**REGISTRO CIVIL DE NACIMIENTO – Acreditación del parentesco – Legitimación en la causa por activa**

El registro civil de nacimiento constituye el documento idóneo para acreditar de manera idónea, eficaz y suficiente la relación de parentesco con los progenitores de una persona, comoquiera que la información consignada en dicho documento público ha sido previamente suministrada por las personas autorizadas y con el procedimiento establecido para tal efecto” ; y es criterio reiterado y pacífico en esta Corporación, que la acreditación del parentesco constituye un indicio para la configuración del daño moral en los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil, se concluye que la privación de la libertad que sufrió Jorge Antonio García Borja ha obrado como causa de un grave dolor en sus hijos, y que por tanto, tanto aquel, como estos, se encuentran legitimados para la causa, por activa.

**RESPONSABILIDAD DEL ESTADO – Constitución de 1991 – Elementos de la responsabilidad – Daño antijurídico – Imputable – Acción – Omisión – Autoridad pública**

A partir de la preceptiva del artículo 90 de la Constitución, dos son los elementos constitutivos de la responsabilidad de la administración, a saber, que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública.

**RESPONSABILIDAD – Régimen – Reparación de los daños causados – Medida cautelar de detención de privación – Presunción de inocencia – Privación de la libertad – Régimen objetivo**

La Sala Plena de la Sección Tercera unificó su jurisprudencia en relación con el régimen de responsabilidad o el título jurídico de imputación aplicable a los casos en los cuales se demanda la reparación de los daños causados por el decreto de una medida cautelar de detención privación que resulta revocada posteriormente, y lo ha hecho, como corolario de la presunción constitucional de inocencia que ampara al afectado y de la excepcionalidad que debe revestir a la privación de la libertad en forma cautelar, con adopción, de un régimen objetivo basado en el daño especial , cuando la absolución del procesado obedezca a la aplicación del principio in dubio pro reo a alguna de las circunstancias que preveía el artículo 414 del decreto 2700 de 1991.

**RESPONSABILIDAD – Decreto 2700 de 1991 – Régimen objetivo – Falla del servicio – Carga de la prueba del demandante – Diferentes regímenes de responsabilidad**

Cuando las circunstancias del caso concreto no se ajusten a los casos previstos en la norma en cita, para atribuir la responsabilidad al Estado bajo el régimen objetivo, se deberá demostrar por parte del demandante una falla del servicio. No significa lo anterior, que la aplicación de un régimen objetivo proscriba la aplicación de otros regímenes, de hecho pues puede ocurrir que en el caso particular concurran los elementos necesarios para declarar la responsabilidad del Estado, por ejemplo, por falla en el servicio, que conviene develar por el contenido admonitorio de una condena así fundamentada.

**DETENCIÓN – Auto – Indicios graves – Código de Procedimiento Penal**

Para los efectos previstos en el artículo 356 del Código de Procedimiento penal de la época, tomando en consideración que éste establecía como requisito material del auto de detención, la existencia en el expediente de dos indicios graves, no importaba que el indicio tuviera naturaleza contingente, pues, “…la connotación de levedad o gravedad del indicio no corresponde a nada distinto al control de su seriedad y eficacia como medio de convicción que en ejercicio de la discrecionalidad reglada en la valoración probatoria realiza el juez, quien después de contemplar todas las hipótesis confirmantes e infirmantes de la deducción establece jerarquías según el grado de aproximación a la certeza que brinde el indicio, sin que ello pueda confundirse con una tarifa de valoración preestablecida por el legislador”.

**SENTENCIA ABSOLUTORIA – La detención no es per se ilegal**

El hecho que el proceso penal finalice con sentencia absolutoria, no precisa que la detención *per se*, se precise como ilegal; comoquiera que su carácter es preventivo, y su imposición no se asimila a un juicio penal.

**RESPONSABILIDAD OBJETIVA – Privación injusta de la libertad – Error de la autoridad judicial – Indemnización de perjuicios**

(…) responsabilidad de carácter objetivo, en la que no es necesaria la demostración de un error cometido por la autoridad judicial; al afectado le basta probar que le fue impuesta una medida que infirió en la privación de su libertad durante el proceso penal que finalizó con decisión absolutoria, con el fin de imputarle responsabilidad extracontractual en cabeza del Estado y así surja la obligación de indemnizar los perjuicios sufridos por el ciudadano.

**HECHO DE LA VÍCTIMA – Exoneración de responsabilidad del Estado**

El artículo 70 de la Ley 270 de 1996 estableció que el hecho de la víctima da lugar a exonerar de responsabilidad al Estado, así: “(…) El daño se entenderá como culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley. En estos eventos se exonerará de responsabilidad al Estado (…)”.

**HECHO DE LA VÍCTIMA – Incumplimiento de deberes – Producción de daño – Conducta dolosa – Conducta gravemente culposa – Servidor público**

El hecho de la víctima se presenta cuando la actuación de ésta ha sido determinante en la producción del daño, y su conducta dolosa o gravemente culposa, se perfecciona en el desobedecimiento de los deberes que normativamente le son exigidos. Tratándose de los servidores públicos, el artículo 6 de la Constitución Política designa el mandato, por el cual éstos son responsables, además de la infracción de las leyes y la constitución, por (…) la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

**HECHO DE LA VÍCTIMA – Privación de la libertad – Servidor público – Ejercicio del cargo – Incumplimiento de funciones y obligaciones – Medida de aseguramiento**

Cuando la privación se produce como consecuencia de una investigación adelantada contra un servidor público por un punible que presuntamente se produjo con ocasión del ejercicio de su cargo, para efectos de verificar si se configuró un hecho de la víctima es preciso determinar cuáles eran sus funciones y obligaciones, y establecer si el incumplimiento de alguna de ellas fue determinante para motivar la imposición de la medida de aseguramiento.

**ESTUDIO DE CULPABILIDAD – Autoridad penal – Proceso Penal – Análisis diferentes – Clasificación de la conducta – Jurisdicción administrativa – Responsabilidad civil o patrimonial – Clasificación de la conducta con normas del derecho civil**

No puede equiparse al estudio de la conducta que se adelanta por parte de las autoridades penales al momento de estudiar la culpabilidad del sindicado; puesto que a diferencia del proceso penal, donde la conducta se califica con sujeción a disipaciones propias del derecho penal, ante la jurisdicción administrativa se destraba la litis, en lo que se refiere a la responsabilidad civil o patrimonial del Estado por la privación de la libertad, supuesto que impone calificar la conducta de los implicados, con sujeción a normas propias del derecho civil.

**SERVIDOR PÚBLICO – Principio de legalidad – Funciones – Negligencia – Imprudencia**

Si a falta de esta previsión, un servidor público se extralimita en el ejercicio de sus funciones, está actuando con negligencia e imprudencia, y tal hecho puede acarrearle sanciones disciplinarias, responsabilidad patrimonial e inclusive fiscal, dependiendo de la naturaleza, extensión y gravedad de sus actos.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN C**

**Consejero ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 73001-2331-000-2008-00748-01(42965)**

**Actor: JORGE ANTONIO GARCÍA BORJA Y OTROS**

**Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE LA JUSTICIA- CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA- RAMA JUDICIAL – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN- DIRECTOR EJECUTIVO DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**

**Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA**

**Tema:** Descriptor:Se confirma la sentencia de primera instancia por encontrar configurada la culpa exclusiva de la víctima. Restrictor: Responsabilidad por la privación injusta de la libertad- presupuestos- responsabilidad por falla del servicio- responsabilidad objetiva- la conducta no configuró hecho punible*-* causal de ausencia de responsabilidad penal- error de tipo- culpa exclusiva de la víctima-extralimitación de competencias en el desempeño de cargos públicos.

Corresponde a la Sala resolver el resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 8 de noviembre de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

**I. SÍNTESIS DEL CASO**

El señor Jorge Antonio García Borja se desempeñaba como empleado de la Fiscalía Seccional del Espinal, cuando el señor Luis Carlos Castañeda – denunciante de un presunto hurto- lo abordó para solicitarle una corrección de la hora de los hechos en la denuncia penal que éste había interpuesto. El señor García Borja accedió a la solicictud y cambió la hora de la referida denuncia, sin sospechar que tal solicitud la había hecho el señor Castañeda con el objeto de reclamar una póliza de seguros. Por lo anterior, el señor García Borja se vio sujeto a una investigación penal por el delito de falsedad en documento público, circunstancia que le valió la privación de la libertad entre el 20 de mayo de 2005 y el 18 de diciembre de 2006, en virtud de la medida de aseguramiento de detención preventiva que le había impuesto el ente investigador en su contra. Finalmente el señor García Borja, obtuvo su libertad por sentencia absolutoria, en la cual se desestimó responsabilidad penal por verse configurado un error de tipo –causal de ausencia de responsabilidad penal-.

**I. ANTECEDENTES**

**1. La demanda**

Mediante escrito presentado el 18 de diciembre de 2008[[1]](#footnote-1), Jorge Antonio García Borja y otros, mediante apoderado judicial y en ejercicio de la acción de **reparación directa** prevista en el artículo 86 del C.C.A., solicitaron que se declarara a la Nación- Rama Judicial- Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, la Fiscalía General de la Nación y a la Nación- Ministerio del Interior y de Justicia administrativamente responsables por los perjuicios morales y materiales causados con ocasión de la privación injusta de la libertad a la que resultó expuesto el señor Jorge Antonio García Borja. En el libelo introductorio se consignaron las siguientes pretensiones:

*“****PRIMERA:*** *Declárese que* ***LA NACIÓN COLOMBIANA, MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA, LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA Y EL DIRECTOR EJECUTIVO DE LA ADMINISTRACIÓN JUDICIAL,*** *son responsables administrativa y civilmente por el daño antijurídico, causados a mi poderdantes Sr JORGE ANTONIO BORJA, LIGIA MARTÍNEZ ROJAS, KELLY JOICE GARCÍA MARTÍNEZ, MARÍA HORTENSIA BORJA CIFUENTES Y ANGIE KATHERIEN GARCÍA MARTÍNEZ.*

***SEGUNDA:*** *Condénese a* ***LA NACIÓN COLOMBIANA, MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA, FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA Y EL DIRECTOR EJECUTIVO DE ADMNINISTRACIÓN JUDICIAL*** *a pagar por concepto de perjuicios morales subjetivos (pretium doloris), las cantidades de oro que a continuación se indican (Convertidos a pesos de acuerdo al valor que dicho metal certifique el Banco de la República para la fecha de ejecutoria y los moratorios que se originen después de ese término:*

***DEMANDANTE RELACIÓN CANTIDAD VALOR***

***ACTUAL***

*JORGE BORJA VÍCTIMA 1.000Grs 60.478.950*

*LIGIA MARTÍNEZ ESPOSA 1.000 Grs 60.478.950*

*KELLY GARCIA HIJA 1.000 Grs 60.478.950*

*MARIA BORJA MAMA 1.000 Grs 60.478.950*

*ANGIE GARCÍA HIJA 1.000 Grs 60.478.950*

*Totales:……………………………………..... 5.000 Grs 302.394.750*

***TERCERA:*** *Condénese a la* ***NACION COLOMBIANA, MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA, LA FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN, CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA Y EL DIRECTOR EJECUTIVO DE LA ADMINISTARCIÓN JUDICIAL.,*** *a pagar los daños y perjuicios patrimoniales directos, por concepto de gastos presentes y futuros que se sobrevinieron con las graves perjuicios causados por el error judicial, que se estiman en la cantidad de oro que a continuación se indica: (Convertida a pesos de acuerdo con el valor que de dicho metal certifique el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de la Providencia que ponga fin al proceso), junto con los intereses comerciales que se causen durante los seis (6) meses siguientes a dicha ejecutoria y lo moratorios que se originen después de ese término:*

***DEMANDANTE RELACIÓN CANTIDAD VALOR***

***ACTUAL***

*JORGE BORJA VÍCTIMA 1.000Grs 60.478.950*

*Totales:……………………………………..... 1.000 Grs 60.478.950*

***CUARTA:*** *Se condene en costas y agencias en derecho a las partes demandadas, a excepción de la Nación.*

***QUINTA:*** *Se servirá ordenar que las partes demandadas le darán cumplimiento a la sentencia en los términos de los arts. 176 y 177 del C.C.A.*

***SEXTA:*** *Se ordene igualmente repetir contra los señores Fiscales* ***PIEDAD TRONCOSO CRUZ, OSCAR GERMAN MARTINEZ ROSALES,*** *fiscales éstos que conocieron y tomaron las decisiones que provocaron*

La parte demandante sostuvo, como **fundamento de hecho[[2]](#footnote-2)** de sus pretensiones que el 28 de octubre de 2002, el señor José Eufrancio Rodríguiez, asistente judicial CTI – código 5954- de la Unidad Local de Policía Judicial del Cuerpo Técnico de Investigación de Espinal, informó que el señor Jorge Antonio García Borja – citador de la Fiscalía Seccional de Espinal- le había solicitado un formato de denuncia en blanco y, posteriormente, regresó con el formato consignado con la denuncia por hurto calificado, instaurada por Luis Carlos Castañeda.

Informó el señor Eufrancio Rodríguez, que el señor García Borja, le solicitó que firmara la referida denuncia, lo cual hizo, después de indagar que Fiscalía tenía el conocimiento del dicho ilícito.

