuando medien indicios serios contra la persona sindicada, es una carga que todas las personas deben soportar por igual”, en la precitada etapa, la gran mayoría de las medidas impuestas se ajustaba a derecho, habida consideración de que la ley penal aprobaba en ciertos casos la detención, basada en indicios graves y a la parte le correspondía desvirtuar su existencia, situación que ponía en desventaja a los ciudadanos frente a quien tuvo realmente acceso a tales pruebas de primera mano, de lo que no se auguraba una prosperidad cierta para las pretensiones de las demandas. Era aplicado un concepto más objetivo y se generalizaban todos los casos de privación de la libertad, sin atender a la gravedad del delito, a las condiciones personales de los sindicados y por tanto, el daño antijurídico era muy difícil de probar en el entendido de que la carga de perder la libertad debía ser soportada por todos los ciudadanos en aras de garantizar la certeza jurídica sobre cada situación delictual.

⁶⁰ Un ejemplo de esta tendencia es la Sentencia del 30 de junio de 1994, con ponencia del Magistrado Daniel Suarez Hernández, expediente 9734.

En esta etapa, la carga procesal para el actor es considerablemente pesada, pues debía probar el carácter injusto de la detención preventiva, esto indica que era su carga demostrar la existencia de un error del operador o autoridad judicial cuando se ordenó la medida privativa de la libertad.

No obstante lo anterior, para los casos estatuidos en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal se libraba de la responsabilidad de probar, invirtiendo la carga de la prueba, pues el Consejo de Estado en estas tres situaciones equiparó el régimen de responsabilidad al objetivo, en la medida que no era necesario acreditar la existencia de una falla del servicio, solamente la detención de la libertad⁶¹.

Es decir, solamente en los casos del artículo 414, consideró el máximo Tribunal Contencioso Administrativo que se aplica la presunción de que la privación fue injusta, presunción que podría ser desvirtuada por alguna causal de exoneración por el accionado, en estos casos se invierte la carga de la prueba, tan solo se debe comprobar la privación injusta de la libertad en los otros casos de la norma ya aludida anteriormente.

Sin embargo, esta etapa no era del todo amplia, pues partía del presupuesto que la privación de la libertad de una persona a la que luego se absuelve, no constituía daño antijurídico si contra ella reposaban indicios de responsabilidad, toda vez que, de la investigación del delito, la privación es una carga que todos los ciudadanos debían soportar, en el entendido que los indicios que llevaron a esta, deben ser graves, es decir, que en el sentir del juzgador, sean lo suficientemente contundentes como para hacerlo pensar que el investigado debe ser privado de su libertad.

La tercera, que puede calificarse como “amplia”, se ha distinguido por que la responsabilidad estatal en casos de privación injusta de la libertad, va más allá de los tres

⁶¹ Véanse las sentencias Sentencia del 17 de noviembre de 1995, expediente número 10.056. y Sentencia 12 de diciembre de 1996, expediente 10.229 CP. Daniel Suarez Hernández

supuestos normativos del artículo 414 precitado. En este caso se hace extensiva la obligación de reparación aún en eventos en los que el sindicado ha sido absuelto al no tener relación alguna con el delito investigado, sin ser relevante las providencias de las autoridades que administran justicia⁶².

En esta etapa, resulta indiferente establecer si en la providencia que ordenó la privación de la libertad se consumó o no en error judicial, en efecto, lo que constituye la responsabilidad del Estado no es la antijuridicidad de la conducta de su agente, sino la antijuridicidad del daño sufrido por la víctima, en tanto que ésta no tiene la obligación jurídica de soportarlo, de suerte que tal conclusión se adoptaría independientemente de la legalidad o ilegalidad de la decisión judicial, o de la actuación estatal o de que la conducta del agente del Estado causante del daño hubiere sido dolosa o culposa.⁶³ (Ramirez, 2016)

Respecto de esta última postura jurisprudencial, el Consejo de Estado en Sentencia del 12 de diciembre de 1996 señaló:

“...De acuerdo con dicha norma (Art. 414 del C. de P.P) en los casos en que una persona sea privada de su libertad por ser sindicada de la comisión de un delito y posteriormente exonerada por una providencia definitiva en la cual se establezca que no cometió el hecho que se le imputó, nace la responsabilidad

⁶² Es posible que aún si no se logra probar la privación injusta de la libertad, en un caso de responsabilidad de la Administración por la detención de una persona, si se encuentran presentes los elementos de la falla en el servicio, ésta podrá conllevar a la declaratoria de responsabilidad, a juicio de (Dueñas Rugnon, 2005) “...en los casos expresamente señalados en el artículo 414 del C.C.P. (sic) la responsabilidad se torna objetiva, porque así lo dice la norma, pues sólo se necesita el hecho consistente en la privación de la libertad (que cause daños) y la posterior sentencia o su equivalente que absuelva al detenido (por una de las tres causales indicadas en el artículo) para que esa detención se vuelva injusta e ilegal y, por esa vía, se condene al Estado. Si se presentan otras circunstancias, diferentes a las estipuladas en la norma comentada, existe responsabilidad del Estado si se prueba una falla en el servicio” a mi parecer, podría tornarse en una garantía el aplicar por *iura novit curia* el régimen de responsabilidad subjetivo para los casos de privación de la libertad, pues la administración de justicia no se encuentra exenta de incurrir en una falla del servicio, aun cuando al imponer una medida de aseguramiento o una pena no se exonere a la víctima, lo que implicaría, la obligación de indemnizar, mas no, el declarar que la detención fue injusta.

⁶³ Véanse Sentencia del 17 de noviembre de 1995, expediente número 10.056. Sentencia 12 de diciembre de 1996, expediente 10.229 Sentencia del 27 de Septiembre de 2000, Exp. 11.601

para el Estado, sin que pueda el juzgador exigir ningún requisito adicional para configurarla...” En otras palabras, cuando mediante sentencia se exonere al particular porque no existió el hecho, porque éste no lo cometió, o porque la conducta no constituía hecho punible, el juez administrativo debe condenar al Estado sin hacer juicios subjetivos, ya que es la misma ley la que define que estos tres eventos constituyen daños antijurídicos. (Consejo de Estado, S10229, 1996)

Finalmente, la cuarta línea sostiene que en aquellos eventos en los cuales le causan a los individuos un daño antijurídico, con ocasión de un proceso penal si el imputado no resulta condenado, se abre paso al reconocimiento de la obligación a cargo del Estado. Si bien es cierto el Estado tiene el deber jurídico de investigar, el ciudadano cuando es absuelto, no tiene la obligación jurídica de soportar la privación injusta de la libertad que es uno de los derechos de mayor protección en el Estado Social de Derecho. (Ramírez, 2016)

En esta etapa, se amplió la posibilidad de declarar la responsabilidad estatal por la detención preventiva de personas ordenada por autoridad competente, en virtud de un título objetivo imputación independiente, cuando se causa al sujeto un daño antijurídico, aunque este daño se derive de la aplicación, dentro del normal funcionamiento del aparato judicial, dentro del proceso penal respectivo, dentro de la órbita de la responsabilidad objetiva en el marco del principio *indubio pro reo*.

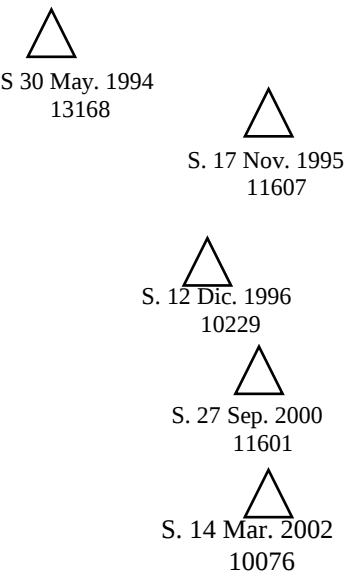
De manera tal que, aunque la privación de la libertad se deba a la actividad investigativa fielmente adelantada por la autoridad competente inclusive cuando se hubiere proferido la medida de aseguramiento con el lleno de los requisitos legales, sin embargo de no ser condenado el Estado debe indemnizar los perjuicios irrogados al particular, siempre que este no se encuentre en el deber jurídico de soportarlos.

Con la expedición de varias sentencias, entre ellas la que unificó la jurisprudencia del Consejo de Estado (sentencia del 17 de Octubre de 2013, Sección Tercera. Exp. 23.354. CP Mauricio Fajardo Gómez), y la Sentencia de Unificación SU del 28 de agosto de 2014, el Consejo de Estado ha asumido una posición garantista de los derechos de los ciudadanos, frente

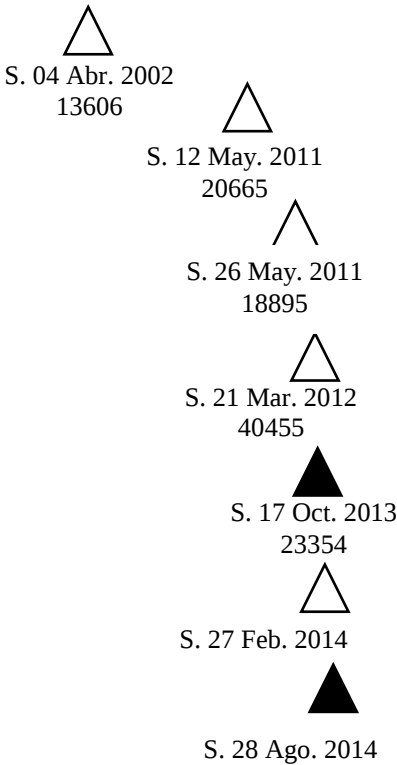
a la actuación jurisdiccional, que si bien es cierto, puede ser ajustada a derecho, incluso, en aras de velar por el bienestar general, es indudable que es una carga que ningún ciudadano debe soportar cuando no se desvirtúa su inocencia, máxime cuando la libertad es un presupuesto intachable en un Estado Social de Derecho.

Ahora bien, se quiere dejar en claro cuál ha sido la posición que ha llevado el Consejo de Estado respecto de la responsabilidad estatal por privaciones injustas de la libertad, por lo que se plasmará la línea jurisprudencial, como sigue:⁶⁴

Problema Jurídico: ¿Es tendencia del Consejo de Estado una postura restrictiva de responsabilidad subjetiva, o una postura a responsabilidad amplia o de régimen objetivo, en relación a la responsabilidad estatal por la privación injusta de la libertad?

El Consejo de Estado adopta una postura “restrictiva” de responsabilidad subjetiva basada en la falla del servicio por error judicial para asumir responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad.		El Consejo de Estado adopta una postura “amplia” de responsabilidad objetiva, inclusive cuando la decisión de privar de la libertad es ajustada a derecho, sin embargo, la persona no tiene la carga de
--	--	--

⁶⁴ Para Diego Eduardo López Medina, en su obra, el derecho de los jueces, una línea jurisprudencial es una idea abstracta. Para ayudar a “ver” la línea jurisprudencial resulta conveniente tratar de graficarla. Puesta sobre un gráfico, una línea de jurisprudencia es una pregunta o un problema jurídico bien definido, bajo el cual se abre un espacio abierto de posibles respuestas. Este espacio abierto, con todas las posibles respuestas a la pregunta planteada, es una estrategia conveniente para graficar las soluciones que la jurisprudencia ha dado al problema y para reconocer, si existe, un patrón de desarrollo decisonal. El campo abierto que generan las dos respuestas extremas posibles hace que la línea sea, en sus extremos, *bipolar*. (López Medina, 2012)

	 S. 04 Abr. 2002 13606 S. 12 May. 2011 20665 S. 26 May. 2011 18895 S. 21 Mar. 2012 40455 S. 17 Oct. 2013 23354 S. 27 Feb. 2014 S. 28 Ago. 2014	soportar la privación (ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas)
--	---	---

Ahora bien es claro que la posición del Consejo de Estado no ha sido uniforme, esta posición garantista que está tomando el Consejo de Estado es favorable a las personas que lamentablemente sufren una ruptura ante las cargas públicas, debiendo soportar cargas que no deberían, generándoles un daño, que debe ser resarcido a cargo del Estado⁶⁵.

⁶⁵ Como se concluye de la posición Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 2 de mayo de 2007, Exp. 15463, a medida que avanza la legislación, se le brindan mayores y efectivas herramientas a quienes han padecido privaciones injustas de la libertad, a fin de que el daño que han padecido producto de las mismas, sea reparado de manera más equitativa, dicha tesis, en el entendido de que la precitada sentencia estableció que *“En relación con la aplicabilidad al caso materia de examen, del referido artículo 414 del Decreto ley 2700 de 1991, como se ha dicho, la misma puede entenderse procedente por la potísima razón de que la medida de aseguramiento fue dictada en plena vigencia de la norma en cuestión, la cual habría de regir, por tanto, con efecto retrospectivo, para las situaciones jurídicas surgidas durante la época en la cual estuvo en vigor el precepto anotado, independientemente de que éste hubiere sido derogado mientras transcurría el período de pervivencia en el tiempo de dichas situaciones jurídicas, como ocurrió en el supuesto sub examine. Empero, también podría fundadamente sostenerse que el presente asunto debería*

Sin embargo esta posición garantista del Consejo de Estado no es proporcional con la tasación de los perjuicios que resarcan el daño ocasionado por la privación injusta de la libertad, en el entendido que, en aras de unificar los criterios y ser más sistemáticos, los Magistrados del Consejo de Estado han hecho uso de graficas con fórmulas matemáticas en rangos de tiempo, sin observar con detenimiento la integralidad de la situación individual, la de sus familiares, rangos de edad, entre otros.

Por lo anterior, es indispensable establecer un sistema proporcional para que las personas privadas injustamente de la libertad puedan recibir una indemnización acorde a la realidad procesal, aunque esto implique sacrificar principios como la economía procesal o la celeridad al dejar de lado las tablas.

ser resuelto al amparo de lo establecido por la Ley 270 de 1996, en virtud del principio enunciado en el artículo 2° de la Ley 153 de 1887, de acuerdo con el cual la ley posterior en el tiempo prefiere, en su aplicación, a la anterior. Consecuencialmente, podría entenderse que el criterio que permite zanjar el asunto es el de la temporalidad, de acuerdo con el cual, como ya se ha dicho, procede resolver el caso con fundamento en la regulación contenida en la ley posterior, de suerte que el sub lite habría de fallarse a la luz de lo previsto por las disposiciones pertinentes de la Ley 270 de 1996. Esta Ley, por lo demás, tiene el carácter de Estatutaria, circunstancia que, desde el punto de vista de jerarquía normativa, también puede hacerla prevalecer en relación con el Decreto Ley 2700 de 1991, a lo cual se añaden las consideraciones de que bajo la vigencia de la nueva normatividad se formuló la demanda correspondiente, bajo el vigor de la misma se ha adelantado el juicio de responsabilidad en contra del Estado y, más importante aún, bajo la vigencia de la ley estatutaria se sucedieron en buena medida los hechos que sirven de fundamento a la demanda y bajo su imperio tuvo ocurrencia la consolidación del perjuicio cuya reparación se depreca” desde mi parecer todos estos planteamientos, se han venido trabajando, como ya se anotó, sobre las bases del Decreto 2700 de 1991, no obstante que la Ley Estatutaria de Administración de Justicia tenga ya diez años de vida jurídica, en razón a que el alto tribunal actualmente continúa resolviendo procesos que tienen su origen en hechos acaecidos en vigencia del antiguo Código de Procedimiento Penal, son los últimos pronunciamientos del máximo ente de lo contencioso administrativo los que se han ocupado de hacer entrar a pequeños empujoncitos la Ley Estatutaria de Administración de Justicia al campo de la jurisprudencia nacional, atendiendo a su jerarquía y al hecho de que ésta ley desarrolla el postulado más importante en materia de responsabilidad estatal introducido por la Constitución Política de 1991.

IV. INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO INMATERIAL EN LA JURISPRUDENCIA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

Para establecer la indemnización del perjuicio inmaterial en la jurisprudencia de la jurisdicción contencioso administrativa, se requiere tener un conocimiento, si quiera sumario, del contexto de perjuicios inmateriales a personas privadas injustamente de su libertad, por medio de orden de autoridad competente.

El perjuicio es un elemento que surge a partir de la generación de un daño, es consecuencia de éste, toda vez que para que exista un perjuicio es necesario que exista un daño anterior, “...El perjuicio, según lo expresa la Sección Tercera del Consejo de Estado, no consiste en la lesión en sí misma, “sino en las consecuencias que, en razón de ella, se producen en la vida de relación de quien la sufre” (Henao & Ospina Garzón, La Responsabilidad Extracontractual del Estado, 2015)

De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado las Características del perjuicio son: En primer lugar, debe ser cierto o determinado: presente y futuro cierto, porque existe y se proyecta inclusive, al futuro. En segundo lugar, particular, es decir, dirigido a las personas que solicitan reparación. En tercer lugar, anormal: por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio, y por último, protegido jurídicamente, esto en razón a que recae sobre bienes legítimos de las personas humanas demandantes”⁶⁶ (Henao & Ospina Garzón, La Responsabilidad Extracontractual del Estado, 2015)

Diferentes Doctrinantes han mencionado una serie de características de los perjuicios, la aquí citada es la establecida por el Consejo de Estado; empero, Gustavo Quintero Navas establece que los perjuicios se caracterizan por ser: cierto (ya sea futuro o eventual) y directo.⁶⁷

⁶⁶ Respecto de la Certeza del Perjuicio, este se ha relacionado con el deber de verificar su subsistencia, es decir, que no se haya reparado, este asunto ha sido manejado desde lo que se conoce como la *Compensatio Lucri Cum Damno*, para lo que se considera necesario determinar plenamente la causa que justifica el beneficio, que se presenta cuando un sujeto distinto del deudor responsable le paga a la víctima del daño. (Henao & Ospina Garzón, La Responsabilidad Extracontractual del Estado, 2015)

⁶⁷ Gustavo Quintero Navas explica las características de perjuicio así:

Los perjuicios se clasifican, en virtud de la ley y desarrollo jurisprudencial, generalmente en perjuicios materiales e inmateriales, para efectos de la indemnización, definiciones que se tratarán en breve para contextualizar el tema objeto de estudio.

