



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN C

Radicación: 66001-23-31-000-2003-00130-01 (32765)

Actor: Ezequiel Antonio García y Otros

Demandado: Rama Judicial – Fiscalía General de la Nación

Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa

**Asunto: Reparación Directa [Responsabilidad por Privación Injusta de la libertad] –
ACLARACIÓN DE VOTO**

“Lo condeno aunque no existan buenas razones para ello”¹ o de cómo se ha banalizado el juicio de Responsabilidad por Privación Injusta de la Libertad

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

Con el respeto y consideración acostumbrada, presento la razón que me mueve a aclarar el voto respecto del fallo proferido por la Subsección el 26 de abril de 2017.

Introducción.

Aunque acompañé la decisión adoptada en el asunto de la referencia por la disciplina propia de un sistema de precedente judicial con tendencia vinculante y atendiendo el criterio sentado por el Pleno de la Sección Tercera² en punto a la responsabilidad por privación injusta de la libertad, presento las razones que me llevan a disentir del raciocinio que actualmente constituye *ratio decidendi* siendo imperativo ineludible de esa misma

¹ Frase tomada, con alguna ligera modificación, de ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. 2º ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2012, p. 209. El texto original es del siguiente tenor: “hay que decir que un fallo judicial como “en nombre del pueblo, se condena al señor N a diez años de privación de libertad, aunque no hay para ello buenas razones” es defectuosa no sólo por razones morales. (...) Por tanto, hay razones para opinar que la falta de la pretensión de corrección de una decisión no la priva necesariamente de su carácter de decisión judicial válida, pero la hace ser defectuosa en un sentido relevante no sólo moralmente”.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sala Plena de Sección Tercera. Sentencia de 17 de octubre de 2013, Exp. 52001-23-31-000-1996-07459-01 (23354).



Plenaria volver sobre este asunto, modificar la actual tesis de responsabilidad fijada y emprender la construcción de criterios jurídicos que respondan a una lectura más ajustada de la cláusula constitucional de responsabilidad conteste con las reglas, principios y valores convencionales y constitucionales que proveen sobre el derecho de libertad personal en el contexto de las causas penales y las medidas de detención preventiva dictadas en su marco.

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

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

1.2.- Esa apreciación, cuanto menos, supone que son esos dos elementos condiciones necesarias y concurrentes para predicar la configuración de la responsabilidad estatal³ y, esa misma circunstancia, observada desde una perspectiva analítica lleva a decir que ambos conceptos (daño antijurídico e imputación) deben contar con contenidos normativos propios y diferentes de modo que no pueda predicarse relación de implicatura y/o dependencia jurídica de uno u otro; así el estudio dogmático de lo que es un daño antijurídico no depende ni se puede ver condicionado por “*lo imputable*”, pues de ser así se incurriría en una protuberante e innecesaria confusión conceptual de esas nociones.

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

³ Lo que podría ser descompuesto, inclusive, en las siguientes reglas básicas: *i)* No hay responsabilidad si no hay daño, *ii)* No hay responsabilidad si no hay daño antijurídico, *iii)* No hay responsabilidad si hay daño antijurídico pero no hay imputación y *iv)* si hay responsabilidad si hay daño antijurídico imputable al Estado.



intereses constitucionalmente reconocidos o por no encontrar sustento en la prevalencia y respeto del interés general o de la cooperación social⁴.

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

2.- El criterio jurisprudencial unificado de la Sección Tercera⁵. Descripción.

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

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

2.3.- Concretamente dijo que la injusticia de la privación no se deriva de la antijuridicidad o del ilícito proceder del apartado judicial sino de la consideración de que la víctima no se

⁴ Cfr. Sentencias de 30 de enero de 2013 Exp. 23310, 13 de junio de 2013, Exp. 20771, Sección Tercera, Subsección C, entre varias que trabajan sobre esta noción de daño antijurídico.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de Sección Tercera. Sentencia de 17 de octubre de 2013, Exp. 23354. Véase, puntualmente, las consideraciones vertidas en el numeral 2.3 y siguientes de la parte motiva de la decisión.



encuentra en el deber jurídico de soportar los daños irrogados por la detención mientras la causa penal concluyó con absolución.

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

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

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

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

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

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

3.2.- Basta, poner a prueba este aserto, indagando sobre cuál es el criterio que constituye la antijuridicidad de ese daño irrogado al sujeto, en los términos del fallo expuesto, y lo



único que se obtendrá como respuesta será un silencio por cuanto, a la luz de la tesis allí expuesta, no hay razón que dote de contenido sustantivo la partícula “*antijurídico*” que acompaña, inseparablemente, al daño en los términos del artículo 90 constitucional.

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

3.4.- Pero se responderá que uno u otro aserto no pueden ser tenidos por candidatos idóneos para ocupar el lugar de la antijuridicidad pues la providencia absolutoria ejecutoriada apenas determina el fin de la actuación penal seguida en contra de la víctima y, por ende, la conclusión del estatus de detención preventiva⁶, lo que vale como elemento para determinar la extensión y la culminación definitiva del daño sufrido. Se dirá: sólo la absolución definitiva delimita la lesión de la víctima.