Por el anterior informe se inició la investigación radicada bajo 35-175780 dentro de la cual, el 20 de mayo de 2005, la Fiscalía 35 de Espinal, resolvió situación jurídica de los señores Jorge Antonio García Borja y a Luis Carlos Castañeda, a quienes les imputó la conducta punible de falsedad material en documento público como autor material y determinador, respectivamente. Respecto del señor García Borja, la Fiscalía le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva, la cual, posteriormente, sustituyó por la detención domiciliaría, y ordenó suspenderlo del ejercicio del cargo “auxiliar administrativo” que desempeñaba en la Fiscalía General de la Nación.

La anterior decisión fue impugnada por la defensa, y por decisión del 19 de julio de 2005, la Fiscalía 35 Delegada ente los Juzgados Penales del Circuito de Espinal resolvió el referido recurso, y confirmó la decisión impugnada.

Luego por decisión del 22 de septiembre de 2005, la Fiscalía 35 Seccional Espinal, calificó el mérito del sumario y resolvió proferir resolución de acusación contra los señores Jorge Antonio García Borja y Luis Carlos Castañeda como presuntos responsables de la conducta punible de falsedad material en documento público.

Impugnada la anterior resolución, le correspondió resolver el recurso al Fiscal Sexto Delegado ante el Tribunal, quien confirmó la decisión recurrida.

Después el Juzgado Primero Penal del Circuito al conocer del asunto, mediante sentencia del 18 de diciembre de 2006, absolvió al señor Jorge Antonio García Borja, al considerar que fue inducido en engaño y actuó convencido que los datos consignados en la denuncia resultaban precisos, circunstancia que el juzgador calificó como un error de tipo.

Antes de ser privado de la libertad, el señor Jorge Antonio García Borja se desempeñaba como auxiliar administrativo III de la Fiscalía, por lo cual la medida de aseguramiento le significó varios perjuicios económicos producto de la pérdida de su asignación mensual.

No obstante, afirmó que “(…) una vez ejecutoriada la sentencia del Juzgado Primero Penal del Circuito de Espinal, la dirección de administración judicial, procedió a cancelar los salarios correspondientes al tiempo en que estuvo cumpliendo la medida de aseguramiento (…)”

Finalmente, adujo que su privación de la libertad significó para su esposa, hijas y madre, graves perjuicios morales.

**II. Trámite procesal**

Arrimada la demanda al Tribunal Administrativo del Tolima, por auto del 2 de abril de 2009[[3]](#footnote-3) , la inadmitió para que la parte demandante precisara la imputación de responsabilidad de cada una de las entidades demandadas y allegará copia auténtica de los registros civiles de los señores Jorge Antonio García Borja y Ligia Martínez Rojas, así como el acta de matrimonio de los mencionados.

Sin que la parte demandante hubiere allegado escrito de subsanación de los yerros indicados por el *a quo*, éste por auto del 12 de mayo de 2009[[4]](#footnote-4), admitió la demanda, al verificar que ninguno de esos errores incidía en la caducidad o en los demás requisitos exigidos por ley, para la admisión de la demanda. Surtida la notificación personal del auto admisorio de la demanda a la Fiscalía General de la Nación[[5]](#footnote-5), presentó **escrito de contestación,** el 31 de julio de 2009[[6]](#footnote-6), donde alegó que en el *sub lite* actuó con apego a los preceptos contemplados en el artículo 250 de la Constitución Política, especialmente al deber relativo de asegurar la comparecencia de los procesados, preceptos que justificaron la medida de detención preventiva contra el señor García Borja; circunstancia, que a su juicio, impide atribuir responsabilidad a la Nación, por los perjuicios endilgados a éste.

Explicó, que el título de privación injusta de la libertad, previsto en la Ley 270 de 1996, se debe interpretar bajo el régimen de la falla del servicio; por lo cual recaerá sobre la parte demandante, la carga de los hechos que pretende enrostrar al Estado, esto es, la actividad estatal, el daño causado, la falla del servicio y el nexo causal.

Arguyó, que en el caso concreto, actuó correctamente y con apego, en los fundamentos legales que guían toda la etapa instructiva del proceso penal, no obstante y a pesar de los fuertes argumentos, haya sido vencida en la etapa de juicio, por la excelente actividad del defensor. A continuación, cito apartes de las decisiones que profirió durante la instrucción, y concluyó, que la privación de la libertad del procesado se remitió a las razones previstas previamente en la ley y “(…) las pruebas halladas en la investigación tuvieron el mérito suficiente para suponer la existencia de una carga pública que el procesado estaba en la obligación jurídica de soportar (…)”

Las demandadas: Nación- Rama Judicial- Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, el Nación- Ministerio del Interior y de la Justicia; y el Ministerio Público guardaron silencio.

Decretadas[[7]](#footnote-7) y practicadas las pruebas, el Tribunal corrió traslado a las partes para que **alegaran de conclusión[[8]](#footnote-8)** en primera instancia. Por escrito fechado 11 de mayo de 2011[[9]](#footnote-9), la parte demandante presentó sus alegatos de conclusión; en esa oportunidad alegó que en el caso se produjo una falla del servicio, habida cuenta, la privación de la libertad del señor García Borja se extendió hasta la etapa de juicio, sin que se hubiera examinado la legalidad de la detención, hasta el momento que se profirió la sentencia absolutoria. Razonamiento, por el cual estima, resulta imputable el daño a la Rama Judicial, en tanto la misma extendió el daño, al no haber calificado la legalidad de la detención apenas conoció el caso. Agregó, que el hecho de que el señor García Borja haya sido absuelto de los cargos penales que se le imputaron, demuestra que en su caso la Fiscalía también incurrió en una falla del servicio al haberle dictado medida de aseguramiento y resolución de acusación, sin la plena certeza que existía suficiente material probatorio para enrostrarle responsabilidad alguna, circunstancia que atenta contra la presunción de inocencia que cobija al procesado.

2.4. Por su parte la Fiscalía General de la Nación, allegó escrito también el 11 de mayo de 2011[[10]](#footnote-10), donde reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y además arguyó que en el caso del señor García Borja se vieron configurados todos los elementos del tipo penal endilgado, no obstante, la absolución se motivó en un error de tipo “al haber realizado objetivamente la conducta punible, pero de manera infantil e ingenua, faltando el dolo (etapa cognoscitiva en la acción delictiva), lo que le valió se eximido de responsabilidad y absuelto. Por lo cual, concluyó, que la privación de la libertad a la que fue expuesto el demandante “(…) se debió a su propia culpa, materializada en la negligencia e impericia que le era exigible como servidor público, al modificar documento que le generó tantos inconvenientes (…)”

**2.3 La sentencia apelada**

Surtido el trámite de rigor y practicadas las pruebas decretadas, El Tribunal Administrativo del Tolima profirió sentencia de primera instancia el 8 de noviembre de 2011[[11]](#footnote-11), mediante la cual denegó las pretensiones de la demanda.

Con relación al fondo del asunto, resolvió:

***PRIMERO: NEGAR*** *las pretensiones formuladas por JORGE ANTONIO GARCIA BORJA y otros en contra de la NACIÓN- MINISTERIO DE EL INTERIOR Y DE JUSTICIA- CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA- RAMA JUDICIAL- FISCALÍA GENBERAL DE LA NACIÓN- DIRECTOR EJECUTIVO DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.*

Para arribar a esta conclusión, el Tribunal partió de la base de definir como problema jurídico puesto a su consideración, el siguiente:

*Observa la Sala, que en el presente caso se deberá analizar si la NACIÓN- MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA- CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA- RAMA JUDICIAL- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN- DIRECTOR EJECUTIVO DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL, incurrieron en un error judicial y, en consecuencia , si debe responder por los daños o perjuicios generados con su proceder.*

A continuación, procedió a identificar el caso bajo estudio y a relacionar el acervo probatorio, y terminado eso, analizó el régimen aplicable a la luz del principio “*IURA NOVIA CURIA”* y determinó que el mismo correspondía a una privación injusta de la libertad. De esta determinó que la normatividad aplicable sería el artículo 90 de la Constitución Política y la Ley 270 de 1996, disposiciones que contemplan los presupuestos de la responsabilidad del estado por la privación injusta de la libertad, que además, han sido interpretados por la jurisprudencia de las altas cortes.

En virtud de lo anterior, acogió los criterios previstos en la sentencia C-037 de 1996 de la Corte Constitucional y la Sentencia del 2 de mayo de 2007 exp. 15.463 de esta Corporación, para definir que “(…) en el artículo 90 de la Constitución Política tienen arraigo, aún después de la entrada en vigor de la Ley 270 de 1996, todos los supuestos en los cuales se produce un daño antijurídico imputable a la Administración de Justicia que no están contemplados, más no por ellos excluidos, se insiste, en el premencionado artículo 68 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia(…) también debe mirarse el caso concreto, pues **tampoco se acepta que toda privación de la libertad sea indemnizable** (…)”

Al disponerse a examinar el caso concreto, determinó que el material probatorio que ameritó iniciar las diligencia previas en contra del señor García Borja, también permitió calificar que la medida “(…) limitativa de la libertad adoptada por el ente investigador resultó adecuada y oportuna a los fines de protección del interés general y de la sociedad que buscaba la misma (…)”. Por consiguiente, el señor García Borja debía soportar la medida de detención domiciliaría, más cuando su conducta, ameritaba la imposición de ésta. En efecto, refirió que el señor García Borja se desempeñó como servidor público en la Fiscalía durante varios años, por lo cual no se justificaba “(…) su cuestionable conducta *“altruista”* tendiente a brindarle colaboración a un ciudadano que le requería la modificación de un documento público, debía haber previsto su actuar por muy *“generoso”* que fuera, rayaba con la ilegalidad (…)”

Inclusive afirmó que “(…) el Despacho Judicial falló en la valoración probatoria para llegar a la conclusión de absolver al hoy demandante, no lográndose deducir una “duda razonable (…)”, en este orden de ideas, concluyó que la detención del señor García Borja no fue injusta al no presentarse ninguno de los supuestos de los artículos 66 a 68 de la Ley 270 de 1996, habida cuenta, existía varias pruebas que comprometían su responsabilidad penal y la Fiscalía ajustó su actuación a los fines definidos en el artículo 250 de la Constitución Política, en ninguno momento fue arbitraría ni caprichosa.

**2.4 El recurso contra la sentencia**

Por medio de escrito del 30 de noviembre de 2011[[12]](#footnote-12), la parte demandante interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia con la pretensión de provocar su revocación, para que en su lugar se profiera sentencia sustitutiva en la que se acceda a las súplicas de la demanda.

Expuso que en el caso de señor García Borja, si bien se dieron “(…) la formas propias del delito propias del delito para mi representado no se daban y así lo entendió el Juez de la Causa y por ello la sentencia fue Absolutoria (sic) (…)”

En efecto, adujo que el ente investigador no actuó con suficiente diligencia durante la instrucción del delito, que se le imputaba al señor García Burgos. Indicó que el ente investigador, entre los elementos de la conducta punible, también debió haber investigado lo referido a la culpabilidad del imputado. Además consideró que en el caso bajo examen, (…) el acta de denuncia de carácter penal el que manda es el denunciante, el funcionario que la recepciona está obligado a escribir lo que el usuario o denunciante diga o le dicte, porque, sobre lo que quede escrito es que se va orientar la investigación y precisamente cumpliendo con su responsabilidad el señor **JORGE ANTONIO GARCÍA BORJA** hizo la voluntad del denunciante responsable y por esa razón lo investigaron y lo detuvieron por una actuación carente de dolo , no fue por parte de **GARCIA BORJA** sino por parte del denunciante(…)”

A continuación, hizo referencia a las audiencias de indagatoria del señor García Borja, y de ellas afirmó que para evidenciar que la actuación del procesado fue inocua, deduciendo que de haberse estudiado ese aspecto con mayor acuciosidad, por el ente investigador, la privación de la libertad no se hubiere extendido como lo hizo.

**2.5 Trámite en segunda instancia**

El recurso así interpuesto se admitió con auto de fecha 8 de febrero 2012[[13]](#footnote-13). Con providencia del dieciocho 29 de febrero de 2012 se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que aquellas alegaran de conclusión y éste emitiera concepto.

En primer lugar, explicó, con fundamento en jurisprudencia de la Corte Constitucional, el término “injustificadamente” se refiere cuando la privación de la libertad obedezca a una actuación desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, por lo cual la misma se no se muestre ni como proporcionada ni adecuada; en consecuencia, estimó se debe hacer un análisis razonable de la circunstancias de la prevención.

Luego, arguyó con base en apartes de la sentencia recurrida, que la privación de la libertad del señor García Borja, en ningún momento resulto injusta ni desproporcionada. Por último, expuso que al reconocerse, por parte del juzgado penal, que el procesado actuó bajo el error de tipo indica que el procesado realizó objetivamente la conducta punible, pero se ve afectado el elemento cognoscitivo; por lo cual el daño no puede tener la categoría de antijurídico al evidenciarse, la existencia de serios indicios de responsabilidad penal.

