CARLOS JOSÉ HOLGUÍN MOLINA

LA REPARACIÓN DEL DAÑO POR HACINAMIENTO CARCELARIO MEDIANTE LA ACCIÓN DE GRUPO EN COLOMBIA

Universidad del Rosario

Maestría en Derecho Administrativo

Facultad de Jurisprudencia

Bogotá D.C. 2026

CARLOS JOSÉ HOLGUÍN MOLINA

LA REPARACIÓN DEL DAÑO POR HACINAMIENTO CARCELARIO MEDIANTE LA ACCIÓN DE GRUPO EN COLOMBIA

Tesis presentada a la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario para obtener el título de:

Magister en Derecho Administrativo

Director de tesis: Dr. Carlos Mauricio López Cárdenas

Semestre I, 2026

La lectura hace al hombre completo;

La conversación lo hace ágil, el escribir lo hace preciso.

Francis Bacon

ÍNDICE

ÍNDICE DE ABREVIATURAS VII

INTRODUCCIÓN 1

1. JUSTIFICACIÓN TEMÁTICA, PROBLEMA JURÍDICO Y OBJETO. 1

2. MÉTODO Y FUENTES DE CONOCIMIENTO 2

3. ALCANCE Y DELIMITACIÓN TEMÁTICA 4

4. PLAN DE LA EXPOSICIÓN 5

CAPITULO I 8

EL DAÑO POR HACINAMIENTO CARCELARIO 8

1. EL DAÑO COMO CONSECUENCIA DEL HACINAMIENTO CARCELARIO 8

1.1. EL HACINAMIENTO CARCELARIO EN COLOMBIA 9

1.2. CATEGORÍAS DE DAÑOS DE QUE PUEDEN SER VÍCTIMAS LAS PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD 15

1.3. EL CONCEPTO DEL DAÑO FRENTE AL HACINAMIENTO CARCELARIO 19

2. EL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL EN MATERIA CARCELARIA: ¿PRESUPUESTO DEL DAÑO POR HACINAMIENTO CARCELARIO? 21

2.1. ALGUNAS CRÍTICAS EN RELACIÓN CON EL ECI 26

3. TRATAMIENTO DEL DAÑO CARCELARIO EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS 30

4. EL HACINAMIENTO CARCELARIO Y LA ANTIJURIDICIDAD DEL DAÑO: ¿DAÑO O PERJUICIO? 34

5. DAÑOS DE TIPO MATERIAL E INMATERIAL POR HACINAMIENTO CARCELARIO 37

5.1. DAÑOS MATERIALES: ¿SE PUEDE CONFIGURAR EL DAÑO EMERGENTE Y/O EL LUCRO CESANTE? 38

5.2. DAÑOS INMATERIALES: DAÑO MORAL, DAÑO A LA SALUD Y DAÑO A LOS DERECHOS CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDOS COMO CONSECUENCIA DEL HACINAMIENTO CARCELARIO 39
5.2.1. EL DAÑO MORAL 39
5.2.2. EL DAÑO A LA SALUD 40
5.2.3. EL DAÑO A BIENES Y DERECHOS CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDOS (BDCCP) 42
6. ACCIONES DE GRUPO POR HACINAMIENTO CARCELARIO: ¿QUÉ TIPO DE DAÑOS SE RECLAMAN? 48
6.1. CASO DEL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE MEDIANA SEGURIDAD Y CARCELARIO DE SINCELEJO - SUCRE (LA VEGA) 48
6.2. CASO DEL PABELLÓN DE MUJERES DEL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO Y CARCELARIO DE MEDIANA SEGURIDAD DE FLORENCIA – CAQUETÁ (EL CUNDUY) . 50
6.3. CASO DEL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE MEDIANA SEGURIDAD Y CARCELARIO DE CALI – VALLE DEL CAUCA (VISTA HERMOSA) 51
6.4. CASO DEL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE MEDINA SEGURIDAD DE CÚCUTA – NORTE DE SANTANDER 51
6.5. CASO DEL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE ITAGÜÍ, EPC LA PAZ. 53

CAPITULO II **56**
RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD POR HACINAMIENTO CARCELARIO **56**
1. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD ESTATAL POR HACINAMIENTO CARCELARIO: LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA POR FALLA DEL SERVICIO Y LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA POR LA RELACIÓN DE ESPECIAL SUJECIÓN 56
1.1. LA FALLA DEL SERVICIO 57
1.2. EL DAÑO ESPECIAL Y LA RELACIÓN DE ESPECIAL SUJECIÓN (RES) 60
1.2.1. LA RELACIÓN DE ESPECIAL SUJECIÓN Y EL SUBROGADO PENAL 62
1.2.2. LA RELACIÓN DE ESPECIAL SUJECIÓN EN EL CONSEJO DE ESTADO 64
1.3. EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD CARCELARIA, ¿CUÁL ES EL RÉGIMEN QUE PREVALECE? 67

1.4. En los casos de violaciones de derechos como la dignidad humana por hacinamiento carcelario ¿cuál es el título de imputación que se aplica? 68

2. La reparación del daño por hacinamiento carcelario mediante la acción de grupo 71

2.1. Consideraciones previas sobre la Reparación del daño en la acción de grupo 71

2.1.1. El carácter eminentemente indemnizatorio de la acción de grupo . 72

2.1.2. La Reparación del daño derivado de la vulneración de todo tipo de derechos, de origen constitucional o legal, colectivos o subjetivos. 74

2.1.3. La reparación colectiva como sumatoria de las individuales, ¿es aplicable en la reparación por hacinamiento carcelario? 77

2.2. El reconocimiento del daño inmaterial por hacinamiento carcelario en la acción de grupo 80

2.2.1. La Reparación Integral en la Acción de Grupo 84

2.2.1.1. El Caso Del Derrama De Crudo Del Oleoducto Trasandino 85

2.2.1.2. Caso ciudadela Santa rosa en Bogotá D.C. 86

2.2.1.3. Caso del relleno sanitario de "doña Juana" 88

2.2.1.4. EL caso del Rio Anchicayá. Mecanismo de revisión eventual y sentencia de unificación 89

3. El principio de equidad y la solidaridad como criterio de reparación integral: ¿es aplicable en la acción de grupo por hacinamiento carcelario? 92

4. Formas como los Tribunales Contencioso Administrativos ha establecido la reparación en las acciones de grupo interpuestas por hacinamiento carcelario 94

4.1. Caso del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Sincelejo - Sucre (La Vega) 94

4.2. Caso del pabellón de mujeres del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Mediana Seguridad de Florencia – Caquetá (El Cunduy) . 97

4.3. CASO DEL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE MEDIANA SEGURIDAD Y CARCELARIO DE CALI – VALLE DEL CAUCA (VISTA HERMOSA) 98
4.4. CASO DEL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE MEDINA SEGURIDAD DE CÚCUTA – NORTE DE SANTANDER 100
4.5. CASO DEL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE ITAGÜÍ, EPC LA PAZ. 102
5. CUADRO RESUMEN TIPOLOGÍA DE DAÑOS RECLAMADOS POR LOS DEMANDANTES Y SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES 103

CAPITULO III 107

LAS ACCIONES DE GRUPO FALLADAS POR EL CONSEJO DE ESTADO POR HACINAMIENTO CARCELARIO. LINEAMIENTOS JURISPRUDENCIALES. 107

1. CASOS FALLADOS POR EL CONSEJO DE ESTADO SOBRE HACINAMIENTO CARCELARIO 108
1.1. CASO DEL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE MEDIANA SEGURIDAD Y CARCELARIO DE SINCELEJO - SUCRE (LA VEGA). SENTENCIA DEL 3 DE OCTUBRE DE 2019 108
1.1.1. APELACIONES Y ALEGATOS DE CONCLUSIÓN 108
1.1.2. SENTENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO 109
1.1.2.1. REQUISITOS DE LA ACCIÓN DE GRUPO: CAUSA COMÚN Y UNIFORME DEL DAÑO Y CADUCIDAD 109
1.1.2.2. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD 110
1.1.2.2.1. EL DAÑO 110
1.1.2.2.2. EL TÍTULO DE IMPUTACIÓN Y EL NEXO DE CAUSALIDAD 112
1.1.2.2.3. REPARACIÓN DEL DAÑO 112
1.1.2.2.4. ASPECTOS DESTACABLES DE LA SENTENCIA 114
1.2. CASO DEL PABELLÓN DE MUJERES DEL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO Y CARCELARIO DE MEDIANA SEGURIDAD DE FLORENCIA – CAQUETÁ (EL CUNDUY). SENTENCIA DEL 20 DE NOVIEMBRE DE 2020. 114
1.2.1. APELACIONES Y ALEGATOS DE CONCLUSIÓN 115
1.2.2. SENTENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO 115
1.2.2.1. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD 116

1.2.2.1.1. El daño 116
1.2.2.1.2. En cuanto al título de imputación 117
1.2.2.1.3. Reconocimiento de los Perjuicios 117
1.2.2.1.4. Aspectos destacables de la sentencia 122
1.2.3. Sentencia de unificación de la Corte Su-068 de 2023 123
1.2.3.1. Defectos facticos, procedimentales y sustantivos alegados por el tutelante 123
1.2.3.2. Consideraciones y contextualizaciones previas 125
1.2.3.3. Caso Concreto 127
1.2.3.3.1.El Defecto Factico 127
1.2.3.3.2. El desconocimiento del Precedente 129
1.2.3.3.3. Aspectos destacables de la sentencia 132
1.3. Caso del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Cali – Valle del Cauca (Vista hermosa). Sentencia del 18 de noviembre de 2024 133
1.3.1. La Apelación 134
1.3.2. Intervención de la agencia de defensa jurídica del Estado 134
1.3.3. Intervención del Ministerio Público 136
1.3.4. Sentencia del Consejo de Estado 137
1.3.4.1. Elementos de la Responsabilidad 138
1.3.4.1.1. El daño 138
1.3.4.1.2. Imputación y Nexo de Causalidad 139
1.3.4.1.3. Indemnización de Perjuicios 140
1.3.4.1.4. La reparación colectiva 143
1.3.4.2. Aspectos destacables de la sentencia 143
1.4. Caso del Establecimiento Penitenciario de Itagüí-EPC La Paz. Sentencia del 16 de junio de 2025 144
1.4.1. La Sentencia del Consejo de Estado 145
1.4.1.1. Indemnización de perjuicios 146

2. TABLA COMPARATIVA DE LAS SENTENCIAS DICTADAS POR EL CONSEJO DE ESTADO EN ACCIONES DE GRUPO POR HC 148

3. REFLEXIONES SOBRE LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL ANALIZADA..... 149

3.1. LÍNEAS JURISPRUDENCIALES SOBRE LAS CUALES EXISTE REITERACIÓN Y CONSOLIDACIÓN 149

3.2. ASPECTOS SOBRE LOS CUALES ES NECESARIO DEFINIR CRITERIOS JURISPRUDENCIALES 152

3.2.1. EL ALCANCE DEL *ARBITRIO JURIS* EN LA DETERMINACIÓN DE LOS MONTOS INDEMNIZATORIOS 152

3.2.2. COEXISTENCIA ENTRE LA REPARACIÓN POR DAÑO MORAL Y LA REPARACIÓN PECUNIARIA POR DAÑO A BIENES Y DERECHOS CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONALMENTE PROTEGIDOS 156

3.2.3. LA NECESIDAD DE AVANZAR EN MEDIDAS DE TIPO RESTAURATIVO 160

CONCLUSIONES GENERALES 167

BIBLIOGRAFÍA 171

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

Art.	Artículo
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
C. Const.	Corte Constitucional
INPEC	Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario. Instituto adscrito al Ministerio de Justicia y del Derecho.
ECI	Estado de Cosas Inconstitucionales
HC	Hacinamiento Carcelario
ONU	Organización de Naciones Unidas
PPL	Personas privadas de la libertad.
SMLMV	Salario Mínimo Legal Mensual Vigente
USPEC	Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios, ente adscrito al Ministerio de Justicia y del Derecho.
DNP	Departamento Nacional de Planeación
SISPEC	Sistema integral del sistema penitenciario y carcelario, que contiene el registro de la totalidad de las personas internas en todos los establecimientos penitenciarios y carcelarios en Colombia.
BDCCP	Bienes y derechos constitucional y convencionalmente protegidos
RES	Relación de Especial Sujeción
ERON	Establecimientos de reclusión del orden nacional.
EPMSC	Establecimiento penitenciario de mediana seguridad y carcelario

INTRODUCCIÓN

1. JUSTIFICACIÓN TEMÁTICA, PROBLEMA JURÍDICO Y OBJETO.

En el año 1998 siendo secretario de Gobierno de la ciudad de Cali una noticia le dio la vuelta al mundo, unos policías habían resuelto encadenar a un árbol a un grupo de detenidos en una estación de policía de la ciudad debido al hacinamiento que se presentaba que no dejaba espacio para albergar a los que llegaban. Cali no poseía una cárcel municipal, no obstante, como autoridades municipales no podíamos ser ajenos a dicha situación, lo que nos llevó a adecuar en tiempo récord las viejas bodegas del ferrocarril de la calle 26 para poder albergar allí a personas privadas de la libertad como medida provisional mientras se construía una nueva cárcel, lo cual -al menos- era mucho mejor que tenerlos a sol y agua. La nueva cárcel se construyó en Jamundí 12 años después, el mismo día de su inauguración ya estaba al tope de su capacidad instalada.

Nunca imagine que con el correr de los años y siendo Procurador Delegado ante el Consejo de Estado, me correspondería conocer de las primeras acciones de grupo mediante las cuales diversos grupos de presos de diferentes cárceles del país buscaban la reparación del daño sufrido como consecuencia de hacinamiento carcelario (HC), un fenómeno que se ha extendido en Colombia por más de tres décadas, que lejos de solucionarse se ha agravado al punto de afectar no solo al sistema carcelario sino a la fiscalía y al servicio de policía pues el hacinamiento se ha trasladado a las estaciones de policía.

Lo que comenzó desde los años 90´s con la reclamación de la protección de derechos fundamentales de la población carcelaria a través de múltiples tutelas que llegaron a la Corte Constitucional que declaro el Estado de Cosas Inconstitucionales (ECI) en materia carcelaria, situación que aún hoy se mantiene, se transformaría a la postre en el presupuesto del daño por el que ahora se reclama a través de la acción de grupo.

Hoy en día, el Consejo de Estado ha fallado ya cuatro de estas acciones y ordenado reparaciones colectivas por más de $82.258 millones de pesos[1], la Corte Constitucional ya dicto la primera sentencia de unificación sobre la materia y se tiene establecido que este es

[1] A valores del SMMLV de 2025

uno de los asuntos de mayor litigiosidad del Estado colombiano.

Sin embargo, al momento de observar la forma como se ha reparado el daño surge como problema jurídico el siguiente interrogante: ¿el modelo de reparación que ha venido aplicando la jurisprudencia del Consejo de Estado en las acciones de grupo por hacinamiento carcelario responde adecuadamente a la naturaleza del daño derivado de la vulneración de la dignidad humana de las personas privadas de la libertad?

Para abordar este problema jurídico, la investigación se estructura en tres grandes momentos analíticos que corresponden a los capítulos del trabajo. Cada uno de ellos contribuye a resolver un aspecto específico del problema general planteado.

Por tanto, el objetivo del presente trabajo es analizar de manera detallada como ha sido la implementación de la acción de grupo para reparar el daño por el HC, su evolución jurisprudencial y, particularmente, determinar si la reparación ha sido acorde con la tipología del daño que se considera mejor corresponde como lo es el daño a bienes y derechos convencional y constitucionalmente protegidos por afectación de la dignidad humana.

En esta perspectiva, la investigación sostiene que el modelo de reparación que ha venido aplicando la jurisprudencia del Consejo de Estado en las acciones de grupo por HC presenta ciertas tensiones conceptuales derivadas de la forma como se han articulado distintas tipologías de daño y de los criterios indemnizatorios utilizados para su reparación. En particular, se plantea que, tratándose de afectaciones derivadas de la vulneración de la dignidad humana de las personas privadas de la libertad, resulta necesario reflexionar con mayor detenimiento sobre la correspondencia entre la naturaleza de este tipo de daños y las formas de reparación que han sido ordenadas por la jurisprudencia, especialmente en lo que se refiere a la relación entre las reparaciones pecuniarias y las medidas de carácter restaurativo.

2. MÉTODO Y FUENTES DE CONOCIMIENTO

La presente investigación se desarrolla bajo un método cualitativo, propio del análisis jurídico, dentro del cual se articulan tres componentes metodológicos: (i) un método

descriptivo, que permite exponer con fidelidad las condiciones fácticas del HC y la evolución normativa y jurisprudencial relevante; (ii) una técnica deductiva, mediante la cual se parte de las reclamaciones y de las decisiones judiciales —tanto de tribunales como del Consejo de Estado— para identificar líneas jurisprudenciales consolidadas, tensiones interpretativas y vacíos por resolver; y (iii) una técnica analítica, orientada al examen detallado de las sentencias, de las categorías dogmáticas empleadas y de los criterios de imputación y reparación aplicados.

Esta metodología híbrida —descriptiva, deductiva y analítica— garantiza una comprensión integral del fenómeno de la reparación del daño por HC en el marco de la acción de grupo manteniendo un mismo hilo conductor que arranca con las reclamaciones hechas por los accionantes en las cinco acciones de grupo que cursaban al momento del inicio de este trabajo, pasando por las decisiones que en primera instancia han tomado los tribunales contencioso administrativos y concluyendo con los fallos de segunda instancia del Consejo de Estado, lo que nos permite deducir al final las líneas jurisprudenciales utilizadas y consolidadas, los vacíos y los posibles mejoramientos que la jurisprudencia podría introducir en el futuro.

Como fuentes del conocimiento se emplearon en el primer capítulo aquellas que permitieran un entendimiento cabal de lo que es el HC y de sus efectos dañinos, para lo cual se acudió a fuentes del propio INPEC, de Planeacion Nacional, pronunciamientos de la Corte IDH y muy particularmente a las sentencias de la Corte Constitucional en las cuales desde el año 1998 se declaró el ECI en materia carcelaria, así como fuentes bibliográficas que han realizado importantes análisis y críticas a esta declaratoria, lo cual permite contextualizar desde un comienzo el daño generado por el HC y como las órdenes impartidas en las sentencias de la Corte no han logrado un efectivo restablecimiento o reparación de los derechos conculcados. Igualmente resultaba indispensable en este primer capítulo, tener una delimitación clara sobre la tipología de daños, por lo que se acudió a diversas fuentes doctrinarias sobre daños y a las sentencias del Consejo de Estado de mayor relevancia en la definición de la tipología de daños como las de unificación del año 2014, en particular, la que creó la tipología de daños a bienes y derechos convencional y constitucionalmente

protegidos (BDCCP). Finalmente, y con el propósito de poder identificar de manera concreta en el campo litigioso la forma como se identificó el daño en las acciones de grupo por HC, se emplearon las demandas presentadas en las cinco acciones de grupo que son objeto de análisis en el presente trabajo.

Para el segundo capítulo, se escogieron como fuentes del conocimiento diversas fuentes bibliográficas sobre el régimen de imputación por daño carcelario que permitieran identificar las diversas posturas sobre la materia, así como fuentes de tratadistas especializados en el tema de la acción de grupo que permitieran identificar aspectos relevantes de este medio de control en relación con la reparación por HC. También fueron empleadas las sentencias del Consejo de Estado consideradas hitos en materia de reparación integral mediante acciones de grupo, como lo son el caso de la ciudadela Santa Rosa, el derrumbe del relleno de "doña Juana" y las afectaciones ambientales por vertimientos de lodos de la presa del "rio Anchicaya", para concluir con el análisis de los fallos de los tribunales contenciosos administrativo en los cinco casos de las acciones de grupo por HC, lo cual permitió tener una primera aproximación a la forma como los jueces en primera instancia en algunos casos identifican el daño y ordenan reparaciones y en otros los niegan.

En el tercer capítulo fueron empleadas como fuentes del conocimiento las cuatro sentencias en las acciones de grupo falladas por el Consejo de Estado y la de unificación de la Corte Constitucional SU-068 de 2023 lo que permite identificar puntos de coincidencia y de reiteración jurisprudencial, así como aquellos en que en necesario mayor desarrollo.

3. ALCANCE Y DELIMITACIÓN TEMÁTICA

El alcance de la tesis es fundamentalmente analizar la evolución jurisprudencial de la acción de grupo en los cinco casos estudiados, cuatro de ellos ya fallados por el Consejo de Estado y la sentencia de unificación de la Corte Constitucional de 2023 y, a partir de ello, identificar líneas jurisprudenciales reiteradas, así como aquellos aspectos sobre los cuales consideramos es necesario avanzar jurisprudencialmente, para terminar con unas conclusiones generales que recogen lo identificado en el análisis jurisprudencial.

En consecuencia, la tesis no constituye un estudio general de la acción de grupo ni

aspira a fijar doctrina sobre ella; antes bien, se focaliza en examinar la manera como esta figura ha sido aplicada y decidida por los tribunales en el marco de las reclamaciones colectivas originadas en el HC.

La presente es una investigación cualitativa, apoyada en métodos descriptivo, deductivo y analítico, la cual no emplea técnicas cuantitativas ni aproximaciones empíricas o interdisciplinarias profundas, el trabajo se circunscribe al ámbito jurídico, particularmente al Derecho Constitucional, Derecho Administrativo y al Derecho Internacional Humanitario como marco complementario.