3.5.- Y a lo segundo se debe responder que la presunción de inocencia fue operativa y desplegó su efecto jurídico allá en el proceso penal donde logró imponer una decisión absolutoria⁷; que el juicio de responsabilidad del Estado no puede alterar ese estatus jurídico ya consolidado con fuerza de cosa juzgada y que en virtud de la autonomía funcional del Juez Administrativo respecto de otras instancias judiciales (como es el caso de la justicia ordinaria penal), la construcción de las premisas de su razonamiento obedecen a la valoración autónoma, responsable y argumentada en el campo de la responsabilidad extracontractual del Estado y no le vienen predeterminadas por esas otras instancias.

3.6.- Y esto último es posible afirmarlo sin ambages en razón a que el juicio de responsabilidad por privación injusta de la libertad no tiene por objeto (directo ni indirecto) re-examinar el posible compromiso penal del encartado en la causa que le fue instruida en su contra [pues ello sí constituiría una flagrante violación a la garantía del *non bis in idem*] sino averiguar si la detención o prisión preventiva que reposó en su detrimento admite ser

⁶ En el entendido que la condición de libertad de que goza el sujeto procesado dentro de la causa penal es precaria “apenas condicional” pues en cualquier momento del proceso existe la posibilidad de imponérsele medida de aseguramiento, en los términos de la legislación procesal penal.

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



calificada como injusta y deviene atribuible al Estado y pasa que respecto de esas dos razones el proceso penal lo único que ofrece es una serie de datos fácticos sobre los cuales el juez administrativo debe construir su decisión de responsabilidad estatal, como también que se debe tener por cierto que la presunción de inocencia sólo informa la razón por la cual el procesado se libró del juicio penal, esto es, otro dato fáctico relevante, sin más.

3.7.- Obsérvese cómo el fallo de Sala Plena es enjundioso en advertir la grave contradicción que se seguiría de las siguientes afirmaciones⁸: i) *X fue absuelto en aplicación de su presunción de inocencia* y ii) *la detención preventiva sufrida por X es un daño soportable*. Para la Sala esa contradicción se resuelve ordenando los enunciados así: i) *X fue absuelto en aplicación de su presunción de inocencia* y ii) *entonces la detención preventiva sufrida por X es un daño no soportable*.

3.8.- Empero, se está frente a un típico caso de falacia *non sequitur* pues es falso que de la premisa i) se siga la premisa ii), ya se dijo, en los juicios de responsabilidad del Estado la presunción de inocencia no está (ni puede estar) en juego, de manera que cualquiera sea el sentido de la decisión del juez administrativo la misma tampoco puede ser mancillada y eso es así por cuanto *presunción* y *antijuridicidad* se ubican en frecuencias paralelas que no se trastocan ni se comunican, pues la presunción, a los ojos del juez de la responsabilidad, es un *dato fáctico* y la antijuridicidad es un presupuesto normativo, aquella se prueba (y es verdadera o falsa⁹), mientras que esta se valora, discute y argumenta.

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

⁸ Estos enunciados se derivan del siguiente pasaje del fallo: “Además, desde la perspectiva de la presunción constitucional de inocencia **resultaría abiertamente contradictorio sostener, de una parte, que en materia penal al procesado que estuvo cautelarmente privado de su libertad y que resultó absuelto** y, por tanto, no condenado –cualquiera que hubiere sido la razón para ello, incluida, por supuesto, la aplicación del principio *in dubio pro reo*, pues como lo ha indicado la Sección Tercera, no existen categorías o gradaciones entre los individuos inocentes (total o parcialmente inocentes)⁴⁰– el propio Estado lo debe tener como inocente para todos los efectos, acompañado siempre por esa presunción constitucional que jamás le fue desvirtuada por autoridad alguna y por lo cual no podrá registrársele anotación en sus antecedentes judiciales con ocasión de ese determinado proceso penal; **sin embargo, de otra parte, en el terreno de la responsabilidad patrimonial, ese mismo Estado, en lo que constituiría una contradicción insalvable, estaría señalando que el procesado sí estaba en el deber jurídico de soportar la detención a la cual fue sometido, cuestión que pone en evidencia entonces que la presunción de inocencia que le consagra la Constitución Política en realidad no jugaría papel alguno** –o no merecería credibilidad alguna– frente al juez de la responsabilidad extracontractual del Estado e incluso, en armonía con estas conclusiones, se tendría que aceptar que para dicho juez tal presunción sí habría sido desvirtuada, aunque nunca hubiere mediado fallo penal condenatorio que así lo hubiere declarado.” (Resaltado propio).