**III. CONSIDERACIONES**

**3. I. Sobre los presupuestos materiales de la Sentencia de mérito**

**La Sala es competente** para resolver el presente caso iniciado en ejercicio de la acción de reparación directa, en razón a la naturaleza del asunto. La Ley 270 de 1996 desarrolló la responsabilidad del Estado en los eventos de error jurisdiccional, defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y privación injusta de la libertad, y determinó la competencia para conocer de tales asuntos en primera instancia en cabeza de los Tribunales Administrativos, y en segunda instancia en el Consejo de Estado, sin que sea relevante lo relacionado con la cuantía[[14]](#footnote-14).

**La acción de reparación directa estaba vigente** al momento de presentación de la demanda, pues la providencia que absolvió al señor Jorge Antonio García Borja de responsabilidad penal se profirió el 18 de diciembre de 2006[[15]](#footnote-15) y quedó ejecutoriada el 22 de enero de 2007[[16]](#footnote-16) , por su parte, la demanda que dio origen a este proceso es de fecha 18 de diciembre de 2008, luego, entre aquella y ésta no transcurrió un lapso superior a dos (2) años.

El señor Jorge Antoni Burgos es la víctima directa de la privación de la libertad que dio origen a este proceso, es hijo de María Hortensia Borja Cifuentes, es padre de Kelly Joice y Angie Katherine García Martínez Burgos, y esposo de Ligia Martínez Rojas según se puede establecer con las copias auténticas de los registros civiles de nacimiento que se encuentran incorporabas al expediente a los folios 13, 11 y 12 del cuaderno de primera instancia y la partida de matrimonio obrante a folio de 10 del mismo cuaderno

Así las cosas, puesto que “el registro civil de nacimiento constituye el documento idóneo para acreditar de manera idónea, eficaz y suficiente la relación de parentesco con los progenitores de una persona, comoquiera que la información consignada en dicho documento público ha sido previamente suministrada por las personas autorizadas y con el procedimiento establecido para tal efecto”[[17]](#footnote-17); y es criterio reiterado y pacífico en esta Corporación, que la acreditación del parentesco constituye un indicio para la configuración del daño moral en los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil, se concluye que la privación de la libertad que sufrió Jorge Antonio García Borja ha obrado como causa de un grave dolor en sus hijos, y que por tanto, tanto aquel, como estos, **se encuentran legitimados para la causa, por activa**

En lo que concierne a las demandadas, no obstante la solidez que presenta la postura de la Sala acerca de la exclusión de la falta de legitimación en la causa del ámbito de las excepciones de fondo en cuanto se trata de razón de una condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado[[18]](#footnote-18), considera pertinente que su análisis en el presente caso se lleve a efecto dentro del acápite atinente al estudio de la imputación, dada la conexidad que existe entre las actuaciones adelantadas por los organismos demandados y su relación mediata o inmediata con el daño.

**3.2. Sobre la prueba de los hechos**

A partir de la preceptiva del artículo 90 de la Constitución, dos son los elementos constitutivos de la responsabilidad de la administración, a saber, que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública.

La parte demandante, dentro del relato que ofrece en el libelo introductorio como sustento fáctico de sus pretensiones, hace relación a estos dos elementos, para presentar, de un lado, el daño sufrido, su extensión, intensidad y modalidades, y de otro, las actuaciones u omisiones que endilga a las demandadas y en cuya virtud les imputa la responsabilidad que pide, sea declarada en esta sentencia. En torno a estos dos elementos gravita la carga probatoria que esa parte soportaba, y por tanto, el estudio de los hechos probados lo hará la Sala en dos grandes apartes, a saber: hechos relativos al daño, y hechos relativos a la imputación.

**3.2.1. Sobre la prueba de los hechos relativos al daño.**

El daño entendido como el atentado material contra una cosa o persona, lo hace consistir la parte demandante en el hecho de la afrenta que padeció Jorge Antonio García Borja en su libertad física, en su honra, en su derecho al sosiego y a la paz interior y en la vida de relación, por causa de la imputación, de la captura, de la detención preventiva y de la resolución acusatoria de las que fue víctima directa; y en el agravio que soportaron sus hijos y cónyuge, tanto en su derecho a la paz y al sosiego interior.

Los hechos en los que concretó la parte actora este daño, pretende acreditarlos de la siguiente manera:

3.2.1.1**. La afrenta a la libertad física de Jorge Antonio García Borja Romero, que fueron arrimados por la parte demandante, junto con la demanda, en copias simples:**

* Por Resolución del 20 de mayo de 2005[[19]](#footnote-19), la Fiscalía 35 Seccional Espinal Tolima, resolvió la situación jurídica de los señores Jorge Antonio García Borja y Luis Carlos Castañeda, a quienes se les imputaba la comisión del delito de falsedad en documento público; al señor García Borja se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva, la cual se sustituyó por detención domiciliaría. La decisión, a saber fue:

*(…) PRIMERO: IMPONER en contra de JORGE ANTONIO GARCÍA BORJA , de condiciones civiles y personales conocidas en la actuación, medida de aseguramiento de DETENCIÓN PREVENTIVA como presunto autor responsable de la conducta punible de FALSEDAD MATERIAL EN DOCUMNENTO PÚBLICO, cometido en las circunstancias de tiempo, modo lugar descritas en el proceso, por cuanto se logró establecer conforme a los antes puntualizado que se reúnen a cabalidad los requisitos exigidos para ellos por el Artículo 356 del C.P.Penal.*

*SEGUNDO: SUSTITUIR la detención preventiva por la DOMICILIARIA a favor de GARCIA BORJA conforme a los dicho precedentemente, para lo cual deberá prestar caución prendaria equivalente a (…)*

* La anterior decisión fue apelada por la defensa y le correspondió a la Fiscalía 6º Delegada ante el Tribunal Superior de Ibagué, resolver el recurso de apelación interpuesto, lo cual hizo por Resolución 121802 del 19 de noviembre de 2005[[20]](#footnote-20), donde confirmó la decisión de primera instancia.
* Luego por Resolución del 22 de septiembre de 2005[[21]](#footnote-21), la Fiscalía 35 Seccional Espinal, calificó el mérito del sumario 35-175780, y profirió resolución de acusación contra los señores Jorge Antonio García Borja y Luis Carlos Castañeda por el delito que se les de falsedad material en documento público.
* Contra la anterior decisión la defensa interpuso el recurso de apelación, que fue resuelto por Resolución del 25 de noviembre de 2005[[22]](#footnote-22), de la Fiscalía 6º Delegada ante el Tribunal Superior de Ibagué, confirmando la decisión recurrida.
* El 18 de diciembre de 2006[[23]](#footnote-23), el Juzgado Primero Penal del Circuito de Espinal, profirió sentencia en la causa adelantada contra los señores Jorge Antonio García Borja y Luis Carlos Castañeda, del primero profirió decisión condenatoria y del segundo absolutoria. A saber, resolvió:

*(…)* ***QUINTO:* ABSOLVER** al señor **JORGE ANTONIO GARCÍA BORJA** de 31 años de edad para la época de la indagatoria, nacido en Ibagué el 17 de agosto de 1.972, identificado con C.C. No. 14’244.412 de Ibagué, residente en la calle 11 No. 8-54 del Guamo, bachiller del Colegio CONFENALCO de Ibagué (…) de conformidad a las consideraciones plasmadas en la parte motiva de esta sentencia (…)

* Por certificado, del 24 de julio de 2008[[24]](#footnote-24), allegado al proceso por el Juzgado Primero Penal del Circuito del Espinal Tolima, se certificó que la anterior decisión adquirió ejecutoria el 22 de enero de 2007.

Observada la prueba allegada por la parte demandante, se tiene por acreditado que el señor Jorge Antonio García Borja, estuvo privado de la libertad; comoquiera que contra él se decretó detención preventiva. No obstante, no se acreditó la extensión de la misma, en tanto los documentos arrimados no indican la fecha de la captura ni permiten precisar con exactitud, cuando se revocó la medida preventiva.

**3.2.2. Sobre la imputación.**

Se encuentra debidamente probado, a través de prueba documental allegada al expediente en copias simples no controvertidas de documentos públicos, que:

* Por Resolución del 20 de mayo de 2005[[25]](#footnote-25), la Fiscalía 35 Seccional Espinal Tolima, resolvió la situación jurídica de los señores Jorge Antonio García Borja y Luis Carlos Castañeda, a quienes se le imputaba la comisión del delito de falsedad en documento público; al señor García Borja se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva, la cual se sustituyó por detención domiciliaría. En esta decisión, consideró el ente investigador que:

*(…) El meollo del asunto gira en torno a que el sindicado referido en párrafo anterior, a petición propia del denunciante, decidió alterar la hora que LUIS CARLOS CASTAÑEDA indicó al funcionario del Cuerpo técnico de Investigación de este, municipio cuando hizo su arribo a esta entidad con el propósito de denunciar unos hechos perpetrados por delincuentes desconocidos y que se movilizaban en un vehículo automotor, alteración que consistió en borrar el número 9 , para luego escribir en el mismo espacio el número 5. Esta alteración la realizó GARCÍA BORJA con su herramienta de trabajo, es decir, la máquina de escribir asignada a este (sic) para el cabal desarrollo de sus funciones como servidor de la Fiscalía, hecho este plenamente acreditado por confesión propia del mismo encartado y muestra mecanográfica tomada a la máquina mecánica marca Olivetti línea 98, la cual fue incorporada al expediente.*

*(…)*

*Conviene precisar que el interés que condujo al prenombrado encartado no era simplemente una ayuda desinteresada y encaminada a lograr la entrega de un vehículo de forma rápida y oportuna, sino que al parecer ello tendría una contraprestación, pues como bien lo afirman los testigos JOSE EUFRACIO RODRÍGUEZ Y PEDRO ALFONSO ARCER BELTRAN en sus respectivas declaraciones vertidas ante la autoridad judicial competente y bajo el apremio del juramente, a JORGE le iban a dar una plata , hecho que si bien es cierto no está probado dentro de la instructiva si lo compromete aún más, luego que se logró establecer que fue precisamente la denuncia con la alteración realizada por GRACÍA BORJA en concurso con LUIS CARLOS CASTAÑEDA , el medio de prueba que sirvió de base para lograr que la compañía aseguradora “CENTRAL DE SEGUROS” cancelara el valor representado en la Póliza número 20000162-4-.*

*(…) Por la naturaleza del asunto que se investiga y la punibilidad de la conducta que se les endilga, ésta agencia Fiscal encuentra que no es procedente concederles la gracia de la libertad a los encartados JORGE ANTONIO GARCÍA BORJA y LUIS CARLOS CATAÑEDA(sic), atendiendo las consideraciones de orden legal expuestas en el cuerpo de esta providencia, además, en el hipotético caso de ser cobijados con una Sentencia Condenatoria, no se harían, merecedores al subrogado los la condena de ejecución condicional, dado que la pena a imponer superaría los treinta y seis (16) (sic) meses de prisión, al concurrir sobre estos dos la circunstancia de agravación punitiva que trae consigo su inciso segundo la disposición penal transgredida, es decir, el Artículo 287 del C.Penal, pues nótese que la pena mínima parte de cuatro años.*

* La anterior decisión fue apelada por la defensa y le correspondió a la Fiscalía 6º Delegada ante el Tribunal Superior de Ibagué, resolver el recurso de apelación interpuesto, lo cual hizo por Resolución 121802 del 19 de noviembre de 2005[[26]](#footnote-26), donde confirmó la decisión de primera instancia. Al respecto, consideró el *ad* *quem* que:

*(…) Entonces, como bien puede observarse, en este evento con la alteración del documento público de nunca instaurada por el señor LUIS CARLOS CASTAÑEDA, bien parece sirvió de prueba ante la Compañía de Seguros Central S.A., Oficina ante la cual se hizo la reclamación del siniestro asegurado, para lo cual necesitaban que la hora de ocurrencia del suceso quedara enmarcada dentro del horario indicado, por tanto, era necesario alterar la misma para poder efectuar la respectiva reclamación, en lo que cohonestó el implicado JORGE ANTONIO GARCÍA BORJA, a sabiendas que no le era permitido efectuar esa corrección motu proprio, por cuanto ya se había consignado en el acta de denuncia una hora inicial, y entonces, el camino legal a seguir era a través de una posterior diligencia de ampliación de denuncia en la que enmendara aquel equívoco.*

*El servidor público GARCIA BORJA, por su experiencia hace algún tiempo en la institución, le posibilitaba conocer que un obrar en la forma realizada no le era permitido y sin embargo, voluntariamente quiso desplegar su ilícito actuar, alterando la verdad en aquel documento público, con gran perjuicio patrimonial no solo para la entidad privada Compañía General de Seguros S.A., sino para la propia administración de justicia.*

*Es, que por ahora no es posible reconocer que haya obrado de buena fé, cuando, su conocimiento y experiencia al interior de la institución Fiscalía General de la Nación, le permitía entender que no era sano ni legal intentar enmendar un supuesto error del denunciante, colaborándole en las circunstancias que da cuenta en estas diligencias, si para ello existía el camino de la ampliación de la noticia criminis en la que corrigiera la supuesta equivocación de la hora de la ocurrencia de los acontecimientos, y esto lo sabía y conocía sin lugar a dudas el implicado, (…)*