Los *perjuicios materiales* son aquellos que atentan contra bienes o intereses de tipo económico, esto es, que pueden ser medidos en dinero, en Colombia, a la luz de los artículos 1613 y 1614 del Código Civil, se estableció una clasificación entre daño emergente y lucro cesante. (Henaó, 1998)⁶⁸ Esta forma es la que se ha adoptado dentro del ordenamiento jurídico

“Perjuicio Futuro: El derecho colombiano reconoce el carácter cierto del perjuicio futuro siguiendo una jurisprudencia constante. El Consejo de Estado, basado en la posición de la Corte Suprema, deja a cargo del actor el deber de probar que el daño se producirá con toda seguridad: “la reparación de un daño producido por una herida que conlleva una licencia por enfermedad, debe incluir los gastos de los cuidados médicos, la pérdida económica de la víctima durante este periodo y, si hay secuelas permanentes, el daño futuro. El perjuicio futuro debe “aparecer como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual y como siendo susceptible de estimación inmediata. El Consejo de Estado acepta también como cierto el perjuicio futuro que proviene “de los cambios y de las adaptaciones de la prótesis que un niño necesitará más adelante en su vida”. Lo mismo ocurre en relación con la incapacidad de trabajar de un menor, la cual comenzara a indemnizarse al momento de llegar a su mayoría de edad y hasta su vida probable. **Perjuicio Eventual:** el juez de la responsabilidad considera que son eventuales, por ejemplo, los perjuicios respecto de cuya realidad el actor no ha aportado pruebas suficientes o porque los hechos invocados son inexactos o, aun, porque el daño no ha sido definido o, en fin, porque la ayuda económica que dan los hijos a los padres no constituye una certeza. La situación del actor no deja de incidir en el carácter cierto del perjuicio. Así, en caso de daño causado a la integridad física o moral de la persona o de daños causados a sus bienes, el carácter personal del daño afecta fundamentalmente a la víctima directa, lo que no impide que los actores puedan también ser víctimas por “rebote” o herederos. El juez colombiano - inspirado en el autor italiano Adriano de Cupis- estableció una presunción en favor de las víctimas por rebote según el vínculo de parentesco con la víctima directa. **Carácter Directo del Perjuicio:** la falta de exigencia de un vínculo directo entre el hecho y el daño se traduce en la adopción de terminologías disímiles. Sin embargo, la jurisprudencia utiliza, para ciertos casos, la teoría de la equivalencia de las condiciones y, para otros, la teoría de la causalidad adecuada. Pero el juez puede también, dentro de un mismo caso, de una parte, negar, siguiendo la teoría de la causalidad adecuada, la existencia de un vínculo de causalidad entre el hecho dañoso (el olvido, por parte de un médico, de pinzas dentro del vientre de un paciente) y los perjuicios materiales sufridos por la víctima y, de otro lado, aceptar los perjuicios morales según la teoría de la equivalencia de condiciones” (Quintero Navas)

⁶⁸ Código Civil artículos 1613 y 1614 “*ARTICULO 1613. INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse*

colombiano como consecuencia de la positivización de estos conceptos a través del Código Civil Colombiano.

En lo que tiene que ver con el *daño emergente*, se trata del valor monetario del bien o del interés jurídico lesionado. El daño emergente existe cuando un bien económico ya sea dinero, cosas o servicios salió o saldrá del patrimonio de la víctima. (Quintero Navas) (Henao, 1998)

El daño emergente genera un *desembolso* que puede ser presente o futuro, una salida del patrimonio como consecuencia del daño, es decir, si el objeto del daño es un interés actual respecto de un bien que ya le corresponde a una determinada persona en el momento en el que el daño se ha ocasionado se configura un daño emergente. (Mancipe Gonzalez, 2005)

En el mismo sentido, otro de las modalidades existentes dentro de la categoría de perjuicios materiales es la de *lucro cesante* el cual es entendido como la ganancia o provecho que se deja de percibir como consecuencia del daño antijurídico receptado, es la pérdida real por el *no ingreso* de un valor sobre el cual se tenía certeza que ingresaría al patrimonio de quien sufre el daño. (Henao & Ospina Garzón, La Responsabilidad Extracontractual del Estado, 2015)⁶⁹

Por otra parte, encontramos los *perjuicios inmateriales*, otra categoría que hace parte de la tipología de los perjuicios; desde su reconocimiento ha presentado diferentes dificultades dada

cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúense los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente.

ARTICULO 1614. DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE. *Entiéndase por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento”*

⁶⁹ Otra definición respecto del lucro cesante es la dada por Tamayo Jaramillo así “ *el lucro cesante aparece cuando un bien económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos, no ingreso ni ingresará en el patrimonio de la víctima*” (Tamayo Jaramillo, 1999)

su complejidad al momento de determinar qué es un perjuicio moral y cómo se puede establecer con certeza su antijuridicidad y el grado de afectación.

En el caso de estos perjuicios, los bienes contra los cuales se dirige una conducta o que sufren un daño no tienen carácter económico y no pueden ser cuantificables en dinero, sin embargo, en la medida que son puestos en riesgo y vulnerados se presenta la necesidad de garantizar su reparación.⁷⁰

El perjuicio moral es un concepto 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 colectivo”* (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, 2014),⁷¹

⁷⁰ Mancipe González, hace una importante y muy útil compilación referidas a las distintas definiciones que han dado algunos doctrinantes al momento de definir el perjuicio moral así:

“El impacto o sufrimiento psíquico o espiritual producido por la agresión directa de bienes materiales o bien al acervo extrapatrimonial o de la personalidad”, “Daño moral es una alteración de la Homeostasis”. “El sentimiento depresivo que domina a la persona al contemplar su propia situación, de las personas de su afecto, amargura y anonadamiento ante la pérdida de los seres queridos, por causa de sus sufrimientos físicos y morales, derivados de la invalidez propia, de desfiguraciones físicas, de merma de las consideraciones ajenas”, “El que experimenta la propia víctima o bien sus allegados, ya que afecta la esfera de lo puramente subjetivo, el “acervo espiritual de la persona”, “Los daños morales son esos dolores, padecimientos, etc., que pueden presentarse solamente como secuela de los daños infligidos a la persona. Que no son entonces daños propiamente dichos, y que por otra parte, constituyen un sacrificio de intereses puramente morales, que justifican una extensión del resarcimiento, esta vez con función principalmente satisfactoria” (Mancipe González, 2005)

⁷¹ El perjuicio Inmaterial conceptualmente hablando a letras de Henao *“es compensatorio, en el sentido que mediante el bien equivalente del dinero, o, de cualquier otra manera a petición razonable de la víctima o por decisión del juez, se otorga a aquella un bien que le ayuda a aliviar su pena, sin que sea relevante que la indemnización sea o no dineraria,...es decir un bien que le ayude a mitigar su pena”* (Henao, El Daño - Análisis Comparativo de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés, 1998)

Se conocen también como perjuicios extrapatrimoniales y su reconocimiento está dado desde la Sentencia de 21 de Julio de 1922⁷² de la Sala de Casación Civil (Mancipe Gonzalez, 2005) en donde se reconoció la indemnización de perjuicios inmateriales⁷³, para lo cual sostuvo en esa ocasión que los artículos 2341 y 2353 no limitaban la indemnización a los perjuicios que se generaban como consecuencia de la lesión patrimonial. (Henao & Ospina Garzón, 2015)⁷⁴

Posteriormente, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 23 de Abril de 1941, complementa su posición en relación con los perjuicios inmateriales, a través del reconocimiento de dos subcategorías: En primer lugar, el daño moral subjetivo, el cual podía dirigirse en contra del patrimonio moral o al patrimonio social (entendido como el buen nombre y la reputación). Y, en segundo lugar, el daño moral objetivado, en el cual se tienen en cuenta las diferentes

⁷² Sentencia con ponencia del Dr. Tancredo Nannetti, El caso mencionado es conocido por la doctrina como el caso Villaveces a través del cual se resolvió un recurso de casación en el cual el demandante León Villaveces, demandó a la ciudad de Bogotá con el fin que se le condenara a devolver los restos de su esposa, los cuales fueron exhumados y depositados en una fosa común, sin su autorización, y adicionalmente se obligara al demandante a reparar los perjuicios ocasionados como consecuencia de la mencionada situación (Mancipe González, 2005)

⁷³ Las dificultades al momento de determinar la existencia de los perjuicios inmateriales en palabras de Orión Álvarez y Martínez Rodríguez genera un conflicto dado que *“La mayor polémica en torno al reconocimiento de los perjuicios inmateriales surge de la dificultad de aportar una prueba sobre la existencia y la medida de su cuantificación, ya que al tratarse de afecciones que consisten en sufrimientos y padecimientos propios del fuero interno del individuo, se torna complicada su demostración, sin embargo, puede decirse que dicha dificultad no lo hace imposible, incluso algún sector de la doctrina, como Adriano de Cupis, considera que “a veces es evidente la existencia del daño consistente en el dolor moral. Y además que el daño no patrimonial no se agota en el dolor, ya que en su más amplia acepción, como lesión de un interés personal no patrimonial, está íntimamente ligado a la violación del derecho de la personalidad en forma y manera tal que la prueba de su violación contiene en sí la prueba de su existencia”* (Álvarez Pérez & Martínez Rodríguez, 2013)

⁷⁴ En la mencionada Sentencia, la Sala de Casación menciona que *“Tanto puede dañar a un individuo menoscabando su hacienda, como infiriéndole ofensa en su honra o en su dignidad personal o molestia por obra de malicia o negligencia en el agente. En el caso que se estudia, al demandante Villaveces por el sólo hecho de la extracción indebida de los restos de su esposa, que él tenía depositados en una bóveda de su propiedad, se le infirió por culpa de los empleados del municipio un daño moral que debe ser reparado, a la luz de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil... Este artículo extiende la reparación a todo daño inferido a una persona por malicia o negligencia de otra, de manera que no puede limitarse su ordenamiento únicamente al daño patrimonial, o sea en lo que mira el derecho de propiedad respecto de los bienes pecuniarios, ya que ese derecho es sólo parte del conjunto de los elementos que integran la persona humana”*

consecuencias de tipo económico que se generan a raíz de la lesión de un bien de la personalidad. (Henao & Ospina Garzón, La Responsabilidad Extracontractual del Estado, 2015)

La existencia de un perjuicio se da en el entendido que se presenta un daño, es decir cuando se hace referencia a los perjuicios se debe entender que lo antecede un daño. A partir de esta afirmación, a continuación se abordará el tema del daño, realizando especial énfasis en el daño moral.

Según la Real Academia Española, se define como el “efecto de dañar o delito consistente en causar daños de manera deliberada en la propiedad ajena”, de acuerdo con esto, el concepto tiene una connotación negativa que implica que algo dejó de permanecer en su estado normal como consecuencia de una interferencia que genera el menoscabo de una situación, objeto o derecho dependiendo del caso concreto.

Ahora bien, para el caso que nos ocupa el daño al cual se hará referencia a lo largo de este documento es al daño antijurídico, el cual implica que se vulnera un bien jurídicamente protegido, un derecho en cabeza de uno o varios sujetos, y que no tienen el deber de soportar.⁷⁵

En relación con el daño existen dos posiciones al respecto: la primera según la cual, el daño es un fenómeno natural el cual a la postre tiene como consecuencia la pérdida,

⁷⁵ El concepto de Daño Antijurídico *“fue desarrollado principalmente por la doctrina española y como lo anota Tomás Ramón Fernández “fue el producto puro y simple de la audacia de un grupo de jóvenes administrativistas que entonces empezaban su carrera académica en el seno de la sección de Administración Pública del Instituto de Estudios Políticos, a la que el gobierno de entonces encargó la elaboración de un anteproyecto de Ley de Expropiación Forzosa. A dos de ellos, los profesores Garrido Falla y González Pérez ... A un tercero, que asumió como ponente el protagonismo principal en la elaboración del citado anteproyecto de ley, el profesor García de Enterría.”*⁵⁹ Por esta razón se sostiene que doctrinariamente el concepto de daño antijurídico se le debe al profesor García de Enterría, el cual como ya se dijo, en su libro *“Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa”* define la lesión (la cual considera diferente al perjuicio, pues este es un concepto económico o material, al paso que la lesión sería el perjuicio antijurídico que es un concepto jurídico) como aquel *“que el titular del patrimonio considerado no tiene el deber jurídico de soportarlo, aunque el agente que lo ocasione obre él mismo con toda litud”* (Irisarri Boada, 2000)

disminución o menoscabo sufrido por un sujeto de derecho. Por otra parte, está la concepción dentro de la cual el daño es un hecho jurídico, el cual debe evitarse o repararse de acuerdo con las exigencias dadas por el ordenamiento jurídico, de forma tal que no todas las lesiones a los intereses patrimoniales o extrapatrimoniales implican la intervención del Estado, pues es necesaria una calificación jurídica. (Rueda Prada, 2015)

La importancia del daño está dada en la medida que constituye un elemento indispensable para la existencia de la responsabilidad, habida cuenta que es la razón de ser de la misma, es el primer elemento que se debe considerar cuando se habla de responsabilidad, es a partir de éste que se genera la necesidad de una reparación, y su ausencia fundaría la imposibilidad real de un estudio respecto de la responsabilidad. (Henao, El Daño - Análisis Comparativo de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés, 1998)

Algunos tratadistas como Saavedra Becerra han expresado respecto del daño:

“...es sinónimo de perjuicio, como lo ha expresado la jurisprudencia del consejo de estado. Sin embargo, el tratadista Jean Paul Benoît, ha señalado desde la perspectiva del derecho administrativo que “... el daño es un hecho; es toda una afrenta a la integridad de una cosa, de una persona, de una actividad o de una situación, el perjuicio lo constituye el conjunto de elementos que aparece como las diversas consecuencias que se derivan del daño para la víctima del mismo. Mientras el daño es un hecho que constata, el perjuicio, es al contrario una noción subjetiva apreciada en relación con una persona determinada”

En Colombia, el Consejo de Estado en Sentencia del 7 de Marzo de 2012 definió el daño antijurídico como sigue:

“entidad jurídica que requiere para su configuración de dos ingredientes: i) uno material o sustancial, que representa el núcleo interior y que consiste en el hecho o fenómeno físico o material (v.gr. la desaparición de una persona, la muerte, la lesión, etc.) y ii) otro formal que proviene de la norma jurídica, en nuestro caso de la disposición constitucional mencionada. En este orden, el daño antijurídico no puede ser entendido como un concepto puramente óntico, al

imbricarse en su estructuración un elemento factico y uno jurídico se transforma para convertirse en una institución deontológica...”⁷⁶

El concepto de daño antijurídico ha sido ampliamente discutido por la doctrina, no existe una definición estandarizada al respecto, pero sí se puede identificar una serie de elementos comunes dentro de las existentes. Por ejemplo, la Corte Constitucional colombiana, entiende el daño antijurídico como un concepto constitucional parcialmente indeterminado, frente a lo cual los alcances del mismo serán determinados por el legislador, es decir que tiene cierto carácter indefinido, por esta razón el daño antijurídico pierde en cierto sentido su especificidad.⁷⁷ (Saavedra Becerra, La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública, 2008)

Este concepto según lo explica Rueda Prada nace con la Constitución de 1991, si bien jurisprudencialmente ya existían varias menciones al respecto, no fue sino con la actual Carta Política que fue incorporado. Esta situación tiene fundamento en que

“...con la Constitución de 1991 y su posterior depuración jurisprudencial, la responsabilidad patrimonial del Estado se basa en el daño antijurídico, como “un daño no contemplado por la Ley como carga pública que todo particular deba soportar”, lo cual significa que el daño será calificado en cada caso por el juez, de cara a lo que exige el ordenamiento sin importar el análisis de culpabilidad alrededor de quien ocasionó el daño. Lo que importará será determinar si había o no deber jurídico de soportar el mismo... de ahí la definición tan significativa de antijuridicidad del daño que da Adriano DE CUPIS al afirmar que “lo que el derecho tutela, el daño vulnera”, lo cual se traduce en que el daño será antijurídico no por violación a una norma positiva

⁷⁶ Definición de **Óntico** según la Real Academia Española: “*lo que es, el ser, En el pensamiento de Heidegger, filósofo alemán del siglo XX, referente a los entes, a diferencia de ontológico, que se refiere al ser de los entes.* Definición de **Deontológico** según la RAE: “*Parte de la ética que trata de los deberes, especialmente de los que rigen una actividad profesional. 2. f. Conjunto de deberes relacionados con el ejercicio de una determinada profesión*”

⁷⁷ Respecto del daño, La Corte Constitucional resalta “el daño antijurídico como fundamento del deber de reparación por parte del Estado, “armoniza con los principios y valores del Estado Social de Derecho dado que al ente estatal le corresponde la salvaguarda de los derechos de los administrados frente a la administración” (González Noriega, 2009)

sino porque la persona que lo padece no está en obligación de soportarlo”
(Rueda Prada, 2015)

En concordancia con lo anterior, se ve la particular importancia del daño antijurídico para determinar la responsabilidad existente en determinado caso, ya que es partir de este, que se puede posteriormente determinar la existencia de un perjuicio.