El objeto jurídico del presente trabajo se circunscribe exclusivamente a la reparación del daño derivado del HC y a la acción de grupo como vía de reparación colectiva de ese daño conforme la jurisprudencia estudiada hasta 2025, incluidas las cuatro sentencias del Consejo de Estado y la SU-068 de 2023, limitando el estudio al contexto colombiano, con referencias internacionales de carácter ilustrativo, siendo la única finalidad del trabajo identificar líneas jurisprudenciales, tensiones y vacíos, no formular una teoría general ni una política pública penitenciaria.

Tampoco pretende el presente trabajo, ser un análisis sociológico sobre el sistema penitenciario ni sobre derechos fundamentales, ni una crítica del sistema, aunque como se podrá observar, el daño aquí invocado no es otro que la vulneración de la dignidad humana, que es el daño que se debe reparar y da el marco de la tipología de daño y por ende la forma como este debe ser reparado.

Es pues el presente trabajo, en sentido estricto, una investigación sobre daño y reparación en clave del hacinamiento carcelario a través de la acción de grupo.

4. PLAN DE LA EXPOSICIÓN

El presente trabajo se desarrolla a través de tres capítulos, el primer capítulo está orientado a responder ¿cuál es la naturaleza jurídica del daño derivado del HC y cómo debe ser conceptualizado dentro del sistema de responsabilidad del Estado? Se expondrá en que consiste el daño por el HC, para lo cual lo primero será definir qué se entiende y como se establece el HC, serán de suma utilidad criterios establecidos por el sistema interamericano

de derechos humanos, por Planeación Nacional y por el propio INPEC. Posteriormente se analizará lo que ha dicho la Corte Constitucional en relación con el ECI en materia carcelaria y como esto constituye el presupuesto del daño que se reclama en las acciones de grupo, las críticas que varios tratadistas han realizado a lo que han denominado jurisprudencia simbólica o constitucionalismo liminal, los tipos de daños que se pueden dar en el HC y la forma como se han reclamado dichos daños en las cinco acciones de grupo que son objeto de análisis en el presente trabajo.

El segundo capítulo se orientará a resolver la siguiente pregunta; ¿cuál es el régimen de responsabilidad del Estado aplicable a los daños derivados del hacinamiento carcelario y cuáles son los criterios de imputación que la jurisprudencia ha utilizado para fundamentar dicha responsabilidad? Veremos cuales son los regímenes de imputación que se han venido utilizando para reclamar el daño carcelario en general, la falla del servicio y el régimen objetivo surgido de la relación especial de sujeción, la reparación del daño por HC a través de la acción d grupo, para lo cual haremos un breve recuento de los aspectos de mayor relevancia de la acción de grupo en función del HC y finalizaremos sobre la reparación integral en la acción de grupo, lo cual ilustraremos con una serie de fallos previos de diversas acciones de grupo en donde se dieron unos primeros elementos de reparación integral y, finalizaremos, siguiendo la línea investigativa característica, con el análisis de los fallos de primera instancia de los tribunales administrativos.

Por último, tendremos un tercer capítulo, el cual se dirige a responder una pregunta más específica dentro del problema general de la investigación; ¿cómo ha resuelto la jurisprudencia del Consejo de Estado la reparación del daño derivado del hacinamiento carcelario en el marco de las acciones de grupo y qué tensiones o vacíos pueden identificarse en ese modelo de reparación? Analizaremos las cuatro sentencias ya falladas por el Consejo de Estado, con lo cual identificaremos ciertas líneas jurisprudenciales que han venido siendo reiteradas y consolidadas, así como ciertas cuestiones analíticas que permiten profundizar en aspectos específicos del modelo de reparación que ha venido aplicando el Consejo de Estado como lo son; (i) el alcance del *arbitrio juris* en la determinación de los montos indemnizatorios; (ii) la posible coexistencia entre la reparación por daño moral y la

reparación por daño a bienes y derechos constitucional y convencionalmente protegidos; y (iii) la correspondencia entre las formas de reparación ordenadas por la jurisprudencia y la naturaleza restaurativa del daño analizado.

CAPITULO I

EL DAÑO POR HACINAMIENTO CARCELARIO

El propósito de este primer capítulo será determinar en que consiste el hacinamiento carcelario y sus efectos, a partir de informes que sobre el particular ha realizado la CIDH, Planeación Nacional y datos del INPEC, así como las consideraciones que en diversas sentencias ha realizado la Corte Constitucional para declarar la existencia en Colombia de un ECI en materia carcelaria y, como esto, se constituye en una forma de daño antijurídico que lesiona derechos fundamentales de las personas privadas de libertad, contenidos en la dignidad humana y como a partir de ello, se han venido intentado reparaciones masivas a través de acciones de grupo interpuestas por internos de diversas cárceles del país.

También se analizarán algunos pronunciamientos de la Corte IDH relacionados con establecimientos penitenciaros, en donde si bien no se estudió de manera directa el fenómeno del HC, si es tenido en cuenta como un fenómeno de agravación de los daños, así como los criterios de reparación integral propios del sistema internacional de justicia.

Se realizara un análisis de como la categoría de daños establecida por la jurisprudencia del Consejo de Estado encaja en los daños por HC, en lo cual los daños a BDCCP reviste particular importancia para esta temática, como quiera que la naturaleza jurídica del daño derivado del HC no es otra que la afectación de la dignidad humana como daño inmaterial, y terminaremos con un análisis concreto de las demandas presentadas en las cinco acciones de grupo por hacinamiento carcelario que han llegado al Consejo de Estado, y que son objeto de la presente investigación con la finalidad de establecer el tipo de daño reclamado, su forma de acreditación y las reparaciones pretendidas.

1. EL DAÑO COMO CONSECUENCIA DEL HACINAMIENTO CARCELARIO

Este acápite pretende aclarar, en primer lugar, en qué consiste el fenómeno del HC, una problemática que afecta desde hace décadas al sistema penitenciario en Colombia y en gran parte de América Latina. Este fenómeno se configura como una forma de daño antijurídico que afecta los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad.

En este contexto, resulta necesario identificar los diversos tipos de daños que pueden surgir como consecuencia de la privación de la libertad y, de manera particular, profundizar en la naturaleza del daño específico causado por el HC.

1.1. EL HACINAMIENTO CARCELARIO EN COLOMBIA

No existe una única definición de HC, pues la situación de hacinamiento puede darse bien por deficiencia de la capacidad instalada para albergar a las personas privadas de la libertad (PPL), definición simple, o bien por una más compleja, referida a las condiciones adecuadas de reclusión que hace referencia a la densidad poblacional[2]. Sin embargo, para efectos de este estudio entenderemos el HC en su definición simple, capacidad instalada comparada con el número de personas que alberga, pues consideramos que la otra definición más que definición del HC es la consecuencia de este, pues el solo hecho de que la capacidad instalada sea menor al número que alberga ya presupone que todas las demás condiciones de reclusión; alimentación, higiene, salud, espacios de recreación, resocialización, etc., serán inadecuadas.

En Latinoamérica el HC es uno de los mayores problemas de política pública carcelaria, la tendencia creciente a la penalización del delito ha llevado a que durante las últimas dos décadas 2000 a 2021, mientras el crecimiento mundial de la población encarcelada fue del 24% en promedio, en Centro América este incremento fuera del 77% y en Sur América del 200%[3]. Según la CIDH en su informe sobre los derechos de las personas privadas de la libertad en las Américas[4], entre los diversos desafíos que representa para los Estados la garantía de los derechos humanos de las personas privadas de la libertad, el más grave que afecta a la absoluta mayoría de los países de la región es el HC, problema que no

[2] Ariza, Libardo Jose y Torres Gomez, Mario. *"Definiendo el Hacinamiento. Estándares normativos y perspectivas judiciales sobre el espacio penitenciario"*. Revista Estudios Socio Jurídicos No 21 (2019) https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/7632/7158

[3] Forero Cuellar, Alejandro. *Prison overcrowding and ill-treatment: sentence reduction as a reparation measure. A view from Latin America and Europe.* Revista Torture Volume 33, Number 3, 2023. p.19

[4] CIDH, *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, Documento OEA/Ser.L/V/II. Doc. 64, de 31 de diciembre de 2011.

es nuevo, pues la CIDH ha venido refiriendo este problema desde hace 45 años[5].

En el mismo informe, la CIDH advierte y evidencia las consecuencias del HC lo cual lleva entre otras a:*"(…)incrementar los niveles de violencia en las cárceles; dificulta que las personas privadas de libertad dispongan de un mínimo de privacidad; reduce los espacios de acceso a las duchas, baños, el patio etc.; facilita la propagación de enfermedades; crea un ambiente en el que las condiciones de salubridad, sanitarias y de higiene son deplorables; constituye un factor de riesgo de incendios y otras situaciones de emergencia; e impide el acceso a las –generalmente escasas– oportunidades de estudio y trabajo, constituyendo una verdadera barrera para el cumplimiento de los fines de la pena privativa de la libertad(…)"*[6]

Igualmente indica como esta situación carcelaria, ha llevado a que el problema se extienda a centros de detención provisional, comisarias o estaciones de policía, que al no contar con la infraestructura mínima para la permanecía prolongada de la persona privada de la libertad termina agravando el problema. Esta situación, concluye la CIDH, *"(…) puede llegar a constituir en sí mismo una forma de trato cruel, inhumano y degradante, violatoria del derecho a la integridad personal y de otros derechos humanos reconocidos internacionalmente, esta situación constituye una grave deficiencia estructural que trastoca por completo el cumplimiento de la finalidad esencial que la Convención Americana le atribuye a las penas privativas de libertad: la reforma y la rehabilitación social de los condenados"*[7].

En Colombia esta problemática ya se extiende por más de tres décadas, desde mediados de los años 90´s[8], por ejemplo, el informe de Naciones Unidas sobre detención arbitraria en Colombia (2009)[9] señalo su preocupación por el alto grado de hacinamiento que había sido observado en diversos centros carcelarios, en donde, según datos del INPEC, para el año 2008 en que se realizó la visita de la ONU, el hacinamiento llegaba al 28,9%.

---

[5] Ibid. párr. 447
[6] Ibid. párr. 455
[7] Ibid. párr. 460
[8] En 1998 se produjo la primera sentencia de la Corte Constitucional que estableció el estado de cosas inconstitucionales en materia penitenciaria, la cual acumuló varias acciones de tutela iniciadas por internos de diversas cárceles del país. C. Const. Sentencia T-153 de 1998, Expedientes acumulados T-137.001 y 143.950.
[9] ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Informe de Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria* A/HRC/10/21/Add.3 16 de febrero de 2009, párr. 80.

Este informe también indica algunas fallas estructurales de la política criminal que sin lugar a dudas contribuyen al fenómeno del hacinamiento, como lo son la falta de jueces de ejecución de penas que permitan tramitar de manera ágil los beneficios penitenciarios en particular la libertad condicional[10], y el uso indiscriminado de la detención preventiva cuando esta debe ser excepcional, "*debiendo evitarse la privación de libertad de personas cuya culpabilidad no ha sido todavía demostrada en juicio"*[11].

En el mismo sentido, en el informe de la CIDH sobre la situación de derechos humanos en Colombia[12] de 2013, se estableció con fundamento de la visita *in loco*[13] y los datos suministrados por el INPEC, que la capacidad total de alojamiento del sistema penitenciario era de 75,726 plazas y la población reclusa era de 113,884 personas, lo cual indica una sobre población del 50%, llegando el hacinamiento en algunos casos como la penitenciaria de Bogotá "La Modelo" al 254%[14]. Lo anterior, llevo a la CIDH a considerar una situación contraria a la dignidad humana, en los siguientes términos; *"(...) Es tal la sobrepoblación de algunos patios, que las celdas, pasillos, baños y duchas están atestados de personas que incluso duermen en el piso de estos lugares, en una situación conocida como "estar en carretera", otros lo hacen sobre hamacas y en cualquier rincón donde puedan meterse. Como es lógico, las condiciones sanitarias y de higiene en los patios más poblados son absolutamente deplorables e insalubres, observándose que muchos reclusos hacían sus necesidades en bolsas plásticas y botellas, y que los baños comunes de los patios y pasillos, que son usados por cientos de presos, estaban desbordados de excrementos. Las visitas conyugales se realizan en carpas improvisadas denominadas "cambuches". Además, al igual que en La Picota, no había separación material entre condenados y procesados"*[15]

Para la Comisión esta situación puede llegar a constituir en sí misma una forma de

[10] Ibid. párr. 77 y 78.
[11] Ibid. párr. 97.
[12] CIDH, *Verdad, justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*, documento OEA/Ser.L/V/II. Doc. 49/13, 31 diciembre 2013, párr. 1051.
[13] La visita In Loco es una función de la CIDH, contemplada en el artículo 39 de su reglamento, que consiste en el traslado de un grupo de comisionados a un país con la finalidad de recaudar información de primera mano sobre diferentes situaciones de DDHH que están siendo objeto de observación, seguimiento o análisis por parte de la CIDH.
[14] Ibid. párr. 1052.
[15] Ibid. párr. 1055.

trato cruel, inhumano y degradante violatorio del artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[16], también desconoce los estándares establecidos por la Corte Europea de Derechos Humanos sobre los espacios mínimos de que debe disponer una persona privada de libertad para que no se viole su derecho a la integridad personal[17] y finaliza con un extenso análisis sobre la incidencia que en este fenómeno tiene la utilización de la detención preventiva, de lo cual recuerda y reitera, es una medida excepcional que por diversas circunstancias se viene utilizando de manera desproporcionada en Colombia.

Una primera consecuencia del HC, advertida por la CIDH en su informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas de 2011, es que impide el cumplimiento de los objetivos del sistema penitenciario, el primero de ellos según el artículo 10 de la Ley 65 de 1993, la resocialización del infractor penal. Impide -igualmente- la separación que la ley exige entre condenados y sindicados, establece que a pesar de la privación de la libertad hay una serie de derechos que se tienen que garantizar íntegramente y que, por tanto, no pueden ser objeto de restricción alguna como la vida e integridad personal, la dignidad, la igualdad, la libertad religiosa, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la salud y al debido proceso y el derecho de petición, y aunque esto pareciera apenas obvio, la realidad demuestra todo lo contrario, pues el más elemental de este derecho la vida, ni siquiera se garantiza, basta con ver el informe de la CIDH ya mencionado en el cual se estableció que en el periodo 2005-2009 se presentaron en Colombia 113 casos de muertes violentas al interior de los establecimientos carcelarios, y si sumamos la totalidad de muertes violentas reportados por los países de la región en el mismo periodo, da la escalofriante cifra de 2.549 muertes[18].

Según el Departamento Nacional de Planeación, en 2015 Colombia contaba con una población carcelaria de 118.000 reclusos para 78.000 cupos lo cual daba una tasa de hacinamiento del 52%[19]; si bien el documento CONPES 3828 de ese año estableció que el

[16] Ibid. párr. 1061.
[17] Ibid. párr. 1062.
[18] CIDH, *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*. párr. 273
[19] Consejo Nacional de Política Económica y Social. CONPES 3828 - Política Penitenciaria y carcelaria en Colombia. 19 de mayo de 2015 (Bogotá – Colombia. Departamento Nacional de Planeación), p. 8.

problema carcelario no era exclusivamente de falta de cupos, pues a pesar del crecimiento de inversión en la materia[20] y el aumento de cupos, el número de internos siempre se incrementaba en mayor número que los cupos nuevos disponibles[21], según cálculos proyectados en ese momento, para 2019 la tasa de hacinamiento llegaría a 77%[22] a pesar de los 11.000 cupos nuevos previstos para ese año. Sin embargo, según datos del INPEC a 31 de diciembre de 2023[23] el hacinamiento llegaba al 24.03% pues se tiene una capacidad para 82.110 reclusos pero la ocupación llega a 101.845, esto sin tener en cuenta la situación igualmente de hacinamiento que se vive en las estaciones de policía y las Unidades de Reacción Inmediata de la Fiscalía General de la Nación, las cuales como consecuencia del hacinamiento de las cárceles y de la regla del *equilibrio decreciente*[24] establecida por la Corte Constitucional, han terminado con el paso de los años creando un sistema subcarcelario, lo cual agrava la afectación de derechos fundamentales, pues algunas de estas locaciones no cuentan con la infraestructura física y de servicios para poder atender una población carcelaria, no solo de condenados, sino incluso de personas solo sindicadas[25].

El documento CONPES 3828 indica que la mayoría de la población carcelaria se encuentra en establecimientos llamados de primera generación, es decir, construidos antes de

[20] Entre 2000 y 2015 Colombia destino 3.5 billones de pesos para la ampliación de cupos y duplico su capacidad, sin embargo, las cifras de hacinamiento continúan rondando el 50%.

[21] Según el documento CONPES 3828 la relación hasta el 2014 era que mientras los cupos carcelarios crecieron a una tasa promedio anual de 5,04%, la población privada de la libertad lo hizo a una tasa promedio anual de 7,23%.

[22] Cálculos realizados por el DNP con base en datos del SISPEC, el INPEC y la USPEC (2015). Consejo Nacional de Política Económica y Social. CONPES 3828, p.21

[23] Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario. 2024. «Población Intramural a Cargo del INPEC por Códigos DIVIPOLA». Conjunto de datos. Datos Abiertos. Oficina Asesora de Planeación - Grupo Estadística. https://www.datos.gov.co/Justicia-y-Derecho/Poblaci-n-Intramural-a-Cargo-del-INPEC-por-C-digos/ux6v-gpit/about_data.

[24] La regla del *equilibrio decreciente* dispuesta por la Corte Constitucional en la sentencia T-388 de 2013, señala que no se permitirá el ingreso de nuevos detenidos a los centros penitenciarios sino en igual proporción del número en que salgan, llevó a que el problema del hacinamiento carcelario se fuera trasladando paulatinamente a las estaciones de policía y a las Unidades de Reacción Inmediata de la Fiscalía, lo cual dio lugar a la sentencia de unificación de la Corte SU-122 de 2022 que decidió suspender la regla del equilibrio decreciente.

[25] Según Hernandez Jimenez, Norberto y Aranguren Paez, Cristina. *Comentario a la sentencia SU-122 de 2022.* Revista nuevo foro penal No 98. *(…) para el año 2022 cuando se dictó la sentencia SU-122 de 2022 la Defensoría del Pueblo manifestó que, para abril de 2022, hay un 194% de hacinamiento en los centros de detención transitoria, mientras que en Bogotá se alcanzó un índice del 500%, en Medellín estuvo entre el 500% y 800%, en las estaciones de Policía de Bucaramanga ascendió a 818%, en Barranquilla a 454.6% y en Cúcuta está en 462%15, siendo estos solo unos ejemplos de la grave situación alrededor del país.*

la década de los 90 (la mayoría en la década del 50) con graves problemas de obsolescencia por su avanzada edad por lo que,*"(…) no cuentan con áreas suficientes para la atención y tratamiento de la población detenida. Tampoco están dotados de espacios para la operación administrativa, el alojamiento de la guardia, guardería en algunos casos, patio de visitas y pabellones destinados para el alojamiento de los internos, servicios sanitarios, comedores, bibliotecas y talleres. Estas limitaciones en la infraestructura existente, impiden atender la demanda y brindar alojamiento, capacitación y bienestar social adecuado a toda la población reclusa que se recibe en los establecimientos* (…) *carecen de la infraestructura de atención sanitaria y saneamiento básico para atender las necesidades de la población reclusa. Existe una concentración en los riesgos de salud propiciados por el hacinamiento y la baja intervención sobre los determinantes prevenibles y las condiciones mínimas de higiene; manipulación y provisión de alimentos; disponibilidad de servicios públicos; y calidad del agua. Adicionalmente, la prestación de servicios médicos es limitada"*[26].

Esta situación, sumada a la reiterada declaratoria de ECI[27], ha llevado a considerar que la responsabilidad del Estado colombiano puede o debe ir más allá de sus obligaciones funcionales y del cumplimiento de ciertos postulados legales en materia del servicio penitenciario, debido a los daños que esta situación puede generar en la población carcelaria.

Sin lugar a dudas, el HC impacta en la adecuada prestación del servicio público carcelario, cuya finalidad última de resocialización queda en entre dicho, ya que genera toda una serie de situaciones que afectan los derechos de las personas privadas de la libertad, tales como la limitación de espacio para el descanso, la recreación, para sus necesidades fisiológicas, implica también afectaciones en la alimentación y, por ende, en la salud física como mental, situaciones que se han resumido básicamente en una vulneración de la dignidad

[26] Documento CONPES 3828, pp. 24 y 25.

[27] La Corte Constitucional ha definido el Estado de Cosas Inconstitucionales como aquella en la cual la Corte ha constatado que en algunas situaciones particulares el texto constitucional carece de efectividad en el plano de la realidad, tornándose meramente formal. Ha dicho la Corte que esta se da cuando: "(…) se ha reconocido la existencia de dos fenómenos concurrentes: de un lado del compromiso masivo y generalizado de un número plural de derechos fundamentales y, de otro, de la relación de éste con fallas estructurales del Estado, que tornan ineficaces las órdenes que el juez de tutela pueda emitir en forma aislada. Ambos fenómenos componen los llamados *"casos estructurales"*, frente a los cuales las medidas individuales resultan insuficientes". C.Const. Sentencias T-762 de 2015 y T-025 de 2004.

humana[28] que genera una afectación personal y directa en las personas privadas de la libertad y, como resultado final de este complejo panorama, la consecuente responsabilidad para el Estado por los daños de toda índole que puede conllevar esta situación que se extiende hasta el día de hoy.