* Luego por Resolución del 22 de septiembre de 2005[[27]](#footnote-27), la Fiscalía 35 Seccional Espinal, calificó el mérito del sumario 35-175780, y profirió resolución de acusación contra los señores Jorge Antonio García Borja y Luis Carlos Castañeda por el delito que se les endilgaba, en esa oportunidad el ente investigador reiteró los razonamientos planteados en la resolución que resolvió la situación jurídica del señor García Borja.
* Contra la anterior decisión la defensa interpuso el recurso de apelación, que fue resuelto por Resolución del 25 de noviembre de 2005[[28]](#footnote-28), de la Fiscalía 6º Delegada ante el Tribunal Superior de Ibagué, confirmando la decisión recurrida. A propósito expuso el *ad quem* lo siguiente:

*Finalmente, el que no se pueda endilgar una falsedad en cabeza de* ***GARCÍA BORJA,***  *por una supuesta falta de verdad en las afirmaciones de* ***LUIS CASTAÑEDA,***  *como quiera que si el quejoso mintió , su defendido no tenía por qué saberlo, ha de pronunciarse el Ad quem, insistiendo que la acción dolosa del sindicado* ***GARCÍA ,*** *está precisamente en la de haber variado la versión del denunciante de manera ilegal(…) resulta increíble que* ***un servidor público***  *no se diera cuenta de tal situación, basta con leer el escrito , para darse cuenta de ello, sin que resulte creíble que a las 5 de la tarde, las circunstancias de iluminación fueran de oscuridad absoluta al punto de que dificultara al ofendido, la visibilidad de los infractores . Las evidencias que obran en el paginario, llevaron acertadamente al A quo, a deducir que la exculpación del sindicado servidor público, son contrarias a la realidad y se tornan entonces un mero mecanismo defensivo. [[29]](#footnote-29)*

* El 18 de diciembre de 2006[[30]](#footnote-30), el Juzgado Primero Penal del Circuito de Espinal, profirió sentencia en la causa adelantada contra los señores Jorge Antonio García Borja y Luis Carlos Castañeda, del primero profirió decisión condenatoria y del segundo absolutoria. Al hacer el estudio de la responsabilidad penal que recaía sobre el señor Jorge Antonio García Borja, el juzgado estimó:

*Sobre la actuación de JORGE ANTONIO GARCÍA BORJA en los hechos materia de investigación, la situación es bien distinta a la de LUIS CARLOS CASTAÑEDA; en efecto, luego de un estudio ponderado de los elementos de juicio que se allegaron al plenario, meridianamente se aprecia que aquel fue víctima de engaño proveniente de CASTAÑEDA, quien sabía que los hechos no habían sucedido a las cinco de la tarde sino pasadas las nueve y veinte de la noche momentos después de haber cruzado el peaje de Flandes.*

*Obsérvese que JORGE GARCÍA ha sido enfático en afirmar que creyó que podía corregir la hora de la ocurrencia de los hechos, por cuanto quien se lo solicitaba era el denunciante y quien mejor que este(sic) para saber a qué horas precisamente se habían efectuado los hechos; COMPARTE EL Despacho plenamente los planteamientos(sic) hechos por la fiscalía en la audiencia pública cuando indica que este procesado actúo (sic) casi de manera infantil, fue ingenuo y en realidad brilla por su ausencia el dolo; apreciamos, salvo mejor criterio que estamos frente a un error de tipo(…)*

*Adviértase que en verdad, dentro de las funciones asignadas al citado empleado no estaba la de recepcionar denuncias o cualquier otra diligencia similar; conforme lo sostiene el procesado y lo corrobora el testigo GUSTAVO ADOLFO ROMERO, el implicado era una persona de escasa preparación, llevaba poco tiempo de esta vinculado a la Unidad (sic) y se trata de una persona demasiado ingenua, confiada y que creyó en la buena fe de quien le hizo la solicitud del cambio de hora. (…)*

*Considera este Despacho que lo que aquí sucedió fue que LUIS CARLOS CASTAÑEDA utilizó a JORGE ANTONIO para que falsificara el documento público que más tarde con otra alteración más lo presentaría como prueba a la transportadora y a la Aseguradora (sic); esta clase de conducta fue consagrada expresamente de manera independiente pero hoy en día se recogió en un solo contexto en el art. 287 de la normatividad penal (…)*

*Todo lo anterior nos lleva a colegir que JORGE ANTONIO GARCÍA BORJA no realizó conducta de manera dolosa por mediar en él un error en uno de los elementos que integran el tipo penal. Lo anterior encuentra sustento legal en el art. 32 numeral 10 del código penal que consagra las causales de ausencia de responsabilidad: “ Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta hecho constitutivo de la descripción típica” Ahora, si admitiéramos que se trata de un error vencible de todas formas no abría lugar a la responsabilidad por cuanto el delito de Falsedad en Material en documento público, no fue previsto de manera culposa dentro de la normatividad penal pues se trata de una conducta eminentemente dolosa.*

Ahora bien, de la observación de los anteriores documentos, la Sala evidencia que en la privación de la libertad del señor Burgos Romero, participaron la Fiscalía General de la Nación, quien se encargó de la etapa de instrucción; y la Nación Rama Judicial, a quien le correspondió la etapa de juicio. En efecto, la Fiscalía General de la Nación, se ocupó de proferir las decisiones que privaron de la libertad al señor Burgos Romero, esto es, la que definió su situación jurídica y decretó la detención domiciliaria, así como, las decisiones que por las cuales se calificó el sumario del señor Burgos Romero y se le acusó como autor del delito de falsedad material en documento público.

Por su parte, la Nación- Rama Judicial- Dirección Ejecutiva de Administración Judicial profirió la decisión que absolvió de toda responsabilidad penal al señor Burgos Romero, por evaluar que éste actuó bajo un “error de tipo”; no obstante, en los alegatos de la primera instancia, la parte demandante estimó que a ésta también se le debe imputar la extensión indebida de la privación de la libertad de señor Burgos Romero, comoquiera que no determinó la ilegalidad de su detención hasta que profirió la sentencia.

En lo que se refiere, la demandada Nación- Ministerio del Interior y de la Justicia, de las pruebas aportadas, se evidencia que no tuvo ninguna participación en el proceso penal, en el cual se privó de la libertad del señor Burgos Romero. Por consiguiente, no le resulta imputable el daño sufrido por la parte demandante, como si ocurre con las otras entidades demandadas, de quien se determinar si son responsables patrimonialmente de la privación de la libertad a la que fue expuesto el señor García Borja.

**3.3. Problema jurídico**

Le corresponde a la Sala determinar si hay responsabilidad patrimonial de la Fiscalía General de la Nación, por la privación de la libertad a la que fue sometido el señor Jorge Antonio García Borja por consecuencia de la orden de captura impartida, la detención domiciliaria y la acusación ordenada por el cargo de falsedad material en documento público, asimismo, determinar si se configura responsabilidad civil de la Nación- Rama Judicial- Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, por extender injustificadamente la privación de la libertad al no haber determinado la ilegalidad de la detención, previamente a la sentencia. A continuación, si a ello hay lugar, deberá resolverse si la conducta del sindicado constituye, en términos civiles, un hecho de la víctima, o si se configura en el caso una culpa de tercero que quiebre el nexo de imputación de responsabilidad estatal.

**3.4. Análisis de la Sala sobre la responsabilidad**

Para abordar el problema jurídico que se le propone a la jurisdicción, el Tribunal Administrativo del Tolima hizo análisis de los hechos probados, a la luz del régimen de la “falla del servicio”, razón por la cual, se preguntó, en síntesis, si la privación de la libertad que padeció Jorge Antonio García Borja fue “injusta”, o si, por el contrario, “la medida tomada por la Fiscalía se ajustaba a los lineamientos consagrados en la ley”, concluyendo que su detención preventiva decretada por la Fiscalía “resulto adecuada y oportuna a los fines de protección del interés general y de la sociedad que buscaba la misma”.

Es claro, entonces, que el Tribunal identificó “justicia” con “legalidad”, y por tanto, al verificar la legalidad en el proceder de la Fiscalía, le resultaba forzoso inferir, como lo hizo, que la privación de la libertad sufrida por Jorge Antonio García Borja, no era injusta, y que no había lugar a decretar indemnización a favor de los actores. Más, cuando a juicio del juzgador, existían suficientes medios de prueba para justificar la acusación realizada contra el señor Burgos Romero.

Asimismo, cabe recordar, que a la fecha la Sala Plena de la Sección Tercera unificó su jurisprudencia en relación con el régimen de responsabilidad o el título jurídico de imputación aplicable a los casos en los cuales se demanda la reparación de los daños causados por el decreto de una medida cautelar de detención privación que resulta revocada posteriormente, y lo ha hecho, como corolario de la presunción constitucional de inocencia que ampara al afectado y de la excepcionalidad que debe revestir a la privación de la libertad en forma cautelar, con adopción, de un **régimen objetivo** basado en el daño especial[[31]](#footnote-31), cuando la absolución del procesado obedezca a la aplicación del principio *in dubio pro reo* a alguna de las circunstancias que preveía el artículo 414 del decreto 2700 de 1991, norma que establecía:

*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*

Por otra parte, cuando las circunstancias del caso concreto no se ajusten a los casos previstos en la norma en cita, para atribuir la responsabilidad al Estado bajo el régimen objetivo, se deberá demostrar por parte del demandante una falla del servicio.

No significa lo anterior, que la aplicación de un régimen objetivo proscriba la aplicación de otros regímenes, de hecho pues puede ocurrir que en el caso particular concurran los elementos necesarios para declarar la responsabilidad del Estado, por ejemplo, por falla en el servicio, que conviene develar por el contenido admonitorio de una condena así fundamentada.

En el presente caso, en consideración a la motivación del fallo absolutorio, se observa la Sala encuentra conveniente someter a examen la legalidad de la actuación de la Fiscalía, y de la Nación- Rama Judicial a fin de indagar el real alcance de los argumentos expuestos por la parte demandante. De allí surgen cuatro inquietudes:

¿ Existía suficiente mérito en la investigación proseguida contra el señor García Borja, para proferir la decisiones que impusieron la medida de aseguramiento de detención domiciliaría y lo acusaron de cometer el ilícito penal endilgado?,¿La instrucción seguida por la Fiscalía fue diligente, inclusive frente a los hechos que definían la culpabilidad del procesado? y ¿ al conocerse el proceso en la etapa de juicio, debió el juzgador declarar la ilegalidad de la detención?, ¿el no hacerlo extendió injustificadamente la privación del señor García Borja?

En ese orden de ideas, la Sala encuentra, a la luz del articulado de la ley 600 de 2000, normativa rectora de las restricciones a la libertad en el proceso penal para la época de los hechos, lo siguiente:

* Que la punibilidad prevista en la ley 599 de 2000 para el delito de falsedad material de documento público que le endilgaban a JORGE ANTONIO GARCÍA BORJA oscilaba entre cuatro (4) a seis (8) años de prisión – monto superior, en atención, a la calidad de “servidor público”, del sujeto activo-;de forma tal que era de aquellos que conforme a la ley procesal penal de la época obligaba a resolver situación jurídica, y por tanto, en atención a lo dispuesto por el artículo 336 concordante con el 354 de la ley en cita, era procedente su captura con fines de oír su versión indagatoria.
* Que al momento de resolver su situación jurídica, según el ente investigador, obraban en el expediente como prueba documental, el informe de la *noticia criminis*, copia de la denuncia interpuesta por el señor Carlos Castañeda, pruebas trasladadas de la investigación iniciada con ocasión de la denuncia del señor Carlos Castañeda, documentos de la Dirección Seccional Administrativa y Financiera de Ibagué que acreditan la calidad de servidor público del señor García Borja, copia del manual de funciones del cargo auxiliar administrativo III, copia del trámite agotado dentro de la compañía “CENTRAL DE SEGUROS” para el pago de la póliza 20000162-; y como prueba testimonial las declaraciones de: José Eufracio Rodríguez –asistente judicial adscrito al CTI de Espinal-, Pedro Alfonso Arce Beltrán y Luis Alberto Barrios- Fiscal 50 seccional-.

Observado el expediente, no se allegó como prueba trasladada, la que sirvió de sustento para el decreto de la medida de aseguramiento de detención domiciliaria, que se impuso sobre el señor García Borja. Esto, impide que la Sala aprecie, con precisión, el verdadero mérito probatorio que existía para decretar la medida de aseguramiento de detención domiciliaría que pesó contra el procesado; sin embargo, se observan al expediente las decisiones que en primera y segunda instancia, definieron la situación jurídica del mismo, y con las cuales se puede apreciar la valoración probatoria que efectuó, el ente investigador, resultaba ajustada.