Es así como, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 4 de Abril de 1962 estableció una serie de consecuencias producto del daño que se pueda generar sobre una persona: *daño a la vida de relación, pretium doloris y daño patrimonial*. (Henao & Ospina Garzón, La Responsabilidad Extracontractual del Estado, 2015) Y finalmente, dentro de ese proceso esclarecedor de lo que se tiene como perjuicio inmaterial, en sentencia 7428 del 6 de Mayo de 1993 se reconocieron otras categorías de perjuicio extrapatrimonial, para llegar a lo que actualmente se conoce dentro del ordenamiento jurídico como los tipos de perjuicios inmateriales los cuales son: perjuicio moral, daños a bienes constitucionales y convencionales y daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico), derivado de una lesión corporal o psicofísica. (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, 2014)

El Consejo de Estado reconoció en Sentencia 11842 del 19 de Julio de 2000 el daño a la vida de relación definida como “aquella afectación que puede tener causa en cualquier hecho con virtualidad para provocar una alteración de la vida de relación de las personas, como una acusación calumniosa o injuriosa, la discusión del derecho al uso del propio nombre o la utilización de este por otra persona, o sufrimiento muy intenso, que, dada su gravedad, modifique el comportamiento social de quien lo padece, como podría suceder en aquellos casos en el que la muerte de un ser querido afecta profundamente la vida familiar y social de una persona.”

De igual forma en Sentencia del 15 de Agosto de 2007 la misma corporación explicó lo concerniente a la alteración de condiciones de existencia así:

“...es un rubro del daño inmaterial - que resulta ser plenamente compatible con el reconocimiento del daño moral-, que, desde luego, debe

acreditarse en el curso del proceso por quien lo alega y que no se produce por cualquier variación menor, natural o normal de las condiciones de existencia, sino que, por el contrario, solamente se verifica cuando se presenta una alteración anormal y, por supuesto, negativa de tales condiciones. En otras palabras, para que sea jurídicamente relevante en materia de responsabilidad estatal, el impacto respecto de las condiciones de existencia previas ha de ser grave, drástico, evidentemente extraordinario”.

Respecto del daño inmaterial por afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados se reconocerá su afectación, en la medida que se acredite dentro del proceso su existencia y se determine claramente su reparación integral. Dentro de este concepto sobresale la compensación a través de *medidas reparatorias no indemnizatorias* a favor de la víctima directa y su núcleo familiar cercano conformado por: cónyuge o compañero permanente, parientes hasta el primer grado de consanguinidad – de acuerdo con las relaciones de solidaridad y afecto que se presume existe entre ellos-. (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, 2014)

La jurisprudencia ha dicho con respecto al daño a bienes constitucionales y convencionales en Sentencia de Unificación 32988 de Agosto de 2014 que:

“...es un daño inmaterial que proviene de la vulneración o afectación a derechos contenidos en fuentes normativas diversas: sus causas emanan de vulneraciones o afectaciones a bienes o derechos constitucionales y convencionales. Por lo tanto es una nueva categoría de daño inmaterial. Se trata de vulneraciones o afectaciones relevantes, las cuales producen un efecto dañoso, negativo y antijurídico a bienes o derechos constitucionales y convencionales. Es un daño autónomo: no depende de otras categorías de daños, porque no está condicionado a la configuración de otros tradicionalmente reconocidos, como los perjuicios materiales, el daño a la salud y el daño moral, ni depende del agotamiento previo de otros requisitos, ya que su concreción se realiza mediante presupuestos de configuración propios, que se comprueban o acreditan en cada situación fáctica particular. La vulneración o afectación relevante puede ser temporal o definitiva: los efectos del daño se manifiestan en el tiempo, de acuerdo al grado de intensidad de la afectación, esto es, el impedimento para la víctima directa e indirecta de gozar y disfrutar plena y

legítimamente des sus derechos constitucionales y convencionales” (Sentencia de Unificación, 2014)

Adicionalmente, el daño a la salud, se encuentra en la Sentencia de Unificación del 14 de Septiembre de 2011, Expediente 19301, y se define como *“la afectación corporal o psicofísica, debidamente probada dentro del proceso, relativa a los aspectos o componentes funcionales, biológicos y psíquicos del ser humano”*.

Para determinar el daño a la salud la Jurisdicción consagró que:

“El juez deberá considerar las consecuencias de la enfermedad o accidente que reflejen alteraciones al nivel del comportamiento y desempeño de la persona dentro de su entorno social y cultural que agraven la condición de la víctima. Para estos efectos, de acuerdo con el caso, se considerarán las siguientes variables: - La pérdida o anormalidad de la estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica (temporal o permanente) - La anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental. -La exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones al nivel de un órgano. - La reversibilidad o irreversibilidad de la patología. - La restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria. - Excesos en el desempeño y comportamiento dentro de una actividad normal o rutinaria. - Las limitaciones o impedimentos para el desempeño de un rol determinado. - Los factores sociales, culturales u ocupacionales. - La edad. - El sexo. - Las que tengan relación con la afectación de bienes placenteros, lúdicos y agradables de la víctima. - Las demás que se acrediten dentro del proceso. En casos excepcionales, esto es, cuando existan circunstancias debidamente probadas de una mayor intensidad y gravedad del daño a la salud, podrá otorgarse una indemnización mayor a la señalada en la tabla anterior, sin que en tales casos el monto total de la indemnización por este concepto pueda superar la cuantía equivalente a 400 S.M.L.M.V. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño, con aplicación de las mismas variables referidas”.

Ahora bien, el Consejo de Estado ha desarrollado igualmente el pago de perjuicios, dentro de los daños inmateriales a la afectación del plano psíquico interno del individuo, reflejado en los dolores o padecimientos sufridos a consecuencia de la lesión a un bien.

Este daño tiene existencia autónoma y se configura una vez satisfechos los criterios generales del daño: que sea particular, determinado o determinable, cierto, no eventual y que tenga relación con un bien jurídicamente tutelado, esto es, el daño moral⁷⁸ producto de lesiones puede configurarse tanto en la persona que sufre la lesión, a la que se conoce como víctima directa, como también en sus parientes o personas cercanas, víctimas indirectas.

El concepto de daño moral tiene su origen en la doctrina francesa, sin embargo, también se conoce como daño no patrimonial o daño inmaterial, Baudry-Lacantinerie y Barde, en su *Traité Théorique et Pratique de droit civil* lo define como “ *todo perjuicio que no atenta al individuo en su fortuna o en su cuerpo...el daño comprende: la desconsideración que significa para la persona atacada el resultado del ataque, el dolor causado por la pérdida de una persona querida, los sufrimientos físicos, la pena, las inquietudes que son, a veces, la consecuencia del hecho dañoso* ”⁷⁹ (Pérez Duarte)

En Colombia, el daño moral ha sido reconocido por vía jurisprudencial y solo en años recientes⁸⁰ ha tomado importancia este concepto entendido como aquellos daños:

⁷⁸ Sobre noción de daño moral, consulta sentencia de 10 de julio de 2003, expediente número 14083, Consejera Ponente doctora María Elena Giraldo Gómez. En relación a la configuración del daño moral ver sentencia de 1 de marzo de 2006, expediente número 16205, Consejera Ponente doctora María Elena Giraldo Gómez.

⁷⁹ Su Origen según Zarate Bahamón está “*en la doctrina francesa, debido a la interpretación que se dio al Código Civil Francés de 1382 el cual establecía la reparación del daño sin hacer algún tipo de distinción, concepto que posteriormente fue acogido por la jurisprudencia, tal y como lo señala Domínguez Hidalgo, al citar la traducción de una sentencia citada por VELICIU8, “Sabemos y todos los autores lo dicen que la reparación civil que se les concede a las viudas por muerte de sus maridos es dada para enjugar sus lágrimas y aportarle algunos consuelos en su dolor”, posteriormente (1789) se le dio el nombre de “Domages Morales”, definiéndolo como el dolor sufrido por una persona como consecuencia de un hecho ilícito de que es víctima sin repercusión patrimonial, aunque incorporando una disminución de los atributos o dificultades de quien sufre el daño. En Italia (1865), mediante el artículo 1151 del Código Civil, se acogió la reparación del daño en forma general, sin que la interpretación de la doctrina y la jurisprudencia fueran claras frente a la cobertura del perjuicio moral, debido a que existía una permanente controversia en cuanto al sentido y validez de estos perjuicios, ya que estaban divididas las posiciones doctrinarias en cuanto a la procedencia y la resarcibilidad de los mismos, dejando sujeta la interpretación de la compensación de los perjuicios a la existencia previa de un ilícito*” (Zarate Bahamón, 2011)

⁸⁰ En Colombia el daño moral se dice que es un concepto reciente dado que estos se conocen recientemente entendidos en su concepción restringida de pretium doloris. En por esta razón, que siempre que se tratara

“...que afectan elementos o intereses de difícil estimación pecuniaria porque su contenido queda al margen de lo económico lo que implica que no pueden ser reparados sino de manera convencional a título de compensación sustitutiva pero no equivalente. Para algunos tratadistas, es preferible la denominación francesa de “daños inmateriales. Llámense inmateriales o extrapatrimoniales, estos perjuicios constituyen con mucha frecuencia atentados a la integridad corporal.” (Saavedra Becerra, 2008)

Rueda Prada hace una valiosa compilación de definiciones respecto del daño moral así:

“...el dolor espiritual, sufrimiento, pena, congoja que afecta tanto a la víctima directa del daño como a sus parientes cercanos y terceros damnificados muy próximos a ella. Para Jorge Mosset Iturraspe, el daño moral es la afectación a la homeóstasis espiritual, es decir, es la alteración del equilibrio emocional de la persona ocasionada por un obrar ajeno, que perturba la tranquilidad y el ritmo normal de vida del damnificado produciendo un estado anímico perjudicial. Para Enrique Gil Botero, el daño moral es *“la lesión de los sentimientos, situaciones dolorosas, menoscabo o deterioro de la integridad afectiva o espiritual dentro de determinados límites que no rallen en lo patológico”*. Una definición que está tomando fuerza en la doctrina es aquella según la cual “el daño moral puede definirse como la violación de los derechos inherentes a la personalidad o cualquier otro tipo de afectación en los intereses, aspiraciones, sentimientos o capacidad intelectual, producidos por un acto ilícito”. (Rueda Prada, 2015)

De acuerdo con las anteriores definiciones de perjuicios inmateriales, se identifica un elemento común en lo tratante a la indeterminación concreta y objetiva de lo que constituyen en sí, es por esto que es la jurisprudencia quien debe interpretar, a partir de cada caso concreto, cuando y de qué forma procede la reparación de un daño.

“La responsabilidad no concibe más un cierto fatalismo que la caracterizaba y según el cual, algunas víctimas debían soportar el daño sufrido pues no se

de reparar esta categoría de daños se restringía a la esfera íntima de la persona y a los sentimientos o afectos lo que lleva a entender que “el daño moral configura una típica especie de daño no patrimonial consistente en el quebranto de la interioridad subjetiva de la persona y, estricto sensu, de sus sentimientos y afectos...insustituibles e inherentes a la órbita más íntima del sujeto...por la afectación de otros bienes, derechos o intereses sean de contenido patrimonial o extrapatrimonial” (Mantilla de Valera, 2015)

encontraba una razón válida para poner ese daño en cabeza de un responsable. Como ya se dijo, la sociedad actual no parece tolerar que los perjuicios que se causen queden sin reparación, máxime si esos perjuicios provienen de un encuentro del hombre con la técnica o si tocan un aspecto fundamental de la personalidad, de tal suerte que el régimen general de responsabilidad que cada ordenamiento consagra como derecho positivo viene, a la postre, modelado o adecuado a las necesidades que la sociedad reclama; así, sucede que la jurisprudencia por medio de su trabajo interpretativo se encarga de dar cabida dentro de las normas existentes a todas las situaciones que se puedan considerar como merecedoras de tutela aquiliana. En efecto, se ha puesto de presente, por ejemplo, que una investigación sobre los derechos inviolables y el resarcimiento del daño debe partir de la dimensión casuística, para llegar, una vez hecha la confrontación con los principios que gobiernan el sistema, a la reconstrucción hermenéutica de nuevas reglas en el sistema de normas.” (Cortés, 2009)

Según lo expresado por el autor en cita, la clasificación de los daños a indemnizar, así como la magnitud del perjuicio no puede quedarse simplemente en regulación normativa, sino que compete su desarrollo a la jurisprudencia, por ser ésta la forma de conocer cada caso específico y partir de esa individualidad para verificar los derechos o bienes vulnerados.

En este punto, vale la pena hacer referencia a las reglas de excepción respecto de la indemnización de perjuicios en los casos de daños morales, las cuales fueron consagradas por la jurisdicción contenciosa en la Sentencia de Unificación Jurisprudencial del 28 de Agosto de 2014, así:

“En casos excepcionales, como los de graves violaciones a los derechos humanos, entre otros, podrá otorgarse una indemnización mayor de la señalada en todos los eventos anteriores, cuando existan circunstancias debidamente probadas de una mayor intensidad y gravedad del daño moral sin que en tales casos el monto total de la indemnización pueda superar el triple de los montos indemnizatorios antes señalados. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño”

Estas reglas de excepción, si bien amplían la posibilidad de usar herramientas más favorables al injustamente privado de la libertad dependiendo del caso en concreto, pues sobrepasa los límites establecidos en la tabla consagrada en la Sentencia de agosto del 2014

citada con antelación, no son suficientes para determinar distintas variables importantes al momento de tomar la decisión de tasar los perjuicios correspondientes a favor de la víctima de privación injusta de la libertad, verbigracia.

En conclusión, no constituye objeto de debate jurídico el establecer cuándo una persona ha sido privada injustamente de la libertad. Tampoco presenta inconveniente la tasación de los perjuicios materiales, habida cuenta que i) el *lucro cesante* se reconoce de acuerdo con la demostración de la actividad económica que desempeñaba la víctima de la privación y la remuneración por dicha ocupación; el *daño emergente* se demuestra con la prueba de los gastos en que debió incurrir la persona por causa exclusiva de verse privada de la libertad.

Sin embargo, frente a los perjuicios inmateriales, sean estos, daño moral, daño a la vida de relación, daño fisiológico, alteraciones a las condiciones de existencia o daño a la salud (como los ha denominado la jurisprudencia), no existe una tasación generalizada de los mismos, por el contrario, cada Tribunal evalúa distintas variables y las aplica de manera discriminada, de igual manera lo hace el Consejo de Estado, incluso, se encuentran posiciones disímiles entre despacho y despacho de ambas corporaciones.

Por lo anterior, se hace necesario elaborar un estudio sobre la forma de cuantificar perjuicios no patrimoniales causados a las personas que demostraron haber sido privadas injustamente de la libertad, conocer su evolución y determinar si es posible encontrar una medida razonable para que cada uno de los despachos judiciales competentes la apliquen y se logre indemnizar integralmente a las víctimas de esta vulneración a sus derechos, según cada caso concreto, aplicando, una subjetividad positiva, es decir, aquella que no discrimine individuos, sino que tenga en cuenta sus condiciones y situaciones particulares para favorecerlos con una solución adecuada a su caso.

A. INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS INMATERIALES EN LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD

No existe una teoría unificada sobre la forma como ciertos perjuicios deben ser tasados para efectos de su indemnización, constituye una tarea de intrincado desenlace el buscar un punto medio donde se encuentren teorías que busquen una indemnización integral de las personas que se han visto perjudicadas por actuaciones del Estado, así, como aquél extremo donde es el patrimonio estatal el que pretende ser más resguardado. Para el caso de las personas que han sido privadas injustamente de la libertad, como se verá más adelante, pareciera que es el segundo extremo el que predomina.