⁹ O, simplemente, se presume



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

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

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

Decisión	Pasaje
Subsección B. Sentencia de 1° de agosto de 2016, Exp.	<i>“15.10 (...) se observa que la Ley 270 de 1996 consagra un sistema legal de responsabilidad estatal por los daños antijurídicos imputados a la administración de justicia con ocasión de una privación injusta de la libertad, la cual se califica de injusta cuando se precluye la investigación o se absuelve al procesado (...)”</i>
Subsección B. Sentencia de 11 de noviembre de 2016, Exp. 39044.	<i>“(...) en virtud del art. 90 de la Carta el hecho de la absolución o preclusión en sede penal es título suficiente para la reclamación del daño derivado de la pérdida de la libertad (...) ya que se encuentra probado que el señor XX estuvo detenido, sin que se desvirtuara judicialmente la presunción de inocencia, cabe concluir que el mismo no estaba en el deber jurídico de soportar la detención (...)”</i>
Subsección A. Sentencia de 12 de mayo de 2016, Exp. 47570.	<i>“es evidente que la privación de la libertad de la demandante configuró para ella un verdadero daño antijurídico, toda vez que no se hallaba en la obligación legal de soportar la limitación de su libertad impuesta (...) mucho menos cuando dicha detención se dio en el marco de una investigación adelantada por una conducta que resultó ser atípica”</i>
Subsección A. Sentencia de 10 de agosto de 2016. Exp. 41685.	<i>“(...) lo cierto es que si el imputado no resulta condenado se abre paso al reconocimiento de la obligación (...) de indemnizar los perjuicios irrogados al particular, siempre que no se encuentre en el deber de soportarlos, cosa que puede ocurrir, por vía de ejemplo, cuando el hecho exclusivo y determinado de la víctima da lugar a que se profiera, en su contra, la medida de detención preventiva (...)”</i>
Subsección A. Sentencia de 8 de noviembre	<i>“ (...) cuando se produce la exoneración del sindicado, mediante sentencia absolutoria o su equivalente, por alguna de las causales previstas en el citado artículo 414 del C. de P. P. -sin que, en cualquier caso, opere como eximente de</i>



de 2016, Exp. 39182.	<i>responsabilidad la culpa de la víctima-, (...), o –en la opinión mayoritaria de la Sala- por virtud del indubio pro reo, el Estado está llamado a indemnizar los perjuicios que hubiere causado por razón de la imposición de una medida de detención preventiva que lo hubiere privado del ejercicio del derecho fundamental a la libertad, pues, de hallarse inmerso en alguna de tales causales, ningún ciudadano está obligado a soportar dicha carga.”</i>
Subsección B. Sentencia de 31 de mayo de 2016, Exp. 40648.	<i>“15.4. En conclusión, de acuerdo con estos lineamientos, en el caso bajo estudio implica una responsabilidad de carácter objetivo en la que no es necesario probar que la autoridad judicial incurrió en algún tipo de falla; al damnificado le basta con acreditar que contra él se impuso una medida privativa de su libertad en el trámite de un proceso judicial, que culminó con una decisión favorable a su inocencia y que le causó un daño con ocasión de la detención. Con esa demostración, surge a cargo del Estado la obligación de indemnizar los daños sufridos.”</i>
Subsección C. Sentencia de 5 de octubre de 2016, Exp. 43942.	<i>“La Sala encuentra que la privación de la libertad padecida por el señor deviene en injusta toda vez que fue absuelto por atipicidad y antijuridicidad de las conductas por las cuales fue procesado (...)”</i>
Subsección A. Sentencia de 14 de septiembre de 2016, Exp. 41358.	<i>“(…) cuando la decisión penal definitiva del sindicado concluyó en una decisión favorable a su inocencia, ya sea porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no era constitutiva de hecho punible, la medida de detención preventiva (...) deviene en injusta y se abre paso a declarar la responsabilidad del Estado por los daños que hubiere causado, sin necesidad de acreditar que la misma haya sido ilegal o arbitraria.”</i>
Subsección C. Sentencia de 7 de julio de 2016, Exp. 41655.	<i>“8. El daño antijurídico está demostrado porque el señor XX estuvo privado de su derecho fundamental a la libertad desde el 9 de marzo de 2006 hasta el 15 de marzo de 2007 (...). Es claro que la lesión al derecho de la libertad personal genera perjuicios que los demandantes no estaban en la obligación de soportar”</i>
Subsección C. Sentencia de 28 de mayo de 2015, Exp. 46426.	<i>“El derecho a la libertad es un derecho fundamental connatural al ser humano, que posibilita el goce o ejercicio de otros derechos; por lo tanto, no cabe duda que cuando se limita o priva de ese derecho a una persona inocente, se genera un daño, el cual resulta ser antijurídico, pues no existe norma en el ordenamiento jurídico colombiano que obligue a un ciudadano inocente a tolerar o soportar el daño que emana de la privación de la libertad dentro de un proceso penal en el cual no se le desvirtuó la presunción de inocencia”.</i>
Subsección B. Sentencia de 28 de mayo de 2015, Exp. 33559	<i>“16. (...) independientemente de que la privación de que la privación de la libertad de un individuo se hubiere dispuesto con sujeción de un proceder lícito por parte del Estado, éste siempre estará llamado a responder por los perjuicios que le ocasionó a la víctima en razón a dicha detención, siempre que el mismo no estuviere en el deber legal de soportar tal carga.</i> <i>17. (...) no es necesaria la demostración de que la autoridad judicial incurrió en un error. Al damnificado le basta con demostrar que contra él se impuso una medida privativa de su libertad en el trámite de un proceso penal, que dicho proceso culminó con decisión favorable a su inocencia, y que el daño surgió como consecuencia de esa detención, para que con esa demostración surja a cargo de la administración la obligación de indemnizar los perjuicios sufridos por el ciudadano”</i>
Subsección C. Sentencia de 20 de octubre de 2014, Exp. 40060.	<i>“la privación de la libertad, en estos casos, puede y debe darse con pleno acatamiento de las exigencias legales, pero, a la postre, si se dicta una providencia absoluta, por cualquiera de los supuestos ya citados o por duda, se trataría de una decisión legal que pone en evidencia que la medida inicial fue equivocada. (...)</i> <i>Cuando una persona privada de la libertad sea absuelta, porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, la conducta no constituía hecho punible o por in</i>