En efecto, observadas las anteriores decisiones, se evidenció que la Fiscalía basó su decisión de imponer la medida cautelar, principalmente, en las declaraciones ofrecidas por el señor José Eufracio Rodríguez, quien, de acuerdo a la decisión que decretó la detección domiciliaria, en primera instancia, disertó que el señor García Borja se dirigió a él con el objeto de que suscribiera la nueva denuncia ”corregida”; al respecto, en esa decisión se relató lo siguiente: “(…) el señor JORGE BORJA nuevamente con el formato de denuncia ya lleno, la cual había hecho otra vez, y le dijo que lo leyera, que estaba lo mismo, pero como él estaba muy ocupado, tan solo le preguntó sobre quien recaía el conocimiento de eso y éste le comentó que en la treinta y cuatro, (…) que él le firmo sin saber que la denuncia había sido corregida (…) que el dueño del automotor le informó que la intención de cambiar la hora de los hechos porque el seguro le ponía pelos (sic) (…)” Asimismo, allí se describió la declaración del funcionario LUIS ALBERTO BARRIOS quien declaró que “(…) el fue quien llamó a su despacho a JORGE GARCÍA y le recriminó por su actuar, y éste admitió lo que había hecho solo para colaborarle al denunciante (…)”

Valoradas las anteriores declaraciones, La Fiscalía consideró acreditada la participación del señor García Borja en los hechos que se le endilgaban, como autor material, habida cuente éste se dispuso a “corregir” la denuncia interpuesta por el señor Castañeda. Sumado a esto, la decisión que decretó la medida cautelar expresó que el señor García Borja, durante su indagatoria, confirmó la versiones que lo inculpaban y precisó los detalles de la presunta “corrección”, que constituyó la conducta que se le endilgaba, como delito, a saber: “(…) el citado denunciante le manifestó que en los hechos denunciados por él había una inconsistencia, la que hacía referencia expresamente a la hora que señaló como el momento en que ejecutó la acción punitiva, dado que involuntariamente indicó la hora de las 9:00 a 9:30 de la noche, cuando en realidad el reato se consumó entre las 5:00 y 5:30 de la tarde, del día 21 de octubre de 2002.-(…)”

Para los efectos previstos en el artículo 356 del Código de Procedimiento penal de la época, tomando en consideración que éste establecía como requisito material del auto de detención, la existencia en el expediente de dos indicios graves, no importaba que el indicio tuviera naturaleza contingente, pues, *“…la connotación de levedad o gravedad del indicio no corresponde a nada distinto al control de su seriedad y eficacia como medio de convicción que en ejercicio de la discrecionalidad reglada en la valoración probatoria realiza el juez, quien después de contemplar todas las hipótesis confirmantes e infirmantes de la deducción establece jerarquías según el grado de aproximación a la certeza que brinde el indicio, sin que ello pueda confundirse con una tarifa de valoración preestablecida por el legislador”[[32]](#footnote-32).*

Ahora bien, “*para los indicios conocidos a través de testigos, es el testimonio, (…) , lo que se trata de apreciar, antes de interpretar el indicio”, y que “ en tal examen crítico, aparte las directrices comunes, ha de tenerse en cuenta especialmente las condiciones en que conoció el testigo los indicios...”[[33]](#footnote-33)*

Considerado lo anterior, a juicio de esta Sala, estaban reunidos los presupuestos facticos para el decreto de la medida de aseguramiento de la medida de aseguramiento, en primera y en segunda instancia, comoquiera que de lo relatado por las decisiones que impusieron la medida cautelar, se contaba con prueba más que suficiente de la conducta cometida por el señor García Burgos como lo fue: los testimonios de los señores José Eufracio Rodríguez y Luis Alberto Barrios; la prueba documental obrante en el proceso, en especial la denuncia “corregida”; y la confesión del señor García Borja durante la indagatoria.

De esta forma, se aprecia que la fiscalía que tenía asignada la investigación, hizo una valoración diligente del acervo probatorio, que hasta entonces se había recolectado; esto, al confrontar las declaraciones recaudadas, a efectos, de estructurar una teoría del *iter criminis*, que inclusive, diera respuesta a los planteamientos de la defensa, a quien se le advirtió que la conducta del procesado se observaba impudente ,habida cuenta, su condición de servidor público; planteamiento, por el cual le denegó la petición de prelucir la instrucción contra el señor García Borja por estimar que su conducta fue “inocua” y carente de dolo.

Para el caso, al momento de la resolución de la situación jurídica de Jorge Antonio García Borja, en segunda instancia, se recaudó prueba adicional que confirmaba la versión del señor Eufracio Rodríguez, como la declaración de la señora Isabel Núñez Villalba- Fiscal que conoció la investigación del delito denunciado por el señor Castañeda-, ésta expuso que inquirió a los señores García Borja y Castañeda, sobre los hechos que se les endilgaban, y dijo -. (revisar)

Proseguida la instrucción, hasta las decisiones que calificaron el mérito del sumario, se observa que allí la Fiscalía consideró que existía prueba suficiente para endilgarle responsabilidad penal al señor García Borja, de quien además consideró, se estructuraba el presupuesto de culpabilidad, a saber: (…) la función de la cual abusó a partir del momento en que voluntariamente decide actuar contrario a derecho, a sabiendas del carácter ilícito de la conducta, dada la posición en que se encontraba frente a la justicia (…)[[34]](#footnote-34) , argumento, reiterado en segunda instancia, donde se afirmó que: “(…) resulta increíble que el **servidor público** no se diera cuente de tal situación, basta con leer el escrito, para darse cuenta de ellos, sin que resulte creíble a las 5v de la tarde, las circunstancias de iluminación fueran de oscuridad absoluta al punto que imposibilitara al ofendido, la visibilidad de los infractores(…)”[[35]](#footnote-35), por lo que concluyó que el actuar del procesado no se configuraba ninguna causal de ausencia de responsabilidad, en tanto “(…) su actuar estaba revestido de la capacidad de la comprensión y autodeterminación(…)”[[36]](#footnote-36)

En esa oportunidad, el apoderado del señor García Borja, impugnó la decisión de primera instancia, por considerar, entre otras cosas, que no se practicaron pruebas solicitadas por la defensa como lo eran, una prueba grafológica y la declaración del señor Fernando Cervera Gonzáles – jefe de oficina del C.T.I.

Al respecto, el *ad quem,* consideró que esta circunstancia “(…) no afecta la estructura del proceso sumarial (…)”, en efecto, reflexionó que la declaración solicitada tenía por finalidad, ilustrar que la denuncia “corregida” no tenía los requisitos para ser catalogada como documento público, y la prueba grafológica, buscaba determinar si había falsedad del documento “corregido”, y en caso de verificarse, si la misma tenía la capacidad de engañar. A continuación, estimó que para ese fin la declaración no era idónea, además, que en el sumario, obraba prueba adicional que si daba claridad en ese asunto. Ahora, en lo que se refiere a la prueba grafológica, el ente investigador, la consideró innecesaria para verificar lo relativo a la existencia de la falsedad, comoquiera que ya existe sobre la misma, prueba directa – la declaración del señor García Borja- , por lo que si se dirigía a demostrar la culpabilidad, estimó tampoco resultada útil, (…) pues, el ente juzgador ni el juzgador, pueden mediante la aplicación de las ciencias, fijar la intencionalidad del proceder humano. (…)

Entonces, terminada la instrucción, a juicio de la Sala, la Fiscalía contaba con los elementos para considerar el hecho punible, es decir, la falsedad material incurrida por el señor García Borja. Además, que contrario a lo expuesto en la alzada de la parte demandante, si hizo una debido estudio diligente en alusión a la “culpabilidad” del procesado, como se infiere de los apartes citados, esto al considerar que la actuación del procesado fue dolosa, en tanto, éste fungía como servidor público y de la sola lectura de la denuncia, éste podía evidenciar la falsedad en la que incurría; no requiriéndose prueba adicional en éste sentido.

Ahora, frente a los argumentos, por los cuales el demandante endilga a la Nación- Ramas Judicial- Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, la extensión injustificada de su privación. Cabe a traer a colación, que conforme al análisis realizado, las decisiones proferidas durante la instrucción penal, reunieron los presupuestos exigidos en la ley penal para su imposición; además, la parte actora no expuso argumentos jurídicos ni aportó medio de convencimiento, por los cuales, se pudiese determinar que, al señor García Borja, debía otorgársele su libertad, antes de la sentencia absolutoria al “calificarse su detención como ilegal”. Lo anterior, comoquiera que no expuso si se configuraban alguno de los presupuestos, de alguna de las nulidades previstas en el artículo 306 del C: P.P[[37]](#footnote-37), que de haberse alegado en la etapa de juicio, tendrían que haberse declarado en la audiencia preparatoria según al artículo 401[[38]](#footnote-38) *ejusdem*.

Cabe resaltar, que el hecho que el proceso penal finalice con sentencia absolutoria, no precisa que la detención *per se*, se precise como ilegal; comoquiera que su carácter es preventivo, y su imposición no se asimila a un juicio penal. Al respecto, se trae colación al estudió de la misma por parte de la Corte Constitucional, que conceptuó:

*(…) El propósito que orienta la adopción de este tipo de medidas es de carácter preventivo y no sancionatorio. Por ello, no son el resultado de sentencia condenatoria ni requieren de juicio previo; buscan responder a los intereses de la investigación y de la justicia al procurar la comparecencia del acusado al proceso y la efectividad de la eventual sanción que llegare a imponerse. La detención persigue impedirle al imputado la fuga, la continuación de su actividad delictual o las labores  que emprenda para ocultar, destruir, deformar o desvirtuar elementos probatorios importantes para la instrucción”[[39]](#footnote-39)(…)*

Por tanto, elementales consideraciones de justicia y en atención a los requerimientos de reparación, desplazan el régimen subjetivo y mueven a la Sala a responder al problema jurídico con sujeción al régimen objetivo de responsabilidad por privación injusta de la libertad.

Con ese propósito, debe precisarse que la sentencia que absolvió de toda responsabilidad en el delito de falsedad material de documento público al señor Jorge Antonio García Burgos quedó debidamente ejecutoriada el 22 de enero de 20076, y que por tanto se encontraba vigente el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, que establece que *“*(…) *quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado en reparación de perjuicios”*.

Ahora bien, la Sala ha considerado[[40]](#footnote-40) que si bien el artículo 68 de la Ley 270 de 1996 se refiere a la responsabilidad patrimonial del Estado en los eventos en los cuales la actuación de cualquiera de sus ramas u órganos hubiera sido *“abiertamente arbitraria”*, dicha disposición no excluye la aplicación directa del artículo 90 de la Constitución para derivar el derecho a la reparación cuando los daños provienen de una actuación legítima del Estado, adelantada en ejercicio de la actividad judicial, pero que causa daños antijurídicos a las personas, en tanto estos no tengan el deber jurídico de soportarlos, como sucede con todos aquéllos daños que sufren las personas que son privadas de la libertad durante una investigación penal, a pesar de no haber cometido ningún hecho punible.

Ahora, visto que la absolución del sindicado, obedeció a la configuración de una causal de responsabilidad penal, como lo es, cuando (…) *Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica (…[[41]](#footnote-41)),* se evidencia que en el caso del señor García Borja, su conducta no configuró el punible; evento previsto, en el artículo 414 del derogado Decreto 2700 de 1991, como constitutivo de una privación injusta de la libertad, disposición que sigue teniendo aplicación, en virtud del artículo 90- como antes se explicó-.

Por consiguiente, el caso objeto de estudio de privación injusta de la libertad implica una responsabilidad de carácter objetivo, en la que no es necesaria la demostración de un error cometido por la autoridad judicial; al afectado le basta probar que le fue impuesta una medida que infirió en la privación de su libertad durante el proceso penal que finalizó con decisión absolutoria, con el fin de imputarle responsabilidad extracontractual en cabeza del Estado y así surja la obligación de indemnizar los perjuicios sufridos por el ciudadano.

Bajo esa óptica, sin perjuicio de las observaciones que antes se han hecho a la actividad de la Fiscalía, deberán analizarse los presupuestos de la responsabilidad en el *sub lite*.

El artículo 70 de la Ley 270 de 1996 estableció que el hecho de la víctima da lugar a exonerar de responsabilidad al Estado, así: “(…)*El daño se entenderá como culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley. En estos eventos se exonerará de responsabilidad al Estado* (…)*”.* La Corte Constitucional respecto de la disposición precitada manifestó:

(…) *Este artículo contiene una sanción por el desconocimiento del deber constitucional de todo ciudadano de colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia (Art. 95-7 C.P.), pues no sólo se trata de guardar el debido respeto hacia los funcionarios judiciales, sino que también se reclama de los particulares un mínimo de interés y de compromiso en la atención oportuna y diligente de los asuntos que someten a consideración de la rama judicial. Gran parte de la responsabilidad de las fallas y el retardo en el funcionamiento de la administración de justicia, recae en los ciudadanos que colman los despachos judiciales con demandas, memoriales y peticiones que, o bien carecen de valor o importancia jurídica alguna, o bien permanecen inactivos ante la pasividad de los propios interesados. Por lo demás, la norma bajo examen es un corolario del principio general del derecho, según el cual ‘nadie puede sacar provecho de su propia culpa’.*

*La norma, bajo la condición de que es propio de la ley ordinaria definir el órgano competente para calificar los casos en que haya culpa exclusiva de la víctima, será declarada exequible* (…)[[42]](#footnote-42)*.*

Teniendo en cuenta el fundamento normativo citado, y lo señalado por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado ha indicado que el hecho de la víctima como eximente de responsabilidad se origina cuando el suceso causalmente vinculado a la producción del daño no es predicable de la administración, sino del proceder -activo u omisivo- de la propia víctima, al respecto ha dicho:

*(…) Cabe recordar que la culpa exclusiva de la víctima, entendida como la violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado, exonera de responsabilidad al Estado en la producción del daño.* (…).