Al respecto señala el tratadista Felipe Navia Arroyo:

“...la gran dificultad práctica en materia de daño moral es la de establecer un criterio que permita calcular con exactitud el valor de la indemnización. Algo que, en últimas, es imposible, puesto que los bienes lesionados, por definición, se encuentran por fuera del comercio. Fijarles un valor, así sea aproximado, sería, en cierta forma, volverlos una mercancía, lo cual sería inmoral. El dolor y las lágrimas, se repite, no se pagan. Sin embargo, esta posición extrema equivaldría a decir que derechos de la máxima importancia, como los derechos de la personalidad, quedan desamparados por las leyes civiles. De otro lado, a primera vista, podría pensarse que si se asume una posición demasiado liberal, el resultado sería un desbordamiento, el reconocimiento de sumas impredecibles, con efectos, no sólo en el patrimonio del causante del daño, sino en el funcionamiento de los seguros, básicamente en el cálculo de las primas y, por consiguiente, ello tendría un impacto económico negativo desde el punto de vista colectivo. Ante la disyuntiva de no indemnizar en ningún caso, o de hacerlo en todos, y sin más límites que los de la equidad, buena parte de la doctrina moderna ha buscado restringir las hipótesis de indemnización, principalmente por medio del análisis de la naturaleza jurídica de la indemnización misma.” (NAVIA ARROYO, 2001)

Se aclara que los perjuicios inmateriales no tienen una naturaleza económica, es decir, no se les puede medir en dinero, Juan Carlos Henao ha señalado que:

“...si ubicamos dicha indemnización desde el ámbito de la compensación y no de la restitución del bien afectado, aquella se defiende en el plano conceptual,...es compensatorio, en el sentido que mediante el bien equivalente del dinero, o, de cualquier otra manera a petición razonable de la víctima o por decisión del juez, se otorga a aquella un bien que le ayuda a aliviar su pena, sin que sea relevante que la indemnización sea o no dineraria,...es decir un bien que le ayude a mitigar su pena,...hacer más llevadera la pena y sufrir en las mejores condiciones posibles la alteración emocional producida, y permitir así que cese o se aminore el daño ocasionado” (Henaó & Ospina Garzón, 2015)

A luces del tratadista Renato Scognamiglio, el perjuicio moral se reconoce a los ciudadanos que soportan un daño antijurídico, cuya función no es reparatoria, *contrario sensu*, se enmarca en una función estrictamente satisfactoria del daño causado y que los medios de prueba que para el efecto se alleguen al proceso pueden demostrar su existencia pero no una medida patrimonial exacta frente al dolor, como consecuencia, corresponde al juez tasar discrecionalmente la cuantía, teniendo en cuenta la gravedad del daño causado al demandante. (SCOGNAMIGLIO, 1962)

Es indiscutible que la magnitud del dolor, no puede fijar una tarifa legal probatoria para demostrarlo, toda vez que la Jurisdicción Contenciosa Administrativa admite la libertad probatoria para demostrarlo, lo que indica que los medios de prueba deben demostrar la existencia de la afectación. No obstante lo anterior, en ningún caso constituyen la medida del dolor, razón por la cual, es el Juez en virtud de su *arbitrio iuris*, el encargado de tasar en virtud al principio de discrecionalidad el valor de la reparación.

Ha dicho el Consejo de Estado en sendos pronunciamientos, que respecto de los perjuicios morales el *pretium doloris*⁸¹, se determina conforme al prudente arbitrio de los jueces. Se ha establecido que si bien esa corporación ha señalado pautas a los Tribunales para facilitar la difícil tarea de determinar el perjuicio moral, aquéllas no son obligatorias.

⁸¹ En Sentencia T 169 de 2013, la Corte Constitucional, haciendo referencia al Consejo de Estado señaló que la posición de esa corporación

Para determinar el prudente arbitrio al estimar el monto a indemnizar por perjuicios morales, un Juez debe considerar los presupuestos del artículo 16 de la Ley 446 de 1998, toda vez que, dentro de los procesos contencioso administrativos: *“la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad.”*

En suma, el único sistema para tasar perjuicios morales y para definir las cuantías indemnizatorias reconocidas a los accionantes según la Jurisprudencia del Consejo de Estado, es el arbitrio judicial.

En cuanto a la privación injusta de la libertad, la tesis de la demostración de la cuantía de perjuicios inmateriales, tal y como lo ha deducido la jurisprudencia del Consejo de Estado en casos análogos, señala:

(...) por haber sido la persona que estuvo injustamente privada de la libertad, con todas las incomodidades y sufrimientos que la restricción al mencionado derecho fundamental conlleva, sin que sea necesario aportar pruebas adicionales para acreditarlo, pues así lo enseñan las reglas de la experiencia (...), manifestando al respecto: “...En este punto bueno es recordar que, como lo ha reconocido la Sala, ‘cualquiera que sea la escala de valores que individualmente se defienda, la libertad personal ocupa un lugar de primer orden en una sociedad que se precie de ser justa y democrática’.”⁸²

En relación con la privación injusta de la libertad, tasar sus perjuicios morales es un tanto complicado, en el entendido que la afectación de este derecho comprende una injuria innegable, definitiva e imborrable contra la dignidad humana⁸³, condición inherente y esencial de todo ser humano.

⁸² CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 9 de junio de 2010, expediente 18370, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. 76 CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; Sentencia del 18 de febrero de 2010, Expediente 18.093. Actor: José Apóstol Rondón Muñoz. 77 Sentencia del 4 de diciembre de 2006, expediente No. 13.168. Actor: Audy Forigua

⁸³ Sentencia de la Corte Constitucional T 881 de 2002, Una síntesis de la configuración jurisprudencial del referente o del contenido de la expresión “dignidad humana” como entidad normativa, puede presentarse de dos maneras: a partir de su objeto concreto de protección y a partir de su funcionalidad normativa. Al tener como punto de vista el objeto de protección del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha

Considera Ramírez, (2016) que este flagelo siendo en esa medida innegable el hecho de que la privación de tal derecho incide negativamente y de manera trascendental en el ámbito subjetivo, moral e interno del ciudadano que sin fundamento legal o probatorio suficiente se ve compelido a experimentar el presidio. Refuerza lo dicho una particular circunstancia y es que el sistema penitenciario en nuestro país, como lo ha advertido en no pocas ocasiones la Corte Constitucional, presenta serias deficiencias en materia de salubridad, higiene, alimentación y seguridad, como se anotó Sentencia T-693 de 2007, dando ello lugar a que dicha Corporación haya señalado de manera enfática que *‘La situación carcelaria del país se encuentra en un estado de deterioro lamentable, con ostensible daño a los derechos fundamentales de los reclusos, quienes están obligados a soportar condiciones de vida verdaderamente inhumanas’*. (Corte Constitucional, ST693, 2007)

El Consejo de Estado ha indicado que las reglas de la experiencia indican que la imposición y ejecución de una medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, máxime si se tiene en cuenta que es injusta, sumado al hecho de que ésta no contó con el beneficio de libertad condicional, indiscutiblemente producen en el sujeto pasivo afectado con la medida, un daño moral, por ser evidente que la internación de una persona en un centro carcelario de suyo genera angustia y sufrimiento.

Es así, como la privación injusta de la libertad ocasiona perturbación emocional y desasosiego, en razón de privar a la persona de un derecho fundamental y consustancial al

identificado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, tres lineamientos claros y diferenciados: (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones). De otro lado al tener como punto de vista la funcionalidad, del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado tres lineamientos: (i) la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor. (ii) La dignidad humana entendida como principio constitucional. Y (iii) la dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo.

hombre, como lo es la libertad, genera un perjuicio moral a la víctima directa, el cual se irroga a los familiares y seres cercanos a ésta, para quienes también se presume, conforme a las reglas de la experiencia.

Al respecto de la liquidación de los perjuicios morales, el Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2014, C.P. Enrique Gil Botero, consolidó criterios con la intención de perseguir un trato igualitario referente al reconocimiento y tasación de los perjuicios morales en los lineamientos de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, a partir de una fórmula objetiva para determinar los montos indemnizatorios, en el entendido que, se ha presentado una problemática por la utilización de las diferentes metodologías para la tasación de los perjuicios inmateriales:

En esta sentencia, posición actualmente vigente, estableció que el criterio para la determinación del *quantum* de estos perjuicios es el *arbitrio iuris*, el cual deberá tener en cuenta, en todo caso, los siguientes criterios objetivos. (Los cuales a nuestro parecer tienen un carácter más subjetivo en la medida que se determinan a partir de unas condiciones específicas respecto de cada caso en concreto):

- El tiempo durante el cual se extendió la privación de la libertad,
- Las condiciones en las cuales se hizo efectiva la privación de la libertad. Esto es, si se cumplió a través de reclusión en centro carcelario o detención domiciliaria;
- La gravedad del delito por el cual fue investigado y/o acusado el sindicado;
- La posición y prestigio social de quien fue privado de la libertad.

En la sentencia citada anteriormente también la sala formula las siguientes reglas que sirven como guía en la tasación del perjuicio moral de la víctima directa en escenarios de privación injusta de la libertad:

	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
Reglas para liquidar el perjuicio moral derivado de la privación injusta de la libertad	Víctima 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

Grafica plasmada en Sentencia de Unificación del Consejo de Estado del 28 de Agosto de 2014, tomando a su vez presupuestos de la Sentencia del 28 de agosto de 2013. Expediente: 25022, con la finalidad de que sea aplicada en las sentencias de condena por privación injusta de la libertad.

Si bien es cierto la doctrina ha venido buscando la unificación de criterios objetivos por parte del Consejo de Estado, verbigracia, la posición de Ramiro Saavedra, a nuestro parecer, dichos criterios no se ajustan realmente a la tasación adecuada de unos perjuicios morales sufridos, lo anterior, toda vez que los Jueces se están separando de esta sentencia de unificación, con el argumento del *arbitrio iuris*.

Dichos criterios, un tanto facilistas y sin determinar un criterio adecuado, no pueden tasar de la misma manera a víctimas con diferentes situaciones específicas, ya que la igualdad debe darse entre iguales, como así lo dispone el artículo trece (13) constitucional.

Lo anterior, aunado a que desde nuestro punto de vista, el criterio de tiempo de reclusión, entendido como el tiempo que una persona permanece privado de la libertad injustamente, no puede ser el único criterio para reconocer, liquidar e indemnizar los perjuicios morales, esto sin perjuicio de tomar otras valoraciones en virtud a la discrecionalidad del Juez, espectro que dejó la precitada sentencia abierto.

Antes de la sentencia de Unificación de 2014, el Consejo de Estado, reconocía 5,1 s.m.m.l.v., por cada mes de detención o su proporción

Atendiendo únicamente al factor temporal, el Consejo de Estado ha decidido que “en casos de privación injusta de la libertad y atendiendo únicamente al factor temporal, sin perjuicio de que otras circunstancias concurrentes obliguen a reconocer una cifra más alta’, **se debía reconocer 5,1 s.m.m.l.v., por cada mes de detención o su proporción,** con un límite máximo de 100 s.m.m.l.v.⁸⁴. (SUBRAYADO PROPIO)

En el mismo sentido, en agosto de 2013 fue abandonado el criterio objetivo establecido en la precitada sentencia de julio 26 de 2012 (sobre los 5,1 SMMLV por cada mes de privación injusta de la libertad), pero se espera que este último plasmado en la Sentencia de Unificación del año 2014, sí sea acogido por todos los jueces dado que el criterio objetivo del año 2012 no fue aplicado armónicamente por la Corporación, lo cual viola a todas luces la igualdad material y la coherencia del sistema. (Rueda Prada, 2015)

Es así como se estudiará por medio de grafica de línea jurisprudencial si los jueces excusados en su *arbitrio iuri* asumen la posición del Consejo de Estado, en lo que atañe a los toques máximos para tasar los perjuicios inmateriales en cuanto a la responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad.

⁸⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias del 26 de julio de 2012, Exp.: 24.688, C.P.: Stella Conto Díaz del Castillo; del 28 de febrero de 2013, Exp.: 20.883 y 29.538 acumulados, C.P.: Stella Conto Díaz del Castillo; del 3 de mayo de 2013, Exp.: 29.876, C.P.: Danilo Rojas Betancourth; del 31 de mayo de 2013, Exps.: 25.826 y 28.542, C.P.: Danilo Rojas Betancourth; del 19 de junio de 2013, Exp.: 30.859, C.P.: Danilo Rojas Betancourth; del 29 de julio de 2013, Exp.: 21.564, C.P.: Ramiro de Jesús Pazos.

Problema Jurídico: ¿Al momento de tasar los perjuicios inmateriales por privación injusta de la libertad en la evolución jurisprudencial del Consejo de Estado se guía por criterios preestablecidos o sentencias de unificación en lo relativo al tope máximo, o se basan en la discrecionalidad que los gobierna en virtud del principio de *arbitrio iuris*?

El Consejo de Estado acoge la postura dada por la misma corporación en sentencias de unificación como las Sentencias de Agosto de 2013 y 2014 para establecer tope máximo	S. C 916 de 2002  S. 4 Abr. 2010 (150 s.)   S. 26 Jul. 2012- 24688 (5.1 s/ 1 mes) S. 19 Nov. 2012 (160 s.)   S. 28 Feb. 2013 – 20.833 y 29.538 (5.1 s/ 1 mes)  S. 3 May. 2013 – 29876 (5.1 s/ 1 mes)  S. 31 May. 2013 – 25826 y 28542 (5.1 s/ 1 mes)  S. 19 Jun. 2013 – 30.859 (5.1 s/ 1 mes)  S. 29 Jul. 2013 – 21.564 (5.1 s/ 1 mes)  S. 28 Ago. 2013 – (100 s) S. 2 Sep. 2013 – (250 s)  S. 12 Dic. 2013 - 27252  S. 29 Ene. 2014 – 33806 (200 s)   S. 28 Agosto 2014 (100 s.)  S. 28 Sep. 2015 – 38663 (100 s.)  S. 26 Nov. 2015 – 36390 (100 s.)	El Consejo de Estado basado en su poder discrecional del <i>arbitrio iuris</i>, en relación al monto se aparta de las sentencias de unificación y del precedente sentando su posición.
--	--	---

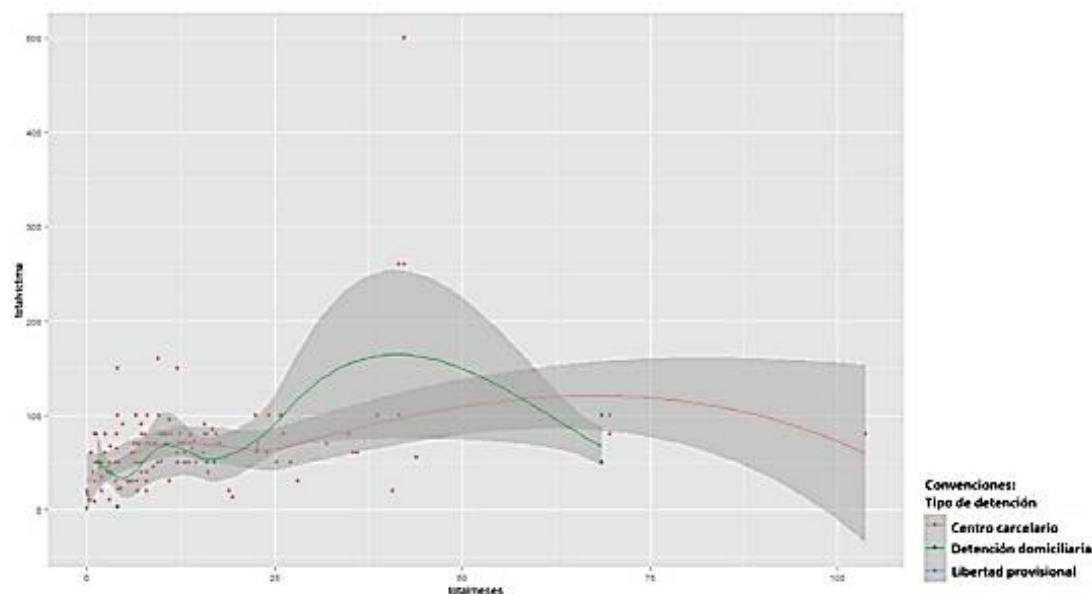
Como se observa no es armónica la apropiación de la tesis de la sujeción al tope máximo propuesto por el Consejo de Estado, como en sentencias de unificación de 28 de agosto de 2014, puede ser, debido a la falta de criterios orientadores concisos que puedan ser acogidos por los operadores judiciales, contrario a ello, los jueces y magistrados se están apartando de la posición establecida, superando los topes máximos.

Es así entonces que se puede ver que aun cuando la jurisprudencia ha establecido una serie de elementos diversos respecto de la tasación de perjuicios, esto no ha sido suficiente, razón por la cual, en los últimos años, ha ido en auge la idea según la cual la valoración de la indemnización de perjuicios morales en los casos de privación injusta de la libertad, es el reflejo de varios problemas que aquejan la Administración de Justicia y de la injusticia, inequidad y regresividad de las decisiones judiciales en el ordenamiento jurídico Colombiano. (Peláez, 2015)

En una investigación reciente publicada por la Revista de Derecho Privado de la Universidad de los andes:

“...se marcaron todos los casos de privación injusta fallados por el Consejo de Estado en el periodo 2008 – 2013. El eje Y corresponde a la tasación de los perjuicios para cada caso y el eje X al número de meses que estuvo privada de la libertad la persona indemnizada. La gráfica, adicionalmente, distingue entre las personas privadas de la libertad en centro carcelario (puntos rojos), las privadas de la libertad en detención domiciliaria (untos verdes) y un caso de libertad provisional (punto azul).”