	<i>dubio pro reo, se habrá de calificar sin ambages ni dubitaciones como detención injusta. Es por ello, que se trata de una responsabilidad objetiva (...)</i>
--	---

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

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

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

4.3.- No se desconoce que filosóficamente la libertad se cuenta entre los bienes más preciados sobre los que se funda toda organización política contemporánea, de ahí que buena parte de los arreglos institucionales deban su razón de ser a la protección de posiciones jurídicas de *libertad individual*, bien entendido como esfera negativa, de no interferencia, de los demás en las acciones propias; como la posibilidad de ser protagonista del régimen jurídico al que se está sujeto y como el reconocimiento del espacio afirmativo que posibilita la realización de lo que se desea¹⁰.

¹⁰ “14. (...) El núcleo esencial de la libertad personal está constituido, de una parte, por la posibilidad y el ejercicio positivo de todas las acciones dirigidas a desarrollar las aptitudes y elecciones individuales que no pugnen con los derechos de los demás ni entrañen abuso de los propios y, de otra, por la proscripción de todo acto de coerción física o moral que interfiera o suprima la



4.4.- Empero, sabido es que no existen derechos absolutos, consideración a la que no escapa la libertad personal, de suerte que a menudo la autoridad normativa cuenta con competencia para intervenir en la esfera de los derechos y libertades, como se sigue de la jurisprudencia constitucional¹¹ y, particularmente, de los artículos 30 *“Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a las leyes que se dictaren por razón de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”*¹² y 32.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: *“Los Derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad*

autonomía de la persona sojuzgándola, sustituyéndola, oprimiéndola o reduciéndola indebidamente.” Corte Constitucional. Sentencia T-301 de 1993.

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

¹¹ *“En efecto (...) considerar que un determinado derecho fundamental tiene carácter ilimitado, implica, necesariamente, aceptar que se trata de un derecho que no puede ser restringido y que, por lo tanto, prevalece sobre cualquiera otro en los eventuales conflictos que pudieren presentarse. Pero su supremacía no se manifestaría sólo frente a los restantes derechos fundamentales. Un derecho absoluto o ilimitado no admite restricción alguna en nombre de objetivos colectivos o generales o de intereses constitucionalmente protegidos.*

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

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

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



*de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática*¹³⁻¹⁴, desprendiéndose de todo esto el que cualquier intervención, que pretenda corrección en términos convencionales y constitucionales, queda circunscrita a la satisfacción de criterios formales (reserva de ley y competencia) y materiales (razonabilidad, proporcionalidad), de suerte que no se trata de habilitación para la arbitrariedad estatal sino ejercicio razonado de esa potestad normativa.

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

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

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

¹⁴ En similar sentido el artículo XXVIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. *“Artículo XXVIII Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático.”*. También Artículo 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.



ante autoridad judicial competente para que decida, sin demora, sobre la legalidad del arresto o detención y ordene su libertad si el arresto, prisión o detención fuere ilegal.

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

4.8.- A partir de estos referentes la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha elaborado los siguientes criterios sobre el instrumento de la detención preventiva y el derecho de libertad personal: **(i) Regla General.** Se predica el principio de la libertad del individuo mientras se resuelve la responsabilidad penal¹⁵; **(ii) Limitaciones.** La medida de detención está limitada por los principios de legalidad¹⁶, presunción de inocencia y proporcionalidad¹⁷; **(iii) Fines legítimos.** Sólo se reconocen como fines legítimos de imposición de la medida el aseguramiento de que el procesado no impedirá el desarrollo del proceso ni eludir la acción de la justicia¹⁸; **(iv) Fines ilegítimos.** La detención preventiva es una medida cautelar, no puede ser concebida como una pena anticipada ni como instrumento para la realización de fines de prevención general o especial, pues estos son propios de la pena¹⁹; **(v) Deber de evaluación periódica.** Las autoridades judiciales tiene la

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso J Vs Perú. Sentencia de 27 de noviembre de 2013, párr. 158; Caso Herrera Espinoza y otros Vs Ecuador. Sentencia de 1° de septiembre de 2016, párr. 143.