1.2. CATEGORÍAS DE DAÑOS DE QUE PUEDEN SER VÍCTIMAS LAS PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD

Si bien la privación de la libertad de las personas es una de las formas del *jus puniendi*[29] del Estado, consagrado en el artículo 28 de la Constitución Política, que a la vez que declara la libertad como derecho fundamental de las personas establece la posibilidad de la restricción de este derecho bajo determinadas condiciones y requisitos, ello no implica una forma de irresponsabilidad estatal, por el contrario, el ejercicio de esta potestad puede generar diferentes afectaciones y, por ende, daños a las personas por las que el Estado deberá repararlas.

En tal sentido, la privación de la libertad de una persona puede llevar aparejado una serie de circunstancias que -en determinadas situaciones- puede ser constitutiva de una carga excesiva y a la que no está obligado a soportar constituyéndose en un daño, así, por ejemplo, la privación de la libertad en si misma puede generar un daño cuando dicha privación se torna en injusta, siendo esta una primera categoría de daños como consecuencia de la privación de libertad.

Efectivamente, el artículo 68 de la Ley 270 de 1996 establece que quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado la reparación de perjuicios, constituyéndose esta forma de responsabilidad posiblemente en una de las de mayor litigiosidad contra el Estado colombiano, tema que por cierto, no ha sido pacifico al interior

[28] Esta consideración la desarrolla ampliamente la Corte Constitucional en las sentencias sobre estado de cosas inconstitucionales en materia carcelaria. C.Const. T-153 de 1998, T-388 de 2013, T-762 de 2015 y SU-122 de 2022.

[29] Se conoce como *ius puniendi* a la facultad sancionadora que tiene el Estado respecto de sus administrados, y que se puede dar en diversas dimensiones; administrativas, disciplinarias, impositivas, etc, para efecto de nuestro estudio nos referimos a la penal, que le permite restringir la libertad de las personas con penas privativas de la misma.

de la jurisprudencia en relación con dos aspectos: (i) cuál debe ser el régimen de responsabilidad aplicable, régimen objetivo (daño especial) o subjetivo que requiere la acreditación de la falla del servicio al momento de imponer la medida de aseguramiento[30] y (ii) sobre el eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima[31]. Algo en lo que si hay un importante avance de unificación, fue establecer la presunción del daño moral y la reparación de este; en efecto, el Consejo de Estado en el 2014 fijo unos parámetros para la reparación del daño moral dependiendo de los días en que permaneció la persona privada de la libertad y del grado de parentesco con la víctima directa[32].

Una segunda categoría de daños, son los padecidos por las personas privadas de la libertad dentro de los establecimientos carcelarios, aquí se presenta una amplia gama de afectaciones pues surgen de todas aquellas situaciones que afectan la integridad física, la salud y los derechos de las personas privadas de la libertad, particularmente, las lesiones personales y la muerte ocasionada por otros internos[33], incluso por el suicidio y, por los

[30] Diversos pronunciamientos tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional han llevado a concluir que "*Concordante con lo anterior, la Corte Constitucional señaló en la sentencia SU-072 de 2018, que ningún cuerpo normativo -a saber, ni el artículo 90 de la Constitución Política, ni el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, ni la sentencia C-037 de 1996- establece un régimen de responsabilidad específico aplicable en los eventos de privación de la libertad; entonces, el juez es quien, en cada caso, debe realizar un análisis para determinar si la privación de la libertad fue apropiada, razonable y/o proporcionada, o en otros términos, si devino o no en injusta".* Consejo de Estado. Sala Plena Sección Tercera. Sentencia de Unificación de 15 de agosto de 2018. Rad. 66001-23-31-000-2010-00235-01(46.947), C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

[31] La sentencia de la Corte Constitucional SU-363 de 2021 mediante la cual reviso la tutela contra la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 15 de agosto de 2018, que dispuso que aún de oficio se deberá siempre analizar la culpa exclusiva de la víctima para establecer su incidencia en la imposición de la medida de aseguramiento, estableció que "*Un ejercicio hermenéutico que respete la presunción de inocencia, la cosa juzgada y el juez natural tendría que regirse bajo las siguientes reglas: a) la culpa grave o dolo no podrá interpretarse de forma tal, que se acuda al criterio peligrosista o se le reasigne a una persona un carácter de sospechosa; b) la interpretación no podrá invadir la esfera competencial de juez penal, es decir, no podrá hacer valoraciones sobre normas jurídicas penales o sobre hechos que son del resorte exclusivo de la jurisdicción ordinaria y; c) el ejercicio hermenéutico no puede llevar a cuestionar la decisión adoptada por el juez penal".* Por lo que la valoración de la culpa exclusiva de la víctima solo se podrá hacer por su actuación dolosa o gravemente culposa dentro del proceso penal, pero no por las actuaciones previas sobre las cuales ya se pronunció el juez natural dejando a salvo el principio de inocencia.

[32] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014. Exp. 36140. C.P. Hernán Andrade. Esta sentencia fue modificada en algunos aspectos por la sentencia de unificación de 29 de noviembre de 2021, Exp. 18001-23-31-000-2006-00178-01(46681). C.P Martin Bermúdez.

[33] Gómez Restrepo, Alejandro. (2018) "La responsabilidad del Estado colombiano por la violación de los derechos de las personas privadas de la libertad". En *Perspectivas Multidisciplinarias sobre las cárceles.* Cali – Colombia. Universidad ICESI. Pág. 55 – 84. En este estudio se estableció que en el periodo 2006 a 2016 se

cuales, se reclama a través de acciones de reparación directa por falla del servicio o por la situación de especial sujeción[34] de la persona privada de libertad con el Estado, siendo este último el título de imputación que más prevalece, pues se considera que la privación de la libertad hace que la persona quede bajo la tutela del Estado como quiera que está imposibilitada para labrarse por sí misma sus propias condiciones de cuidado y subsistencia, por lo que aquel debe responder por cualquier afectación que esta tenga durante el tiempo que este privado de libertad, siendo esta una obligación de resultado y consolidándose un régimen de responsabilidad objetiva que, si bien, no ha sido del todo pacifico, pareciera por el que finalmente se ha decantado la jurisprudencia del Consejo de Estado[35].

Una tercera categoría surge de un fenómeno más reciente, el HC, que -como lo dijimos anteriormente- implica la vulneración de una gama de derechos contenidos en el principio de dignidad humana y que, por tanto, tiene una afectación más de tipo colectivo a diferencia de la categoría anterior, que son afectaciones de tipo personal, directo e individual.

---

presentó un total de 2.302 reclusos fallecidos en las cárceles colombianas, un promedio de 230 muertos por año.

[34] La sentencia de la Corte Constitucional T-1190 de 2003 estableció el deber de protección a la vida e integridad personal de las personas privadas de la libertad en virtud de la situación de indefensión, lo que genera la obligación a cargo del Estado de garantizar la vida de estas personas como obligación de resultado. Igualmente, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia de 20 de febrero de 2008 ha dicho que "*(…) Es el caso de los retenidos, quienes por encontrarse en una situación de particular sujeción frente al Estado en virtud de la cual ven limitados sus derechos y libertades y la autonomía para responder por su propia integridad, deben gozar del pleno amparo de las autoridades frente a los posibles daños y peligros que los amenacen. (…) En síntesis, la retención como ejercicio legítimo del poder punitivo del Estado que afecta algunos derechos de las personas, en sí misma no es una actividad que genere responsabilidad patrimonial derivada de los perjuicios consustanciales a la retención misma, dado que esta es una carga que los ciudadanos deben soportar, daño jurídico y por ende no encuadrable dentro del supuesto general que consagra el artículo 90 de la Carta Política, salvo, claro está, cuando el ejercicio de dicho poder se desborda, v.gr. en los supuestos de retención injusta (art. 68 ley 270 de 1996). Pero así como el ciudadano debe asumir la carga derivada de la restricción de sus derechos, en la medida en que esa retención es una actividad que redunda en beneficio de la comunidad, el Estado se obliga a garantizarle una eficaz protección y seguridad, para lo cual éste goza de posibilidades reales, pues posee también el monopolio de la fuerza y los poderes de coerción que le permiten afrontar tales riesgos. (…) Lo anterior significa que si el Estado no devuelve al ciudadano en las mismas condiciones en que lo retuvo, debe responder patrimonialmente por los perjuicios que éste haya sufrido durante el tiempo de la retención, aunque haya puesto en funcionamiento todos los recursos de que dispone para proteger al retenido y evitarle la causación de cualquier daño, salvo que haya intervenido una causa extraña, pues frente al retenido la obligación del Estado no es un comportamiento sino la realización efectiva de un resultado determinado (…)".* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 20 de febrero de 2008. Exp. 16.996 C.P. Enrique Gil Botero.

[35] Gómez Restrepo, Alejandro. (2018) "La responsabilidad del estado colombiano por la violación de los derechos de las personas privadas de la libertad". En *Perspectivas Multidisciplinarias sobre las cárceles,* pág. 83

Si bien puede que los daños de la segunda categoría se den también en esta, hay tres diferencias relevantes.

La primera diferencia es el carácter colectivo del daño, lo cual permite la reparación mediante la acción de grupo, que es el tema precisamente de esta investigación, y lo cual no es menor, pues al tratarse de una acción de carácter constitucional, afloran de entrada ciertas características probatorias y de reparación que no se darían en una acción de reparación directa.

La segunda diferencia es que el HC agrava o facilita la situación de vulnerabilidad de la persona privada de la libertad, pues en la medida en que aumenta el hacinamiento también aumentan las conductas violentas de los internos, las riñas, facilita la fuga, se dificultan las labores de control y supervisión de la guardia penitenciaria lo que facilita la posesión de objetos prohibidos[36] y explica -en buena parte- el fenómeno de las masacres -ejecuciones extrajudiciales- dentro de las prisiones, con cifras alarmantemente altas de personas fallecidas, en la que Colombia no ha sido, ni mucho menos, la excepción[37]. Como lo veremos más adelante al analizar algunos fallos de la Corte IDH, el HC fue una situación que gravito en todos los casos analizados y agravo los daños padecidos por personas encarceladas.

La tercer diferencia, probablemente la más característica de esta categoría de daño, es la forma de reparación, pues mientras en las acciones de reparación directa las medidas son meramente compensatorias de carácter económico bien por daño moral o material según lo probado, la naturaleza del daño por el HC da la posibilidad de reparaciones de naturaleza diferentes; declarativas, de no repetición, incluso, a pesar de lo polémico que pueda ser, algunos tribunales han llegado a considerar medidas de tipo restaurativo, como la de restablecer a la víctima a la situación anterior a la violación de sus derechos fundamentales,

[36] Barriga Cabanillas, Oscar. (2012) "Conductas violentas y hacinamiento carcelario" Revista Desarrollo y Sociedad. Vol. 69, pp. 33-71.

[37]En el siglo XXI, los ejemplos son numerosos: San Pedro Sula, Honduras, en 2004 (107 muertes), Santiago del Estero, Argentina, en 2007 (más más de 30 muertes), la cárcel de San Miguel en Chile, 2010 (81 muertes), Barranquilla, Colombia en 2014 (17 muertos), el incendio de Comayagua, Honduras, en 2012 (375 muertes), Guanare, Venezuela, en 2020 (47 muertes), o en la prisión de Tuluá-Valle del Cauca en Colombia, donde más de 50 personas murieron en 2022. A esto Hay que sumar los acontecimientos ocurridos en Ecuador donde entre 2021 y 2022, a través de una docena de masacres, han muerto 419 personas. Forero Cuellar, Alejando. *Prison overcrowding and ill-treatment: sentence reduction as a reparation measure. A view from Latin America and Europe*, p. 20,

lo cual podría incluir la restauración de la libertad del detenido o reducir los días de condena[38].

La Corte IDH[39], ha considerado que el porcentaje de sobrepoblación carcelaria implica una violación del artículo 5.2 de la Convención Americana que no se puede resolverse aguardando a que se den las nuevas construcciones de establecimientos carcelarios, ni con el traslado de internos, por lo que la única solución es "reducir" la población carcelaria en dicho establecimiento, por lo que *resulta equitativo reducir su tiempo de encierro, para lo cual debe atenerse a un cálculo razonable, y por otro, esa reducción implica compensar de algún modo la pena hasta ahora sufrida en la parte antijurídica de su ejecución,*[40] y dado que el hacinamiento llega al 200%, esto implica que se duplica el dolor propio de la pena que se está pagando, lo que lleva a que se está realmente cumpliendo un especie de doble pena por lo que *lo más prudente es que se les compute como pena cumplida el sobrante antijurídico de sufrimiento*[41]. En tal sentido, la Corte IDH ordeno al Estado brasileño que se deberá computar como doble cada día de privación de libertad cumplido en el complejo de Curado para todas las personas allí detenidas excepto los imputados o condenados por delitos contra la vida, o la integridad física o sexual[42], lo que en la práctica implica una reducción del 50% de la pena.

1.3. EL CONCEPTO DEL DAÑO FRENTE AL HACINAMIENTO CARCELARIO

Es importante observar cómo algunas definiciones de daño podrían o no encajar en el fenómeno del HC, pues resulta necesario -inicialmente- establecer que el HC contiene elementos propios de la definición de daño.

---

[38] Ibid. p. 31.
[39] Corte IDH. Asunto del Complejo Penitenciario de Curado respecto de Brasil. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de noviembre de 2018, párr. 118 - 133
[40] Ibid, párr. 123
[41] No deja de sorprender que la Corte llegó a considerar la procedencia de la libertad inmediata de los detenidos, lo que considera *"principista y en la lógica jurídica casi inobjetable",* sin embargo, se abstiene de dictar tal medida al considerar que ello podría ser motivo de males mayores, párr. 125
[42] Ibid. Resuelve 4 y 6

Según De Cupis[43] el daño en sentido genérico es *la simple aminoración o alteración de una situación favorable*, de lo cual cabría preguntarse si el hecho de estar privado de la libertad, que es de por si una situación desfavorable, ¿no lleva implícito ciertas cargas no constitutivas propiamente de un daño? Otra definición es la del profesor Hinestrosa; "*daño es lesión del derecho ajeno consistente en el quebranto económico recibido, en la merma patrimonial sufrida por la víctima, a la vez que en el padecimiento moral que la acongoja*"[44], la cual combina tanto la afectación económica (patrimonial) como la moral siendo esta ultima la que en principio constituiría el daño derivado del HC por la congoja o padecimiento moral que dicha situación acarrea. Otros tratadistas como Escobar Gil y Bustamante Alsina también emplean la definición en que concurren ambos elementos de afectación, el patrimonial y el moral, al que dan diversas acepciones como afectación de bienes *espirituales, sentimientos u honor*[45]. Otra definición es aquella que considera el daño como *la lesión o el menoscabo de un interés jurídicamente relevante*[46] sobre lo cual pudiéramos decir que, como quiera que el derecho a la dignidad humana no está dentro de los que se consideran pueden ser restringidos o limitados[47] como consecuencia de la privación de la libertad, la dignidad humana continúa siendo para la PPL un derecho y, por ende, un *interés jurídico relevante* que se ve *lesionado* como consecuencia del hacinamiento.

El maestro Juan Carlos Henao[48] siguiendo las disquisiciones de De Cupis da la definición que él considera más usual y aceptada, según la cual, el daño es la *lesión de un derecho,* sobre lo cual tampoco habría duda aplicaría a los daños derivados del HC, como quiera que estos implican la afectación de la dignidad humana que lleva aparejado varios

[43] Zapata García, Pedro A. (2019) *Fundamentos y límites de la responsabilidad del Estado*. Bogotá D.C. Colombia. Universidad Externado de Colombia, pág. 174.
[44] Henao, Juan Carlos. (1998) *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá D.C. – Colombia. Universidad Externado de Colombia, pág. 84.
[45] Ibid.
[46] Zapata García, Pedro A. (2019) *Fundamentos y límites de la responsabilidad del Estado*. Pág. 174
[47] La Corte Constitucional en la sentencia T-153 de 1998 establece cuales derechos pueden ser suspendidos o restringidos como consecuencia de la privación de libertad de una persona, y cuales deben permanecer incólumes y deben ser garantizados por el Estado aun en situación de privación de libertad, entre los derechos que no se pueden restringir están; la dignidad humana, el derecho a la vida e integridad personal, el derecho de petición, la libertad de conciencia y de cultos, a la salud, a no ser sometido a formas de tortura o maltrato.
[48] Henao, Juan Carlos. (2005) "De tal derecho lesionado tal acción". En *V Jornada de derecho constitucional y administrativo.* Bogotá D.C. – Colombia. Universidad Externado de Colombia, pág. 470 a 510.

derechos. Sin embargo, siguiendo a Henao, esta definición dejaría por fuera el daño colectivo como afectación, ya no de un derecho (en sentido subjetivo), sino de un derecho colectivo. Henao da un definición de su propia autoría "*daño es la aminoración patrimonial sufrida por la víctima"*[49] sobre lo cual hace la aclaración que por patrimonio se debe entender tanto los derechos patrimoniales como extrapatrimoniales o no económicos, y tanto derechos individuales como colectivos; en nuestro entender, lo que realmente quiere significar el profesor Henao es que, daño es toda aminoración de cualquier cosa que tenga *valor* para una persona, llámese un bien, un derecho o un simple afecto y, en tal sentido, no habría duda que la lesión de la dignidad humana entraña un daño.

El daño en su concepción amplia según Pantoja Bravo[50], es una lesión o detrimento a un bien o a un *interés jurídico patrimonial o espiritual, individual o colectivo*, lesión, afectación o detrimento que repercute en los intereses patrimoniales o extrapatrimoniales, siendo también una definición que integra tanto la afectación patrimonial como la espiritual o moral, los derechos subjetivos como los colectivos.

Las anteriores definiciones en términos generales no dejan duda de que el concepto de daño, al menos en su sentido amplio y comprensivo, aparece en las consecuencias y los efectos que en la persona humana tiene el HC, su intensidad, forma, tipologías y, por supuesto, acreditación serán temas a desarrollar a continuación, pero por lo pronto no hay duda de que el concepto de daño cabe dentro del fenómeno carcelario del hacinamiento y como quiera que el daño se constituye en el elemento medular de la responsabilidad pues, en el caso colombiano no hay responsabilidad sin daño, una premisa fundamental en el derecho de responsabilidad, y como dice Henao, se debe reparar el daño, solo el daño y nada más que el daño, podemos desde ya considerar que garantizar el derecho a la dignidad humana de las personas privadas de la libertad encierra un contenido obligacional a cargo del Estado, que al ser desconocido produce un daño, por lo cual, se configuraría el primer elemento de la responsabilidad extracontractual del Estado.

2. EL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL EN MATERIA CARCELARIA:

[49] Ibid. p. 491.
[50] Pantoja Bravo. Jorge. (2015) Derecho de daños. Tomo I. Bogotá. D.C. – Colombia. Editorial Leyer, pág. 220.

¿PRESUPUESTO DEL DAÑO POR HACINAMIENTO CARCELARIO?

El estado de cosas inconstitucionales[51] representa un mecanismo mediante el cual el control abstracto de constitucionalidad permite evidenciar un estado reiterativo y sistémico de violación de derechos fundamentales, lo cual lleva a que se dicten diversas ordenes dentro del principio de colaboración armónica entre las diferentes ramas del poder público que para algunos implica establecer verdaderas políticas públicas por parte del órgano judicial[52]. Algunos consideran incluso que es la forma como *la Corte asume un papel mucho más comprometido con la sociedad y sobre todo con aquellos sectores más vulnerables de la misma, en la medida en que se da a la tarea de buscar soluciones definitivas a los problemas de naturaleza estructural que se presentan en el país, adoptando decisiones que van más allá del caso concreto y exigiendo el trabajo en conjunto de diferentes autoridades públicas*[53].

En materia carcelaria ha sido el fundamento de las reclamaciones mediante acciones de grupo interpuestas por internos de diferentes cárceles del país con el fin de obtener reparaciones colectivas por los daños padecidos como consecuencia del HC, de allí la importancia de establecer de manera concreta en que consiste el ECI en materia carcelaria y cuáles son los efectos que ello lleva aparejado.

La Corte Constitucional ha abordado el ECI en el sistema carcelario a través de múltiples fallos reiterativos desde 1998, año en el que emitió la primera decisión en la sentencia T-153[54]. Este fallo inicial resulta significativo, ya que en él se identificaron, de manera preliminar, las fallas estructurales de la política penitenciaria y carcelaria, las cuales

[51] La Corte Constitucional ha definido el Estado de Cosas Inconstitucionales como aquella en la cual la Corte ha constatado que en algunas situaciones particulares el texto constitucional carece de efectividad en el plano de la realidad, tornándose meramente formal. Ha dicho la Corte que esta se da cuando, (…) se ha reconocido la existencia de dos fenómenos concurrentes: de un lado del compromiso masivo y generalizado de un número plural de derechos fundamentales y, de otro, de la relación de éste con fallas estructurales del Estado, que tornan ineficaces las órdenes que el juez de tutela pueda emitir en forma aislada. Ambos fenómenos componen los llamados *"casos estructurales"*, frente a los cuales las medidas individuales resultan insuficientes. Ver sentencias SU-559 – 97, T-025-04 y T-762-15.