Gráfica 1. Tendencias en la tasación del daño inmaterial en casos de privación injusta de la libertad



Fuente: (Peláez, 2015)

De acuerdo con la mencionada investigación, la línea roja y verde que se observan en la gráfica, muestran la fluctuación de los datos y el patrón que sigue. A simple vista es posible determinar según concluye la investigación, hay una relación inversamente proporcional entre el tiempo que un sujeto es privado de la libertad frente a la indemnización que recibe como consecuencia de dicha situación, de esto se tiene entonces que, a medida que el tiempo avanza la indemnización disminuye, es ahí que se hace observable la desigualdad y la inequidad de la jurisprudencia respecto del tema.

Este fenómeno, se presenta debido a que la jurisdicción contencioso administrativa a partir de los 18 meses en adelante, trata en un plano de igualdad a las personas que fueron privadas de la libertad 19 meses, así como también, a las que fueron privadas de su libertad por ejemplo 38 meses, el doble de tiempo frente a los primeros.

Por otra parte, destaca la investigación el hecho que las personas que permanecieron privadas injustamente de la libertad en sus domicilios recibieron indemnizaciones superiores frente a las personas que se encontraban en establecimientos de reclusión, esto denota una vez más la injusticia y ambigüedad de la forma de tasar los perjuicios en los mencionados casos por parte del Consejo de Estado. (Peláez, 2015)

Siguiendo la misma línea la investigación, brinda información muy importante en lo que tiene que ver con los Pagos por Privación Injusta de la Libertad, la cual se obtuvo a partir de una muestra en la cual a partir de 50 sentencias del Consejo de Estado que trataban el tema en comento.

	Número de familiares	Total SMMLV víctima indirecta (familiar)	Total SMMLV víctima directa	Total SMMLV familia
Mínimo	1	0	0	0
Mediana	5	36.67	50	128
Mediana	5.66	34.65	62.48	186
Máximo	25	166.67	200	1000

Fuente: (Peláez, 2015)

Según el investigador de los datos anteriormente consignados se pueden interpretar así:

“Lo primero que se observa en la tabla es la gran dispersión de los datos. Hay casos que van desde los 0 smmlv por cada mes que la víctima estuvo privada de la libertad hasta 900 smmlv por cada mes. Dado que hay casos con cifras muy altas, el promedio resultante es igualmente alto (24.31), sobre todo si se lo contrasta con el promedio obtenido por el magistrado en sus cálculos (5.1). Por esta razón, podría ser mejor utilizar una medida de centralidad de los datos que no sea tan sensible a los valores atípicos, como puede ser la mediana. Para estos datos, la mediana es 7.27, que parece ser

un monto más razonable para basar un criterio fundado en lo que tradicionalmente ha otorgado la jurisprudencia”. (Peláez, 2015)

La evolución jurisprudencial, respecto de la indemnización de perjuicios inmateriales en los casos de privación injusta de la libertad, ha enriquecido notablemente el panorama, buscando generar un sistema mas completo y organizado para tal fin. Sin embargo, este esfuerzo no satisface totalmente las nuevas situaciones que se presentan dentro del funcionamiento del aparato estatal y como se pudo determinar, en muchos casos no se tienen en cuenta situaciones particulares, lo que lleva a que se presenten escenarios de desigualdad que vulneran los derechos de los individuos, de ahí la necesidad de plantear un nuevo modelo de tasación de perjuicios inmateriales en los casos de privación injusta de la libertad.

V. HACIA UN NUEVO MODELO DE TASACIÓN DE PERJUICIOS INMATERIALES EN CASOS DE PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD.

I. FALENCIAS DEL MODELO ACTUAL

En relación con el actual modelo de tasación de perjuicios, se observa que si bien se ha avanzado de manera significativa al respecto, se encuentra una necesidad de concretizar estos criterios en los casos de privación injusta de libertad. Lo anterior, debido a que las variables que actualmente se tienen en cuenta a la hora de liquidar los perjuicios que demuestran haber padecido quienes demandan por vía de reparación directa ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, no son suficientes ni acordes con la realidad.

La procedencia de una indemnización radica en lo injusto de la medida, ha señalado el Consejo de Estado que:

“... quien haya sido privado de la libertad de manera preventiva y absuelto en sentencia ejecutoriada o en providencia que disponga la terminación del proceso, tiene derecho a la indemnización de perjuicios que la medida le haya causado, siempre que ésta haya sido injusta, calificación que puede provenir, entre otros eventos, de cuando la medida se profirió desatendiendo las disposiciones que sobre la materia establece la ley o cuando el proceso termine con absolución o su equivalente, porque el hecho no existió, o el sindicado no lo cometió, o el hecho no era constitutivo de delito; o haya sido irrazonable porque el juicio sobre su procedencia según los parámetros de la ley no correspondan con la prueba que obraba en el proceso penal; o injustificada porque aunque se hubiera proferido inicialmente conforme a los parámetros legales, excedió el plazo razonable; o sea desproporcionada su duración en consideración al delito de que se trate; o porque, de acuerdo con las circunstancias específicas del asunto, al margen de la licitud o ilicitud de la decisión que le sirvió de fundamento, el particular que fue objeto de la medida privativa de la libertad no estaba en el deber jurídico de soportarla, conforme se hace evidente como consecuencia de una decisión definitiva de carácter absolutorio”. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 2 de mayo de 2007, Exp. 15463.

A medida que se han venido resolviendo casos relativos a la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, se ha ampliado el ámbito de cobertura de aquellas personas que han visto vulnerados sus bienes jurídicos tutelados con ocasión de la actividad judicial, siempre con observancia del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991. El Consejo de Estado comenzó a realizar una distinción entre lo injusto y lo ilegal de la decisión de privar de la libertad a una persona, y de ello resultó que la primera característica corresponde a lo general y la segunda a lo específico.

No obstante, el derecho que tienen aquellas personas que fueron privadas injustamente de la libertad, las garantías de reparación integral a las cuales aspiran luego de un período, sea corto o muy largo, no son concisas, puesto que no existe una regulación legal al respecto y el avance jurisprudencial en ocasiones se torna ilegible.

Según las reglas de la experiencia, el estar privado de la libertad es una afrenta tan grande al individuo, que cuando quien la comete es un delincuente, se le llama secuestro y en Colombia se castiga con una pena consagrada en el código penal.

Según lo anterior, en sana lógica, si el Estado retiene a una persona, sin que se justifique la medida, es decir, sin que el sujeto tuviera el deber jurídico de soportarlo, debería retribuir de manera justa el sufrimiento que éste padeció. Es sobre ese punto que surge el interrogante ¿Cómo se determina cuándo es una retribución justa?

La tasación de perjuicios ha sido un tema que no permanece estático, las corrientes jurisprudenciales le otorgan movimiento con cada teoría y giro que surge con casos concretos. La determinación del daño inmaterial es el tópico que más ha generado pronunciamientos encontrados y cambios constantes en nombres de los perjuicios, la forma de tasarlos e incluso, en la forma de pagarlos.

Y es que son numerosas las variables que se presentan al momento de determinar qué tanto debe repararse a una persona que estuvo privada injustamente de la libertad. Empero, la

jurisprudencia ha hecho caso omiso de algunas situaciones particulares para optar por condenas basadas en reglas de tres y cálculos matemáticos. El sufrimiento mental, psicológico y físico que se padece en un establecimiento penitenciario únicamente lo conoce quien lo vive y no es posible que una regla de tres (a tantos meses, tantos salarios mínimos), refleje la magnitud del perjuicio.

Tal como la ciencia penal y sus especialidades (criminología, política criminal y derecho penal) realizan estudios casuísticos que permiten establecer las penas que deben pagar quienes comenten determinados delitos, en determinadas circunstancias y contra determinadas personas, sería del caso un estudio de situaciones particulares de seres humanos privados de su libertad por una actuación injusta del Estado.

No se conoce un estudio o siquiera una encuesta hecha a personas que tuvieron que cumplir parte de una pena o a quienes se les impuso una medida de aseguramiento que tardó más de uno o dos años. No se conoce qué calidad de ciudadano era antes de entrar al presidio y qué secuelas le dejó su paso por allí.

En suma, no ha sido posible que se logre desarrollar una política de indemnización a víctimas de la privación injusta de su libertad (porque definitivamente esa es la palabra con la que deberían dirigirse a ellos).

No se trata fomentar extremos: Por un lado no es la idea aumentar las condenas al Estado y que todos los afectados y sus familias reciban grandes sumas de dinero, aunque las medidas de aseguramiento tuvieran origen en indicios graves en su contra, por ejemplo, o que sus antecedentes penales denotaran un prontuario delictivo previo. Tampoco se trataría de darle a todos los damnificados la misma suma o las mismas prerrogativas.

Es menester buscar una medida justa, implementar estudios, incluso con profesionales de la salud, que permitan analizar a cada individuo que padeció la situación ya descrita, su entorno social, sin dejar de lado la tarea probatoria a cargo de quien pretende ser resarcido por el Estado.

Debido a la limitada forma de tasación de perjuicios dentro de la jurisprudencia Colombiana, y dado que lo establecido a través de las decisiones judiciales carece de unidad y certeza, en la medida que desconoce distintas posibilidades respecto de la situación concreta de la víctima de privación injusta de libertad, al crear criterios de cierta forma generalizados, la jurisprudencia está desconociendo distintos elementos que determinarían y cambiarían sustancialmente los perjuicios inmateriales de un determinado caso.

Los criterios establecidos por el ordenamiento jurídico colombiano y, más precisamente, por la jurisprudencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pues hay que tener en cuenta que la indemnización de perjuicios es una figura pretoriana, no pueden ser únicos e inmutables para determinar el monto y características de la indemnización.

Por esta razón, se replantean algunos criterios y se proponen elementos adicionales que pueden fijar tarifas resarcitorias que, incluso, favorecerán los intereses del Estado, puesto que no debe perderse de vista que el dinero con el que se pagan las condenas proviene del pueblo.

A continuación se exponen variables que pueden y deberían ser tenidas en cuenta para estructurar un modelo indemnizatorio en una materia tan delicada como lo es la privación injusta de la libertad, si bien también se desprenden de cálculos matemáticos, son más tangenciales y es la solución que se propone para que la indemnización por la privación injusta de la libertad sea más personal, real, e integral dependiendo los factores de cada persona.

a. INDIVIDUALIZAR LA INDEMNIZACIÓN DE LA VÍCTIMA DIRECTA- CREACIÓN DE PRIMER NIVEL.

El primer criterio que se plantea es individualizar la indemnización que ha de recibir la víctima, si bien en el gráfico de perjuicios morales la víctima directa se encuentra en el *Nivel 1* junto con el cónyuge o compañero(a) permanente y parientes en el primer grado de consanguinidad (hijos y padres), se plantea la idea de crear un nivel exclusivo a la persona que fue privada injustamente de la libertad.

En el entendido que sin perjuicio de la afectación que sufriera el cónyuge o compañero permanente, hijos y padres de la persona privada injustamente de la libertad, esta situación la vive completamente diferente la persona que está detenida, por las experiencias vividas, el tiempo que no puede laborar, estar con su familia,

De lo anterior, se observa que los daños sufridos por la víctima son ostensiblemente superiores frente a los demás, dado que es la víctima quien vive la situación en su máxima expresión, entonces se propone crear un nuevo nivel 1 desplazando los siguientes en la medida correspondiente así:

1. CRITERIO TIEMPO DE RECLUSIÓN						
	Nivel 1	Nivel 2	Nivel 3	Nivel 4	Nivel 5	Nivel 6
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
Termino de privación injusta en meses		75% del Porcentaje de la víctima directa	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	SMLMV
Superior a 18 meses	100	75	50	35	25	15
Superior a 12 e inferior a 18	90	67.5	45	31.5	22.5	13.5
Superior a 9 e inferior a 12	80	60	40	28	20	12
Superior a 6 e inferior a 9	70	52.5	35	24.5	17.5	10.5
Superior a 3 e inferior a 6	50	37.5	25	17.5	12.5	7.5
Superior a 1 e inferior a 3	35	26.25	17.5	12.25	8.75	5.25
Igual e inferior a 1 mes	15	11.25	7.5	5.25	3.75	2.25

Se considera que el límite de 100 SMLMV para la víctima directa, y demás parientes y afectados en la propuesta que se expone puede aumentar considerablemente si logran demostrar, criterios adicionales como la afectación psicológica, o mayor tiempo de reclusión, como se observará en adelante.

Si bien, en este criterio disminuye el monto para parientes cercanos del primer grado de consanguinidad, puede aumentar si logra demostrar afectación psicológica.

b. TIEMPO DE RECLUSIÓN.

Si bien es cierto, en las sentencias de unificación objeto de estudio del presente trabajo especialmente la Sentencia del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2014, ya se analizó el criterio del tiempo de reclusión de la persona privada injustamente de la libertad, incluso es el único criterio que se valora, se propone replantear dicha variable sobre el tiempo de reclusión, en la medida que no se denota una proporción justa respecto al que se establece en relación con una persona que esta privada injustamente de la libertad por un periodo de diecinueve (19) meses, frente a la que se encontró privada de la libertad por un espacio de treinta (30) meses.

Lo anterior en el entendido que para personas que estuvieron privadas injustamente de la libertad por delitos contemplados en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, que recaen sobre niños, niñas y adolescentes, anterior a la Sentencia del 26 de abril de 2016⁸⁵, no se les permitía la libertad por vencimiento de términos, al entenderse esta como un beneficio o subrogado prohibido en virtud al artículo 199 No. 8º de la Ley 1098 de 2006.

Postura que cambió en virtud a dicha sentencia pues la Corte Constitucional señaló que a su juicio el no reconocimiento de la libertad provisional por vencimiento de términos es una

⁸⁵ Sentencia de Tutela de Radicación No. 84957 Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia JHON BREINER OTERO ULCHUR Vs. Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán.

prohibición y vulneración de su derecho fundamental de la libertad para el procesado, toda vez que esta situación no debería enmarcarse como un beneficio o subrogado, sino como un derecho.

Es así como puede ser posible que con antelación a esa sentencia, existieran medidas de aseguramiento superiores a diecinueve (19) meses que deben ser tratadas de modo diferente, por lo injusto y desproporcionado criterio del tiempo.⁸⁶

Es por lo anterior, que se propone continuar la secuencia que dispuso el Consejo de Estado en la pluricitada sentencia de unificación, respecto al número de meses que dura la privación, aumentando seis meses (06), sin que se admita como tope el mes dieciocho (18), puesto que existen casos en los que la privación injusta puede ir hasta el doble de este tiempo o superior; aumentando diez (10) SMLMV por cada seis (06) meses.

⁸⁶ Algunas definiciones de justicia están compiladas por Ponce Esteban así “*Kelsen: por encima del derecho positivo imperfecto creado por el hombre, existe un Derecho natural perfecto (absolutamente justo) establecido por una autoridad divina. Por tanto, el derecho positivo queda justificado y es válido en la medida que corresponde al derecho natural. Hart: los individuos tienen derecho, entre sí a una cierta posición relativa de igualdad o desigualdad... lo que tiene que ser respetado en las vicisitudes de la vida social, cuando hay que distribuir cargas o beneficios. Rawls: cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás, las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que se espere razonablemente que sean ventajosas para todos. Habermas: La justicia no es un valor entre otros, sino un predicado sobre la validez de los enunciados normativos universales que expresan normas morales generales. La justicia es siempre, por tanto, un concepto abstracto que tiene que ver con la igualdad en el sentido Kantiano, ya que una norma válida de justicia “debe sobrevivir a la prueba de universalización que examina que es igualmente bueno para todos. Dworkin: la justicia como equidad descansa sobre el supuesto de un derecho natural de todos los hombres y todas las mujeres a la igualdad de consideración y respeto. Un derecho que poseen no en virtud de su nacimiento, sus características, méritos o excelencias, sino simplemente en cuantos seres humanos con capacidad de hacer planes de administrar justicia. Robert Alexy: para estudiar la justicia, Alexy parte de establecer la diferencia entre los istemas de Derecho Positivistas y los no positivistas. En los primeros sostiene la tesis de la separación y en los segundos la tesis de vinculación. La orientación de Alexy es la de considerar que existe una relación conceptual necesaria entre el Derecho y la moral.” (Ponce Esteban, 2005)*

De esta forma, el tiempo de reclusión continuará siendo un factor importante, pero no el único, a la hora de tasar los perjuicios inmateriales padecidos por la víctima directa y por los familiares que demuestren la afectación.