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Usón Ramírez Vs Venezuela. Sentencia de 20 de noviembre de 2009, párr. 145: *“El numeral 2 del artículo 7 reconoce la garantía primaria del derecho a la libertad física: la reserva de ley, según la cual, únicamente a través de una ley puede afectarse el derecho a la libertad personal. Al respecto, esta Corte ha establecido que la reserva de ley debe forzosamente ir acompañada del principio de tipicidad, que obliga a los Estados a establecer, tan concretamente como sea posible y “de antemano”, las “causas” y “condiciones” de la privación de la libertad física. De este modo, el artículo 7.2 de la Convención remite automáticamente a la normativa interna. Por ello, cualquier requisito establecido en la ley nacional que no sea cumplido al privar a una persona de su libertad, generará que tal privación sea ilegal y contraria a la Convención Americana.”*

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Tibi Vs Ecuador. Sentencia de 7 de septiembre de 2004, párr. 106.

¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Servellón García y Otros Vs Honduras. Sentencia de 21 de septiembre de 2006, párr. 90. Caso Herrera Espinoza y otros Vs Ecuador. Sentencia de 1° de septiembre de 2016, párr. 143. Caso Norín Catrimán Vs Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2014, párr. 361-362.

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Suárez Rosero Vs Ecuador. Sentencia de 12 de noviembre de 1997, párr. 77; Caso J Vs Perú. Sentencia de 27 de noviembre de 2013, párr. 159: *“159. Este Tribunal ha precisado también que para restringir el derecho a la libertad personal a través de medidas como la prisión preventiva deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida al proceso ha participado en el ilícito que se investiga²⁶⁶. Sin embargo, aún verificado este extremo, la privación de libertad del procesado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludir la acción de la justicia. Concordantemente, las características*



obligación de revisar periódicamente la detención preventiva y ofrecer razones que justifiquen su mantenimiento²⁰; **(vi) Cuestiones probatorias.** La decisión que impone una medida de aseguramiento debe basarse en elementos probatorios suficientes que permitan establecer razonablemente la participación de la persona en el delito objeto de investigación; no se satisface este parámetro cuando el apoyo probatorio consiste en meras conjeturas o intuiciones abstractas, “*El Estado no debe detener para luego investigar*”²¹; **(vii) Estigmas y prejuicios.** La medida no puede adoptarse por estigmas o prejuicios como, por ejemplo, en razón al origen racial de un grupo poblacional²²; tampoco cuenta como justificación suficiente elementos tales como las características personales del supuesto autor o la gravedad del delito²³; **(viii) Juicio de Proporcionalidad.** La imposición de la medida debe obedecer a un juicio de proporcionalidad en el caso concreto, atendiendo los elementos de prueba y los hechos objeto de investigación²⁴; en este marco, debe perseguir un fin compatible con la Convención, ser *idónea, necesaria* [absolutamente indispensable para conseguir el fin y que no exista medida menos gravosa] y *proporcional* [debe ser estrictamente proporcional, el sacrificio de la restricción de la libertad no debe resultar exagerado ni desmedido frente a las ventajas que se obtienen y los fines]²⁵; **(ix) Motivación Suficiente.** La falta de motivación suficiente respecto del fin legítimo constituye violación del

personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. El peligro procesal no se presume, sino que debe realizarse la verificación del mismo en cada caso, fundado en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto. De este modo, para que se respete la presunción de inocencia al ordenarse medidas restrictivas de la libertad es preciso que el Estado fundamente y acredite, de manera clara y motivada, según cada caso concreto, la existencia de los referidos requisitos exigidos por la Convención. Proceder de otro modo equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene principios generales del derecho, ampliamente reconocidos, entre ellos, el principio de presunción de inocencia”

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

²⁰ Corte Interamericana. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez Vs Ecuador. Sentencia de 21 de noviembre de 2007; párr. 117-118; Caso Yvon Neptune Vs Haití, Sentencia de 6 de mayo de 2008, párr. 108. Caso Bayarri Vs Argentina. Sentencia de 30 de octubre de 2008, párr. 74.

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

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs República Dominicana. Sentencia de 28 de agosto de 2014, párr. 368.

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Bayarri Vs Argentina, Sentencia de 30 de octubre de 2008; Caso Teruel y otros Vs Honduras, Sentencia de 27 de abril de 2012, párr. 106; Caso Rodríguez Vera Vs Colombia (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs Colombia. Sentencia de 14 de noviembre de 2014, párr. 409.

²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso López Álvarez Vs Honduras. Sentencia de 1º de febrero de 2006, párr. 68. “*La legitimidad de la prisión preventiva no proviene solamente de que la ley permite aplicarla en ciertas hipótesis generales. La adopción de esa medida cautelar requiere un juicio de proporcionalidad entre aquella, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan. Si no hay proporcionalidad, la medida será arbitraria.*”

²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Norín Catrimán Vs Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2014, párr. 312.



derecho de libertad personal²⁶ y **(x)** aun cuando esté previsto en la Ley, puede existir violación a la libertad personal cuando la detención se ampare en causas o métodos irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad²⁷.