*Específicamente, para que pueda hablarse de culpa de la víctima jurídicamente, ha dicho el Consejo de Estado, debe estar demostrada además de la simple causalidad material según la cual la víctima directa participó y fue causa eficiente en la producción del resultado o daño, el que dicha conducta provino del actuar imprudente o culposo de ella, que implicó la desatención a obligaciones o reglas a las que debía estar sujeta. Por tanto puede suceder en un caso determinado, que una sea la causa física o material del daño y otra, distinta, la causa jurídica la cual puede encontrarse presente en hechos anteriores al suceso, pero que fueron determinantes o eficientes en su producción.*

(…)

*Lo anterior permite concluir que si bien se probó la falla del servicio también se demostró que el daño provino del comportamiento exclusivo de la propia víctima directa, la cual rompe el nexo de causalidad; con esta ruptura el daño no puede ser imputable al demandado porque aunque la conducta anómala de la Administración fue causa material o física del daño sufrido por los demandantes, la única causa eficiente del mismo fue el actuar exclusivo y reprochable del señor Mauro Restrepo Giraldo, quien con su conducta culposa de desacato a las obligaciones a él conferidas, se expuso total e imprudentemente a sufrir el daño* (…)[[43]](#footnote-43).

Así pues, el hecho de la víctima se presenta cuando la actuación de ésta ha sido determinante en la producción del daño, y su conducta dolosa o gravemente culposa, se perfecciona en el desobedecimiento de los deberes que normativamente le son exigidos. Tratándose de los servidores públicos, el artículo 6 de la Constitución Política designa el mandato, por el cual éstos son responsables, además de la infracción de las leyes y la constitución, por *(…) la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.*

Por esa circunstancia, cuando la privación se produce como consecuencia de una investigación adelantada contra un servidor público por un punible que presuntamente se produjo con ocasión del ejercicio de su cargo, para efectos de verificar si se configuró un hecho de la víctima es preciso determinar cuáles eran sus funciones y obligaciones, y establecer si el incumplimiento de alguna de ellas fue determinante para motivar la imposición de la medida de aseguramiento[[44]](#footnote-44).

Éste análisis, no puede equiparse al estudio de la conducta que se adelanta por parte de las autoridades penales al momento de estudiar la culpabilidad del sindicado; puesto que a diferencia del proceso penal, donde la conducta se califica con sujeción a disipaciones propias del derecho penal, ante la jurisdicción administrativa se destraba la *litis,* en lo que se refiere a la responsabilidad civil o patrimonial del Estado por la privación de la libertad, supuesto que impone calificar la conducta de los implicados, con sujeción a normas propias del derecho civil. Al respecto, ha dicho esta Corporación[[45]](#footnote-45):

*Para responder el anterior asunto cabe recordar que la Sala[[46]](#footnote-46) ha determinado que cuando se trata de acciones de responsabilidad patrimonial, el dolo o culpa grave que allí se considera, se rige por los criterios establecidos en el derecho civil, artículo 63 del Código Civil, que no se corresponden con los del derecho penal:* (…)*.*

*Sobre la noción de culpa y dolo, en esa oportunidad también consideró, en criterio que aquí se reitera que, culpa se ha dicho que es la reprochable conducta de un agente que generó un daño antijurídico (injusto) no querido por él pero producido por la omisión voluntaria del deber objetivo de cuidado que le era exigible de acuerdo a sus condiciones personales y las circunstancias en que actuó; o sea, la conducta es culposa cuando el resultado dañino es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo. También por culpa se ha entendido el error de conducta en que no habría incurrido una persona en las mismas circunstancias en que obró aquella cuyo comportamiento es analizado y en consideración al deber de diligencia y cuidado que le era exigible. Tradicionalmente se ha calificado como culpa la actuación no intencional de un sujeto en forma negligente, imprudente o imperita, a la de quien de manera descuidada y sin la cautela requerida deja de cumplir u omite el deber funcional o conducta que le es exigible; y por su gravedad o intensidad, siguiendo la tradición romanista, se ha distinguido entre la culpa grave o lata, la culpa leve y la culpa levísima, clasificación tripartita con consecuencias en el ámbito de la responsabilidad contractual o extracontractual, conforme a lo que expresamente a este respecto señale el ordenamiento jurídico. De la norma que antecede [artículo 63 del Código Civil] se entiende que la culpa leve consiste en la omisión de la diligencia del hombre normal (diligens paterfamilias) o sea la omisión de la diligencia ordinaria en los asuntos propios; la levísima u omisión de diligencia que el hombre juicioso, experto y previsivo emplea en sus asuntos relevantes y de importancia; y la culpa lata u omisión de la diligencia mínima exigible aún al hombre descuidado y que consiste en no poner el cuidado en los negocios ajenos que este tipo de personas ponen en los suyos, y que en el régimen civil se asimila al dolo[[47]](#footnote-47).*

En el ***sub lite***, observa la Sala que la conducta del demandante fue determinante en la producción del daño, pues se demostró que la imposición de la medida de aseguramiento se produjo como consecuencia directa del incumplimiento de los deberes que tenía a su cargo como servidor público, en general, y como funcionario de la Fiscalía General de la Nación, en particular.

Para el efecto, se evidencia que al momento de los hechos que dieron origen al proceso penal que se adelantó contra Jorge Antonio García Borja, éste se desempeñaba como citador de la Fiscalía Seccional de Espinal - según se hizo saber en la demanda-, o como auxiliar administrativo III -siguiendo el dicho de la sentencia absolutoria[[48]](#footnote-48)-, cargo en el cual la referida providencia – con apoyo del manual de funciones que había sido aportado al proceso penal- especificó que recaían las funciones de “recibir, radicar, clasificar y distribuir la correspondencia, manejar el archivo definitivo o provisional, transcribir informes, cuadros y demás documentos, brindar apoyo administrativo necesario para la oportuna y eficiente ejecución de las funciones de la unidad, orientar a los usuarios y prestar la información que requieran respecto de los asuntos de la Unidad”[[49]](#footnote-49)

Cabe mencionar, que en el conjunto de las funciones que se le encargaron al señor Jorge Antonio García, no figura la de recepcionar denuncias, ni mucho menos el manipularlas de alguna forma, por lo cual, al disponerse a modificar una, incurrió en extralimitación de sus funciones. Si bien, tal extralimitación, no le valió responsabilidad penal, si tiene la suficiente fortaleza para enervar la imputación fáctica del daño a la entidad demandada, eximiéndola de toda responsabilidad patrimonial por la privación de la libertad que padeció el señor García Borja.

De hecho, si aún se considerase que el señor García Borja no contaba con el conocimiento necesario para determinar que la modificación de una denuncia penal solo resultaba posible a través de la ampliación de ésta, no puede predicarse lo en lo que se refiere a la extensión de sus funciones. De hecho, cualquier servidor público al tomar posesión de un cargo debe tener claramente diferenciadas las funciones que desempeñará en el ejercicio de su cargo y cuales escapan de su competencia, condición que en sí misma constituye un deber objetivo de cuidado.

Aun, si tales funciones se le hubieren delegado u asignado normativamente, tampoco resultaba justificable su proceder, por cuanto para su ejercicio debía informarse de las deberes y cargas que las mismas significaban, es decir, que debía conocer que las denuncias solo podían ser ampliadas por quien las realiza, pero en ningún momento pueden ser modificadas.

Así, si a falta de esta previsión, un servidor público se extralimita en el ejercicio de sus funciones, está actuando con negligencia e imprudencia, y tal hecho puede acarrearle sanciones disciplinarias, responsabilidad patrimonial e inclusive fiscal, dependiendo de la naturaleza, extensión y gravedad de sus actos.

En esta línea de pensamiento, es claro que si el señor García Borja quería ayudar al señor Luis Carlos Castañeda con la corrección que éste solicitaba, sobre la denuncia había interpuesto, debió haber comunicado tal solicitud al funcionario competente para realizarla y no disponerse a realizar tal proceder por sí mismo. Tal omisión, repercutió en el proceso penal que recayó en su contra por el delito de falsedad en documento público, circunstancia que hubiese sido evitada si el demandante hubiese actuado en obediencia de las carga y competencias públicas que le habían sido asignadas, y no se hubiese dispuesto de forma apresurada, ilegítima e imprudente a desempeñar otras.

Así las cosas, para la Sala, la limitación a la libertad demandada por el actor, la cual, como se explicó, constituye un daño que no resulta imputable a la entidad accionada, toda vez que está demostrado que el demandante tuvo actuación exclusiva y determinante entre el hecho endilgado y, el menoscabo padecido. Por lo anterior, el daño únicamente puede ser atribuido a una causa extraña, sin que exista la posibilidad de endilgarlo a la parte pasiva del presente asunto. Por ese motivo, se procederá a confirmar la sentencia apelada que denegó las pretensiones de la demanda, pero se aclara que los motivos para exonerar de responsabilidad al Estado son los expresamente plasmados en esta providencia.

Teniendo en cuenta que el Tribunal Administrativo del Tolima profirió sentencia que denegó las súplicas de la demanda, ésta ha de ser confirmada.

**3.5 Sobre las Costas**

No hay lugar a la imposición de costas, debido a que no se evidencia en el caso concreto actuación temeraria de ninguna de las partes, condición exigida por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para que se proceda de esta forma.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “C”, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**FALLA**

**PRIMERO: CONFIRMÉSE** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Tolima el 8 de noviembre de 2011, por las razones anotadas en la parte motiva de la presente providencia.

**SEGUNDO:** Ejecutoriada la presente providencia, **DEVUÉLVASE** al tribunal de origen, para lo de su cargo.

**TERCERO**: Sin costas en esta instancia

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

**Presidente**

**GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE**

**Magistrado**

**JAIME ENRIQUE RODRIGUEZ NAVAS**

**Magistrado**

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN C**

**Consejero ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 73001-2331-000-2008-00748-01(42965)**

**Actor: JORGE ANTONIO GARCÍA BORJA Y OTROS**

**Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE LA JUSTICIA- CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA- RAMA JUDICIAL – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN - DIRECTOR EJECUTIVO DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**

**Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA**

**ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

***“Lo condeno aunque no existan buenas razones para ello”[[50]](#footnote-50)* 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 9 de junio 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 Tercera[[51]](#footnote-51) en punto a la responsabilidad por privación injusta de la libertad, presento las razones que me llevan a disentir del raciocinio que actualmente constituye *ratio decidendi* siendo imperativo ineludible de esa misma Plenaria volver sobre este asunto, modificar la actual tesis de responsabilidad fijada y emprender la construcción de criterios jurídicos que respondan a una lectura más ajustada de la cláusula constitucional de responsabilidad conteste con las reglas, principios y valores convencionales y constitucionales que proveen sobre el derecho de libertad personal en el contexto de las causas penales y las medidas de detención preventiva dictadas en su marco.

**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 estatal[[52]](#footnote-52) y, esa misma circunstancia, observada desde una perspectiva analítica lleva a decir que ambos conceptos (daño antijurídico e imputación) deben contar con contenidos normativos propios y diferentes de modo que no pueda predicarse relación de implicatura y/o dependencia jurídica de uno u otro; así el estudio dogmático de lo que es un daño antijurídico no depende ni se puede ver condicionado por *“lo imputable”*, pues de ser así se incurriría en una protuberante e innecesaria confusión conceptual de esas nociones.

1.3.- Por lo demás, es del caso señalar que el concepto de daño antijurídico no se agota en el menoscabo, vulneración o aminoración de un derecho o interés jurídicamente tutelado (hecho material), pues falta allí el denotativo *“antijurídico”* que, también, tiene un contenido específico y es el de operar como calificativo normativo de ese daño, de ahí que deba ser considerado como aquel respecto del que no se puede predicar el deber jurídico de soportar (acentúese: *no tener la obligación de*) o aquel cuyo padecimiento no deviene admitido por el sistema jurídico. Se ha dicho que ese daño no es soportable, ora porque es contrario a la Constitución o la norma legal, ser irrazonable en clave de derechos e intereses constitucionalmente reconocidos o por no encontrar sustento en la prevalencia y respeto del interés general o de la cooperación social[[53]](#footnote-53).

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 Tercera[[54]](#footnote-54). 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 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 dañoque 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 preventiva[[55]](#footnote-55), 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 absolutoria[[56]](#footnote-56); que el juicio de responsabilidad del Estado no puede alterar ese estatus jurídico ya consolidado con fuerza de cosa juzgada y que en virtud de la autonomía funcional del Juez Administrativo respecto de otras instancias judiciales (como es el caso de la justicia ordinaria penal), la construcción de las premisas de su razonamiento obedecen a la valoración autónoma, responsable y argumentada en el campo de la responsabilidad extracontractual del Estado y no le vienen predeterminadas por esas otras instancias.

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

3.7.- Obsérvese cómo el fallo de Sala Plena es enjundioso en advertir la grave contradicción que se seguiría de las siguientes afirmaciones[[57]](#footnote-57): *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 falsa[[58]](#footnote-58)), 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 inconstitucionalidad de la figura de la detención preventiva, argumento absurdo y contraevidente que no resiste anotaciones adicionales.