1. CRITERIO TIEMPO DE RECLUSIÓN						
	Nivel 1	Nivel 2	Nivel 3	Nivel 4	Nivel 5	Nivel 6
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 1º de consanguinidad	Parientes en el 2º de consanguinidad	Parientes en el 3º de consanguinidad	Parientes en el 4º de consanguinidad y afines hasta el 2º	Terceros damnificados
Termino de privación injusta en meses		75% del Porcentaje de la víctima directa	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	SMLMV
Superior a 42 e inferior a 48	140	105	70	49	35	21
Superior a 36 e inferior a 42	130	97.5	65	45.5	32.5	19.5
Superior a 30 e inferior a 36	120	90	60	42	30	18
Superior a 24 e inferior a 30	110	82.5	55	38.5	27.5	16.5
Superior a 18 meses e inferior a 24	100	75	50	35	25	15
Superior a 12 e inferior a 18	90	67.5	45	31.5	22.5	13.5
Superior a 9 e inferior a 12	80	60	40	28	20	12
Superior a 6 e inferior a 9	70	52.5	35	24.5	17.5	10.5
Superior a 3 e inferior a 6	50	37.5	25	17.5	12.5	7.5
Superior a 1 e inferior a 3	35	26.25	17.5	12.25	8.75	5.25
Igual e inferior a 1 mes	15	11.25	7.5	5.25	3.75	2.25

Si la afectación es superior a cuarenta y ocho (48) meses se aumentará diez (10) SMLMV por cada seis (06) meses.

c. EDAD PRODUCTIVA

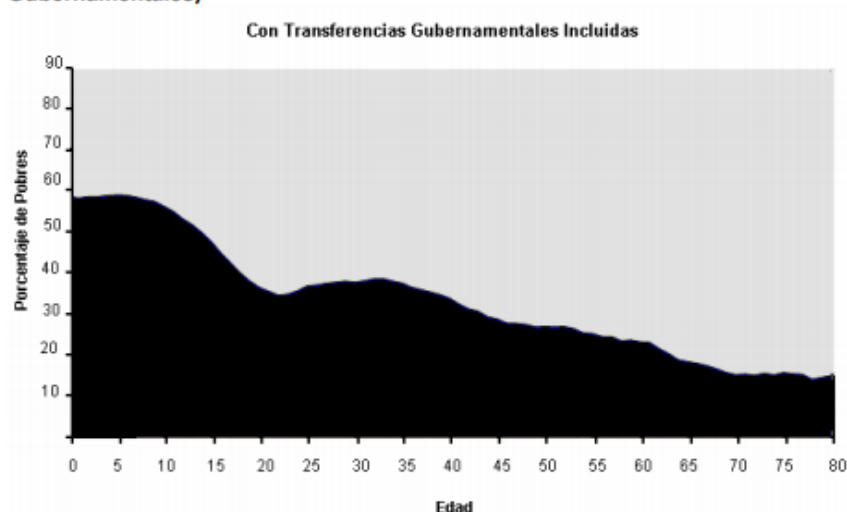
Es de aclarar en un principio que este criterio solo le es aplicable a la víctima directa de la privación injusta de la libertad, no a los parientes o terceros, pues le atañe exclusivamente a la persona privada de la libertad, sin perjuicio de lo que le sea indemnizado por lucro cesante.

En este caso al no existir una cifra cierta sobre la edad productiva, este criterio debe ser analizado de manera conglobada por el operador judicial a su discrecionalidad, tomando como base la edad del privado injusto de la libertad, su posición e ingresos, sin inmiscuirse en lo relacionado al daño emergente ni lucro cesante, para efectos de determinar el grado de su afectación.

Se propone incorporar la edad productiva como un criterio para determinar la tasación de los perjuicios en los casos de privación injusta de la libertad,⁸⁷ esto en la medida que no tiene las mismas características la privación en una persona de dieciocho (18) años cuando apenas está ingresando en el mercado laboral, frente a la misma situación en una persona que se encuentre en el momento más productivo de su vida, diferentes estudios respaldan esta situación, a nivel internacional encontramos la Reunión Sobre Indicadores para el Seguimiento del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento donde se observan lo siguiente:

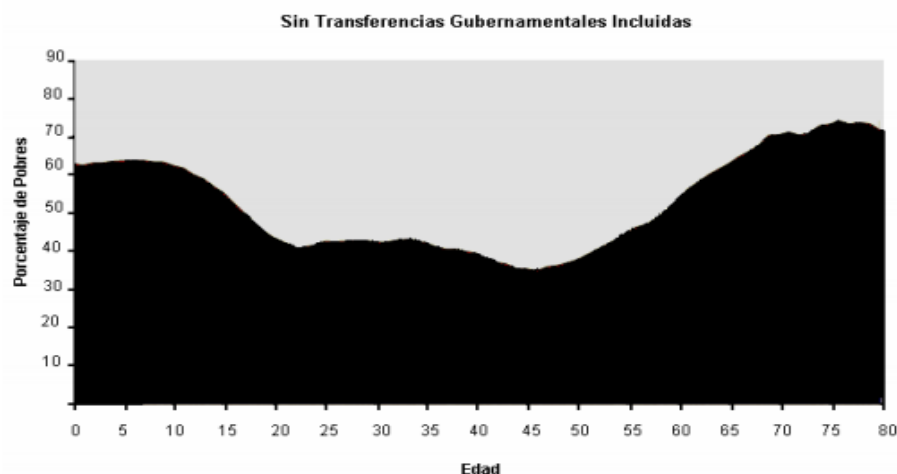
⁸⁷ De acuerdo con la Investigación realizada por Alejandro Peláez en la Revista de Derecho Público: *“Existe mucha variación en la tasación de perjuicios que pueden considerarse similares. Esto puede ser indicio de incongruencias en los razonamientos utilizados para tasar los perjuicios o de diferencias difíciles de definir en cada caso. El problema es que los jueces tienden a no presentar con claridad los criterios que utilizaron para definir el monto a pagar por estos conceptos, lo cual le impide al lector saber si la diferencia entre la tasación de un caso a otro tiene un fundamento racional. Este fenómeno es patente en los casos de privación injusta de la libertad, en los que sería realmente sencillo utilizar un método medianamente objetivo y equitativo, y cualquier desviación debería tener una carga fuerte de argumentación por parte del juez que está tasando el perjuicio”.* (Peláez, 2015)

Gráfico 1
Brasil: Grado de Pobreza a los largo del Ciclo de Vida (Con Transferencias Gubernamentales)



Fuente: Goldani A.M. (2006) Familias e Envelhecimento: Complexidades do "Cuidado". Reunión sobre Indicadores para el seguimiento del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento, Río de Janeiro, Brasil, 24 al 26 de Julio de 2006.

Gráfico 2
Brasil: Grado de Pobreza a los largo del Ciclo de Vida (Sin Transferencias Gubernamentales)



Fuente: Goldani A.M. (2006) Familias e Envelhecimento: Complexidades do "Cuidado". Reunión sobre Indicadores para el seguimiento del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento, Río de Janeiro, Brasil, 24 al 26 de Julio de 2006.

(Comisión Económica para América Latina y el Caribe, CELADE, 2006)

La relevancia de los datos anteriormente consignados, se da en la medida que como se observa la edad en la cual disminuye la pobreza de las personas está dada más o menos entre los

35 a 45 años, lo que sirve para concluir que una persona dentro de ese lapso va a sufrir consecuencias más graves si es víctima de privación injusta de la libertad, frente a una de 18 años y así en las diferentes edades.

Si bien los datos existentes no son concluyentes, se genera la necesidad de realizar una investigación concreta respecto del tema, ya sea con los datos existentes en el Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE, o los recopilados por el Banco Mundial, con el fin de establecer con certeza los valores asignables a los diferentes rangos de edad.

1. CRITERIO TIEMPO DE RECLUSIÓN						
	Nivel 1	Nivel 2	Nivel 3	Nivel 4	Nivel 5	Nivel 6
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
Termino de privación injusta en meses		75% del Porcentaje de la víctima directa	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	SMLMV
Superior a 42 e inferior a 48	140	105	70	49	35	21
Superior a 36 e inferior a 42	130	97.5	65	45.5	32.5	19.5
Superior a 30 e inferior a 36	120	90	60	42	30	18
Superior a 24 e inferior a 30	110	82.5	55	38.5	27.5	16.5
Superior a 18 meses e inferior a 24	100	75	50	35	25	15
Superior a 12 e inferior a 18	90	67.5	45	31.5	22.5	13.5
Superior a 9 e inferior a 12	80	60	40	28	20	12
Superior a 6 e inferior a 9	70	52.5	35	24.5	17.5	10.5

Superior a 3 e inferior a 6	50	37.5	25	17.5	12.5	7.5
Superior a 1 e inferior a 3	35	26.25	17.5	12.25	8.75	5.25
Igual e inferior a 1 mes	15	11.25	7.5	5.25	3.75	2.25

2. EDAD PRODUCTIVA	
	Nivel 1
	Victima directa
	SMLMV
Grado de afectación en relación a la edad productiva de la víctima directa.	1-10

d. VÍCTIMA DE DELITOS

En la misma línea propositiva, se introduce como factor para determinar lo relacionado con el rango de SMLMV otorgados respecto de la indemnización de perjuicios en casos de privación injusta de la libertad, los delitos o vejámenes a los que fue sometido la persona, que pueden ser; las situaciones imprevistas sufridas dentro del lugar de reclusión injusta, ya sean enfermedades o violaciones de algún tipo, usando como herramienta lo establecido en la sentencia de unificación del 14 de Septiembre de 2011, expediente 19031, respecto del Daño a la Salud en lo que tiene que ver con las siguientes variables:

“La pérdida o anormalidad de la estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica (temporal o permanente), la anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental, la exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones al nivel de un órgano, la reversibilidad o irreversibilidad de la patología, la restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria, excesos en el desempeño y comportamiento dentro de una actividad normal o rutinaria, las limitaciones o impedimentos para el desempeño de un rol determinado, los factores sociales, culturales u ocupacionales y las que tengan relación con la afectación de bienes placenteros, lúdicos y agradables de la víctima”.

Durante el periodo de privación injusta de la libertad, la persona puede enfrentar una serie de hechos que hacen aún más gravosa la situación de privación, por tal razón, es necesario establecer unos parámetros que de alguna forma indemnicen, esos acontecimientos que no fueron tenidos en cuenta por el Consejo de Estado para la cuantificación de los perjuicios, y que a son jurídicamente relevantes, dado que afectan directamente a la víctima.

El Juez a su discrecionalidad estudiará los vejámenes o delitos de los cuales fuere víctima el privado injustamente de la libertad; en relación con los delitos dolosos de los cuales fue víctima dentro del Centro de Reclusión, se realizará una ponderación de la pena del delito, la condena del autor del delito, si no existió indemnización por el delito, de lo contrario se estaría indemnizando dos veces el mismo hecho.

1. CRITERIO TIEMPO DE RECLUSIÓN						
	Nivel 1	Nivel 2	Nivel 3	Nivel 4	Nivel 5	Nivel 6
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
Termino de privación injusta en meses		75% del Porcentaje de la víctima directa	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	SMLMV
Superior a 42 e inferior a 48	140	105	70	49	35	21
Superior a 36 e inferior a 42	130	97.5	65	45.5	32.5	19.5
Superior a 30 e inferior a 36	120	90	60	42	30	18
Superior a 24 e inferior a 30	110	82.5	55	38.5	27.5	16.5
Superior a 18 meses e inferior a 24	100	75	50	35	25	15
Superior a 12 e inferior a 18	90	67.5	45	31.5	22.5	13.5

Superior a 9 e inferior a 12	80	60	40	28	20	12
Superior a 6 e inferior a 9	70	52.5	35	24.5	17.5	10.5
Superior a 3 e inferior a 6	50	37.5	25	17.5	12.5	7.5
Superior a 1 e inferior a 3	35	26.25	17.5	12.25	8.75	5.25
Igual e inferior a 1 mes	15	11.25	7.5	5.25	3.75	2.25

2. EDAD PRODUCTIVA

	Nivel 1
	Victima directa
	SMLMV
Grado de afectación en relación a la edad productiva de la víctima directa.	1-10

3. VICTIMA DE DELITO

	Nivel 1
	Victima directa
Delitos dolosos de los cuales fue víctima a causa de la privación injusta	SMLMV
Indemnización integral del Delito	0
Pena del delito condenado (si no fuere indemnizado)	0-10

e. TIPO PENAL

Este criterio está dado desde la sustancia del derecho penal, dado que el ordenamiento a través de la ley penal ha tenido en cuenta el tipo penal para determinar un sinnúmero de situaciones dentro de las cuales podemos hacer referencia por ejemplo, a la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por detención domiciliaria, donde uno de los elementos para determinar la procedencia de dicha institución, es el delito cometido, por cuanto

no se pueden establecer los mismos beneficios para unos delitos que son más graves que otros, de acuerdo con lo establecido por el legislador.

Otro claro ejemplo de la importancia del tipo penal y su relevancia dentro del proceso penal, es lo que hace referencia al peligro para la comunidad por parte de un individuo, lo cual se establece a partir de entre otras cosas, del número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos, sin que se esté atacando ni juzgando doblemente.⁸⁸

A partir de la presente proposición, el tipo de delito por el cual una persona es privada injustamente de la libertad, se constituirá en categoría relevante para determinar la indemnización necesaria a una víctima, debido a que dependiendo del delito endilgado a un sujeto, se generan diferentes consecuencias como mayor grado de reproche social como lo sería en el caso de un delito de abuso sexual el cual tiene mayor repudio por parte del conglomerado frente a lo que tendría una conducta punible de daño en bien ajeno.

Por lo anterior, se propone que se establezca una cuantificación adicional, en términos de salarios mínimos legales mensuales vigentes, teniendo en cuenta el delito por el cual la persona fue privada de la libertad injustamente, para lo cual se acudirá a lo establecido en el Código Penal colombiano vigente Ley 599 de 2000, otorgando una suma comprendida entre 5 a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes, establecidos por el juez, a los individuos privados de la libertad injustamente por los delitos denominados graves consagrados en el artículo 39 de la ley 1474 de 2011 (frente a los cuales no procede sustitución de la detención en establecimiento), los cuales se enuncian a continuación:

Los de competencia de los jueces penales del circuito especializados o quien haga sus veces, Tráfico de migrantes (C. P. artículo 188); Acceso carnal o actos

⁸⁸ De acuerdo con lo consagrado en el artículo 65 de la Ley 1453 de 2011, “Para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad será suficiente la gravedad y modalidad de la conducta punible, además de los fines constitucionales de la detención preventiva. Sin embargo, de acuerdo con el caso, el juez podrá valorar adicionalmente alguna de las siguientes circunstancias: 1. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales. 2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos...”(s.f.t)

sexuales con incapaz de resistir (C. P. artículo 210); Violencia intrafamiliar (C. P. artículo 229); Hurto calificado (C. P. artículo 240); Hurto agravado (C. P. artículo 241, numerales 7, 8, 11, 12 y 15); Estafa agravada (C. P. artículo 247); Uso de documentos falsos relacionados con medios motorizados hurtados (C. P. artículo 291); Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones de uso personal, cuando concurra con el delito de concierto para delinquir (C. P. artículos 340 y 365), o los imputados registren sentencias condenatorias vigentes por los mismos delitos; Fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas (C. P. artículo 366); Fabricación, importación, tráfico, posesión y uso de armas químicas, biológicas y nucleares (C. P. artículo 367); Peculado por apropiación en cuantía superior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales (C. P. artículo 397); Concusión (C. P. artículo 404); Cohecho propio (C. P. artículo 405); Cohecho impropio (C.P. artículo 406); cohecho por dar u ofrecer (C. P. artículo 407); Enriquecimiento Ilícito (C.P. artículo 412); Soborno Transnacional (C.P. artículo 433); Interés Indevido en la Celebración de Contratos (C.P. artículo 409); Contrato sin Cumplimiento de Requisitos Legales (C.P. artículo 410); Tráfico de Influencias (C.P. artículo 411); Receptación repetida, continua (C.P. artículo 447, incisos 1° y 3°); Receptación para ocultar o encubrir el delito de hurto calificado, la receptación para ocultar o encubrir el hurto calificado en concurso con el concierto para delinquir, receptación sobre medio motorizado o sus partes esenciales, o sobre mercancía o combustible que se lleve en ellos (C. P. artículo 447, inciso 2°)".

Lo anterior, teniendo en cuenta que el legislador, estableció esta lista con el fin de clasificar una serie de conductas que revisten mayor gravedad, por lo tanto, presenta un mayor daño para el individuo que fue privado de la libertad injustamente por las conductas anteriormente enunciadas.

El criterio aquí expuesto, está dirigido únicamente a la víctima directa, para lo cual se establece un mínimo de 5 SMLMV y un máximo de 10 SMLMV, el cual se le reconocerá por parte del juez a las personas privadas injustamente de la libertad, por los delitos anteriormente mencionados.