[52] Mendieta Pineda, Luz y Monosalva Espinosa, Hernán. (2021) *Jurisprudencia Simbólica: Análisis Crítico al Estado de Cosas Inconstitucional en los Centros Penitenciarios y Carcelarios en Colombia.* En Diálogos de Saberes No 55 diciembre de 2021. Bogotá – Colombia. Págs. 23 a 42

[53] Ídem pág. 30

[54] Corte Constitucional. Sentencia T-153 de 28 de abril de 1998.

han obstaculizado la efectividad de las órdenes impartidas por los jueces de tutela desde hace tiempo. Además, el fallo analizó la evolución histórica de esta problemática, sus principales causas y distinguió entre los derechos suspendidos, restringidos y preservados que afectan a las personas privadas de la libertad. También ofreció los primeros indicios sobre el carácter colectivo de las afectaciones individuales derivadas de esta situación

En un segundo fallo el T-388 de 2013[55], la Corte hizo especial referencia a la dignidad humana como principio y derecho que, según la jurisprudencia de la Corte, encierra en cierta forma la totalidad de los demás derechos, siendo la dignidad humana el que se afecta por múltiples circunstancias que surgen a partir del HC. Sin embargo, es importante anotar dos precisiones que al respecto hace la Corte en relación con la acción de tutela, pero que en nuestro criterio aplican también para las acciones de carácter reparatorio: i) el juez de tutela tiene la obligación de verificar la veracidad de la alegación de la vulneración del derecho, es decir, debe probarse, no se presume por la sola situación de HC y ii) la realización efectiva de este derecho no es automática sino progresiva, las facetas prestacionales de un derecho fundamental son, por regla general, de aplicación inmediata, sin embargo, en determinadas circunstancias y dependiendo de la complejidad de las acciones requeridas y de los recursos, podrán ser de manera progresiva, lo cual plantea el problema de en qué momento y medida el daño padecido por el HC se torna en antijurídico.

Por tanto, para la Corte el HC no es por sí mismo generador de daño pues ello dependerá de la progresividad de la solución, pues la realización efectiva de los derechos de las PPL no es inmediata sino "progresiva" dependiendo de diversos factores, uno de ellos, lograr el equilibrio entre capacidad instalada y personas recluidas, de allí la regla del equilibrio decreciente.

En un tercer fallo el T-762 de 2015[56] la Corte verificó una vez más el ECI en materia penitenciaria, agregando que estas se tratan de violaciones masivas de derechos fundamentales, generalizadas y prolongadas en el tiempo, agravadas por la falta de políticas legislativas, administrativas y presupuestales necesarias y eficaces, estableciendo un nuevo criterio en cuanto a *"violaciones masivas"*, con lo cual sienta un precedente sobre el carácter

[55] Corte Constitucional. Sentencia T-388 de 28 de junio de 2013.
[56] Corte Constitucional. Sentencia T-762 de 16 de diciembre de 2015.

colectivo de las afectaciones que tienen su origen en el HC.

Este fallo reviste particular importancia para el presente estudio como quiera que resuelve las acciones de tutela presentadas por los internos de dos cárceles, que luego serán objeto de las acciones de grupo que analizaremos. En el caso de la cárcel el Cunduy de Florencia Caquetá[57], la primera instancia de tutela decidió conceder el amparo a la vida, la dignidad humana e integridad física de las internas y ordenó un plan de construcción y refacción carcelaria y el traslado de algunas internas. En la segunda instancia la Sala Penal del Tribunal Superior confirmó parcialmente la decisión, solo modificó el numeral 2º para, en su lugar, ordenar a la USPEC adelantar las gestiones para la adquisición y suministro adecuado de los recursos para solucionar la problemática de hacinamiento. La Corte en su revisión confirmó la totalidad del fallo proferido el 16 de julio de 2013 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Florencia, el cual, en su momento, confirmó el emitido en mayo 3 del mismo año por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de esa ciudad[58].

En el caso de la cárcel La Vega de Sincelejo[59], la segunda que será posteriormente objeto de acción de grupo, la primera instancia de tutela concedió el amparo a la dignidad humana, integridad personal, salud, igualdad y vida. Ordenó abstenerse de recibir reclusos de otras ciudades, trasladar internos, efectuar un plan de construcción y refacción carcelaria. La segunda instancia confirmó íntegramente la decisión. Importante tener presente desde ya, que lo ordenado en esta instancia constitucional, fue una de las razones que tuvo en cuenta el Consejo de Estado al fallar la posterior acción de grupo para negar las reparaciones solicitadas, al considerar, entre otras razones, que las órdenes impartidas en instancia de tutela hacían que el daño alegado en la acción de grupo estuviera en vía de solución, por lo que no se lograba su configuración como tal. La Corte al resolver la revisión, confirmo en su totalidad el fallo proferido el 25 de julio de 2013 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Sincelejo que, en su momento, confirmó el emitido el 14 de junio del mismo año por el

[57] T-4063994 Personería Municipal de Florencia, Caquetá, en representación de las internas de la EPMSC el Cunduy de Florencia.
[58] Corte Constitucional. Sentencia T-762 de 2015.
[59] T-4076529 Personería Municipal de Sincelejo y Defensoría Regional del Pueblo de Sucre, en representación de los reclusos del EPMSC de La Vega, Sincelejo.

Juzgado Segundo Penal del Circuito de ese lugar.[60]

Otro aspecto que merece especial mención dados los propósitos de este estudio es la consideración hecha por la Corte en la sentencia SU- 122 de 2022[61] respecto a tres situaciones en que se puede dar la carencia de objeto (en las acciones de tutela) cuando se encontró al momento de fallar que las personas objeto de la tutela ya habían sido trasladadas a otros establecimientos de reclusión. La Corte hace un recuento de la reiterada jurisprudencia sobre la carencia de objeto cuando la situación de vulneración de derechos ha sido superada o resuelta, por lo que el peticionario carecería de interés jurídico ya que dejaron de existir el sentido y el objeto del amparo, lo cual se puede dar en tres escenarios: (i) por hecho superado, porque ceso el factor de perturbación o violación del derecho tutelado por voluntad del accionado; (ii) por daño consumado, cuando el daño se concretó y produjo sus efectos, es decir el mecanismo de protección constitucional ya resulta irrelevante, sin embargo, el juez si deberá pronunciarse y declarar la existencia de la afectación a los bienes más relevantes del orden jurídico y ordenar medidas de no repetición que permitan la defensa de las dimensiones objetivas de los derechos fundamentales y (iii) por situación sobreviniente, cuando la causa de vulneración o amenaza cesa por causas ajenas a la voluntad del accionado, lo que lleva preguntarse si para efectos del daño ¿este se verifica o no en todas esas circunstancias? Frente a lo que consideramos que como la causa del daño es el HC, para efectos de la reparación, no existiría duda que en todos ellos el daño se produjo, otra cosa es la duración de este, de allí, como lo veremos, la razón por la cual en las reclamaciones de acción de grupo se diferencian aquellas circunstancias para determinar el valor de la reparación.

Sin lugar a dudas, del análisis de estos pronunciamientos constitucionales, podemos establecer que el ECI en materia carcelaria se constituye en un elemento contextual de daños, que como lo veremos más adelante, en las acciones de grupo impetradas, se presenta como un presupuesto del daño por HC, esto como quiera que esa situación genera la constante violación de derechos fundamentales de la PPL de manera masiva y generalizada, lo que le da a su vez un carácter de daño colectivo, pues se trata de hechos idénticos que afectan de

[60] Corte Constitucional. Sentencia T-762 de 2015
[61] Corte Constitucional. Sentencia SU-122 de 31 de marzo de 2022.

manera uniforme a un número plural de personas, con lo cual, se está cumpliendo una característica central de la acción de grupo.

2.1. ALGUNAS CRÍTICAS EN RELACIÓN CON EL ECI

El ECI tiene tanto de defensores como de detractores, los primeros que consideran deber constitucional el activismo judicial encaminado a la defensa y realización efectiva de los derechos fundamentales, más aún, cuando el ejecutivo y el legislativo fallan en tal labor o simplemente la ignoran muchas veces por prejuicios, como en el caso del HC, el populismo punitivo y el sesgo de suerte merecida de aquellos que con su actuar delictivo han defraudado a la sociedad, pero aun estos defensores no dejan de indicar que en la práctica el ECI en materia carcelario si bien representa una conquista en la defensa desde las esferas más altas de la dignidad humana, no constituye pragmáticamente algo más que un saludo a la bandera[62].

El profesor García Amado han sido uno de los críticos de este tipo de sentencias al considerar que constituyen "jurisprudencia simbólica[63]" pues, aunque son decisiones en apariencia progresistas, en realidad carecen de eficacia real y se convierten en declaraciones retoricas sin impacto estructural, como en el caso del HC en donde se reconoce el problema, pero no logran transformarlo de manera efectiva.

García Amado ejemplifica este tipo de jurisprudencia con el caso en el cual un preso interpone una tutela por cuanto las condiciones de su encierro representa un peligro para su

---

[62] Arcos Troyano, Jeffrey y Osorio, Jose Luis. *Reflexiones éticas sobre el hacinamiento carcelario en la sentencia T-153 de 1998*. Revista En Precedente Vol.14 enero 2019 págs. 143 -171 Cali - Colombia

[63] García, Amado, J. (2014) Jurisprudencia Simbólica. Recuperado de https://www.garciamado.es/2014/03/jurisprudencia-simbolica/

El autor define la jurisprudencia simbólica como *aquella práctica jurisprudencial mediante la que los jueces se afanan en procurarse una imagen social conveniente a efectos de conseguir réditos inmediatos o futuros, ya sea en la forma de eco mediático positivo, ya como medio para procurarse el día de mañana favores, cargos y prebendas de distinto tipo. (…) Estamos ante jurisprudencia simbólica cuando una corte se muestra rupturista y revolucionaria, marcadamente progresista, en aquellos asuntos en los que no están en juego derechos de casi nadie o que afectan a muy poca gente, mientras que en los casos que tocan muy directamente los intereses de los gobiernos y los grupos dominantes se tiende a plegar velas y dar la razón al poder que mañana nos puede devolver el favor.*

vida e integridad personal, pero el tribunal no responde tutelando de manera efectiva sus derechos como seria ordenando que se ponga a ese preso en una cárcel mejor o en libertad, sino que ordena es la construcción de más cárceles, ejerciendo una función de coadministrador, pero no de defensor del derecho constitucional conculcado.

Algunos autores[64] adoptando la definición de jurisprudencia simbólica de García Amado la han aplicado a las sentencias de ECI en materia carcelaria, para concluir que de manera parcial son jurisprudencia simbólica, pues si bien se han impartido órdenes para la ampliación de cupos carcelarios, lo cual en efecto se ha hecho, y órdenes para diseñar una política criminal coherente y racional que incluya penas alternativas y mecanismos enfocados en la resocialización de los internos, lo que se ha considerado progresista, en la práctica no han sido efectivas, entre otras, porque el papel legislativo ha estado determinado por el populismo punitivo[65], por lo que no ha sido posible superar el ECI, los niveles de hacinamiento no solo persisten sino que se han trasladado a otros escenarios como los centro de detención transitorios.

Son, por tanto, decisiones jurisprudenciales que buscan una imagen social positiva de los tribunales constitucionales. Son decisiones progresistas y rupturistas que amplían y desbordan su propia discrecionalidad y que, a su vez, generan un activismo político, representa una forma de activismo judicial excesivo, donde el juez constitucional se convierte en un "legislador positivo" sin control democrático, usurpa funciones ejecutivas y legislativas, sin embargo, observamos que la jurisprudencia simbólica que se le atribuye a estas decisiones encierra una doble critica que se contradice entre sí, por un lado, el exceso de la función y competencia del juez y, por el otro, lo ineficiente de ello, pues no resuelve de manera efectiva los problemas que reconoce.

Para otros autores[66] un poco más críticos, el ECI ha terminado por legitimar el

[64] Mendieta Pineda, Luz M y Manosalva Espinosa, Hernan C. (2021) *Jurisprudencia Simbólica: Análisis Crítico al Estado de Cosas Inconstitucional en los Centros Penitenciarios y Carcelarios en Colombia*. En Dialogo de Saberes No 55 diciembre de 2021 págs. 23 a 42 Bogotá D.C. Colombia.

[65] Según los autores entre el 2000 y el 2011 aparecieron 47 nuevos tipos penales, se incrementaron las penas mínimas y máximas de los delitos existentes, se aumentaron las penas a 80 delitos existentes, y el aumento de las personas privadas de la libertad pasó de 27.000 a 81.000.

[66] Entre los críticos del ECI podemos mencionar entre otros a Libardo Jose Ariza, Manuel Iturralde, Norberto Hernandez Jimenez y Cristina Aranguren Paez.

sufrimiento humano de las personas privadas de libertad, pues por un lado prorroga indefinidamente en el tiempo la solución del problema al cumplimiento de una serie de órdenes que se irán cumpliendo poco a poco y, por el otro, niega, como ya lo mencionamos, la reparación al considerar que las órdenes impartidas por la Corte Constitucional son suficientes para resolver el problema, lo cual han dado en denominar constitucionalismo liminal[67]. Por fortuna la sentencia de unificación SU 068 de 2023, que veremos en detalle más adelante, dio luces sobre esta interpretación en el sentido de que si bien el problema de hacinamiento está en vía de solución con base en las ordenes impartidas por el Corte, ello no impide reconocer el daño causado y ordenar su reparación en un proceso reparatorio como la acción de grupo.

Lo anterior podría incluir medidas alternativas no intramurales o excarcelaciones masivas, en lo que Ariza[68] ha considerado una tercera etapa[69] en el tratamiento judicial de la problemática carcelaria, pues ante el fracaso de las medidas de expansión carcelaria propias del ECI, es necesario pasar a la formulación de políticas carcelarias de choque en las cuales las órdenes judiciales consistentes en excarcelaciones masivas deberían ser parte de la política criminal y ser consideradas seriamente por los jueces[70].

---

[67] Ariza, Libardo Jose. (2023) *Tres Décadas de Encierro. El constitucionalismo liminal y la prisión en la era del populismo punitivo*. Bogotá D.C. Universidad de los Andes. Siglo Editorial. La corte Constitucional en la práctica y no obstante su discurso garantista termino legitimando la reforma y expansión de un sistema penitenciario que ofrece condiciones de vida infrahumanas a sus destinatarios sin ordenar medidas concretas para proteger de manera eficaz los derechos fundamentales de los internos.

[68] Ariza, Libardo Jose y Torres Gomez, Mario. (2019) *Constitución y Cárcel: La judicialización del mundo penitenciario en Colombia*. Brasil. Rio de Janeiro. Revista Direito Prox, Vol.10, N.1. 2019.

[69] Ariza y Torres hacen un recuento de tres etapas o momentos que ha tenido el tratamiento judicial de la problemática carcelaria; una primera consistente en la teoría de la relación de especial sujeción y el régimen especial de vigencia de los derechos fundamentales de los prisioneros, que se inicia con varias sentencias de la Corte Constitucional en que desarrolla la teoría de la relación de especial sujeción a comienzos y mediados de los años 90´s, una segunda fase con el ECI a partir de la sentencia T-153 de 1998, y una tercera, que inicia a partir de comprobar hacia el año 2018 que la política solamente de expansión en cupos carcelarios resultaba insuficiente para resolver el problema del HC, y que denomina de excarcelaciones masivas.

[70] Como antecedente judicial cita el caso Brown v. Plata (2011) de la Corte Suprema de los Estados Unidos, el cual representa una sentencia histórica en la jurisprudencia estadounidense sobre prisiones. En esta sentencia, la Corte Suprema de los Estados Unidos encuentra una violación generalizada de la octava enmienda en las cárceles de California, de manera que, agotados otros remedios judiciales posibles, la Corte Suprema ordena la excarcelación de personas hasta alcanzar el nivel de ocupación máximo, calculado en un 137.5%. Los efectos de la sentencia Brown v. Plata no tienen precedente: En dos años la población penitenciaria en California se redujo de 156,000 personas a 120,000. Ariza, Libardo Jose y Torres Gomez, Mario. *Constitución y Cárcel: La judicialización del mundo penitenciario en Colombia.* Pág. 16

El tema de las medidas alternativas al encarcelamiento o las excarcelaciones ya fue tratado en la sentencia T-388 de 2013 y aunque en principio rechazo esta posibilidad al considerar que las PPL a lo que tienen derecho es a que se tomen medidas inmediatas para evitar que la extrema y grave situación continúe en el corto plazo, y en el mediano y largo plazo, para asegurar la realización progresiva de la totalidad de las facetas prestacionales que contemplan los derechos fundamentales, por tanto, no se adquiere un derecho subjetivo inmediato a ser excarcelado, precisó también, que excarcelaciones masivas pueden ser una alternativa dentro de precisos preceptos de una política criminal y con base en una serie de consideraciones como si son personas sindicadas o condenadas, el tiempo de privación de libertad, entre otras[71].

Todo lo anterior permite concluir que el ECI es una situación aún no superada, que es demostrativa de un daño a un bien o derecho convencional y constitucionalmente amparado cual es la dignidad humana, que las ordenes generadas como consecuencia del ECI han sido principalmente de expansión de cupos carcelarios sin que ello haya resuelto el problema del HC, que el contenido prestacional de las obligaciones a cargo del Estado se ha considerado progresivo, lo cual lleva a que se prorroguen de manera indefinida en el tiempo los padecimientos generados por el HC, que es necesario entrar a una nueva fase de solución a esta problemática en donde la reparación a través de las acciones de grupo prevea formas de reparación integral y no solo reparaciones meramente pecuniarias.

En efecto, el ECI genera una serie de ordenes programáticas y sucesivas encaminadas a resolver, dependiendo de toda una suerte de recursos y decisiones administrativas, el

[71] La sentencia T-388 de 2013 al respecto de las excarcelaciones de la PPL en situación de HC manifestó; *Permitir la excarcelación de la persona implicaría una amplia protección de los derechos de la persona que se encuentra sindicada o condenada, pero supondría a la vez un amplio sacrificio de los derechos de las víctimas de los actos criminales de los cuales se les sindica o por los cuales fueron condenados. La respuesta que se dé al problema jurídico planteado, debe ponderar todos los valores, reglas, principios y derechos constitucionales que se encuentran en tensión. (…) es preciso aclarar que para enfrentar una grave crisis penitenciaria y carcelaria como la actual, en la que el hacinamiento cumple un rol destacado, es necesario incluir políticas que favorezcan la libertad y la excarcelación, incluso de forma masiva. El uso desmedido y exagerado de la política criminal y penitenciaria, es insostenible en un estado social y democrático de derecho, por los costos que implica a los derechos fundamentales, a la cohesión social y a los escasos recursos públicos que se cuenta para cumplir los variados y múltiples cometidos y funciones estatales. De tal suerte que, ante estados de cosas penitenciarios y carcelarios contrarios al orden constitucional, se deban implementar políticas que lleven a que ciertas personas tengan el derecho a ser excarceladas. Pero, se insiste, no se trata de una cuestión automática. La decisión de excarcelación, debe considerar el caso que se le presenta*

problema del HC. Pero eso no hace que el daño generado desaparezca y menos aún que por el hecho que este en curso de solución se deba negar la reparación por el daño ya causado, pues ello implica una verdadera injusticia, por lo que las solas declaraciones ECI y sus consecuentes órdenes impartidas, no pueden ser vistas como la única forma de enfrentar el problema del HC, de allí que las reparaciones colectivas pueden ser una forma más efectiva de lograr mediante mecanismos de reparación integral un tratamiento más justo y efectivo a esta situación.

3. TRATAMIENTO DEL DAÑO CARCELARIO EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Una vez establecido el daño por HC, resulta interesante observar la relación o incidencia que el fenómeno del HC ha tenido en algunos casos fallados por la Corte IDH relacionados con daños carcelarios y cómo esta situación ha incidido tanto en los daños como en las consideraciones de la Corte en relación con la reparación.

Para este propósito, se analizaron cinco sentencias de la Corte IDH[72] en las cuales se declararon violaciones de diversos derechos protegidos por la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) que van desde la vida hasta los tratos crueles, inhumanos y degradantes; sin embargo, dentro de las sentencias analizadas, no se encontró ninguna en donde el tema central hubiere sido la vulneración de derechos como consecuencia del HC, sino que lo que aparece en los casos analizados, como ya lo mencionamos anteriormente, es que el HC es una circunstancia constante de agravación que permitió o facilitó la violación de derechos superiores como el de la vida, o que tras una detención ilegal, que viola el derecho a la libertad personal, la circunstancia de HC al que fue sometido el detenido con todo lo que ello lleva aparejado, termino violando otros derechos o agravando la situación de vulnerabilidad de la dignidad humana de la persona detenida ilegalmente.

Efectivamente, en el caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) *Vs.* Venezuela

[72] Corte IDH. Caso Instituto de Reeducación del Menor Vs Paraguay. Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) *Vs.* Venezuela. Sentencia de 5 de julio de 2006, Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Caso Pacheco Teruel y otros Vs. Sentencia de 27 de abril de 2012.

en el que fueron ejecutadas de manera extrajudicial 37 reclusos, el hacinamiento aparece como una circunstancia señalada por todos los testigos como agravante de la situación vivida por las personas recluidas en el Retén de Catia. La Corte menciona los estándares mínimos que la Convención Europea de Derechos Humanos y el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes han establecido como espacios mínimos[73] de que debe gozar una persona detenida[74], que al no respetarse constituyen una violación de tales instrumentos y, por ende, una forma de trato cruel, inhumano o degradante. En este caso estableció la Corte IDH que el espacio mínimo de los internos era de "30 centímetros cuadrados" debido al hacinamiento, lo cual constituye un trato cruel, inhumano y degradante, contrario a la dignidad humana y, por lo tanto, violatorio del artículo 5.2 de la Convención Americana[75], por lo cual dispuso como medida de satisfacción y no repetición que el Estado venezolano adecuara las condiciones carcelarias a los estándares internacionales.