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

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

|  |  |
| --- | --- |
| **Decisión** | **Pasaje** |
| Subsección B. Sentencia de 1° de agosto de 2016, Exp. | *“15.10 (…) se observa que la Ley 270 de 1996 consagra un sistema legal de responsabilidad estatal por los daños antijurídicos imputados a la administración de justicia con ocasión de una privación injusta de la libertad, la cual* ***se califica de injusta cuando se precluye la investigación o se absuelve al procesado*** *(…)”* |
| Subsección B. Sentencia de 11 de noviembre de 2016, Exp. 39044. | *“(…) en virtud del art. 90 de la Carta* ***el hecho de la absolución o preclusión en sede penal es título suficiente para la reclamación del daño derivado de la pérdida de la libertad*** *(…) ya que se encuentra probado que el señor XX estuvo detenido, sin que se desvirtuara judicialmente la presunción de inocencia, cabe concluir que el mismo no estaba en el deber jurídico de soportar la detención (…)”* |
| Subsección A. Sentencia de 12 de mayo de 2016, Exp. 47570. | *“es evidente que* ***la privación de la libertad de la demandante configuró para ella un verdadero daño antijurídico****, toda vez que no se hallaba en la obligación legal de soportar la limitación de su libertad impuesta (…)* ***mucho menos cuando dicha detención se dio en el marco de una investigación adelantada por una conducta que resultó ser atípica****”* |
| Subsección A. Sentencia de 10 de agosto de 2016. Exp. 41685. | *“(…) lo cierto es que* ***si el imputado no resulta condenado se abre paso el reconocimiento de la obligación*** *(…) de indemnizar los perjuicios irrogados al particular,* ***siempre que no se encuentre en el deber de soportarlos, cosa que puede ocurrir, por vía de ejemplo, cuando el hecho exclusivo y determinado de la víctima*** *da lugar a que se profiera, en su contra, la medida de detención preventiva (…)”* |
| Subsección A. Sentencia de 8 de noviembre de 2016, Exp. 39182. | *“ (…)* ***cuando se produce la exoneración del sindicado, mediante sentencia absolutoria o su equivalente****, por alguna de las causales previstas en el citado artículo 414 del C. de P. P. -sin que, en cualquier caso, opere como eximente de responsabilidad la culpa de la víctima-, (…), o –en la opinión mayoritaria de la Sala- por virtud del indubio pro reo,* ***el Estado está llamado a indemnizar los perjuicios que hubiere causado por razón de la imposición de una medida de detención preventiva que lo hubiere privado del ejercicio del derecho fundamental a la libertad****, pues, de hallarse inmerso en alguna de tales causales, ningún ciudadano está obligado a soportar dicha carga.”* |
| Subsección B. Sentencia de 31 de mayo de 2016. Exp. 40648. | *“15.4. En conclusión, de acuerdo con estos lineamientos, en el caso bajo estudio implica una responsabilidad de carácter objetivo en la que no es necesario probar que la autoridad judicial incurrió en algún tipo de falla;* ***al damnificado le basta con acreditar que contra él se impuso una medida privativa de su libertad en el trámite de un proceso judicial, que culminó con una decisión favorable a su inocencia y que le causó un daño con ocasión de la detención.*** *Con esa demostración, surge a cargo del Estado la obligación de indemnizar los daños sufridos.”* |
| Subsección C. Sentencia de 5 de octubre de 2016, Exp. 43942. | *“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 (…)”* |
| Subsección A. Sentencia de 14 de septiembre de 2016, Exp. 41358. | *“(…)* ***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.”* |
| Subsección C. Sentencia de 7 de julio de 2016. Exp. 41655. | *“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”* |
| Subsección C. Sentencia de 28 de mayo de 2015, Exp. 46426. | *“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”.* |
| Subsección B. Sentencia de 28 de mayo de 2015, Exp. 33559 | *“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.*  *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”* |
| Subsección C. Sentencia de 20 de octubre de 2014, Exp. 40060. | *“la privación de la libertad, en estos casos, puede y debe darse con pleno acatamiento de las exigencias legales, pero, a la postre, si se dicta una providencia absolutoria, por cualquiera de los supuestos ya citados o por duda, se trataría de una decisión legal que pone en evidencia que la medida inicial fue equivocada.*  *(…)*  *Cuando una persona privada de la libertad sea absuelta, porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, la conducta no constituía hecho punible o por in dubio pro reo, se habrá de calificar sin ambages ni dubitaciones como detención injusta. Es por ello, que se trata de una responsabilidad objetiva (…)”* |

**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 desea[[59]](#footnote-59).

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 constitucional[[60]](#footnote-60) 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”[[61]](#footnote-61)* y 32.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: *“Los Derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”[[62]](#footnote-62)-[[63]](#footnote-63)*, 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 7° CADH y 9° PIDCP establecen las siguientes disposiciones de protección del derecho de libertad personal: *(i)* Nadie puede ser privado de su libertad física; *(ii)* Se exceptúa lo anterior en las causas y condiciones fijadas previamente por la Constitución y la Ley y según el procedimiento establecido en ésta; *(iii)* Nadie será objeto de detención o encarcelamiento arbitrario; *(iv)* derecho a ser informado de las razones de la detención y a ser notificado sin demora del cargo o acusación en su contra; *(v)* derecho a ser llevado ante autoridad judicial sin demora; *(vi)* derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de continuar el proceso; *(vii)* la libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio o a diligencias procesales o para la ejecución del fallo; *(viii)* derecho de toda persona privada a recurrir ante autoridad judicial competente para que decida, sin demora, sobre la legalidad del arresto o detención y ordene su libertad si el arresto, prisión o detención fuere ilegal.

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 penal[[64]](#footnote-64); ***(ii)*** *Limitaciones.* La medida de detención está limitada por los principios de legalidad[[65]](#footnote-65), presunción de inocencia y proporcionalidad[[66]](#footnote-66); ***(iii)*** *Fines legítimos.* Sólo se reconocen como fines legítimos de imposición de la medida el aseguramiento de que el procesado no impedirá el desarrollo del proceso ni eludirá la acción de la justicia[[67]](#footnote-67); ***(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 pena[[68]](#footnote-68); ***(v)*** *Deber de evaluación periódica.* Las autoridades judiciales tiene la obligación de revisar periódicamente la detención preventiva y ofrecer razones que justifiquen su mantenimiento[[69]](#footnote-69); ***(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”[[70]](#footnote-70)*; ***(vii)*** *Estigmas y prejuicios*. La medida no puede adoptarse por estigmas o prejuicios como, por ejemplo, en razón al origen racial de un grupo poblacional[[71]](#footnote-71); tampoco cuenta como justificación suficiente elementos tales como las características personales del supuesto autor o la gravedad del delito[[72]](#footnote-72); ***(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 investigación[[73]](#footnote-73); 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][[74]](#footnote-74); ***(ix)*** *Motivación Suficiente.* La falta de motivación suficiente respecto del fin legítimo constituye violación del derecho de libertad personal[[75]](#footnote-75) 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 proporcionalidad[[76]](#footnote-76).

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 preventiva[[77]](#footnote-77), 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”[[78]](#footnote-78)*, de donde se sigue la idea según la cual el surgimiento del deber de reparar ocurre siempre que la privación se haya adoptado con desconocimiento a los estándares desarrollados por el Sistema de Protección.

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

4.10.- Algunas de estas posiciones jurídicas se encuentran recogidas, recientemente, en la Observación General No. 35 del Comité de Derechos Humanos sobre el artículo 9° del Pacto[[79]](#footnote-79), 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 arbitraria[[80]](#footnote-80); ***(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”[[81]](#footnote-81)* y ***(viii)*** la indemnización comprende los daños pecuniarios y los no pecuniarios.

4.11.- En esta misma línea de pensamiento, tal vez los esfuerzos más notables para concretar el concepto de detenciones arbitrarias se encuentran en los informes y opiniones del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria[[82]](#footnote-82), 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”[[83]](#footnote-83)*; 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”[[84]](#footnote-84)*, 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”[[85]](#footnote-85)* y ha clasificado las situaciones de privación arbitraria de la libertad en cinco categorías marcadamente influenciadas por los estándares de protección del derecho de libertad personal, bien por ser la detención o reclusión a) carente de justificación legal razonable, b) ser el resultado del ejercicio legítimo de derechos y libertades, c) por ocurrir violación grave a las garantías del juicio imparcial, d) prolongación de detención administrativa en casos de migrantes, asilados o refugiados y e) cuando acontece por motivos discriminatorios; en los siguientes términos:

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

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

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

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

e) Cuando la privación de libertad constituye una vulneración del derecho internacional por tratarse de discriminación por motivos de nacimiento, origen nacional, étnico o social, idioma, religión, condición económica, opinión política o de otra índole, género, orientación sexual, discapacidad o cualquier otra condición, y lleva o puede llevar a ignorar el principio de igualdad de los seres humanos (categoría V).”[[86]](#footnote-86)

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 inadmisible 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 inadmisible en virtud del artículo 3 del Protocolo Facultativo.”[[87]](#footnote-87) (Resaltado propio).

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

“4.4 En relación con la acusación de violación del párrafo 5 del artículo 9, el Comité observa que tras ser condenado por el tribunal de primera instancia, el autor fue encarcelado a raíz de la sentencia dictada por este tribunal. Su posterior absolución por el Tribunal de Apelaciones, per se, no supone que la encarcelación a que dio lugar la sentencia del tribunal fuera ilegal. El abogado no ha facilitado más argumentos para fundamentar la denuncia, conforme al párrafo 5 del artículo 9. Esta parte de la comunicación, por consiguiente, es inadmisible con arreglo al artículo 2 del Protocolo Facultativo.”[[88]](#footnote-88)

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

**5.- Conclusiones.**

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

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

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

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

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

5.6.- Finalmente, debe dejarse constancia que la propuesta de parámetros convencionales para abordar el juicio de responsabilidad del Estado por privación de la libertad no implica ni se propone invadir la esfera de competencia de la autoridad judicial penal sino, llanamente, averiguar si, conforme a la perspectiva de análisis propia de un observador externo e imparcial comprometido con la vigencia convencional imperativa de los Derechos Fundamentales y las Libertades Civiles la expresión del poder cautelar del Estado en el ámbito de la libertad personal consultó una corrección conforme a los estándares de razonabilidad prenotados. Dicho de otra manera, se trata de revalidar la competencia convencional del Juez de la responsabilidad como sustento jurídico suficiente que le compromete no solo a la observancia de la Constitución Política, como también a los principios, reglas y valores que surgen de la Convención Americana de Derechos Humanos, los demás instrumentos internacionales afines y el mismo derecho de gentes[[89]](#footnote-89).

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** |
| *Daño*  Hecho material, consistente en la efectiva privación de la libertad. | *Antijuridicidad del Daño*  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 24392[[90]](#footnote-90), a lo que, tampoco, puede escapar de manera injustificada el régimen de la responsabilidad por los daños causados por privación de la libertad. Por tal cosa es que se hace precisión, en el esquema precedente, la apertura de los criterios de atribución de responsabilidad como, esto si, se decanta de los presupuestos normativos del artículo 90 constitucional.