1. CRITERIO TIEMPO DE RECLUSIÓN						
	Nivel 1	Nivel 2	Nivel 3	Nivel 4	Nivel 5	Nivel 6
Reglas para liquidar el perjuicio moral	Víctima directa	Cónyuge o compañero (a) permanente y	Parientes en el 2° de consanguinidad	Parientes en el 3° de consanguinidad	Parientes en el 4° de consanguinidad	Terceros damnificados

derivado de la privación injusta de la libertad		parientes en el 1° de consanguinidad			y afines hasta el 2°	
Termino de privación injusta en meses		75% del Porcentaje de la víctima directa	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	SMLMV
Superior a 42 e inferior a 48	140	105	70	49	35	21
Superior a 36 e inferior a 42	130	97.5	65	45.5	32.5	19.5
Superior a 30 e inferior a 36	120	90	60	42	30	18
Superior a 24 e inferior a 30	110	82.5	55	38.5	27.5	16.5
Superior a 18 meses e inferior a 24	100	75	50	35	25	15
Superior a 12 e inferior a 18	90	67.5	45	31.5	22.5	13.5
Superior a 9 e inferior a 12	80	60	40	28	20	12
Superior a 6 e inferior a 9	70	52.5	35	24.5	17.5	10.5
Superior a 3 e inferior a 6	50	37.5	25	17.5	12.5	7.5
Superior a 1 e inferior a 3	35	26.25	17.5	12.25	8.75	5.25
Igual e inferior a 1 mes	15	11.25	7.5	5.25	3.75	2.25
2. EDAD PRODUCTIVA				3. TIPO PENAL		
	Nivel 1			Nivel 1		
	Victima directa			Victima directa		
	SMLMV			SMLMV		
Grado de afectación en relación a la edad productiva y posición de la víctima directa.	1-10		Privados de la libertad injustamente por los delitos consagrados en		5 - 10	

		el artículo 39 de la Ley 1474 de 2011	
4.VICTIMA DE DELITO			
	Nivel 1		
	Victima directa		
Delitos dolosos de los cuales fue víctima a causa de la privación injusta	SMLMV		
Indemnización integral del Delito	0		
Pena del delito condenado (si no fuere indemnizado)	0-10		

f. INEXISTENCIA DE ANTECEDENTES

Los antecedentes tienen una serie de funciones establecidas, por la jurisprudencia⁸⁹ y la ley, de acuerdo con la Corte Constitucional en Sentencia de Unificación 458 del 21 de Junio de 2012:

En materia penal, sirven para constatar la procedencia de algunos subrogados penales, para determinar la punibilidad, y para establecer si las personas privadas de la libertad que solicitan un beneficio administrativo, tienen o no requerimientos pendientes con otras autoridades judiciales; facilitan el goce de ciertos derechos, y permiten la cumplida ejecución de la ley. Adicionalmente, los antecedentes penales permiten establecer la existencia de inhabilidades; sirven entonces a la protección de los intereses generales y de la moralidad pública.

⁸⁹ En relación con algunas de las funciones de los antecedentes dentro del procesal penal, cabe hacer referencia a que como se estableció en Sentencia de Constitucionalidad 425 del 30 de Abril de 2008. M.P: Dr. Marco Gerardo Monroy “a existencia de antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, de tal suerte que si éstos resultan favorables en el sentido general de aceptación social, el sentenciado puede tener derecho a que se le concedan los beneficios indicados en la ley. Pero, de la misma manera, de la valoración sobre la personalidad del condenado, o de la gravedad de la conducta punible, o de la buena conducta del sentenciado, el juez puede concluir que la pena aún es necesaria o que debe mantenerse la rigidez de la medida restrictiva de la libertad. Precisamente uno de los criterios que el legislador ha utilizado para suponer que la pena debe mantenerse, o que no es adecuado ni justo otorgar beneficios al condenado, es el de la reincidencia, entendida ésta como la reiteración del delito, esto es, como el reproche a quien cometió una nueva conducta ilícita después de haber estado sometido a una pena anterior”.

De lo anterior, es necesario resaltar entre otras cosas que una de las funciones de los antecedentes, está orientada al goce de ciertos derechos, es decir que, en la medida que un individuo presente o no antecedentes, tiene una serie de prerrogativas otorgadas por el ordenamiento jurídico, de acuerdo a su actuar dentro de la sociedad, de tal forma que, en la medida que la inexistencia de antecedentes es de cierta manera una ventaja frente a las personas que si cuentan con antecedentes, se plantea la necesidad de reconocer esa situación concreta y establecer un monto adicional respecto de la indemnización de perjuicios en los casos de privación injusta de la libertad así:

Inexistencia de Antecedentes = Reconocimiento de 1 SMLMV adicional.

Existencia de Antecedentes = Sin Reconocimiento adicional.

Dicho reconocimiento, se encuentra justificado en las prerrogativas dadas por el Estado a los ciudadanos por su comportamiento dentro del ordenamiento jurídico penal, medida que cabe resaltar, no sería violatoria de derechos constitucionales, debido a que el mecanismo de información de antecedentes busca establecer diferenciaciones respecto de los individuos y su actuar.

Es necesario, poner en consideración que la existencia o inexistencia de antecedentes por parte de la víctima directa, se incluye dentro del nuevo modelo que pretende presentar el presente documento, con el fin de premiar de alguna forma el comportamiento de un individuo dentro de la sociedad, pues, una persona que no se ha enfrentado al sistema penal, tendrá un mayor perjuicio frente a otra que tiene antecedentes por contrariar la Ley Penal.

1. CRITERIO TIEMPO DE RECLUSIÓN						
	Nivel 1	Nivel 2	Nivel 3	Nivel 4	Nivel 5	Nivel 6
Reglas para liquidar el perjuicio moral derivado de la privación	Victima directa	Cónyuge o compañero (a) permanente y parientes en el	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

injusta de la libertad		1° de consanguinidad				
Termino de privación injusta en meses		75% del Porcentaje de la víctima directa	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	SMLMV
Superior a 42 e inferior a 48	140	105	70	49	35	21
Superior a 36 e inferior a 42	130	97.5	65	45.5	32.5	19.5
Superior a 30 e inferior a 36	120	90	60	42	30	18
Superior a 24 e inferior 30	110	82.5	55	38.5	27.5	16.5
Superior a 18 meses e inferior a 24	100	75	50	35	25	15
Superior a 12 e inferior a 18	90	67.5	45	31.5	22.5	13.5
Superior a 9 e inferior a 12	80	60	40	28	20	12
Superior a 6 e inferior a 9	70	52.5	35	24.5	17.5	10.5
Superior a 3 e inferior a 6	50	37.5	25	17.5	12.5	7.5
Superior a 1 e inferior a 3	35	26.25	17.5	12.25	8.75	5.25
Igual e inferior a 1 mes	15	11.25	7.5	5.25	3.75	2.25
2. EDAD PRODUCTIV				3. TIPO PENAL		
		Nivel 1				Nivel 1
		Victima directa				Victima directa
		SMLMV				SMLMV
Grado de afectación en relación a la edad productiva de la víctima directa.		1-10		Privados de la libertad injustamente por los delitos consagrados en el artículo 39 de la Ley 1474 de 2011		6 - 10

4.VICTIMA DE DELITO		5. INEXISTENCIA ANTECEDENTES	
	Nivel 1		Nivel 1
	Victima directa		Victima directa
Delitos dolosos de los cuales fue víctima a causa de la privación injusta	SMLMV		SMLMV
Indemnización integral del Delito	0	Inexistencia de antecedentes	1
Pena del delito condenado (si no fuere indemnizado)	0-10		

g. DAÑO AL PROYECTO DE VIDA

En el ámbito internacional, existen diferentes elementos importantes que hacen parte del daño moral es por eso que se propone adoptar la categoría del *daño al proyecto de vida*, planteado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Jurisprudencia del 27 de Noviembre de 1998, en el caso Loayza Tamayo Vs Perú, (M'causland Sánchez, 2008) donde reconoce de manera expresa el *daño al proyecto de vida* de la siguiente forma:

“...Por lo que respecta a la reclamación de daño al “proyecto de vida”, conviene manifestar que este concepto ha sido materia de análisis por parte de la doctrina y la jurisprudencia recientes. Se trata de una noción distinta del “daño emergente” y el “lucro Cesante”. Ciertamente no corresponde a la afectación patrimonial derivada inmediata y directamente de los hechos, como sucede en el “daño emergente”. Por lo que hace al “lucro Cesante”, corresponde señalar que mientras éste se refiere en forma exclusiva a la pérdida de ingresos económicos futuros, que es posible cuantificar a partir de ciertos indicadores mensurables y objetivos, *el denominado “proyecto de vida” atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas.*

El “proyecto de vida” se asocia al centro de realización personal, que a su vez sustenta las opciones que el sujeto pueda tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad. Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto su cancelación o menoscabo implican reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a esta corte.

En el caso que se examina, no se trata de un resultado seguro, que haya de presentarse, sino de una situación de desenvolvimiento del sujeto, que resulta interrumpido y contrariado por hechos violatorios de sus derechos humanos. *Esos hechos cambian drásticamente el curso de la vida, imponen circunstancias nuevas y adversas y modifican los planes y proyectos que una persona formula a la luz de las condiciones ordinarias en que se desenvuelve su existencia y de sus propias aptitudes para llevarlos a cabo con posibilidades de éxito*” (M’causland Sánchez, 2008)

Se considera que la categoría de daño al proyecto de vida ampliamente expuesta anteriormente, sirve como elemento innovador para determinar indemnización de perjuicios adecuada al supuesto de privación injusta de la libertad.⁹⁰

Sin embargo, para determinar esta categoría del daño al proyecto de vida, es necesario establecer una serie de criterios, ya que no se puede reconocer el daño indistintamente de la persona, por cuanto existen diferentes proyectos de vida y diferentes afectaciones respecto del

⁹⁰ En relación con este concepto del orden internacional Carlos Vicente de Roux según M’causland Sánchez manifestó “no toda modificación de las condiciones de existencia merece ser indemnizada. Debe tratarse de cambios de mucha entidad, que trastocuen fondo, por ejemplo, el marco afectivo y espiritual en que se desenvuelve la vida de la familia, o trunquen una evolución profesional que ha consumido grandes esfuerzos y empeños. Por otra parte, al estimar la alteración de las aludidas condiciones de existencia y, más en particular, el daño al proyecto personal de vida, deben evitarse ciertos extremos, como creer que la víctima permanecerá atrapada para siempre en la inmovilidad y la desesperanza, o darle aval a una suerte de tragedia eterna. Este aspecto de cuestión debe ser especialmente tenido en cuenta al momento de fijar, en equidad, el monto de la respectiva indemnización”.

proyecto de vida, es así entonces, que para tal fin acudiremos a los criterios establecidos por FERNÁNDEZ SESSAREGO, con el fin de distinguir las distintas posibilidades existentes en relación con el proyecto de vida, así:

En primer lugar, se puede hablar de la frustración del proyecto de vida, criterio a partir del cual, se puede determinar las consecuencias que produce el daño que se pueden convertir en vacíos existenciales, pérdida del sentido de la vida y la búsqueda de un nuevo proyecto de vida, de forma tal que en la medida que se frustre el proyecto de vida escogido, se lleva a la persona a elegir uno nuevo, como consecuencia de las condiciones presentadas. Esta situación reviste un alto nivel de gravedad por cuanto:

...Conduce a la frustración de su proyecto de vida, de su ruta existencial libremente trazada. De todos modos, y en cualquier caso, las consecuencias de este radical daño al proyecto de vida puede originar, en ciertas extremas circunstancias, un colapso existencial o graves estragos en la vida del ser humano. Ello dependerá de varios factores, como son, entre otros, el grado de intensidad y profundidad con la que se vive el proyecto de vida, el éxito y el grado de satisfacción alcanzado en su ejercicio, la personalidad del sujeto víctima del daño o la capacidad de hallar un proyecto sustitutorio que satisfaga, hasta donde ello es posible, sus expectativas existenciales. (Fernández Sessarego, 2007)

En segundo lugar, plantea el citado tratadista, otro criterio con menor grado de afectación, se refiere al menoscabo o retardo del proyecto de vida, esto en razón a que los planes y metas establecidas por una persona, sean limitados, o necesariamente aplazados como consecuencia del daño sufrido. Un ejemplo de tal situación es el del abogado que pierde un brazo, lo cual no necesariamente frustra su proyecto de vida ya que no le impide desarrollar su profesión sino que lo que sucede es un menoscabo respecto de la realización de su actividad profesional. (Fernández Sessarego, 2007)

La importancia de estos criterios de distinción, se encuentra dada en la medida que aun cuando se propone la existencia de este criterio, no se trata de un criterio general ni absoluto,

sino que debe tener en cuenta la situación concreta del proyecto de vida la persona para determinar la tasación del daño al proyecto de vida.

Cabe resaltar que la propuesta previamente planteada, busca hacer más equitativas y justas las indemnizaciones de perjuicios en los casos de privación injusta de la libertad, pero se plantea como una posibilidad para que el juez determine las relevantes para el caso concreto a partir de un análisis juicioso de los supuestos facticos y jurídicos de cada caso concreto, no se presentan estos como de obligatorio uso para todos los casos sino cuando las circunstancias lo hagan imprescindible, sin embargo, y en aras de seguir con la tradición jurisprudencial existente a la fecha, en ningún momento las nuevas categorías aquí planteadas no deben sobrepasar la suma de 400 SMLMV que es la más alta reconocida por las distintas decisiones judiciales dentro del ordenamiento jurídico Colombiano.

El criterio aquí establecido está dirigido únicamente a la víctima directa que es en quien recae la idea de su proyecto de vida dentro del desarrollo de su libertad.

1. CRITERIO TIEMPO DE RECLUSIÓN						
	Nivel 1	Nivel 2	Nivel 3	Nivel 4	Nivel 5	Nivel 6
Reglas para liquidar el perjuicio moral derivado de la privación injusta de la libertad	Víctima 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
Termino de privación injusta en meses		75% del Porcentaje de la víctima directa	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	SMLMV
Superior a 42 e inferior a 48	140	105	70	49	35	21
Superior a 36 e inferior a 42	130	97.5	65	45.5	32.5	19.5
Superior a 30 e inferior a 36	120	90	60	42	30	18

Superior a 24 e inferior 30	110	82.5	55	38.5	27.5	16.5
Superior a 18 meses e inferior a 24	100	75	50	35	25	15
Superior a 12 e inferior a 18	90	67.5	45	31.5	22.5	13.5
Superior a 9 e inferior a 12	80	60	40	28	20	12
Superior a 6 e inferior a 9	70	52.5	35	24.5	17.5	10.5
Superior a 3 e inferior a 6	50	37.5	25	17.5	12.5	7.5
Superior a 1 e inferior a 3	35	26.25	17.5	12.25	8.75	5.25
Igual e inferior a 1 mes	15	11.25	7.5	5.25	3.75	2.25
2. EDAD PRODUCTIVA				3. TIPO PENAL		
	Nivel 1				Nivel 1	
	Victima directa				Victima directa	
	SMLMV				SMLMV	
Grado de afectación en relación a la edad productiva de la víctima directa.	1-10			Privados de la libertad injustamente por los delitos consagrados en el artículo 39 de la Ley 1474 de 2011	7 - 10	
4.VICTIMA DE DELITO				5. INEXISTENCIA ANTECEDENTES		
	Nivel 1				Nivel 1	
	Victima directa				Victima directa	
Delitos dolosos de los cuales fue víctima a causa de la privación injusta	SMLMV				SMLMV	
Indemnización integral del Delito	0			Inexistencia de antecedentes	1	
Pena del delito condenado (si no fuere indemnizado)	0-10					

3. DAÑO AL PROYECTO DE VIDA	
	Nivel 1
	Victima directa
	SMLMV
Frustración del proyecto de vida	10 - 20
Retardo del proyecto de vida	5 - 10

h. LUGAR DE RECLUSIÓN

La utilidad de este criterio, se presenta, en la medida que existen diferentes lugares de reclusión, ya sea prisión domiciliaria⁹¹ o en establecimiento de reclusión⁹². La importancia de esta distinción, proviene de las condiciones diferentes de reclusión que son lógicamente observables.

La privación de la libertad en establecimiento de reclusión, de acuerdo con la clasificación establecida en el artículo 11 de la Ley 1709 de 20014, la cual modificó el artículo 38 de la Ley 599 de 2000 puede ser en:

...1. Cárceles de detención preventiva. 2. Penitenciarías. 3. Casas para la detención y cumplimiento de pena por conductas punibles culposas cometidas en accidente de tránsito o en ejercicio de toda profesión u oficio. 4. Centros de arraigo transitorio. 5. Establecimientos de reclusión para inimputables por trastorno mental permanente o transitorio con base patológica y personas con trastorno mental sobreviviente. Estos establecimientos estarán bajo la dirección y coordinación del Ministerio de Salud y Protección Social, en los cuales serán

⁹¹ La prisión domiciliaria está consagrada en el Artículo 22 de la Ley 1709 de 2014 el cual modificó el artículo 38 de la Ley 599 de 2000 así:

“Artículo 22. Modifícase el artículo 38 de la Ley 599 de 2000 y quedará así: Artículo 38. La prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión. La prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión consistirá en la privación de la libertad en el lugar de residencia o morada del condenado o en el lugar que el Juez determine. El sustituto podrá ser solicitado por el condenado independientemente de que se encuentre con orden de captura o privado de su libertad, salvo cuando la persona haya evadido voluntariamente la acción de la justicia. Parágrafo. La detención preventiva puede ser sustituida por la detención en el lugar de residencia en los mismos casos en los que procede la prisión domiciliaria. En estos casos se aplicará el mismo régimen previsto para este mecanismo sustitutivo de la prisión”.

recluidas las personas con trastorno mental permanente o transitorio con base patológica. 6. Cárceles y penitenciarías de alta seguridad. 7. Cárceles y penitenciarías para mujeres. 8. Cárceles y penitenciarías para miembros de la Fuerza Pública. 9. Colonias. 10. Demás centros de reclusión que se creen en el sistema peniten-ciario y carcelario...