En el caso Penal Miguel Castro Vs. Perú la Corte IDH tuvo la oportunidad de conocer una situación de amotinamiento al interior de un penal que dejó como saldo 42 reclusos muertos, 175 heridos y 322 que si bien resultaron ilesos fueron sometidos a tratos crueles, inhumanos y degradantes. Aunque en esta ocasión lo que se juzgo fue particularmente el uso desmedido de la fuerza pública, la Corte identifico cómo el hacinamiento carcelario[76] facilitó

[73] Se considera por parte del comité europeo que el espacio mínimo por detenido debe ser de 7m2.
[74] Corte IDH. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) *Vs.* Venezuela. Sentencia de 5 de julio de 2006, párr. 90.
[75] Ibid. párr. 91.
[76] Corte IDH. Caso Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 315. "De conformidad con el artículo 5 de la Convención, toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en situación de detención compatible con su dignidad personal. En otras oportunidades, este Tribunal ha señalado que la detención en condiciones de hacinamiento, el aislamiento en celda reducida, con falta de ventilación y luz natural, sin lecho para el reposo ni condiciones adecuadas de higiene, y la incomunicación o las restricciones indebidas al régimen de visitas constituyen una violación a la integridad personal. Como responsable de los establecimientos de detención, el Estado debe garantizar a los reclusos condiciones que respeten sus derechos fundamentales y dejen a salvo su dignidad. (…) Pr. 319. Dentro de las graves condiciones de detención se encuentran (*supra* párr. 197.51 y 197.52): ubicación en celdas en condiciones de hacinamiento que no permitían adecuada movilidad ni aseguraban condiciones razonables de higiene y salud, sin acceso a luz natural o artificial; precarias condiciones de alimentación; falta de atención médica adecuada y de suministro de medicinas, no obstante que había internos heridos y otros que adquirieron enfermedades en la cárcel; falta de ropa de abrigo, inclusive para quienes estaban en la cárcel de Yanamayo en donde las temperaturas descienden varios grados bajo cero; severo régimen de incomunicación; desatención de las necesidades fisiológicas de la

o agravó la situación de amotinamiento con el penoso desenlace, y cómo esto puede llegar a constituir una forma de *pena cruel* cuando las condiciones de encierro, *deterioren la integridad física, psíquica y moral*, lo cual no corresponde a los fines de la pena conforme el inciso 6 del artículo 5 de la CADH, por lo que *las autoridades judiciales deben tomar en cuenta estas circunstancias al momento de aplicar o evaluar las penas impuestas, tanto para los detenidos de manera preventiva como los condenados*[77].

En la sentencia del Caso Vélez Loor Vs. Panamá, aunque se trató de la detención ilegal del ciudadano ecuatoriano Jesús Tranquilino Vélez Loor, por parte de autoridades migratorias de la República de Panamá, una vez más la Corte IDH evidenció como la situación de HC[78] existente en los centros de detención de dicho país, se constituía en un agravante de la detención arbitraria, lo cual conculcaba derechos adicionales a los de la sola libertad personal.

En este caso la Corte ordeno en la reparación medidas de rehabilitación, satisfacción y no repetición, para efectos de este trabajo, resulta relevante como medida de no repetición la *adecuación de las condiciones carcelarias en la Cárcel Pública de La Palma y en el Complejo Penitenciario La Joya-La Joyita a los estándares internacionales*. En cuanto al daño inmaterial, resulta importante tener presente que el sufrimiento y las aflicciones causadas al señor Vélez Loor surgen no tanto por el hecho de la detención y privación arbitraria de la libertada, sino por las condiciones de reclusión, la Corte considero; *"312. Al fijar la compensación por daño inmaterial en el presente caso, se debe considerar que Jesús Tranquilino Vélez Loor fue sometido a condiciones de reclusión crueles, inhumanas y degradantes, las cuales le produjeron intensos dolores corporales, sufrimientos y quebrantos*

mujer al negarles materiales de aseo personal, como jabón, papel higiénico, toallas sanitarias y ropa íntima para cambiarse"

[77] Ibid. Párr. 314. Esto se puede considerar como un precedente sobre la posibilidad de rebajar penas o incluso ordenar la libertad de los detenidos cuando se presenten estas circunstancias, siguiendo la teoría del *"castigo ilegal"* expuesta por Zaffaroni.

[78] Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. (…) Pr. 203. Al haber sobrepasado los límites de su capacidad, ambas unidades penitenciarias se encontraban, al momento de los hechos, con altos índices de sobrepoblación. Aún más, dado que la densidad poblacional era mayor al 120% de su capacidad de alojamiento oficialmente prevista, el Tribunal considera que los niveles de sobrepoblación habían alcanzado un estado crítico. En consecuencia, durante el tiempo que el señor Vélez Loor estuvo recluido en La Palma y en La Joyita existían altos niveles de hacinamiento con una densidad poblacional de 135% y 164%, respectivamente.

emocionales, así como consecuencias físicas y psicológicas que aún perduran".

En el Caso Pacheco Teruel y otros Vs. Honduras, se determinó que la muerte de 107 internos del Centro Penal de San Pedro Sula, fue resultado directo de una serie de deficiencias estructurales presentes en dicho centro penitenciario, un vez más, al igual que en las sentencias analizadas anteriormente, la Corte no se pronunció de manera directa sobre el HC, pero si sobre como el HC incide de manera directa en la violación de derechos fundamentales y contribuye de manera cierta y eficaz en la generación del daño[79].

En materia de reparación y siguiendo la misma línea jurisprudencial de la Corte en cuanto a reparación integral, dictó medidas como garantía de no repetición, rehabilitación y satisfacción. Como medidas de no repetición, ordenó la construcción y mejoramiento de las condiciones físicas de los centros carcelarios, medida que, entre otras, reitera, pues ya se habían dado órdenes similares en el Caso *López Álvarez Vs. Honduras,* en febrero de 2006, las cuales seis años después continuaban sin cumplirse.

Finalmente, en lo relacionado con Colombia, se revisaron las 48 sentencias que actualmente la Corte ha fallado contra el Estado colombiano[80], al igual que en la generalidad de casos analizados, ninguna se refiere específicamente al HC como tal, ni que se haya establecido que este es constitutivo de una violación a una obligación internacional; no obstante, se revisaron tres sentencias[81] que si bien tienen relación con temas de violaciones a la libertad personal, estas se dieron por detenciones arbitrarias con finalidades eminentemente criminales adelantadas por miembros del ejército o la policía, en ocasiones en asocio con grupos paramilitares, como la desaparición forzosa o torturas para obtener

[79] Corte IDH. Caso Pacheco Teruel y otros Vs. Honduras. Sentencia de 27 de abril de 2012. párr. 65. "En el presente caso quedó acreditado que las condiciones de detención en la celda No. 19 eran contrarias a la dignidad humana. Entre otros, existían condiciones graves de sobrepoblación y hacinamiento, y la celda no contaba con ventilación ni luz natural. Asimismo, el servicio de agua era inadecuado y al momento de los hechos no contaban con agua corriente. (…) 67. Este Tribunal ha incorporado en su jurisprudencia los principales estándares sobre condiciones carcelarias y deber de prevención que el Estado debe garantizar en favor de las personas privadas de libertad. En particular, como ha sido establecido por esta Corte: a) el hacinamiento constituye en sí mismo una violación a la integridad personal; asimismo, obstaculiza el normal desempeño de las funciones esenciales en los centros penitenciarios".

[80] Si bien se han proferido un total de 54 sentencias contra el Estado colombiano, debemos precisar que en algunos casos se han preferido más de una sentencia por el mismo caso, pero en distintas etapas procesales, por tanto, nos estamos refiriendo es a los 48 casos fallados.

[81] Corte IDH. Caso 19 Comerciantes *Vs.* Colombia Sentencia de 5 de julio de 2004; Caso Gutiérrez Soler *vs.* Colombia sentencia de 12 de septiembre de 2005; Caso vereda la esperanza vs. Colombia sentencia de 31 de agosto 2017.

información, todo ello dentro del marco de una desafortunada guerra sucia que se vivió en Colombia, pero concretamente sobre el tema del HC, al menos hasta hora, no ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la Corte en relación con Colombia.

No obstante, ante la Comisión de Derechos Humanos si se han presentado dos solicitudes en que se pide declarar la responsabilidad del Estado colombiano por violaciones a los derechos de los internos; una por discriminación sexual y otra por secuestro y tortura al interior de establecimientos carcelarios, en ellas se han impartido recomendaciones al Estado para que corrija estas situaciones y repare a las víctimas, a lo que se ha accedido de manera voluntaria por parte de Colombia reconociendo su responsabilidad y efectuando una reparación integral a las víctimas[82] por lo que los casos no fueron remitidos a la Corte.

4. EL HACINAMIENTO CARCELARIO Y LA ANTIJURIDICIDAD DEL DAÑO: ¿DAÑO O PERJUICIO?

En materia de HC resulta importante la diferenciación, si es que la hay, entre daño y perjuicio, pues como lo afirma Henao, los términos se han venido utilizando de manera indistinta. Para algunos tratadistas hay diferencias, para otros son términos sinónimos, y si bien pudiera esta diferencia ser irrelevante, para efectos de este estudio no lo es, pues no podemos olvidar el carácter de daño colectivo que surge del HC y eso hace que esta diferencia si sea relevante, es importante recordar que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido consistente en señalar que, a partir de una lectura literal y sistemática del artículo 88 de la Constitución Política y de la Ley 472 de 1998, la acción de grupo está concebida para la reparación del daño y no propiamente del perjuicio.

En efecto, una diferencia es aquella que considera el daño como el hecho o la situación fáctica y el perjuicio como el resultado o consecuencia que afecta la esfera patrimonial o extrapatrimonial de la persona[83], son evento y consecuencia, que si bien pueden

[82] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 122/18, Caso N° 11.656, Peticionaria Marta Lucía Álvarez Giraldo, Colombia, 5 de octubre de 2018, e informe No 135/17, caso 12.712, Rubén Darío Arroyabe Gallego, Colombia, aprobado en sesión N° 2102 celebrada el 25 de octubre de 2017.
[83] Pantoja Bravo, Jorge. (2015) *Derecho de daños Tomo I*. párr. 220

ser términos sinónimos, marcan una cierta diferencia en cuanto a que el daño es más concreto (fáctico) mientras que el perjuicio puede ser de mayor extensión en cuanto afecta a la víctima directa y a otras personas, por lo que el perjuicio puede tener un carácter colectivo.

Henao expone la teoría de Marcel Sousse[84], quien afirma existe entre estos términos una "diferencia profunda", pues lo uno o lo otro lleva a dos lógicas diferentes de reparación; la reparación en el proceso de responsabilidad, y la que se lleva a nivel legislativo dentro de la noción de auxilio y seguridad social, lo cual plantea desde ya la introducción del concepto de solidaridad en torno de la reparación. Concluye Henao, que, esto lleva a la existencia de perjuicios que no necesariamente se causan al patrimonio de quien reclama la indemnización, de tal suerte que la posibilidad de obtener una indemnización "*no surge exclusivamente del propietario referido por los Mazeaud, sino también del ser humano como titular de derechos colectivos"*[85], de lo cual surge la legitimación en la causa para reclamar la reparación no solo en la persona individual sino en el ser humano socializado, como se pretende con las acciones populares, en donde la titularidad para actuar deviene del carácter de intereses colectivos.

Zapata García[86], también realiza un análisis de esta diferenciación a partir de la doctrina francesa de Sousse, de la cual dice, surge una lógica de reparación ajena a la idea de responsabilidad, considera que Sousse termina por hacer coincidir el perjuicio con la institución de la responsabilidad civil, cuya reparación se logra ante los tribunales, mientras que el daño, se ajusta mejor a la noción de *"solidaridad",* por lo que su reparación surge de una serie de normas que establecen concretas situaciones frente a las que el aparato del Estado se activa para contrarrestar los efectos dañinos de hechos, que de manera general, no son el producto del actuar causal de la Administración. El perjuicio es por tanto una institución de la responsabilidad civil mientras que el daño se ajusta mejor a la noción de *"solidaridad"*, en el sentido de que ciertos daños en donde no es posible ubicar el responsable no pueden quedar indemnes y, en tal sentido, dice Savatier; *el Estado se convierte en un "deudor supremo", en el "deudor ultimo", por ello cuando ni el seguro ni la responsabilidad civil permiten encontrar un deudor "veremos a la víctima y al sentimiento Público volverse hacia*

[84] Henao, Juan Carlos. (1998) *El daño*. párr. 77-78
[85] Ibid.
[86] Zapata García, Pedro A. (2019) *Fundamentos y límites de la responsabilidad del Estado*, pp. 179-181

el Estado."[87]

Esta concepción doctrinal es lo que ha dado lugar a la reparación de daño por parte de la administración sin que sean el resultado de un actuar concreto u omisivo por parte del Estado, Zapata García parte de las reparaciones por causa de la guerra[88], en la cual una nación busca reparar por los daños que la guerra le ocasiono a sus ciudadanos, así aquellos hayan sido causados por el enemigo, también los daños resultantes de calamidades públicas o de atentados terroristas, este último ha sido asunto de amplia discusión dentro de nuestro medio, y soporte incluso de algunas decisiones judiciales en donde se ha considerado que si bien no hay un elemento de inculpación para el Estado por una acción terrorista, el simple principio de solidaridad implica la necesidad de que el Estado resarza a las víctimas de estos atentados.

Sin embargo, reciente fallo del Consejo de Estado, en cumplimiento de la sentencia de la Corte Constitucional SU-353 de 2020 en el caso del club El Nogal de la ciudad de Bogotá, ratificó que la posición jurisprudencial sobre la materia era la ya fijada en la sentencia de Sala Plena de la Sección Tercera del 20 de junio de 2017[89] que dejo establecido desde ese entonces que, "*la solidaridad no puede ser el fundamento de la responsabilidad del Estado para reparar daños causados por actos terroristas, (…) si bien el instituto de la reparación es una técnica judicial con la que se resarcen los daños antijurídicos de los asociados, siempre será necesario que exista una razón de atribución para imputarle responsabilidad al Estado por los daños padecidos por la víctima, y en el caso del título de imputación del daño especial, debe estar estructurado tanto un vínculo causal como un rompimiento del principio de igualdad, lo que determina su carácter especial y grave, y fundamenta per se la imputación; [en] caso contrario, el juez estaría no solo desconociendo sus límites competenciales sino creando una nueva fuente de responsabilidad del Estado con base exclusivamente en el principio de solidaridad sin un juicio claro de imputación, so pretexto de brindar en sede judicial asistencia y auxilio social, lo cual es ajeno al ámbito de una sede*

[87] Ibid. p. 240
[88] Ibid. p. 241. Pone como ejemplos las leyes francesas del 17 de abril de 1919 y del 28 de octubre de 1946 que establecieron reparaciones por los daños a los ciudadanos franceses en la primera y segunda guerra mundial.
[89] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Sentencia de 20 de junio de 2017, radicación No. 25000-23-26-000-1995-00595-01 (18860) C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

donde se juzga exclusivamente la responsabilidad de una de las partes convocadas al litigio. (…) Así, las cosas la solidaridad no puede ser el fundamento único y autosuficiente para atribuir la responsabilidad al Estado por los daños ocurridos en el marco de actos terroristas provenientes de terceros" [90].

Esto nos lleva a concluir que dentro de nuestro sistema, la reparación por vía judicial no puede ser determinada bajo criterios simplemente de solidaridad o equidad, a pesar de que, como lo veremos, algunos fallos en materia de desastres ambientales, y también de HC, se han basado en estos principios para conceder la reparación, y que la solidaridad, como criterio de reparación, solo procedería en la medida en que el legislador establezca normas que desarrollen políticas de justicia social, asistencialistas, solidarias, que busquen la reparación de ciertos daños sin consideración de la causa o atribución de responsabilidad.

Finalmente, el HC es un daño que padecen las personas privadas de la libertad como consecuencia de la afectación de la dignidad humana, el cual y a pesar de su condición de privación de la libertad, no está obligado a soportar como una carga más de su condición de PPL, pues siguiendo la línea argumentativa de la Corte Constitucional sobre el ECI en materia carcelaria, si bien la privación de libertad entraña la suspensión o limitación de ciertos derechos, hay otros que no pueden verse afectados, entre ellos los que atañen precisamente a la dignidad de la persona, por lo que resulta forzoso concluir que esa afectación no tiene por qué ser soportada, bien sea que afecte de manera individual o colectiva y, por tanto, así sea considerado en su órbita individual (daño) o en la colectiva (perjuicio) ello no le resta antijuridicidad y debe proceder su reparación.

5. DAÑOS DE TIPO MATERIAL E INMATERIAL POR HACINAMIENTO CARCELARIO

Como lo vimos en el punto 1.2 hemos establecido tres grandes categorías de daños de que pueden ser víctimas las personas privadas de la libertad, siendo el HC una de ellas con características muy propias y diferenciadoras de las otras dos categorías, ahora cabe determinar de la clasificación tradicional de daño (materiales e inmateriales) cuales de estos

[90] Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 5 de diciembre de 2023. rad. 25000-23-26-000-2005-00451-01 C.P. Martin Bermúdez Muñoz

se dan o no en el HC.

5.1. DAÑOS MATERIALES: ¿SE PUEDE CONFIGURAR EL DAÑO EMERGENTE Y/O EL LUCRO CESANTE?

El daño material se ha definido por la doctrina como aquel perjuicio que atenta contra bienes o intereses de naturaleza económica, es decir, medibles o mesurables en dinero[91], los cuales, a su vez, al menos en el sistema legal colombiano, se han dividido en daño emergente que es la pérdida del patrimonio y el lucro cesante que es la frustración de una ganancia esperada; en el daño material encontramos no solo la afectación patrimonial de la persona sino también la corporal bien por lesiones o por la muerte misma de la persona que puede a su vez generar daños emergentes (afectación de la herencia, gastos funerarios) como lucro cesante (frustración de algún negocio como consecuencia de la muerte), igual que en las lesiones personales que pueden ocasionar gastos médicos o la frustración de algún negocio o actividad lucrativa de la persona afectada.[92]

Sin lugar a dudas que, en materia de reparación directa por daños ocasionados por la privación de la libertad, tanto en la primer categoría de daños como en la segunda[93], es posible encontrar que la privación de libertad bien sea porque se considera que fue injusta o bien porque se padeció de algún daño durante el tiempo de privación de la libertad por falla del servicio o por la especial relación de sujeción que tiene las personas privadas de la libertad con el Estado, es posible establecer y demostrar este tipo de daños, como sería el caso del interno que resulta lesionado o muerto en una riña dentro del penal, o la persona que habiendo sido privada injustamente de la libertad pierde el empleo o sus negocios se arruinan. Sin embargo, como lo veremos a continuación, en las acciones de grupo interpuestas por HC, en las cuales lo que se invoca es la vulneración del principio de la dignidad humana, este tipo de daños materiales poco suelen ser invocados, además de que, serian en todo caso individuales y difícilmente podrían tener un carácter colectivo, sin embargo, no han faltado

[91] Henao, Juan Carlos. *El daño*, p. 195.
[92] Ibid. p. 199.
[93] Ver punto 1.2 capítulo I.

también pretensiones en tal sentido.

5.2. DAÑOS INMATERIALES: DAÑO MORAL, DAÑO A LA SALUD Y DAÑO A LOS DERECHOS CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDOS COMO CONSECUENCIA DEL HACINAMIENTO CARCELARIO

El daño inmaterial es aquel que no es de naturaleza económica, como quiera que por definición no se le puede medir en dinero[94], que se da en la esfera sentimental interna de la persona y que -generalmente- se identifica con el dolor, el padecimiento, la angustia generada en la persona y, por tanto, la reparación es compensatoria y no restitutoria del bien afectado pues ello resulta imposible, ¿cómo se puede hacer desaparecer el dolor que padece quien pierde un ser querido?, o quien sufre la permanente angustia de una dolencia física o una desfiguración, por ende la reparación que bien puede ser en dinero, tiene una finalidad meramente compensatoria.

Este tipo de reparación parte de la idea del derecho romano de que la noción de valor no consiste solamente en dinero, sino que existen otros bienes a los que el hombre civilizado atribuye un valor y que quiere ver que los proteja el derecho.[95] Pantoja Bravo considera que el daño extrapatrimonial es aquel que genera en la victima cierta perturbación de su personalidad o de su dignidad,[96] que es precisamente lo que se ve afectado con el HC.

5.2.1. EL DAÑO MORAL

El primero de este tipo de daños y de vieja data, es el daño moral, dentro de sus muchas definiciones podemos encontrar la contenida en la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014, como el daño compuesto por el dolor, la aflicción y, en general, los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc., que invade a la

[94] Ibid. p. 230.
[95] Ibid. Pág. 231.
[96] Pantoja Bravo, Jorge. *Derecho de daño Tomo I*, pág. 751.

víctima directa o indirecta de un daño antijurídico individual o colectivo[97], el daño moral surge inicialmente del sufrimiento por la muerte y las lesiones personales que padecen las víctimas directas y sus familiares cercanos, pero también cuando se atenta contra la reputación de una persona y, como lo dice Henao, cuando la dignidad humana es afectada, el juez no duda en ver el perjuicio moral[98], su campo es bastante amplio pues basta con que el juez tenga la certeza de que la víctima sufrió una aflicción o una tristeza para que la indemnización proceda.