4.8.- En el mismo escenario del Sistema Interamericano no puede pasarse por alto el Informe sobre el uso de Prisión Preventiva de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, documento que, además de llamar la atención sobre el preocupante abuso del instrumento de la detención preventiva²⁸, consideró que (i) aun cuando la Convención Americana no prevé expresamente el deber estatal de reparar a quienes han sido ilegalmente detenidos, lo que si se encuentra en el artículo 9.5 del Pacto, este puede ser subsumido dentro del artículo 1.1 de la Convención, esto es, conforme al deber de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos y libertades y (ii) sin embargo, aclaró el alcance que tiene ese deber de reparación, así: *“220. Conviene aclarar que el hecho de que una persona detenida haya sido posteriormente sobreseída o absuelta no implica necesariamente que la prisión preventiva haya sido aplicada en contravención de las normas de la Convención Americana”*²⁹, de donde se sigue la idea según la cual el surgimiento del deber de reparar ocurre siempre que la privación se haya adoptado con desconocimiento a los estándares desarrollados por el Sistema de Protección.

4.9.- De otra parte, en el ámbito del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos de Naciones Unidas, también se verifica la construcción de valiosos referentes

²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Sentencia de 22 de noviembre de 2005, párr. 216.

²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gangaram Panday Vs Surinam. Sentencia de 21 de enero de 1994, párr. 47. *“47. Esta disposición contiene como garantías específicas, descritas en sus incisos 2 y 3, la prohibición de detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, respectivamente. Según el primero de tales supuestos normativos, nadie puede verse privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal). En el segundo supuesto, se está en presencia de una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que -aún calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad”*. Véase también: Caso Fleury y Otros Vs Haití, Sentencia de 23 de noviembre de 2011, párr. 58-59.

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

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

²⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas.2013. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/13, pág. 96, párr. 220.



sobre el uso de la detención preventiva, su ejercicio ponderado, circunscrito a necesidades imperiosas y el alcance que tiene el precepto recogido en el artículo 9.5 del Pacto sobre el derecho a ser reparado cuando la persona ha sido *“ilegalmente detenida o presa”*.

4.10.- Algunas de estas posiciones jurídicas se encuentran recogidas, recientemente, en la Observación General No. 35 del Comité de Derechos Humanos sobre el artículo 9° del Pacto³⁰, donde merecen destacarse los siguientes puntos: **(i)** una detención puede ser arbitraria inclusive estando autorizada por la legislación nacional, toda vez que el de arbitrariedad es un concepto amplio que excede al de *“contrario a la ley”* pues integra consideraciones tales como inadecuación, injusticia, imprevisibilidad y las garantías judiciales; **(ii)** las medidas de detención preventiva que se imponen por motivos de seguridad y no con miras a un procesamiento por la imputación de un delito llevan un gran riesgo de privación de la libertad arbitraria³¹; **(iii)** la reclusión no debe durar más que lo estrictamente necesario, existiendo el deber de efectuar revisiones periódicas y prontas por una autoridad judicial, **(iv)** se califica como arbitraria una detención que sea castigo por el ejercicio legítimo de los derechos garantizados en el Pacto; el encarcelamiento tras un juicio manifiestamente injusto es arbitrario, pero no toda violación de garantías procesales constituye reclusión arbitraria; **(v)** las razones para una detención deben ser previstas por la Ley y con suficiente precisión, igualmente los procedimientos también deben estar previstos allí; es ilícito mantener la reclusión de una persona cuando se ha dictado orden de poner en libertad o amnistía válida; **(vi)** se considera, también, como reclusión ilícita la que inició siendo legal pero se ha convertido en ilícita por haber cumplido la persona la pena de prisión o por haber cambiado las circunstancias que justificaban la reclusión; **(vii)** el carácter ilícito de la detención o reclusión puede ocurrir por vulneración de la legislación nacional o la vulneración del propio Pacto, no obstante *“el hecho de que un acusado en un proceso penal haya sido finalmente absuelto, en primera instancia o en apelación, no basta para convertir en “ilícita” cualquier reclusión anterior”*³² y **(viii)** la indemnización comprende los daños pecuniarios y los no pecuniarios.

³⁰ Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 35 Artículo 9°. CCPR/C/GC/35 de 16 de diciembre de 2014.

³¹ Existe una tensión manifiesta entre este estándar de libertad personal y la legislación procesal penal colombiana que avala la detención preventiva de una persona por ser un peligro para la seguridad de la sociedad dispuesta en el artículo 310 de la Ley 906 de 2004. Empero, en el fallo C-469 de 2016 la Corte Constitucional revisó y avaló la constitucionalidad del precepto arguyendo que esa medida complementa, y no contradice, la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Véase el fuerte Salvamento de Voto suscrito por el Magistrado Alberto Rojas Ríos donde cuestiona la falta de compromiso de la Corte Constitucional en la aplicación del control de convencionalidad, toda vez que la detención preventiva fundada en ser el procesado peligro para la seguridad de la sociedad no se ajusta a los estándares convencionales.

³² Ibid., párr. 51.