En este punto, es pertinente señalar que de acuerdo con la Corte Constitucional Colombiana, en Sentencia T – 195 del 17 de Abril de 2015, señalo respecto del Estado de Cosas Inconstitucional en el Sistema Penitenciario y Carcelario que:

...la situación fáctica de los establecimientos penitenciarios y carcelarios del país es incompatible con el Estado constitucional de derecho, es decir, con la vigencia y goce efectivo de los derechos fundamentales y, por lo tanto, con la dignidad humana. Este dictamen se presentó por primera vez en el año 1998, y su permanencia ha sido constatada en un amplio número de sentencias de revisión de tutelas presentadas por personas privadas de la libertad, y afectadas en el ejercicio de sus derechos constitucionales fundamentales. La situación fáctica de los establecimientos penitenciarios y carcelarios constituye un serio desafío para el Estado social de derecho que proclamó el Constituyente de 1991, en tanto involucra una violación masiva de derechos a un número amplio de personas que, además, se encuentran a cargo del Estado, dadas las características de la detención preventiva y la pena de prisión.

Es por lo anterior, que se plantea la necesidad de tener en cuenta el lugar de reclusión como criterio para determinar la indemnización de perjuicios en los casos de privación injusta de la libertad, y realizar una distinción cuantificable, en razón a que no se puede equiparar la situación de una persona recluida en un centro de reclusión que la que se encuentra en su hogar, con su familia y en una situación totalmente diferente, que puede variar dependiendo si el lugar de reclusión es en la misma ciudad donde tenía su domicilio, o si se encuentra cerca de su familia, elementos que a la postre van a marcar una diferencia muy significativa.

Como consecuencia de lo anterior, se propone que cuando se trata de casos de privación injusta de la libertad en establecimientos de reclusión se le otorgue un valor cuantificable entre 1 a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes que hagan parte de la indemnización total.

1. CRITERIO TIEMPO DE RECLUSIÓN						
	Nivel 1	Nivel 2	Nivel 3	Nivel 4	Nivel 5	Nivel 6
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
Termino de privación injusta en meses		75% del Porcentaje de la víctima directa	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	SMLMV
Superior a 42 e inferior a 48	140	105	70	49	35	21
Superior a 36 e inferior a 42	130	97.5	65	45.5	32.5	19.5
Superior a 30 e inferior a 36	120	90	60	42	30	18
Superior a 24 e inferior a 30	110	82.5	55	38.5	27.5	16.5
Superior a 18 meses e inferior a 24	100	75	50	35	25	15
Superior a 12 e inferior a 18	90	67.5	45	31.5	22.5	13.5
Superior a 9 e inferior a 12	80	60	40	28	20	12

Superior a 6 e inferior a 9	70	52.5	35	24.5	17.5	10.5
Superior a 3 e inferior a 6	50	37.5	25	17.5	12.5	7.5
Superior a 1 e inferior a 3	35	26.25	17.5	12.25	8.75	5.25
Igual e inferior a 1 mes	15	11.25	7.5	5.25	3.75	2.25
2. EDAD PRODUCTIVA Y POSICIÓN				3. TIPO PENAL		
		Nivel 1				Nivel 1
		Victima directa				Victima directa
		SMLMV				SMLMV
Grado de afectación en relación a la edad productiva y posición de la víctima directa.		1-10		Privados de la libertad injustamente por los delitos consagrados en el artículo 39 de la Ley 1474 de 2011		8 - 10
4.VICTIMA DE DELITO				5. INEXISTENCIA ANTECEDENTES		
		Nivel 1				Nivel 1
		Victima directa				Victima directa
Delitos dolosos de los cuales fue víctima a causa de la privación injusta		SMLMV				SMLMV
Indemnización integral del Delito		0		Inexistencia de antecedentes		1
Pena del delito condenado (si no fuere indemnizado)		0-10		7. LUGAR DE DETENCIÓN		
6.DAÑO AL PROYECTO DE VIDA						
		Nivel 1				Nivel 1
		Victima directa				Victima directa
		SMLMV		Establecimiento de Reclusión.		SMLMV

Frustración del proyecto de vida	10 - 20	Cárceles de detención preventiva	1 - 4
Retardo del proyecto de vida	5 - 10	Penitenciarias	5 - 10
		Casas para la detención y cumplimiento de pena por conductas punibles culposas cometidas en accidente de tránsito o en ejercicio de toda profesión u oficio.	1 - 4
		Centros de arraigo transitorio.	1 - 4
		Establecimientos de reclusión para inimputables por trastorno mental permanente o transitorio con base patológica y personas con trastorno mental sobreviniente. Estos establecimientos estarán bajo la dirección y coordinación del Ministerio de Salud y Protección Social, en los cuales serán reclusas las personas con trastorno mental permanente o transitorio con base patológica.	5 - 10
		Cárceles y penitenciarías de alta seguridad.	5 - 10
		Cárceles y penitenciarías para mujeres	1 - 4
		Cárceles y penitenciarías para miembros de la Fuerza Pública.	1 - 4
		Colonias.	1 - 4
		Demás centros de reclusión que se creen en el sistema peniten-ciario y carcelario	1--4

VI. CONCLUSIONES

1. El Consejo de Estado, ha reafirmado su tesis de la responsabilidad objetiva en materia de privación injusta de la libertad, apuntando a una responsabilidad más amplia y garantista de los derechos fundamentales de los ciudadanos como lo es el derecho a la libertad, acercándose más a los presupuestos legales de responsabilidad estatal, ya decantados y superados por la mayoría de los países desarrollados, el cual se basa en la calificación de antijurídico del daño sufrido por la persona, es decir, aquel que excede lo que ésta debe soportar por el hecho de vivir en una comunidad jurídicamente organizada y comportarse como un sujeto solidario, independientemente de la legalidad o no de la actuación de las autoridades judiciales, es así como lo ordena el artículo 90 de la Constitución Política, se debe por tanto, en cada caso valorar si el demandante, dentro de los parámetros de un ciudadano normal, debe o no soportar el daño que sufrió al ser privado de la libertad.
2. El sistema actual de tasación de la indemnización de perjuicios inmateriales en los casos de privación injusta de la libertad es incompleto, y no tiene en cuenta variables que a la postre hacen una diferencia radical entre la igualdad y la desigualdad, razón por la cual se requiere que se complemente en aras de garantizar la igualdad de las personas.
3. Las sentencias de unificación y criterios estandarizantes del Consejo de Estado frente a la responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad no son acogidas con armonía puede ser, debido a la falta de criterios orientadores concisos que puedan ser acogidos por los operadores judiciales; contrario a ello, los jueces se están apartando de la posición establecida, alegando *arbitrio iuris*, lo anterior, aunado a que el criterio de tiempo de reclusión, no puede ser el único criterio para reconocer, liquidar e indemnizar los perjuicios morales, lo anterior sin perjuicio de tomar otras valoraciones en virtud a la discrecionalidad del Juez, espectro que dejó la precitada sentencia abierto, lo que conduce a no ser acatada, ni respetar el precedente, debido a sus vacíos normativos y argumentativos.

4. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tiene un importante reto, y es establecer un modelo innovador de indemnización de perjuicios que esté acorde con el ámbito internacional, como el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que evoluciona constantemente en sus decisiones judiciales, estableciendo nuevos criterios relevantes para la indemnización de perjuicios inmateriales.

Finalmente, De la investigación realizada se puede inferir que el ordenamiento jurídico colombiano, ha establecido por vía jurisprudencial una serie de variables en lo que tiene que ver con la indemnización de perjuicios en los casos de privación injusta de la libertad. Sin embargo, estos criterios aplicados en algunas oportunidades por jueces y magistrados, son insuficientes, debido a que se observan distintos vacíos y lagunas de carácter tanto legal, como jurisprudencial que conllevan al desconocimiento de la situación de los individuos privados de la libertad injustamente.

VII. NICHOCITACIONAL RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRIVACIÒN INJUSTA DE LA LIBERTAD

CORPORACIÒN	SENTENCIA
Corte Suprema de Justicia de Colombia	Sentencia 21 de Julio de 1922
Corte Suprema de Justicia de Colombia	Sentencia del 21 de agosto de 1939
Corte Suprema de Justicia de Colombia	Sentencia 23 de Abril de 1941
Corte Suprema de Justicia de Colombia	Sentencia del 30 de junio de 1941
Corte Suprema de Justicia de Colombia	Sentencia del 4 de Abril de 1962
Corte Suprema de Justicia de Colombia	Sentencia del 30 de Junio de 1962
Corte Suprema de Justicia	Sentencia 7428 del 6 de Mayo de 1993
Consejo de Estado de Colombia	Sentencia de 25 de julio de 1994, exp. 8666.
Consejo de Estado de Colombia	Sentencia del 30 de junio de 1994, expediente 9734
Consejo de Estado de Colombia	Sentencia del 17 de noviembre de 1995, expediente número 10.056.
Consejo de Estado de Colombia	Sentencia 12 de diciembre de 1996, expediente 10.229
Consejo de Estado de Colombia	Sentencia de 16 de Septiembre de 1999
Consejo de Estado de Colombia	Sentencia 11842 del 19 de Julio de 2000

Consejo de Estado de Colombia	Sentencia del 27 de Septiembre de 2000, Exp. 11.601
Corte Constitucional Colombiana	Sentencia C 763 de 2002
Corte Constitucional Colombiana	Sentencia T 881 de 2002
Corte Constitucional Colombiana	Sentencia C-816 de 2004
Consejo de Estado de Colombia	Sentencia 2 de junio de 2004 radicación: 14.950.
Consejo de Estado	Sección Tercera, 12 de Febrero de 2004, Dr. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 14955
Corte Constitucional Colombiana	Sentencia C-730/2005
Consejo de Estado de Colombia	Sentencia de 5 de diciembre de 2005 radicación: 13339
Consejo de Estado de Colombia	Sentencia de 28 de abril de 2005. Exp. 15348
Consejo de Estado de Colombia	Sección Tercera, 6 de Julio de 2005, Consejero Ponente Dr. Alir Eduardo Hernández Enriquez. Exp. 13406.
Corte Constitucional Colombiana	Sentencia T-317 del 24 de abril de 2006.
Sentencia del 4 de diciembre de 2006, expediente No. 13.168	Sentencia del 4 de diciembre de 2006, expediente No. 13.168
Corte Constitucional Colombiana	Sentencia C-190/2006

Consejo de Estado de Colombia	Sentencia de 2 de mayo de 2007, Exp. 15463.
Consejo de Estado de Colombia	Sentencia del 15 de Agosto de 2007
Corte Constitucional Colombiana	Sentencia T-693 de 2007
Corte Constitucional Colombiana	Sentencia C – 163 de 2008
Corte Constitucional Colombiana	Sentencia C- 1198/2008
Consejo de Estado de Colombia	Sentencia de 26 de marzo de 2008, Exp. 16902
Corte Constitucional Colombiana	Sentencia de Tutela T 851 del veintiocho (28) de octubre de 2010
Consejo de Estado de Colombia	Sentencia del 18 de febrero de 2010, Expediente 18.093.
Consejo de Estado de Colombia	Sentencia de 12 de mayo de 2011, expediente 20.665
Consejo de Estado de Colombia	Sentencia de 26 de mayo de 2011, expediente 18.895
Consejo de Estado de Colombia	Sentencia de febrero 2 de 2012, exp. 20943
Consejo de Estado de Colombia	Sentencia del 7 de Marzo de 2012
Consejo de Estado de Colombia	Sentencia de 21 de marzo de 2012, exp. 40.455
Consejo de Estado de Colombia	Sentencia de 29 de marzo de 2012
Consejo de Estado de Colombia	Sentencias del 26 de julio de 2012, Exp.: 24.688, C.P

Corte Constitucional Colombiana	Sentencia C – 239 de 2012
Consejo de Estado de Colombia	del 28 de febrero de 2013, Exp.: 20.883 y 29.538 acumulados
Consejo de Estado de Colombia	del 3 de mayo de 2013, Exp.: 29.876, C.P.:
Consejo de Estado de Colombia	Sentencia 31 de mayo de 2013 Proceso No. 25000-23-26-000-1999-00795-01(26573),.
Consejo de Estado de Colombia	Sentencia 19 de Junio de 2013– 30.859
Consejo de Estado de Colombia	Sentencia 29 de Julio de 2013 radicaciòn 21.564
Consejo de Estado de Colombia	Sentencia del 17 de octubre de 2013. Expediente: 23.354.
Corte Constitucional	Sentencia T 169 de 2013
Consejo de Estado de Colombia	Sentencia 28 de agosto de 2014
Consejo de Estado de Colombia	Sentencia 27 de febrero de 2014 expediente 19001333100520120012101
Corte Constitucional Colombiana	Sentencia C 366 de 2014
Corte Constitucional Colombiana	Sentencia del doce (12) de noviembre de 2014. Expediente: 2576
Consejo de Estado de Colombia	Sentencia del 26 de febrero de 2015, exp. 2338
	Sentencia del veintinueve (29) de enero de dos mil dieciséis (2016). Radicación

Consejo de Estado de Colombia	número: 47001-23-31-000-2008-00282- 01(39811)
----------------------------------	--

VIII. BIBLIOGRAFIA

- Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. (2013). *Privación injusta de la libertad: entre el derecho penal y el derecho administrativo*. Bogotá.
- Alessandri Rodriguez, A. (1981). *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil*. Santiago de Chile: Imprenta Universal.
- Arenas Mendoza, H. A. (2014). *El régimen de Responsabilidad Subjetiva*. Bogotá: Legis.
- Bejarano Guzmán, R. (2015). La carga de probar la falla del servicio en la responsabilidad estatal. (J. C. Garzón, Ed.) *LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO*, 237-268.
- Bustamante Ledesma, A. (2003). *La Responsabilidad Extracontractual del Estado*". Bogotá: Leyer.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe, CELADE. (2006). Reunión de Expertos sobre Población y Pobreza en América Latina y el Caribe. *CEPAL*, 1-23.
- Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. (2014). 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. *El Tiempo*, 1-43.
- Constitución Política de Colombia*. (1886). República de Colombia.
- Cortés, E. (2009). *Responsabilidad Civil y Daños a la Persona*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- De Pombo, L. (1845). Recopilación de Leyes de la Nueva Granada. *Tratado I*(Parte IV).

- Diego Eduardo, L. M. (2012). *EL DERECHO DE LOS JUECES*. Bogotá: Uniandes.
- Dueñas Rugnon, R. I. (2005). *Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo*. Bogotá D.C. : Centro Editorial Universidad del Rosario.
- Echeburúa, E., de Corral, P., & Amor, P. J. (2001). Evaluación del Daño Psicológico en las Víctimas de Delitos Violentos. *Psicothema*, 1-8.
- Escobar, L. G. (2011). “*Imputación y Causalidad en Materia de Responsabilidad por Daños*”. Bogotá, Distrito Capital, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- García de Enterría, E. (2004). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Thomsom - Civitas.
- Gil Botero, E. (2011). “Responsabilidad Extracontractual del Estado”. *Quinta edición*, 440-448.
- Henao, J. C. (1998). *El Daño - Analisis Comparativo de la Responsabiloidad Extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Henao, J. C., & Ospina Garzón, A. F. (2015). *La Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hernández Perdomo, A. E. (2007). *Responsabilidad Extracontractual del Estado. Análisis de la Jurisprudencia del Consejo de Estado.*. Bogotá D.C. : Ediciones Nueva Jurídica.
- JARAMILLO DELGADO, C. (2006). “La Responsabilidad del Estado derivada del funcionamiento de la Administración de Justicia”. 142-143.
- M´causland Sánchez, M. C. (2008). *Tipología y Reparación del Daño No Patrimonial*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- M´Causland Sanchez, M. C. (2015). RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL ESTADO: Tendencias, Deseos y Realidades. *LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL*

DEL ESTADO XVI JORNADAS INTERNACIONALES DE DERECHO ADMINISTRATIVO, 181-233.

Mancipe Gonzalez, A. R. (2005). *Los Perjuicios Inmateriales en la Responsabilidad Extracontractual del Estado en Colombia*. Bogota. Obtenido de Pontificia Universidad Javeriana.

Navia Arroyo, F. (2001). *Del Daño Moral al Daño Fisiológico ¿una evolución real?* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Peláez, A. (2015). Evaluación Empírica de la Tasación de Perjuicios Inmateriales en Colombia. *Revista de Derecho Público*, 1 -31.

Pérez Duarte, A. (s.f.). El Daño Moral. En A. E. Pérez Duarte, *El Daño Moral* (págs. 625 - 638).

Planiol, M., & Ripert, G. (1986). *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*. La Habana: Cultural S.A.

Quintero Navas, G. (s.f.). El Perjuicio y Sus Consecuencias en Colombia. *Instituto de Investigaciones Jurídicas*, 425 - 438.

Ramirez, L. J. (2016). *LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD EN COLOMBIA*. Bogotá: Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

Rueda Prada, D. (2015). *La Indemnización de los Perjuicios Extrapatrimoniales en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo*. Bogotá: Ibáñez.

Saavedra Becerra, R. (2008). *La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública*. Bogotá: Ibáñez.

SCOGNAMIGLIO, R. (1962). *El daño moral. Contribucìon a la teoria del daño extracontractual*. (F. Hinestrosa, Trad.) Bogotá: Antares.

Sentencia de Unificación, 32988 (Consejo de Estado 14 de Agosto de 2014).

Serrano Escobar, L. G. (2011). *Imputación y Casualidad en Materia de Responsabilidad por Daños*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

Vidal Perdomo, J. (2008). *DERECHO ADMINSITRATIVO* (Décima tercera edición ed.). Bogotá D.C, Colombia: Legis Editores S.A.