Este es el tipo de daño que más se reclama en las acciones de grupo por HC como lo veremos a continuación, pues se considera que la afectación resultante del hacinamiento impacta una órbita de derechos fundamentales que en síntesis termina produciendo en la persona privada de la libertad los efectos propios del daño moral, es decir; el dolor, la tristeza, la congoja, el desasosiego, debido a las condiciones del encierro.

5.2.2. EL DAÑO A LA SALUD

En segundo lugar está el daño a la salud, el cual originalmente tuvo varias acepciones que se consideraron durante mucho tiempo como sinónimos[99]; daño a las condiciones de existencia, a la vida de relación, daño fisiológico o daño a la salud, pues buscan reparar el daño que causo alteraciones en la vida de la persona que le implican un cambio o desmejora en la misma y en las relaciones resultantes de esta y en cuya reparación debe tenerse en cuenta tanto la perturbación psicofísica de la persona (daño evento) como la afectación en las condiciones de vida de la víctima (daño consecuencia), estableciéndose que el daño inmaterial derivado de la alteración de la salud psicofísica es una categoría jurídica autónoma[100].

No obstante, la diversidad terminológica, en la sentencia de unificación del Consejo

[97] Arenas Mendoza, Hugo. (2018) *El Régimen de Responsabilidad Subjetiva.* Bogotá D.C. – Colombia. Editorial Legis, pág. 179.
[98] Ibid. pág.241.
[99] Pantoja Bravo, Jorge. *Derecho de Daño Tomo I,* pág. 930.
[100] Arenas Mendoza, Hugo. *El Régimen de Responsabilidad Subjetiva,* págs. 183 – 184.

de Estado de 2011[101], se consideró que *cuando el daño se origine en una lesión psíquica o física de la persona el único perjuicio inmaterial, diferente al moral que será viable reconocer por parte del operador judicial será el denominado "daño a la salud o fisiológico", sin que sea posible admitir otras categorías de perjuicios en este tipo de supuestos y, mucho menos, la alteración a las condiciones de existencia*, por tanto, se desechó el término daño a la vida de relación quedado solo como daño a la salud, a pesar de que como lo veremos a continuación se han producido fallos posteriores que han vuelto sobre el concepto del daño a la vida de relación, pero para efectos de este trabajo hablaremos de daño a la salud para no generar confusiones terminológicas.

Como lo anota Henao[102] este rubro de perjuicio apunta a indemnizar no el dolor o sufrimiento padecido por el hecho dañino, sino la facultad de hacer cosas y de vivir en igualdad de condiciones que sus semejantes, lo cual trasciende en el tiempo al daño moral, de allí una de las razones de su autonomía y por lo que procede esta reparación cuando la situación derivada del hecho dañino "*muestra el cierre de muchas posibilidades futuras truncadas prematuramente, que no alcanzan a resarcirse en forma tradicional, o sea con el pago de unos perjuicios materiales y morales*"[103].

El Consejo de Estado en el año 2000 consideró que la denominación correcta era daño a la vida de relación y no daño fisiológico, pues no debe limitarse al daño consecuencia de lesiones corporales que produce alteraciones orgánicas sino a todas aquellas situaciones que alteran la vida de relación[104], como quiera que esa afectación puede provenir de una lesión psíquico física o de la afectación de algún derecho fundamental como el buen nombre, lo cual puede resultar de relevancia para el presente estudio dada la afectación a la dignidad humana aparejada al HC.

Por tanto, el daño a la salud es aquel que implica una alteración en las condiciones de existencia de la persona, razón por la cual debe de ser reparada, en el caso de la persona privada de la libertad no hay duda de que esa carga impuesta por el Estado alteró sus

[101] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 14 de septiembre de 2011 Rad. No 05001-23-25-000-1994-00020-01(19031) M.P. Enrique Gil Botero.
[102] Henao, Juan Carlos. *El Daño,* pág.273.
[103] Henao, Juan Carlos. *El daño.* Pág. 270
[104] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Exp. 11842. Sentencia de 19 de julio de 2000. C.P. Alier E. Hernández Henríquez.

condiciones de existencia, pero ello es una carga que está obligado a soportar, y no se vería como en el caso de HC esta se transforme en una carga a la que no esté obligado a soportar y, por ende, antijurídica configurándose el daño, salvo que esa situación por la afectación a la dignidad humana de la persona, pueda dejar secuelas que le impliquen dificultades o alteraciones en su vida de relación social, afectiva o familiar, lo cual habría que probar, caso diferente seria si el interno es objeto de lesiones personales que le terminen afectado sus condiciones de existencia, en tal caso si procedería esta categoría de daño, pero como consecuencia de una afectación psíquico física y no del HC propiamente.

En efecto, en el caso del HC, lo que se busca reparar es la afectación de la dignidad humana, lo cual en principio no pareciera comportar una afectación en las *condiciones de relacionamiento* o de la *perdida de facultades para realizar actividades placenteras de la vida*, pues ya de hecho, la privación de la libertad implica de suyo una carga a la que está obligada a soportar la PPL consistentes en ciertas limitaciones de relacionamiento y de placer, por tanto, no vería como se podría alegar este daño a partir del HC.

5.2.3. EL DAÑO A BIENES Y DERECHOS CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDOS (BDCCP)

Por último, encontramos el daño a BDCCP, el cual, al igual que el anterior, es de desarrollo eminentemente jurisprudencial, justamente la misma sentencia de unificación del 2011 consideró que en materia de daños inmateriales existían dos categorías, una que es milenaria, el daño moral, y otra más reciente introducida por primera vez en el año 1993, que como vimos en el numeral anterior, ha recibido diversas denominaciones y que cobijaba originalmente daños a la vida de relación, alteraciones a las condiciones de existencia, e incluso a ciertos derechos o intereses legítimos como la honra, el buen nombre, el daño al proyecto de vida, etc., pero que finalmente se consideró que el daño a la salud abarca solo un perjuicio fisiológico o biológico y descarto todas las demás formas de concreción de este daño.

Lo anterior llevó a considerar en dicha sentencia, que para garantizar una reparación integral era necesario crear una tercera categoría de daños inmateriales, precisamente en

donde se pudieran incluir todos aquellos derechos o intereses legítimos que no estuvieses incluidos dentro de las dos categorías anteriores, y de allí, surge originalmente esta nueva categoría de daños.

Puntualizo esta sentencia indicando como cada una de esas categorías satisface la indemnización en orbitas diferentes, así, el daño moral satisface la indemnización en la órbita interna y aflictiva del ser humano; el daño a la salud garantiza el resarcimiento de la integridad psicofísica de la persona; y, por último, la reparación de los demás bienes, derechos o intereses jurídicos de la víctima *que logren acreditar efectivamente que padecieron ese daño autónomo e independiente, sin que quede cobijado por la tipología antes delimitada (v.gr. el derecho al buen nombre)*[105], por lo cual, debemos concluir que se trata de una nueva, autónoma y diferente categoría de daños inmateriales.

Posteriormente, la sentencia de unificación del Consejo de Estado de 28 de agosto de 2014,[106] volvió sobre el tema, profundizo el concepto de lo cual surge la definición que hoy en día empleamos como daño a bienes o derechos convencional o constitucionalmente protegidos, agregándole el elemento convencional. Preciso sus características, así: i) surge de fuentes normativas diversas, convenciones internacionales y la constitución política, sus causas emanan de vulneraciones o afectaciones a bienes o derechos convencionales o constitucionales, por ende, es una nueva categoría de daño inmaterial, ii) Se trata de alteraciones o vulneraciones relevantes, las cuales tienen un efecto dañosos negativo y antijurídico; iii) es un daño autónomo que no requiere de la configuración previa de ningún otro tipo de daño ni del agotamiento previo de ningún otro tipo de requisitos, y iv) la afectación puede ser temporal o definitiva, implica el impedimento para la victima directa o indirecta de gozar y disfrutar plenamente y legítimamente de sus derechos constitucionales y convencionales[107].

En esta sentencia se hace especial mención a la vulneración de la dignidad humana,

---

[105] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sala Plena. Sentencia del 14 de septiembre de 2011 Rad. No 05001-23-25-000-1994-00020-01(19031) M.P. Enrique Gil Botero.
[106] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sala Plena. Rad. 05001-23-25-000-1999-01063-01(32988) Sentencia del 28 de agosto de 2014. M.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.
[107] Araque Ariza, Jaime Eduardo. (2022) *El daño a bienes y derechos convencional o constitucionalmente protegidos*. Bogotá. D.C. Editorial Universidad del Rosario, pág. 115.

partiendo del desarrollo que la Corte Constitucional le da a dicho concepto como condiciones mínimas de existencia, sobre lo cual resulta relevante la ejemplificación que de ello hace López[108] al referirse a los casos de los ciudadanos privados de la libertad en donde el Estado tiene la obligación de garantizar a los reclusos unas condiciones mínimas de infraestructura sanitaria, higiene, privacidad, agua potable, entre otros. Sobre el particular resulta importante adelantar desde ya, que en el caso de la primer acción de grupo fallada por el Consejo de Estado (cárcel La Vega 2019), la subsección A de la Sección Tercera decidió estudiar la reparación a los BDCCP, pues consideró que las pruebas aportadas dentro del proceso permitían corroborar las condiciones de hacinamiento dentro del establecimiento penitenciario, y aunque no decreto reparación alguna, pues considero que las medidas dictadas por la Corte Constitucional como por la Sección Quinta del Consejo de Estado resultaban suficientes,[109] estableció un precedente que veremos se reitera en decisiones posteriores sobre la aplicación de esta categoría de daños a los casos de HC.

Esta nueva tipología de daños tiene como propósito fundamental permitir la reparación integral[110] de la víctima con la adopción de medidas que principalmente permitan en lo posible el restablecimiento del derecho conculcado y sólo en situaciones excepcionales medidas de reparación pecuniaria[111].

En efecto, esta sentencia creo una regla jurisprudencial sobre la procedencia de la

[108] López Quintero, Adriana. (2018) La Dicotomía de la reparación simbólica frente al daño inmaterial y las violaciones de derechos humanos. La evolución de las categorías del daño y su reparación en la jurisprudencia del Consejo de Estado de Colombia. En *Reparación Simbólica: Jurisprudencia, cantos y tejidos*. Bogotá. D.C. Universidad Externado de Colombia 2018, pág. 96.

[109] Araque Ariza, Jaime Eduardo. *El daño a bienes y derechos convencional o constitucionalmente protegidos*. Pág. 143.

[110] Al respecto es importante tener presente lo que la sentencia de unificación del 2014 (exp. 32988) estableció como el objetivo que se buscan con esta reparación; *i) El objetivo de reparar este daño es el de restablecer plenamente a la víctima en el ejercicio de sus derechos. La reparación de la víctima está orientada a: (a) restaurar plenamente los bienes o derechos constitucionales y convencionales, de manera individual y colectiva; (b) lograr no solo que desaparezcan las causas originarias de la lesividad, sino también que la víctima, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas, pueda volver a disfrutar de sus derechos, en lo posible en similares condiciones en las que estuvo antes de que ocurriera el daño; (c) propender para que en el futuro la vulneración o afectación a bienes o derechos constitucionales y convencionales no tengan lugar; y (d) buscar la realización efectiva de la igualdad sustancial.* Entre lo cual, como se puede observar, ni siquiera menciona la reparación pecuniaria, la cual es excepcional cuando las medidas restaurativas resultan irrelevantes o inútiles.

[111] Arenas Mendoza, Hugo. *El Régimen de Responsabilidad Subjetiva*, págs. 186-187.

reparación pecuniaria de manera excepcional, la cual poco se cumple, o se cumple de manera superficial sin la debida fundamentación. Dicha regla establece que *iv) Es un daño que se repara principalmente a través de medidas de carácter no pecuniario: se privilegian por excelencia las medidas reparatorias no indemnizatorias; sin embargo, en casos excepcionales cuya reparación integral, a consideración del juez, no sean suficientes, pertinentes, oportunas o posibles podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria hasta 100 SMLMV, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud. Ese quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño y/o la naturaleza del bien o derecho afectado*[112].

Lo anterior encierra varios elementos que consideramos necesarios destacar, pues son los que generalmente se desconocen, o si acaso, se mencionan de manera superficial en las sentencias del Consejo de Estado por HC que analizaremos. El carácter excepcional cuando las medidas restaurativas resulten que son insuficientes, impertinentes, inoportunas o imposibles, exige del juez no simplemente decirlo sino argumentarlo, explicar de manera suficiente y razonada porque esa amplia gama de medidas restaurativas que corresponden al objetivo de esta reparación resultan todas ellas de tal inutilidad que solo procede la reparación pecuniaria, pues solo a partir de ello sería procedente tal reparación, o aún peor, reconocer de manera simultánea ambas reparaciones en abierto desconocimiento con la regla jurisprudencial. Tampoco puede ser simultanea con el daño a la salud si este ya se ha reconocido, pues como bien lo ha establecido la misma evolución jurisprudencial que creo esta tipología de daño, es precisamente para albergar todos aquellos interés o derechos que no caben en las dos categorías anteriores de daño moral y a la salud, lo que lleva a preguntarse ¿por qué se omitió en la regla la misma precisión en cuanto al daño moral? Y, por último, el quantum debe ser motivado en función de lo que considere proporcional al daño y a la naturaleza del derecho vulnerado, sin embargo, encontraremos que los montos de las reparaciones se establecieron por el *arbitrio juris* con el único argumento de que ante la inexistencia de una jurisprudencia unificada correspondía al juez establecerlo libremente.

[112] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sala Plena. Rad. 05001-23-25-000-1999-01063-01(32988) Sentencia del 28 de agosto de 2014. M.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero

El punto central de esta última categoría de daños, tiene su génesis en el concepto de reparación integral de fuerte raigambre en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que ha tenido como propósito central determinar la responsabilidad internacional de los Estados por la violación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos entre otros tratados del sistema interamericano, buscando siempre una reparación integral con medidas no solo reparatorias de carácter pecuniario sino de restablecimiento efectivo del derecho violado[113] como son las medidas de restitución[114], rehabilitación[115], satisfacción[116] y garantía de no repetición[117], formas de reparación integral que el Consejo de Estado ha integrado a nuestro derecho de daños a partir de las formas como la Corte IDH establece la reparación de los perjuicios[118], que dicho sea de paso, son los mismos mecanismos de reparación en todos los subsistemas del derecho internacional, integrando diversas maneras de resarcir las afectaciones de derechos supranacionales, adicional al control de convencionalidad que el juez debe de realizar en todos los casos de responsabilidad del Estado.

No obstante, la importancia que esta nueva categoría de daños entraña en materia de la protección de derechos tanto de origen constitucional como convencional, debe tenerse en cuenta la forma como lo viene fallando el Consejo de Estado, según Araque[119], quien considera que la corporación no ha sido coherente con su propia jurisprudencia, se confunden

[113] En cuanto a la definición de estas medidas de reparación, así como algunas ejemplificaciones, ver la resolución de Naciones Unidas A/Res/60/147.
[114] Las medidas de restitución se consideran como las ideales en materia de reparación integral, pues buscan que las consecuencias de la violación sean revertidas como si no hubiesen ocurrido, es decir, volver a la víctima a su situación anterior a la vulneración, dejar indemne a la víctima siempre y cuando las circunstancias del caso lo permitan.
[115] Las medidas de rehabilitación buscan el resarcimiento de la integridad personal o psicofísica de las víctimas afectadas de graves violaciones de Derechos Humanos, debe de incluir medidas de atención medica y psicológica, social y jurídica.
[116] Las medidas de satisfacción son aquellas que buscan la reparación de derechos de carácter no económico, tales como el buen nombre, el honor y la dignidad de las víctimas, sin embargo, suelen confundirse con medidas de no repetición. Según la resolución de Naciones Unidas A/Res/60/147 son medidas eficaces (encaminadas) para conseguir que no continúen las violaciones.
[117] Son aquellas encaminadas a garantizar que los hechos por los cuales se condenó a Estado no vuelvan a repetirse, se caracterizar por ordenar el cambio de marcos normativos, capacitaciones, adopción de políticas públicas, entre otras.
[118] Araque Ariza, Jaime Eduardo. *El daño a bienes y derechos convencional o constitucionalmente protegidos*. Pág. 230.
[119] Araque Ariza, Jaime Eduardo. *El daño a bienes y derechos convencional o constitucionalmente protegidos*. Págs. 243 -244

o traslapan las diversas categorías de reparación establecida generando confusión sobre cuál es el derecho protegido con la reparación ordenada, lo cual impide tener claridad sobre el derecho afectado y la manera como se le está reparando y, hasta cierto punto, pareciera ser caprichosa la aplicación de esta categoría de daños, pues en ocasiones se ordena su reconocimiento sin suficiente fundamentación en cuanto a la gravedad y excepcionalidad del mismo y, en otras se niega, no obstante la evidencia sobre la gravedad de la vulneración de derechos [120], lo cual nos lleva a considerar desde ya el necesario cuidado en la aplicación de esta categoría de daño en las reparaciones por HC, más aun teniendo presente que según Araque, el problema de esta categoría de daños no es tanto por la teoría sobre el mismo sino por la aplicación práctica por parte de los operadores judiciales, lo cual resulta de particular importancia dado el propósito de esta investigación que pretende aportar elementos que contribuyan a definir líneas jurisprudenciales consolidadas sobre la materia.

Efectivamente, como lo veremos a lo largo de esta investigación, esta categoría de daños será la que predominara en las acciones de grupo por HC como quiera que afecta la dignidad humana como derecho fundamental y de manera relevante, pues como lo vimos, el HC puede generar desde un problema simple de hacinamiento espacial hasta situaciones mucho más gravosos que comprometen la integridad personal y la vida.

Sin embargo, lo que se encuentra en algunas de las acciones de grupo interpuestas que se estudiaran a continuación, es que se solicita casi que de manera automática la reparación de tipo pecuniario, en una especie de complemento adicional o paralelo al daño moral, sin invocar las razones de excepcionalidad establecidas por el Consejo de Estado y desconociendo que el conceder la reparación pecuniaria es algo facultativo de juez cuando encuentra que la reparación restaurativa no sea suficiente, pertinente, oportuna o posible, y

[120] Araque en su obra citada, realiza el estudio de las sentencias de las tres subsecciones de la Sección Tercera del Consejo de Estado posteriores a la sentencia de unificación del 2014, en las cuales se aplicó o estudio esta categoría de daño, y establece de manera bastante ilustrativa varias circunstancias por las cuales afirma que ha habido incoherencia con la jurisprudencia de la corporación en varias de las decisiones adoptadas, pues; i) no se indica cuál de las formas de reparación ordenadas se suscribe a lo decidido por el juez administrativo, ii) se confunden los conceptos entre medidas de restitución, indemnización, satisfacción, garantía de no repetición y rehabilitación, iii) se adoptan medidas de reparación que no son coherentes con los perjuicios padecidos ni con los parámetros fijados por la corporación, iv) no se establece de manera clara el bien convencional o constitucional objeto de la reparación, v) se observan rezagos de la tipología de perjuicios de daño a la vida de relación o condiciones de existencia (daño a la salud)

luego en los fallos de estas acciones de grupo, se termina accediendo a esas reparaciones lo que lleva a desconocer la mayor virtud de esta tipología de daño que es permitir un efectivo restablecimiento del derecho, en una actitud facilista de simplemente reconocer un monto de dinero como reparación y no hacer mayor esfuerzo en analizar medidas restaurativas, o si acaso, en el mejor de los casos, se limitan a reiterar las ordenes impartidas en las sentencias de ECI.

6. ACCIONES DE GRUPO POR HACINAMIENTO CARCELARIO: ¿QUÉ TIPO DE DAÑOS SE RECLAMAN?

Como lo hemos plateado, el presente estudio se basa en la acción de grupo como mecanismo de reparación de los daños fruto del HC, para ello se estudiaran cinco acciones de grupo interpuestas por internos de diferentes cárceles del país, cuatro de ellas ya falladas en segunda instancia por el Consejo de Estado, por ende, y tratándose del daño como primer elemento de la responsabilidad, resulta importante mirar inicialmente que tipo de daños fueron los reclamados en las demandas impetradas en los cinco procesos analizados, para así determinar qué tan amplio es el espectro de reclamaciones como consecuencia del HC. En los capítulos siguientes miraremos como ha sido el reconocimiento o no de estos daños en los fallos de primera instancia y, por último, en los fallos del Consejo de Estado.

6.1. CASO DEL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE MEDIANA SEGURIDAD Y CARCELARIO DE SINCELEJO - SUCRE (LA VEGA)

En esta demanda presentada el 8 de agosto de 2014, se reclamó por el daño antijurídico ocasionado a los internos de dicho establecimiento carcelario por el incumplimiento de los derechos y garantías mínimas a que tienen derecho los reclusos. Para ello, reclamaron el daño moral[121] y estimaron una reparación en SMLMV dependiendo del tiempo de reclusión, así aquellos que llevaran 18 meses o más recibirían 20 SMLMV y los

[121] Tribunal Contencioso Administrativo de Sucre. Sala Segunda de Decisión Oral. Exp. No 70-001-23-33-000-2014-00186-00 Sentencia del 19 de noviembre de 2015. M.P. Rufo Arturo Carvajal Argoty. Pág. 3

que llevaran menos tiempo recibirían valores menores hasta llegar a un mínimo de 3 SMLMV para aquellos que llevaran menos de un mes.