4.11.- En esta misma línea de pensamiento, tal vez los esfuerzos más notables para concretar el concepto de detenciones arbitrarias se encuentran en los informes y opiniones del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria³³, dependencia que ha reconocido que *“la prohibición de la privación arbitraria de la libertad forma parte del derecho de los tratados y del derecho internacional consuetudinario y constituye una norma de ius cogens”*³⁴; ha relacionado el concepto de *“arbitraria”* [de la privación] con el *“incumplimiento de la exigencia de que la forma particular de privación de libertad se imponga con arreglo al derecho y los procedimientos aplicables y sea proporcionada respecto de la finalidad que se persigue, razonable y necesaria”*³⁵, en atención al artículo 9.5 del Pacto, ha sostenido que la víctima de una detención arbitraria *“tiene derecho a buscar y obtener reparaciones del Estado, lo que incluye la restitución, compensación, rehabilitación, satisfacción y garantía de no repetición”*³⁶ y ha clasificado las situaciones de privación arbitraria de la libertad en cinco categorías marcadamente influenciadas por los estándares de protección del derecho de libertad personal, bien por ser la detención o reclusión a) carente de justificación legal razonable, b) ser el resultado del ejercicio legítimo de derechos y libertades, c) por ocurrir violación grave a las garantías del juicio imparcial, d) prolongación de detención administrativa en casos de migrantes, asilados o refugiados y e) cuando acontece por motivos discriminatorios; en los siguientes términos:

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

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

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

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

³³ Creado por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas mediante la Resolución 1991/42, en mandatos que se han ampliado sucesivamente.

³⁴ Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria. A/HRC/22/44, Distribución General: 24 de diciembre de 2012, párr. 51.

³⁵ Ibid., párr. 61.

³⁶ Cfr. Naciones Unidas. Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria. Opinión No. 19/2016, A/HRC/WGAD/2016, Distribución General 2 de junio de 2016, párr. 39; Opinión No. 31, A/HRC/WGAD/2016/31, Distribución General 27 de octubre de 2016, párr. 117; Opinión No. 57/2016 A/HRC/WGAD/2016/57, Distribución General 9 de febrero de 2017, párr. 120.



e) Cuando la privación de libertad constituye una vulneración del derecho internacional por tratarse de discriminación por motivos de nacimiento, origen nacional, étnico o social, idioma, religión, condición económica, opinión política o de otra índole, género, orientación sexual, discapacidad o cualquier otra condición, y lleva o puede llevar a ignorar el principio de igualdad de los seres humanos (categoría V).³⁷

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

“6.5 Respecto de la afirmación del autor de que se ha violado su derecho a indemnización consagrado en el párrafo 5 del artículo 9 del Pacto, el Comité recuerda que esta disposición concede a las víctimas de detención o prisión ilegal un derecho efectivo a obtener reparación. Sin embargo el autor no ha justificado a los fines de admisibilidad su denuncia de que la detención fue ilegal. En este sentido, **el Comité observa que el hecho de que ulteriormente se absolviera al autor no significa que la detención preventiva fuera ilegal.** Por consiguiente, esta parte de la comunicación es inadmisibles en virtud de los artículos 2 y 3 del Protocolo Facultativo.

6.6 Respecto de la afirmación del autor de que se ha violado el principio de presunción de inocencia consagrado en el párrafo 2 del artículo 14 del Pacto, **el Comité señala que esta disposición es únicamente aplicable a un procedimiento penal y no a un procedimiento por indemnización;** por consiguiente, decide que la queja del autor es inadmisibles en virtud del artículo 3 del Protocolo Facultativo.”³⁸ (Resaltado propio).

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

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

³⁷ Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria. A/HRC/30/69. Métodos de Trabajo del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria. Distribución General: 4 de agosto de 2015, párr. 8.

³⁸ Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos. Comunicación No. 432/1990 de 23 de octubre de 1992. CCPR/C/46/D/432/1990 (1992) W.B.E (nombre omitido) Vs Países Bajos. 46° Periodo de sesiones.



comunicación, por consiguiente, es inadmisibile con arreglo al artículo 2 del Protocolo Facultativo.”³⁹

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

5.- Conclusiones.

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

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

5.3.- Trasladados estos referentes al campo de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad se cae en cuenta que el *daño antijurídico*, como primer presupuesto a ser evaluado por el Juez Administrativo, demanda no solo la constatación de una medida de detención preventiva, su materialización y la absolució judicial por decisió ejecutoriada [referentes que construyen, apenas, el daño], sino que también se torna en imperioso, en

³⁹ Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos. Comunicació No. 963/2001 de 27 de marzo de 2001. CCPR/C/71/D/963/2001 (2001).



orden a dotar de contenido sustantivo el elemento de la *antijuridicidad*, averiguar si la medida de detención o prisión preventiva que pesó sobre la víctima fue adoptada según los estándares convencionales arriba expuestos, solo a partir de esa reflexión se podrá responderse a una indagación basilar de la responsabilidad estatal: *¿el daño era jurídicamente soportable para la víctima?*, toda vez que si las intervenciones a la libertad personal se mantuvieron dentro de los parámetros de legalidad, proporcionalidad, excepcionalidad, temporalidad que gobiernan la imposición de ese tipo de medidas conforme a los estándares, habrá de concluirse, inexorablemente, que será un daño que aunque presente su componente material no convalida el que sea antijurídico o contrario al sistema normativo y, por tanto, no da lugar a adelantar el juicio de imputación.