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

En este sentido dejo expuesta mi aclaración de voto,

*Fecha ut supra*

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

1. Ff.128 a 142 C.1. [↑](#footnote-ref-1)
2. Fls.6-8 C.1 [↑](#footnote-ref-2)
3. Ff. 144 C.1. [↑](#footnote-ref-3)
4. Ff. 146 y 147 ib. [↑](#footnote-ref-4)
5. Ff. 150 ib.. [↑](#footnote-ref-5)
6. Ff. 158 a 161 ib. [↑](#footnote-ref-6)
7. Ff 172 a [↑](#footnote-ref-7)
8. Fl. 181 ib. [↑](#footnote-ref-8)
9. Ff. 182 a 188 ib. [↑](#footnote-ref-9)
10. Ff. 189 a 191 ib. [↑](#footnote-ref-10)
11. Ff. 192 a 211 C.P. [↑](#footnote-ref-11)
12. Ff. 214- 217 C.P [↑](#footnote-ref-12)
13. Fl. 223 ib. [↑](#footnote-ref-13)
14. La Ley 270 de 1996 -vigente para el momento de interposición del recurso de apelación en el caso en estudio- desarrolló la responsabilidad del Estado en los eventos de error jurisdiccional, defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y privación injusta de la libertad. En relación con la competencia funcional en el juzgamiento de las controversias suscitadas por tales asuntos, determinó que, en primera instancia, conocerían los Tribunales Administrativos y, en segunda instancia, el Consejo de Estado. Para tal efecto, consultar: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 9 de septiembre de 2008, expediente 2008-00009, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-14)
15. Ff 97 a 124 C.1. [↑](#footnote-ref-15)
16. Según certificación allegada por el Juzgado Primero Penal del Circuito del Espinal, Ff. 125 a127 C.1. [↑](#footnote-ref-16)
17. Consejo de Estado, sentencia de 7 de abril de 2011, Exp. 20.750 [↑](#footnote-ref-17)
18. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de noviembre de 2001, expediente No. 13356. [↑](#footnote-ref-18)
19. Ff. 14 a 33 C.1. [↑](#footnote-ref-19)
20. Ff. 35 a 45 ib. [↑](#footnote-ref-20)
21. Ff. 46 a 77 ib. [↑](#footnote-ref-21)
22. FF.79 a 96 . ib. [↑](#footnote-ref-22)
23. Ff. 97 a 124 ib. [↑](#footnote-ref-23)
24. Ff. 125 a 127 ib. [↑](#footnote-ref-24)
25. Ff. 14 a 33 C.1. [↑](#footnote-ref-25)
26. Ff. 35 a 45 ib. [↑](#footnote-ref-26)
27. Ff. 46 a 77 ib. [↑](#footnote-ref-27)
28. FF.79 a 96 . ib. [↑](#footnote-ref-28)
29. Fl 95 ib. [↑](#footnote-ref-29)
30. [↑](#footnote-ref-30)
31. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION A, Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ, diecisiete (17) de octubre de dos mil trece (2013), Radicación número: 52001-23-31-000-1996-07459-01(23354). [↑](#footnote-ref-31)
32. Corte Constitucional, Sentencia C-805-02. [↑](#footnote-ref-32)
33. Gorphi, Francois, de la apreciación de las pruebas, Mundo editores,. Buenos Aires, q1982, Pág. 262, [↑](#footnote-ref-33)
34. Fl 76 ib. [↑](#footnote-ref-34)
35. Fl 95 ib. [↑](#footnote-ref-35)
36. Fl 96 ib. [↑](#footnote-ref-36)
37. **Artículo 306.***Causales de nulidad.* Son causales de nulidad://1. La falta de competencia del funcionario judicial.//Durante la investigación no habrá lugar a nulidad por razón del factor territorial.// 2. La comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso.// 3. La violación del derecho a la defensa. [↑](#footnote-ref-37)
38. **Artículo 401.** *Audiencia preparatoria.* Finalizado el término de traslado común, y una vez se haya constatado que la competencia no corresponde a una autoridad judicial de mayor jerarquía, el juez citará a los sujetos procesales para la realización de una audiencia dentro de los cinco (5) días siguientes, donde se resolverá sobre nulidades y pruebas a practicar en la audiencia pública, incluyendo la repetición de aquellas que los sujetos procesales no tuvieron posibilidad jurídica de controvertir. El juez podrá decretar pruebas de oficio.//Allí mismo se resolverá sobre la práctica de pruebas que por su naturaleza, por requerir de estudios previos o por imposibilidad de las personas de asistir a la audiencia pública, fundada en razones de fuerza mayor o caso fortuito, deberán realizarse fuera de la sede del juzgado. Se practicarán dentro de los quince (15) días hábiles siguientes. //Se fijará fecha y hora para la celebración de la audiencia pública dentro de los diez (10) días hábiles siguientes. [↑](#footnote-ref-38)
39. Corte Constitucional, Sentencia del 8 de septiembre de 1994, C-395 de 1994. [↑](#footnote-ref-39)
40. Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, sentencia de abril 6 de 2011, exp. 21653,C.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-40)
41. Artículo [↑](#footnote-ref-41)
42. Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-037 de 5 de febrero de 1996, exp. P.E.-008, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. [↑](#footnote-ref-42)
43. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 25 de julio de 2002, exp. 13744, C.P. María Elena Giraldo, reiterada en las sentencias de 11 de abril de 2012, exp. 23513, C.P. Mauricio Fajardo Gómez y de 9 de octubre de 2013, exp. 33564, C.P. Hernán Andrade Rincón. [↑](#footnote-ref-43)
44. Esta Corporación ha tenido la oportunidad de pronunciarse respecto del hecho exclusivo de la víctima en los casos de privación injusta de la libertad, cuando esta se desempeñaba como servidor del Estado, en los siguientes términos: *“En efecto, el señor Giraldo Henao dio lugar a su propia detención, si se tiene en cuenta que (i) No legalizó la retención, como lo evidencia el propio juez que lo absolvió* (…)*; y (ii) faltó a la verdad sobre los hechos investigados, tal como se observa de las providencias penales. Basta recordar el análisis que efectuó el Juez Penal del Circuito de Lérida, en la sentencia absolutoria del 7 de julio de 1998, en la que cuestionó el comportamiento de los policías sindicados:* // *“No entendemos la posición de los procesados Agentes de Policía y su Comandante para la época de los acontecimientos,* ***en negar de manera tan rotunda la permanencia de aquellos sujetos en sus instalaciones*** *durante aquella tarde, noche y primera hora de la madrugada del día siguiente,* ***como tampoco el no cumplir como imperioso requisito registrarles en sus libros con hora de llegada, motivo de la conducción y hora de salida, lo que bien a la lógica trae violación de su reglamento interno****. Da ello lugar a pensar que éstos Agentes Policiales participaren de estructurando* (sic) *plan para acabar con la vida de MARLON ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, siendo por ello que optaron por omitir cualquier circunstancia que causare rastro o dejare vestigio de la criminal empresa* (…).// *La privación de la libertad del señor Álvarez Rodríguez por parte los Agentes de Policía, ilegal o justificada, los compelía a registrar la captura, a ponerlo a disposición de las autoridades competentes y a garantizar su seguridad. Por lo tanto, el hecho de que el Agente Giraldo hubiera participado en la retención y omitido lo previsto en la ley para estos casos, fue determinante y exclusiva en la adopción de la medida que ordenó la privación de su libertad.* // *Ese comportamiento fue irregular, como lo fue el haber mentido durante la investigación.* // *Y si bien no se demostró su responsabilidad penal por la retención ilegal y muerte del señor Álvarez, lo cierto es que su conducta, desde la perspectiva de los elementos que estructuran la imputación del daño, fue causa determinante y exclusiva del daño que padeció.* // *Con fundamento en lo anterior y en lo previsto en el citado artículo 414 del C. de P. Penal, que condiciona la indemnización a que el detenido no hubiere dado lugar a la detención por dolo o por culpa grave, la Sala concluye que el daño no es imputable al Estado.* // *En este caso, como quedó demostrado, la conducta del señor José Reinaldo Giraldo Henao fue negligente, irregular, determinante y excluyente en la producción del daño, pues su comportamiento dio lugar a la privación de la libertad”* (resaltado del texto). Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de mayo de 2009, exp. 1998-01619 (17188). [↑](#footnote-ref-44)
45. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia del 30 de abril de 2014, exp. 27414. [↑](#footnote-ref-45)
46. [23] *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección B, sentencia de 18 de febrero de 2010, exp. 17933.* [↑](#footnote-ref-46)
47. [24] “[ibídem]”. [↑](#footnote-ref-47)
48. Fl. 109 se observa el siguiente abstracto de la sentencia absolutoria: “ A folio 97 resposa la resolución (sic) No. 000258 del 27 de febrero de 2004 mediante la cual se ubica en apoyo a JORGE ANTONIO GARCÍA BORJA en el cargo de Auxiliar Administrativo III de la Unidad de Fisaclías Delegadas ante los Jueces Penales del Circuito. [↑](#footnote-ref-48)
49. Fl 119 C.1. [↑](#footnote-ref-49)
50. Frase tomada, con alguna ligera modificación, de ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. 2° 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”. [↑](#footnote-ref-50)
51. 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). [↑](#footnote-ref-51)
52. 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. [↑](#footnote-ref-52)
53. 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. [↑](#footnote-ref-53)
54. 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 consideración vertidas en el numeral 2.3 y siguientes de la parte motiva de la decisión. [↑](#footnote-ref-54)
55. 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. [↑](#footnote-ref-55)
56. 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. [↑](#footnote-ref-56)
57. 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). [↑](#footnote-ref-57)
58. O, simplemente, se presume [↑](#footnote-ref-58)
59. “14. (…) El núcleo esencial de la libertad personal está constituido, de una parte, por la posibilidad y el ejercicio positivo de todas las acciones dirigidas a desarrollar las aptitudes y elecciones individuales que no pugnen con los derechos de los demás ni entrañen abuso de los propios y, de otra, por la proscripción de todo acto de coerción física o moral que interfiera o suprima la autonomía de la persona sojuzgándola, sustituyéndola, oprimiéndola o reduciéndola indebidamente.” Corte Constitucional. Sentencia T-301 de 1993.

    Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido sobre el derecho de libertad personal: *“En sentido amplio la libertad sería la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. (…) La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana. En efecto, del Preámbulo se desprende el propósito de los Estados Americanos de consolidar “un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”, y el reconocimiento de que “sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento de temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”. De esta forma, cada uno de los derechos humanos protege un aspecto de la libertad del individuo”*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs Ecuador. Sentencia de 21 de noviembre de 2007, párr. 52. [↑](#footnote-ref-59)
60. *“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. [↑](#footnote-ref-60)
61. “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. [↑](#footnote-ref-61)
62. 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”*. [↑](#footnote-ref-62)
63. 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. [↑](#footnote-ref-63)
64. 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. [↑](#footnote-ref-64)
65. 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.”* [↑](#footnote-ref-65)
66. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Tibi Vs Ecuador. Sentencia de 7 de septiembre de 2004, párr. 106. [↑](#footnote-ref-66)
67. 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. [↑](#footnote-ref-67)
68. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Suárez Rosero Vs Ecuador. Sentencia de 12 de noviembre de 1997, párr. 77; Caso J Vs Perú. Sentencia de 27 de noviembre de 2013, párr. 159: *“159. Este Tribunal ha precisado también que para restringir el derecho a la libertad personal a través de medidas como la prisión preventiva deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida al proceso ha participado en el ilícito que se investiga266. Sin embargo, aún verificado este extremo, la privación de libertad del procesado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia. Concordantemente, las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. El peligro procesal no se presume, sino que debe realizarse la verificación del mismo en cada caso, fundado en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto. De este modo, para que se respete la presunción de inocencia al ordenarse medidas restrictivas de la libertad es preciso que el Estado fundamente y acredite, de manera clara y motivada, según cada caso concreto, la existencia de los referidos requisitos exigidos por la Convención. Proceder de otro modo equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene principios generales del derecho, ampliamente reconocidos, entre ellos, el principio de presunción de inocencia”*

    Existe una tensión manifiesta entre este estándar de libertad personal y la legislación procesal penal colombiana que avala la detención preventiva de una persona por ser un peligro para la seguridad de la sociedad dispuesta en el artículo 310 de la Ley 906 de 2004. Empero, en el fallo C-469 de 2016 la Corte Constitucional revisó y avaló la constitucionalidad del precepto arguyendo que esa medida complementa, y no contradice, la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Véase el fuerte Salvamento de Voto suscrito por el Magistrado Alberto Rojas Ríos donde cuestiona la falta de compromiso de la Corte Constitucional en la aplicación del control de convencionalidad, toda vez que la detención preventiva fundada en ser el procesado peligro para la seguridad de la sociedad no se ajusta a los estándares convencionales. [↑](#footnote-ref-68)
69. Corte Interamericana. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez Vs Ecuador. Sentencia de 21 de noviembre de 2007; párr. 117-118; Caso Yvon Neptune Vs Haiti, Sentencia de 6 de mayo de 2008, párr. 108. Caso Bayarri Vs Argentina. Sentencia de 30 de octubre de 2008, párr. 74. [↑](#footnote-ref-69)
70. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez Vs Ecuador. Sentencia de 21 de noviembre de 2007; párr. 103. [↑](#footnote-ref-70)
71. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs República Dominicana. Sentencia de 28 de agosto de 2014, párr. 368. [↑](#footnote-ref-71)
72. 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. [↑](#footnote-ref-72)
73. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso López Álvarez Vs Honduras. Sentencia de 1° de febrero de 2006, párr. 68. *“La legitimidad de la prisión preventiva no proviene solamente de que la ley permite aplicarla en ciertas hipótesis generales. La adopción de esa medida cautelar requiere un juicio de proporcionalidad entre aquélla, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan. Si no hay proporcionalidad, la medida será arbitraria.”* [↑](#footnote-ref-73)
74. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Norín Catrimán Vs Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2014, párr. 312. [↑](#footnote-ref-74)
75. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Sentencia de 22 de noviembre de 2005, párr. 216. [↑](#footnote-ref-75)
76. 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 Haiti, Sentencia de 23 de noviembre de 2011, párr. 58-59. [↑](#footnote-ref-76)
77. “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 [↑](#footnote-ref-77)
78. 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. [↑](#footnote-ref-78)
79. Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 35 Artículo 9°. CCPR/C/GC/35 de 16 de diciembre de 2014. [↑](#footnote-ref-79)
80. 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. [↑](#footnote-ref-80)
81. Ibíd., párr. 51. [↑](#footnote-ref-81)
82. Creado por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas mediante la Resolución 1991/42, en mandatos que se han ampliado sucesivamente. [↑](#footnote-ref-82)
83. 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. [↑](#footnote-ref-83)
84. Ibíd., párr. 61. [↑](#footnote-ref-84)
85. 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. [↑](#footnote-ref-85)
86. 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. [↑](#footnote-ref-86)
87. 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. [↑](#footnote-ref-87)
88. Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos. Comunicación No. 963/2001 de 27 de marzo de 2001. CCPR/C/71/D/963/2001 (2001). [↑](#footnote-ref-88)
89. 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. [↑](#footnote-ref-89)
90. “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. [↑](#footnote-ref-90)