También se solicitó el reconocimiento del daño a la vida de relación[122] en SMLMV dependiendo también del tiempo de reclusión, así aquellos que llevaran más de 18 meses tendría derecho a 30 SMLMV y aquellos con menos de un mes 18 SMLMV.

Se pidió una reparación por la pérdida de oportunidad "Chance"[123] por la falta de medios adecuados para lograr una resocialización "*que les permitiera salir del estado de postración delictiva"*, la cual también tasaron en SMLMV para cada interno dependiendo del tiempo de reclusión.

Plantearon de manera herrada incluso en su denominación, el reconocimiento de daños por perjuicios *"por lesiones a los bienes jurídicos constitucionales y derechos humanos (intimidad personal y familiar, al debido proceso. etc.)"*[124], el cual tasaron en SMLMV dependiendo del tiempo de privación de libertad, sin consideración alguna de la regla de excepcionalidad establecida por la jurisprudencia para el reconocimiento de la reparación pecuniaria en esta tipología de daños.

Solicitaron el reconocimiento de daño a la salud[125] cuya reparación también en SMLMV dependerá del concepto médico legal sobre la gravedad de la lesión padecida por el interno durante el tiempo de reclusión, la cual podrá oscilar entre 6 SMLMV si la lesión es leve llegando hasta los 100 SMLMV si la lesión es muy grave como sería una *perdida anatómica, funcionales y asociadas.*

Por último, reclamaron daño emergente[126] por la no entrega de útiles de aseo personal y útiles de aseo de baños y pisos, "*los cuales estimaron bajo la gravedad e juramento"* en valores en SMLMV dependiendo del tiempo de reclusión.

Con la finalidad de acreditar los daños, los demandantes relatan toda una serie de circunstancias relacionadas con el HC como lo son falta de espacios de recreación, de baterías sanitarias, falta de personal de guardia penitenciarias, mala calidad de los alimentos, crudos

[122] Ibid.
[123] Ibid.
[124] Ibid. pág. 4.
[125] Ibid.
[126] Ibid. pág. 5.

o en descomposición, falta de agua potable, problemas gastrointestinales permanentes dentro de la población carcelaria, falta de servicio médico nocturno, falta de espacios y programas de resocialización y de campañas anti drogas, pero no lo individualizan sino que lo exponen de manera genérica, como problemas padecidos por todos los internos y en igual intensidad.

Es evidente la falta de técnica en cuanto a la tipificación de cada uno de los daños reclamados, se mezclan conceptos diferentes como el considerar el daño a la vida de relación diferente del daño a la salud, el que confunden con lesiones personales, y la carencia de pruebas específicas dependiendo de la categoría del daño reclamado, y en materia de reparaciones, incluso por daños a bienes convencional y constitucionalmente protegidos, se piden solo reparaciones pecuniarias desconociendo el carácter excepcional de estas últimas, y desconocen por completo los elementos de reparación integral que podrían haberse solicitado en esta tipología de daño.

6.2. CASO DEL PABELLÓN DE MUJERES DEL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO Y CARCELARIO DE MEDIANA SEGURIDAD DE FLORENCIA – CAQUETÁ (EL CUNDUY)

En esta demanda se reclamó el daño moral como consecuencia del HC, el cual vulneró derechos fundamentales constitucionales tales como la vida, la salud, la integridad personal y, sobre todo, la dignidad humana, y malas condiciones generales de reclusión[127] por lo que se solicita una reparación para cada una de las integrantes del grupo de 40 SMLMV independientemente del tiempo de reclusión o de cualquier otra consideración de carácter subjetiva.

En similar forma al caso anterior, de manera anti técnica tratan como dos daños diferentes el daño a la salud y el daño a la vida de relación, para lo cual solicitaron una reparación pecuniaria para cada uno de estos daños.

Al igual que en todos los casos analizados, la causa del daño son las condiciones de HC, lo cual al menos para este caso, aterrizan en un daño moral que consideran guarda causalidad con la situación de hacinamiento; sin embargo, y no obstante estar acreditada la

[127] Tribunal Contenciosos Administrativo de Caquetá. Sala Segunda de Decisión. Exp. No 2013-00216-00. Sentencia del 4 de mayo de 2017. M.P Carmen Emilia Montiel Ortiz. Pág.2

vulneración de derechos fundamentales no hacen mención alguna al daño a bienes y derechos convencional y constitucionalmente protegidos.

6.3. CASO DEL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE MEDIANA SEGURIDAD Y CARCELARIO DE CALI – VALLE DEL CAUCA (VISTA HERMOSA)

Se invocó como causa del daño, la violación al principio de la dignidad humana como consecuencia del HC, por lo cual se solicita una reparación en equidad, conforme el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, consistente en SMLMV dependiendo del tiempo en que hayan estado privadas de la libertad, así; aquellos que estuvieron privados de la libertad por más de 2 años 50 SMLMV, entre uno y dos años 40 SMLMV, entre un año y seis meses 30 SMLMV, entre seis y tres meses 15 SMLMV, entre tres meses y un mes 7 SLMLMV y a los que estuvieron menos de un mes 3 SMLMV[128].

En este caso, ni siquiera se le dio denominación alguna al daño reclamado, es decir no se sabe a ciencia cierta qué tipo de daño es el que se reclama, aunque se podría suponer es un daño moral resultante de la afectación generada en la universalidad del grupo por los padecimientos sufridos como consecuencia del hacinamiento, nótese que solo 17 personas fueron los que otorgaron poder, aunque la demanda, argumentando que se trata de una acción de grupo, solicita extender la reparación a toda la población carcelaria, y se deja una especie de reparación *in genere* para todos los demás perjuicios que se puedan deducir de los hechos probados en el proceso[129], sobre lo cual, tampoco se dan mayores datos ni mucho menos se aportan pruebas sobre algún tipo de daño en específico.

6.4. CASO DEL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE MEDINA SEGURIDAD DE CÚCUTA – NORTE DE SANTANDER

Al igual que en las otras demandas, el derecho que se invoca como violado es la

[128] Tribunal Contenciosos Administrativo del Valle del Cauca. Acción de Grupo Rad. 76101-23-33-006-2014-011271-00 y 76001-23-33-008-2014-00793-00. Demanda. Cuaderno Principal folios 44 y 45
[129] Ibid. Folio 46

dignidad humana debido a las precarias condiciones de salubridad y HC que se vive en la cárcel Modelo de Cúcuta, pero a diferencia de las anteriores, se solicitó en primer lugar impartir una serie de ordenes al INPEC para destinar recursos presupuestales a la construcción de un nuevo pabellón, garantizar las condiciones mínimas de salubridad, y contratar más personal médico y asistencial para la atención oportuna de los internos[130], con lo cual buscan el restablecimiento de derechos, esto podría entenderse, pues no lo dicen, que se trata de una solicitud de reparación por la afectación de derechos constitucionalmente protegidos, pues es dentro de esta categoría de daños que proceden las medidas de tipo restaurativo.

Se solicitó una reparación pecuniaria para cada uno de los internos de 100 SMLMV por perjuicios inmateriales por vulneración o afectación a bienes o derechos convencional o constitucionalmente amparados producto de la violación flagrante de la dignidad humana[131], y una vez más se privilegia la reparación pecuniaria sin argumentar la razón de ello haciendo una incorrecta interpretación de lo que la jurisprudencia de unificación ha establecido al respecto, pues tal y como lo estableció la sentencia de unificación de 2014 el conceder la reparación pecuniaria es algo facultativo del juez cuando considera que *"En casos excepcionales cuya reparación integral, a consideración del juez, no sean suficientes, pertinentes, oportunas o posibles podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria hasta 100 SMLMV, si fuere del caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud. Ese quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño y/o la naturaleza del bien o derecho afectado."*[132]

Si bien se ha dicho que la reparación pecuniaria por su carácter excepcional es facultativa del juez, quien podrá decretarla si avizora y establece los elementos anteriormente citados, nada impide que la víctima lo solicite desde la demanda misma, pero no de manera principal, como sucede en este caso, sino de manera excepcional, cumpliendo con la carga

[130] Tribunal Contenciosos Administrativo Norte de Santander. Sentencia del 3 de agosto de 2023. Radicado No 54-001-23-33-000-2015-00424-00. M.P Hernando Ayala Peñaranda. Pág. 104
[131] Ibíd. Pág. 105
[132] Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo. Sección Tercera, Sentencia de 28 de agosto de 2014. Exp. 32988, M.P. Ramiro de Jesus Pazos Guerrero.

argumentativa que permita al juez establecer los elementos necesarios para su procedencia, cosa que definitivamente no sucede, convirtiéndose finalmente, en nuestro criterio, en una especia de reparación de daño moral, pero con otro nombre.

6.5. CASO DEL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE ITAGÜÍ, EPC LA PAZ.

Al igual que en los casos anteriores, los demandantes invocan como daño las afectaciones resultantes del HC[133] y, de entrada, invocan la aplicación del artículo 16 de la Ley 446 de 1998 que consideran aplicable al caso para que la "valoración de los daños" se haga bajo los criterios de reparación integral y equidad, insinuando una especie de presunción del daño.

Igualmente, solicitan una reparación dependiendo de los días de privación de libertad sin indicar a que tipología de daños se refieren, aunque de manera por demás anti técnica, consideran de aplicación la sentencia de unificación sobre reparación por privaciones injustas de libertad, haciendo mención a la tabla de reparaciones establecidas en tal sentencia según la cual si la privación de libertad fue superior a 18 meses debe corresponder a una reparación de 100 SMLMV y, si no supera el mes, la indemnización equivale a 15 SMLMV con lo cual fundamentan la reparación solicitada por HC con exactamente los mismos parámetros, como si se trátese de casos idénticos.

En este caso, no invocan el daño a BDCCP, ni solicitan ningún otro tipo de reparación y, al igual, que en los anteriores casos, el escrito demandatorio se limita a acreditar la situación HC con múltiples informes de diferentes autoridades, actas de reuniones para tratar la problemática carcelaria, oficios de las autoridades penitenciarias que dan cuenta del hacinamiento, testimonios tanto de los internos como de las autoridades encargadas de la penitenciaria y una inspección judicial al establecimiento carcelario a fin de verificar las condiciones de hacinamiento.

Como podemos observar en los casos analizados, la fuente del daño es sin lugar a duda el HC, con el cual fundamentan reclamaciones de diversa índole, siendo predominante

[133] Tribunal Contenciosos Administrativo de Antioquia. Sala segunda de oralidad. Sentencia de 31 de agosto de 2023. Exp. No 05001-23-33-000-2018-00988-00. M.P. Adriana Bernal Vélez.

el daño moral y excepcionalmente el daño por afectaciones a derechos convencional o constitucionalmente protegidos, pero sin mayor técnica, y con reclamaciones que, en todos los casos, con solo una excepción, son de tipo puramente pecuniario dependiendo del tiempo que lleve la persona privada de la libertad y sin mayor sustentación ni de la razón por la que se establece el monto ni prueba alguna sobre el daño personal e individual padecido por los miembros del grupo.

Podríamos concluir que el enfoque original de estas acciones de grupo es acertado en cuanto a establecer la vulneración de un derecho fundamental como lo es el trato digno de las personas privadas de la libertad y, por ende, indicar la afectación que dicha vulneración tiene para estas personas en diferentes orbitas de su dignidad humana, pero es equivoco en la forma de establecer la categoría de daños y el monto de los resarcimientos.

En todos los casos se reclama el daño moral, el cual pareciera debe ser presumido por el hecho de la vulneración de un derecho fundamental, acuden repetidamente a la aplicación de los principios de equidad[134] y *arbitrio juris* confundiendo en ocasiones el daño con el monto de la reparación del daño, y solo excepcionalmente y de manera tangencial y poco técnica, pues desconocen por completo la sentencia de unificación sobre la materia, invocan el daño que en principio consideramos es el que en realidad aplica en estas acciones, el daño a BDCCP.

Finalmente, no podemos olvidar que la falta de tecnicismo y de cumplir con los deberes y la carga probatoria de la que no están eximidos los demandantes en estas acciones, podría dar lugar a la aplicación del artículo 56[135] de la Ley 472 y, por tanto, quien no haya

[134] Es recurrente la invocación del artículo 16 de la ley 446 de 1998 que dispone; *VALORACION DE DAÑOS. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales*. y del *arbitrio juris*, los cuales son criterios encaminados a la valoración del daño, en lo cual cabe que el juez actué con cierto margen de discrecionalidad a fin de poder salvar los obstáculos que la complejidad de ciertos daños implica a la hora de fijar el monto de la reparación, pero que en manera alguna establecen una presunción de daños, ni siquiera de tipo moral.

[135] El artículo 56 de la ley 472 de 1998 dispone que; EXCLUSION DEL GRUPO. Dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento del término de traslado de la demanda, cualquier miembro de un mismo grupo podrá manifestar su deseo de ser excluido del grupo y, en consecuencia, no ser vinculado por el acuerdo de

participado en el proceso podrá demostrar que sus intereses no fueron representados en forma adecuada por el representante legal del grupo, lo que le permitirá excluirse de los efectos de la sentencia y por ende interponer una acción propia.

conciliación o la sentencia. Un miembro del grupo no quedará vinculado a los efectos de la sentencia en dos situaciones:
a) …
b) Cuando la persona vinculada por una sentencia pero que no participó en el proceso, demuestre en el mismo término que sus intereses no fueron representados en forma adecuada por el representante del grupo o que hubo graves errores en la notificación.

CAPITULO II.

RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD POR HACINAMIENTO CARCELARIO

El presente capitulo tiene como propósito analizar la forma como se ha establecido la responsabilidad del Estado por el HC, los regímenes de imputación que se suelen emplear en materia de daño carcelario, para luego mirar como de manera concreta se establece la responsabilidad por el hacinamiento a partir de la acción de grupo.

Se realizaran una serie de consideraciones previas sobre la acción de grupo en términos generales, pero que resultan relevantes para el caso del HC, como lo son; el carácter eminentemente reparatorio de la acción de grupo y como ello se conjuga con la reparación del daño derivado de la vulneración de todo tipo de derechos de origen constitucional o legal, colectivos o subjetivos y la procedencia de la reparación integral, para lo cual se analizaran las sentencias consideradas hitos en materia de reparación integral mediante acciones de grupo, lo cual, como veremos, sirve de antecedente aplicable a los casos de acciones de grupo por HC.

Finalizaremos el presente capitulo, analizando las cinco sentencias de las acciones de grupo por HC falladas hasta este momento por diferentes tribunales administrativos, de lo cual extractaremos importantes elementos de la forma como los tribunales han venido analizando el daño, el título de imputación, y concediendo o negando de muy diversas maneras las reparaciones reclamadas, lo cual será un importante abrebocas para el análisis en el capítulo final sobre las decisiones que sobre la materia ha adoptado el Consejo de Estado en segunda instancia.

1. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD ESTATAL POR HACINAMIENTO CARCELARIO: LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA POR FALLA DEL SERVICIO Y LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA POR LA RELACIÓN DE ESPECIAL SUJECIÓN

Una vez analizado el daño por HC, como presupuesto fundamental de toda acción de reparación, resulta necesario entrar a analizar el segundo elemento para la configuración de la responsabilidad del Estado, la imputación, que en materia de daño carcelario ha sido objeto

de múltiples pronunciamientos jurisprudenciales que han oscilado entre el régimen de responsabilidad subjetiva por falla del servicio y el régimen de responsabilidad objetiva por daño especial resultante de la relación de especial sujeción que tiene las personas privadas de la libertad con el Estado.

Como bien sabemos, nuestro ordenamiento jurídico no establece títulos de imputación, ni privilegia uno en particular, por ende los desarrollos jurisprudenciales sobre la materia resultan de particular relevancia, diciendo desde ya, que tampoco existe a nivel del Consejo de Estado una jurisprudencia unificada sobre la materia pues oscila permanentemente entre uno u otro régimen según la casuística del caso, pudiendo el juez decantarse por uno u otro dependiendo de las circunstancias del caso, aunque como lo veremos en el punto 1.3, si bien existe esta discrecionalidad del juez, cuando se pueda establecer la falla del servicio es necesario privilegiar la aplicación de este régimen con la finalidad de que la administración pueda adoptar los correctivos necesarios.

En materia de las acciones de grupo por HC, se considera que el daño radica en la vulneración de ciertos derechos de los internos, los cuales en manera alguna podrían ser limitados, restringidos o simplemente desconocidos como consecuencia de la pena impuesta y antes por el contrario, el Estado tiene una obligación de garante respecto de ellos, sin embargo, al igual que con la generalidad del daño carcelario, el título de imputación aplicado puede ser el de falla del servicio o el de daño especial, siendo más común el título de imputación de falla del servicio, pues el desconocimiento de los derechos de los internos como consecuencia del HC se considera una falla del servicio dado el contenido obligacional que impone el deber a las entidades responsables de garantizar estos derechos.

1.1. LA FALLA DEL SERVICIO

El servicio carcelario es uno de los muchos servicios que presta el Estado, el cual tiene una amplísima reglamentación jurídica que encierra el contenido obligacional por el cual es posible hablar de una falla del servicio cuando este se omite o se presta de manera irregular.

El Consejo de Estado[136] ha considerado que hay falla o falta del servicio cuando se desconoce el cumplimiento de una obligación a cargo del Estado, y se configura por retardo, por irregularidad, por ineficiencia, por omisión o por ausencia del mismo, o más comúnmente se dice que se configura cuando el servicio funcionó mal, no funcionó o funcionó tardíamente, se trata de un régimen subjetivo de responsabilidad donde es necesario probar la falla del servicio generalmente asociada con un *actuar u omisión* del funcionario público.

La prestación del servicio carcelario se rige fundamentalmente por el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho 1069 de 2015, el cual regula todo lo referente al régimen carcelario y penitenciario en su parte 2 titulo 1 y por la Ley 65 de 1993 Código Penitenciario y Carcelario modificada por la Ley 1709 de 2014 la cual dispone en su artículo 5 el respeto a la dignidad humana[137] y a continuación desarrolla un detallado decálogo de obligaciones[138] a cargo del Estado, estableciendo también un marco de competencias entre los diversos actores del sistema, particularmente del INPEC y de la USPEC, y también asigna responsabilidades de las entidades territoriales respecto de las personas detenidas preventivamente lo cual ha dado lugar a que algunas sentencias[139] comiencen a disgregar responsabilidad por daño carcelario entre la nación y las entidades territoriales.

---

[136] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Sentencia del 7 de marzo de 2012. Rad# 25000-23-26-000-1996-03282-01 M.P. Hernán Andrade Rincon

[137] Artículo 5. En los establecimientos de reclusión prevalecerá el respeto a la dignidad humana, a las garantías constitucionales y a los Derechos Humanos universalmente reconocidos. Se prohíbe toda forma de violencia síquica, física o moral.
Las restricciones impuestas a las personas privadas de la libertad estarán limitadas a un estricto criterio de necesidad y deben ser proporcionales a los objetivos legítimos para los que se han impuesto.
Lo carencia de recursos no podrá justificar que las condiciones de reclusión vulneren los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad.

[138] Dentro de ellas se destacan las funciones y finalidades de la pena que es de cargo del Estado; la intervención mínima que establece cuales son y dentro de que parámetros, los derechos que pueden ser limitados como consecuencia de la privación de libertad; los medios mínimos materiales con los que debe contar todos los establecimientos penitenciarios, entre ellos de particular importancia para nuestro estudio, las condiciones que garantizan la no vulneración de la dignidad humana (artículo 34); los deberes de los guardianes y la responsabilidad por negligencia; las condiciones de las celdas y dormitorios, las cuales deben contener condiciones mínimas de aseo y aireación, amueblamiento, ropa, y condiciones necesarias para el adecuado descanso nocturno; la provisión e alimentos y elementos de aseo; el trabajo penitenciario, el cual se considera un derecho de las PPL; acceso a la educación y a la salud.

[139] Como sucede en reciente sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia en que con ocasión de un proceso de acción de grupo por los internos de la cárcel de Itagüí realizó esta disgregación de responsabilidades. Tribunal Contenciosos Administrativo de Antioquia. Sala segunda de oralidad. Sentencia de 31 de agosto de

Este amplio contenido obligacional a cargo del Estado es el que sirve de fundamentación a la falla del servicio cuando se incumple o se cumple de manera deficiente, allí encontramos obligaciones que van desde los procedimientos que deben observar el personal de la guardia, la prestación de los servicios sociales, alimentarios, de salud, educación, trabajo, recreativos, y las obligaciones respecto de los derechos fundamentales, entre ellos la dignidad humana. Es tan amplio y detallado este contenido obligacional, que frente a un declarado ECI difícil seria no encontrar para cada eventualidad que a diario se da dentro de nuestras cárceles una adecuación de imputación por falla del servicio que permita endilgar una responsabilidad al Estado.

Un ECI aún no superado, sumado a una situación de permanente hacinamiento de lo cual dan cuenta constantemente los medios de comunicación, incluso referenciándolo como una situación ya de décadas[140], nos permite afirmar que -igualmente- hay un *estado de falla permanente del servicio,* por lo cual no merece mayores análisis este título de imputación, pues es una realidad incontrovertible.