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

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

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



compromete no solo a la observancia de la Constitución Política, como también a los principios, reglas y valores que surgen de la Convención Americana de Derechos Humanos, los demás instrumentos internacionales afines y el mismo derecho de gentes⁴⁰.

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

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

5.8.- Dicho sea de paso, es de rigor hacer énfasis en la libertad de aplicación de criterios de motivación de atribución de responsabilidad, acorde con la realidad argumentativa y probatoria del caso, lo que quedó sentado con fuerza propia de jurisprudencia unificada en los fallos de Sala Plena de Sección Tercera de 19 de abril y 23 de agosto de 2012, expedientes 21515 y 24392⁴¹, a lo que, tampoco, puede escapar de manera injustificada el régimen de la responsabilidad por los daños causados por privación de la libertad. Por tal cosa es que se hace precisión, en el esquema precedente, la apertura de los criterios de atribución de responsabilidad como, esto si, se decanta de los presupuestos normativos del artículo 90 constitucional.

5.9.- Finalmente, se hace un llamado urgente a la Sección Tercera de esta Corporación para que, en los términos del artículo 2 de la Convención Americana de Derechos

⁴⁰ Cfr., in extenso, SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. El concepto de convencionalidad. Vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de Derechos Humanos. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.
⁴¹ “En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado, tal y como se explicó previamente en esta providencia” (Resaltado propio). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Pleno de Sección Tercera. Sentencia de 19 de abril de 2012, Exp. 21515.



21

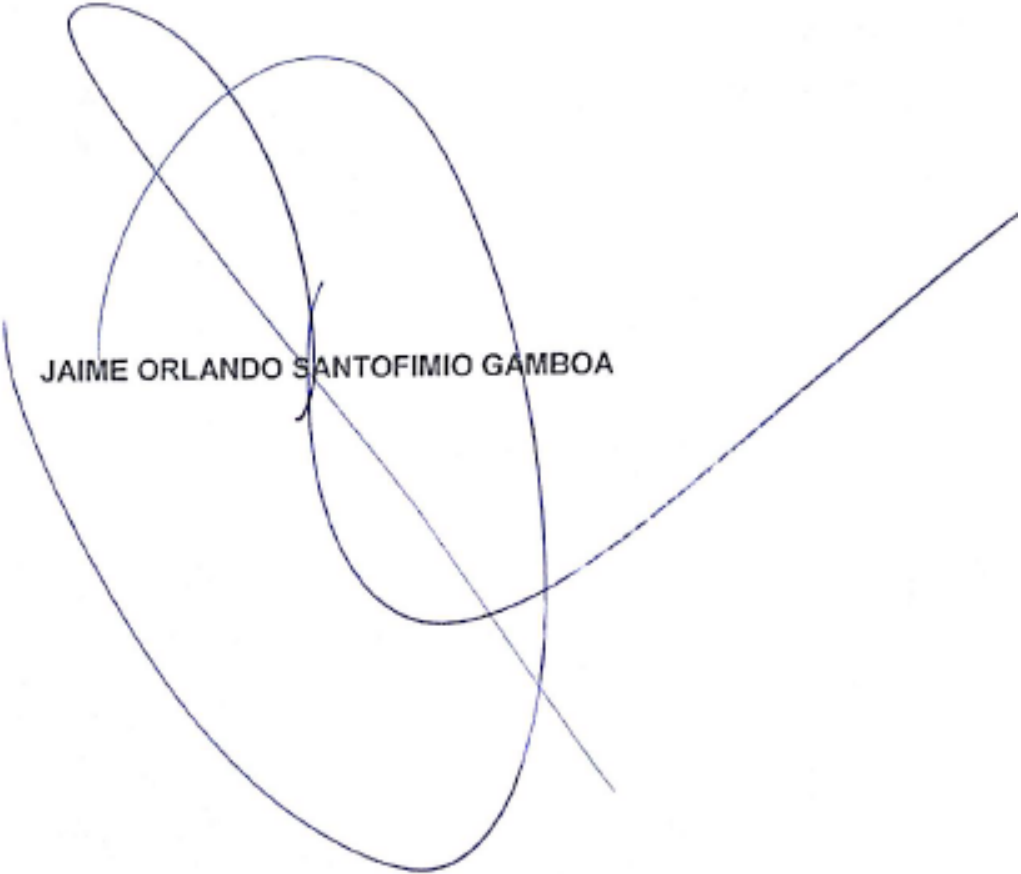
Radicación: 66001-23-31-000-2003-00130-01 (32765)

Asunto: Acción de Reparación Directa

Aclaración de voto

Humanos, revise el criterio jurisprudencial por privación de la libertad, delibere de manera comprometida y adopte nuevos parámetros para la estructuración de la responsabilidad del Estado que sean expresión equilibrada del contenido normativo del artículo 90 constitucional y las posiciones jurídicas protegidas del derecho de libertad personal comprendido conforme a la dinámica convencional que se viene de expresar.

En este sentido dejo expuesta mi aclaración de voto,



JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Fecha ut supra