Lo anterior explica como de 120 sentencias del Consejo de Estado por responsabilidad carcelaria analizadas en reciente libro de Arenas[141], en casi todas se condena al Estado, incluso se condena en casos de fuga de presos cuando el preso es dado de baja al considerarse un uso excesivo de la fuerza la utilización de armas de fuego por parte del personal de custodia[142]. Solo en 12 casos se exoneró al Estado, básicamente en casos de

2023. Exp. No 05001-23-33-000-2018-00988-00. M.P. Adriana Bernal Vélez.

[140] Bohórquez, Carolina *En Cali ya son 2.000 los detenidos que conviven hacinados*. El Tiempo. Junio 12 de 2024. Pág. 1.14

[141] Arenas Mendoza, Hugo. (2024) *La Responsabilidad Patrimonial del Estado por el Servicio Carcelario*. Bogotá D.C Tirant Lo Blanch.

[142] Incluso en estos casos de fuga de presos en que pareciera evidente la culpa de la víctima no hay una única posición por parte del Consejo de Estado, pues en ocasiones se ha considerado que el uso del arma de dotación de los agentes de custodia configuro un uso excesivo de la fuerza (Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 22 de octubre de 2021. M.P. Adriana Marin Radicado No 59491) y en otras se ha considerado que el uso del arma de fuego fue necesario para imponer el orden y evitar la fuga por lo que se configura el eximente de responsabilidad de culpa exclusiva dela victima (Consejo de Estado, sección Tercera. Sentencia del 25 de mayo de 2011. M.P. Stella Conto Díaz Del Castillo. Radicado 17001-23-31-000-1996-09027-01.)

suicidio[143], muerte de reclusos cuando gozaban de permisos extramuros o casa por cárcel[144] y por un caso de muerte por infarto súbito.

La falla del servicio exige que se pruebe la acción u omisión que dio lugar al daño, en materia carcelaria diríamos que el régimen subjetivo es útil para analizar las violaciones originadas en fallas a la *lex artis* de determinados servicio penitenciarios[145] y, de esa manera, poder evidenciar dichas falencias y por tanto propugnar por correctivos efectivos, incluso algún sector de la jurisprudencia[146] considera que se debe privilegiar en lo posible este título de imputación, pues permite evidenciar la falla del servicio y por ende el mal comportamiento del funcionario, lo que a su vez facilita los correctivos disciplinarios o incluso la repetición.

1.2. EL DAÑO ESPECIAL Y LA RELACIÓN DE ESPECIAL SUJECIÓN (RES)

Las denominadas relaciones de especial sujeción, también llamada de preponderancia administrativa según la doctrina española[147], pueden darse en diversos ámbitos de las relaciones del Estado con sus administrados, Forero[148] trae la definición dada por Castillo Blanco como la que mejor resume las notas características de esta relación. *"Son aquellas relaciones jurídico - públicas en las cuales una persona física o jurídica, por la especial posición en que le encuadra el ordenamiento jurídico, por su inclusión como parte integrante de la organización administrativa o por razón de la especial relevancia que para el interés*

[143] Sobre la muerte de internos por suicidio existen diversas posiciones al interior del Consejo de Estado; i) falla del servicio, como cuando la muerte se causa con sustancias toxicas o armas que no debían haber ingresado al establecimiento carcelario, o como cuando siendo de conocimiento del INPEC situaciones psicológicas como depresión no son atendidas oportunamente, ii) culpa exclusiva de la víctima, por tanto, se exonera de responsabilidad al Estado, y iii) Concurrencia de culpas entre el Estado y la víctima.
[144] Sobre este tipo de daño tampoco hay una posición única ni pacifica al interior del Consejo de Estado, pues hay casos en los cuales se ha condenado al Estado por considerarse que debía de continuarse, aun en la situación extramuros, con la vigilancia por parte del INPEC.
[145] Gómez Restrepo, Alejandro. (2018) "La responsabilidad del Estado colombiano por la violación de los derechos de las personas privadas de la libertad". En *Perspectivas Multidisciplinarias sobre las cárceles.*
[146] Consejo de Estado. Sala Contencioso Administrativa. Sección Tercera Subsección A. Sentencia de 14 de diciembre de 2022. Rad # 56536. M.P. Nicoles Yepes Corrales.
[147] Corbella Duch, Josep. (1997) *Los Derechos Fundamentales a la Vida, Integridad Física, Intimidad y a la Tutela Jurídica Efectiva en la Relación Jurídica Penitenciaria*. Tesis de grado doctor en Derecho. Barcelona España. Universidad de Barcelona.
[148] Forero Salcedo, Jose. (2007) *Estado constitucional, potestad disciplinaria y relaciones de especiales de sujeción*. Bogotá D.C. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Pág. 49

público tiene el fin de esta, se encuentra en una situación de sometimiento distinta y más intensa del común de los ciudadanos, pero en la que rige la reserva de ley y, solo con base en esta, puede limitarse el ejercicio de los derechos fundamentales y en la que existe una tutela judicial sobre el ejercicio de derechos e intereses legítimos."

De este tipo de relaciones se pueden extractar las siguientes características; son relaciones que surgen en diversos ámbitos del relacionamiento entre el Estado y el ciudadano; estas pueden ser de carácter voluntario u obligatorio; en un Estado social de derecho son solo las reconocidas por la constitución o la ley y, es esta, la que permite la limitación o restricción de ciertos derechos (reserva legal); implican la restricción ciertamente de derechos pero solo hasta donde sea necesarios para el buen funcionamiento de la institución; es una relación de sometimiento distinta y más intensa que la del común de los ciudadanos; a título de ejemplo, surge en el ámbito de la relación disciplinaria con los funcionarios públicos, los estudiantes, los militares, los concesionaros del Estado y los presos[149].

La relación de especial sujeción es un término inicialmente desarrollado por la Corte Constitucional en la sentencia T- 596 de 1992, en la cual estableció que, la circunstancia de estar privado de la libertad por el Estado en ejercicio del *jus punendi*, si bien implica una relación jurídica de predominio de una parte sobre la otra, *no impide la existencia de derechos y deberes para ambas partes. Frente a la administración, el preso se encuentra en una relación especial de sujeción, diseñada y comandada por el Estado, el cual se sitúa en una posición preponderante, que se manifiesta en el poder disciplinario y cuyos límites están determinados por el reconocimiento de los derechos del interno y por los correspondientes deberes estatales que se derivan de dicho reconocimiento.* La sentencia T-266 de 2013[150] reitera que es una relación de la cual surgen derechos y deberes mutuos, de allí que las PPL si bien tiene restringidos ciertos derechos, hay otros que permanecen incólumes como lo es

[149] Ibid. Pág. 47

[150] En dicha sentencia se dice que la relación de especial sujeción es; *Con la privación del derecho de libertad de un individuo nace una relación de especial sujeción entre el Estado y el recluso dentro de la cual surgen tanto derechos como deberes mutuos, fundamentándose "por un lado, el ejercicio de la potestad punitiva y, por otro, el cumplimiento de las funciones de la pena y el respeto por los derechos de la población carcelaria"*

la vida y la dignidad humana.

Se ha considerado por parte de la Corte que la RES permite limitar y restringir el ejercicio de ciertos derechos de los internos, siempre y cuando dichas medidas estén dentro de los criterios de razonabilidad, utilidad, necesidad y proporcionalidad, por lo cual surgen ciertos derechos especiales[151] para los internos derivados de esta subordinación, nace una obligación para el Estado de garantizar el pleno ejercicio de estos derechos por cuanto las personas que están detenidas intramuros se encuentran en una condición de indefensión y vulnerabilidad[152] por la dificultad que tienen para satisfacer por sí solas sus necesidades. Estos derechos especiales en cabeza de los internos cuyo cumplimiento y satisfacción se constituyen en mandatos, deberes y obligaciones por parte del Estado, lo que lo constituye en *garante* de dichos derechos, por tanto, tiene la *responsabilidad* de satisfacer y asegurar unas condiciones mínimas de vida digna que son de carácter prestacional inmediato[153], lo que la Corte ha denominado como *"el estándar constitucional mínimo para la vida en prisión"*[154], lo que es claramente el marco imputacional en materia de responsabilidad administrativa por daño carcelario.

1.2.1. La Relación de Especial Sujeción y el Subrogado Penal

Desarrollos doctrinales más recientes[155] han considerado que dicha relación no es solo respecto del interno, sino también de aquellas personas que gozan de ciertas medidas como libertad provisional o permisos de salida, en donde, como quiera que estas son medidas

[151] La sentencia T-175 de 2012 señala: *"[e]ntre los especiales derechos de los presos y su correlato, los deberes del Estado, como consecuencia del establecimiento de una relación especial de sujeción, se encuentra 'el deber de trato humano y digno, del deber de proporcionar alimentación suficiente, agua potable, vestuario, utensilios de higiene, lugar de habitación en condiciones de higiene y salud adecuadas, el deber de asistencia médica, y el derecho al descanso nocturno, entre otros (Sentencia T-596 de 1992)*

[152] Arenas Mendoza, Hugo. *La Responsabilidad Patrimonial del Estado por el Servicio Carcelario*. Pág. 129

[153] Ariza Higuera, Libardo. (2020) *¿Tratamiento penitenciario a domicilio? El alcance de la Relación Especial de Sujeción en el régimen de domiciliarias en Colombia.* Revista UNIVERSITAS Vol. 69 2020. Pág. 6 DOI: https://doi.org//10.11144/Javeriana.vj69.tpda

[154] Sentencia T-762 de 2015.

[155] Torres López, Maria. (2013) Capitulo XIV. "La Responsabilidad de la Administración penitenciaria". En *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudios Generales y ámbitos sectoriales*. Tomo I. Valencia España. Editorial Tirant Lo Blanch.

encaminadas a la resocialización del penado que es uno de los fines de la pena, continúa estando bajo esa misma relación de sujeción.

Resulta relevante en este punto, que como consecuencia del HC los subrogados penales[156] como la prisión domiciliaria, toman cada día mayor importancia[157] y que conforme lo ha establecido la Corte, las personas beneficiarias de estas medidas continúan estando bajo la RES, pues lo relevante para que se de esta relación no es la condición de interno sino la de persona privada de libertad, así el sitio de cumplimiento de la pena sea su domicilio, por lo que no hay lugar a negar el contenido prestacional, haciendo la salvedad que *"[n]o significa lo anterior que quienes gozan del beneficio de prisión domiciliaria tengan derecho exactamente a las mismas prestaciones que los internos en los centros carcelarios. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, el sistema carcelario debe garantizar todas las prestaciones que la persona privada de la libertad 'está en imposibilidad de procurarse en forma autónoma"*[158].

En idéntico sentido, podemos afirmar, que, así como el contenido obligacional a cargo del Estado no es el mismo tampoco lo es el sometimiento y subordinación de la PPL en régimen domiciliario con el que está bajo régimen intramuros, pues obviamente el primero goza de mayor libertad así no sea plena y puede tener ciertos privilegios del que no goza el segundo. La pregunta ciertamente es ¿hasta dónde lo uno y hasta donde lo otro?, ¿cuál es ese término medio, que sea justo y socialmente aceptado?, que permita que la persona privada

[156] En relación con los subrogados penales, Ariza Higuera indica que estos se pueden dar por diferentes circunstancias y se pueden agrupar en tres grupos, a saber (i) los que evitan el encarcelamiento de forma automática al momento de ser impuesta la condena, rubro bajo el cual se encuentran aquellos que operan para las personas que, si bien fueron halladas culpables y responsables de la materialidad de un punible, la consecuencia inmediata del juicio de reproche no se circunscribe a su internamiento en la prisión intramuros. Entre ellos, pueden mencionarse la suspensión de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, (ii) aquellos que sustituyen la prisión intramural de quienes ya están sometidos a ella, tales como la prisión domiciliaria por mitad de la pena cumplida y la libertad condicional, y (iii) aquellos que sustituyen la prisión en cualquier tiempo o, dicho de otro modo, aquellos susceptibles de ser concedidos al momento de proferirse la sentencia o cuando la persona privada de la libertad se encuentra recluida en un centro de detención intramural y cumple determinadas circunstancias. Se trata así de la prisión domiciliaria por la condición de madre/padre cabeza de familia y la prisión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave.

[157] Ariza Higuera, Libardo. *¿Tratamiento penitenciario a domicilio? El alcance de la Relación Especial de Sujeción en el régimen de domiciliarias en Colombia.* Según datos estadísticas del INPEC (30 de mayo de 2019), había en Colombia 61.565 personas sometidas a regímenes extramurales de ejecución, frente a las 123.078 que se encuentran ingresadas en establecimientos de reclusión.

[158] Ibid. Pág. 9

de la libertad extramuros continúe recibiendo el contenido prestacional adecuado a su nueva condición, pero que, a la vez, le imponga ciertas cargas que eviten que el subrogado se convierta a una burla a la sociedad que espera ser adecuadamente resarcida por el ilícito cometido.

Esta figura de los subrogados penales, tomara particular importancia en nuestro estudio al momento de valorar las formas de reparación del daño por HC como lo veremos en el capítulo tercero de esta tesis.

1.2.2. LA RELACIÓN DE ESPECIAL SUJECIÓN EN EL CONSEJO DE ESTADO

La relación especial de sujeción también ha sido desarrollada por el Consejo de Estado en múltiples sentencias, incluso anteriores a las de la Corte Constitucional como una de 1991[159] en la que se esbozaron los principios de este régimen de responsabilidad al considerar que, *frente a las personas detenidas por la autoridad o sometidas a conscripción obligatoria o a instrucción militar, mientras permanezcan en los lugares de reclusión o en los centros de enseñanza, la administración deber responder por la vida e integridad de las mismas y devolverlas, luego de esa detención o instrucción, en condiciones de salud similares a las que tenían cuando ingresaron,* y aunque inicialmente estos primeros casos se fallaban como falla presunta del servicio, son precursores de la responsabilidad objetiva en materia de daño especial al considerarse que la obligación de seguridad asumida por los institutos de reclusión era de resultado y no de medio, por cuanto el interno al recupera su libertad debe ser devuelto en el mismo estado de salud que tenía al momento de la detención, *salvo los deterioros normales y explicables de ella, a la luz de la ciencia médica*[160].

Una primer sentencia en que se aplicó sin dubitación alguna el régimen objetivo de responsabilidad fue en el 2006[161], al estudiar un caso en el cual un recluso recibió una paliza por parte de un guardia penitenciario lo que le causó graves heridas, ante lo cual no puede

[159] Consejo de Estado. Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 25 de octubre de 1991. Exp. 6465: M.P. Carlos Betancur
[160] Gómez Restrepo, Alejandro. "La responsabilidad del Estado colombiano por la violación de los derechos de las personas privadas de la libertad". En *Perspectivas Multidisciplinarias sobre las cárceles.* Pág. 75 y 76
[161] Consejo de Estado. Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 30 de agosto de 2006 Exp. 27581. M.P Alier Hernandez.

hablarse de una falla del servicio, pues en tales circunstancias el régimen aplicable es el objetivo, pues la relación de especial sujeción implica una obligación de resultado, según la cual el interno debe retornar al seno de la sociedad en las mismas condiciones en que ingreso, por lo que no hay una obligación de carácter contractual, sino una obligación objetiva, resultante de una relación especial entre el interno y el Estado; sin embargo, como resulta muy común en los diversos casos fallados por el Consejo de Estado, igualmente pudiera hablarse en este caso de una falla del servicio, pues ¿qué mayor falla del servicio que el actuar desmedidamente violento de un guarda penitenciario?

En países como España, en donde por definición se considera que la responsabilidad de la administración es de carácter objetivo, se exige que el funcionamiento del servicio público penitenciario haya sido en cierto modo un funcionamiento anormal, lo que no significa la exigencia de culpabilidad de un funcionario, pues ello reñiría con el carácter objetivo de la responsabilidad, pero sí que se identifique algún grado de anormalidad que permita establecer el nexo de causalidad[162], independiente a que en la generación del daño hayan intervenido terceras personas o la culpa misma de la víctima, es decir, por más régimen objetivo que sea la relación de especial sujeción, aun incluso en casos de suicidios, se exige un mínimo de anormalidad del servicio para poder establecer el nexo de causalidad, sin lo cual no habría responsabilidad por más que se reconozca que existe una relación especial de sujeción y un régimen de responsabilidad objetiva. Por tanto, no puede considerarse la relación de especial sujeción como una especie de seguro universal[163] de reparación de daño bajo la premisa según la cual el Estado debe de devolver a la sociedad al interno en las mismas condiciones en que ingreso[164], como lo han pretendido de manera errada algún sector de la

[162] Torres Lopez, Maria Asunción. Capitulo XIV. "La Responsabilidad de la Administración penitenciaria". En *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudios Generales y ámbitos sectoriales.* Pág. 869 y 870

[163] Torres Lopez en la obra citada considera que *"el hecho que la responsabilidad patrimonial de la administración sea una responsabilidad objetiva no la convierte en un seguro universal frente a todo resultado lesivo que se produzca en el ámbito del servicio público; es necesario que entre el resultado dañoso y el funcionamiento del servicio público exista una relación de causalidad y esta no se da cuando el resultado sea completamente ajeno al funcionamiento de la administración por más que se haya producido en el ámbito de un dependencia pública."*

[164] Consejo de Estado. Sala de la Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de marzo 4 de 2019. Exp. No 68001-23-31-000-2010-000597-01. M.P. Maria Adriana Marin (E). En esta sentencia al igual que en otras anteriores se sostuvo "(…) *si el Estado no devuelve a los ciudadanos en las mismas condiciones en que*

jurisprudencia nacional[165]. En el ámbito de la responsabilidad por daños ocasionados en el sistema carcelario, la relación de especial sujeción ha sido utilizada por la jurisprudencia principalmente como un elemento que permite explicar la especial intensidad del deber de protección que el Estado asume frente a las personas privadas de la libertad.

La Corte IDH en múltiples oportunidades se ha referido al tema de la relación de especial sujeción que existe entre el Estado y las PPL, en tal sentido ha manifestado que *"el Estado se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna"* [166].

En tal sentido la Corte IDH ha considerado que existe en virtud de esa relación una posición de garante que le impone obligaciones internacionales al Estado, que de no cumplir con ese deber de garante en cuanto a las condiciones mínimas de dignidad y trato humano respecto de las PPL estaría violando diversas disposiciones de la CADH y generando una responsabilidad internacional del Estado.

Finalmente, es importante anotar que en materia de imputación objetiva, un sector de la doctrina considera que la RES no es en sí mismo un título de imputación jurídico, sino que

---

los retuvo, siempre y cuando se acredite un daño a su integridad sicofísica, a pesar de que este no haya sido consecuencia de una falla del servicio, surge el deber de reparar en cabeza suya -bajo un régimen de responsabilidad objetivo por daño especial-, salvo que haya intervenido una causa extraña."

[165] En múltiples fallos del Consejo de Estado (ver obra de Arenas Mendoza. *La Responsabilidad Patrimonial del Estado por el Servicio Carcelario)* en donde no ha sido posible determinar la causa de la muerte del interno, o se desconoce quién le infringió la lesión o la muerte, se ha aplicado la tesis de la relación de especial sujeción para establecer la responsabilidad del Estado de manera eminentemente objetiva.

[166] Corte IDH. Instituto de Reeducación del menor vs Paraguay (2004) Parr. 152 *Cfr. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, *supra* nota 26, párr. 98; *Caso Juan Humberto Sánchez.* Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 111; y *Caso Bulacio*, *supra* nota 56, párr. 138. En el mismo sentido, *cfr. Caso de la Cárcel de Urso Branco*, *supra* nota 54, considerando sexto; y *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri.* Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de mayo de 2004, considerando décimo tercero.

hace parte de una modalidad de imputación fáctica que ha facilitado establecer la responsabilidad de daños cuando las insuficiencias del denominado nexo causal no lo permiten, como lo expone Figueroa[167] al expresar que; *"se ha pasado de un escenario de causalidad a un esquema de imputación fáctica objetiva, en el que se les suministra a los operadores judiciales una serie de instrumentos normativos que le permiten analizar con otra óptica la responsabilidad del Estado"*, siendo uno de esos instrumentos precisamente la posición de garante.

1.3. EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD CARCELARIA, ¿CUÁL ES EL RÉGIMEN QUE PREVALECE?

Sobre cuál es el régimen de responsabilidad que prevalece en materia de responsabilidad carcelaria, si el subjetivo de falla del servicio o el objetivo por la relación de especial sujeción, como ya dijimos ambos han sido empleados de manera indistinta en múltiples sentencias falladas por el Consejo de Estado[168], en algunas ocasiones se refieren a la falla del servicio resultante de la omisión o mal funcionamiento de alguna de las obligaciones resultantes del marco prestacional a cargo del Estado y, en otras, cuando no resulta tan evidente esta falla, se acude a la relación de especial sujeción[169], como el caso de muerte de un interno por envenenamiento con cianuro sin que se hubiere podido establecer si alguien lo causo o si se trató de un suicidio[170], o cuando los internos son víctimas de riñas o peleas ocasionadas por ellos mismos[171] e incluso en los casos de evidente suicidio[172], para establecer de manera objetiva la responsabilidad del Estado[173]. Sin embargo, en otras

[167] Figueroa Bastidas, Gabriel (2016*) La Responsabilidad Agravada del Estado Colombiano*. Bogotá D.C. Editorial Universidad del Rosario. Pág. 109 y 210
[168] Sobre la forma cambiante y poco pacifica de la jurisprudencia del Consejo de Estado, resulta interesante el análisis realizado de diversas sentencias desde el año 1991 hasta el 2016 por Gomez Restrepo, *La responsabilidad del Estado colombiano por la violación de los derechos de las personas privadas de la libertad. En Perspectivas Multidisciplinarias sobre las cárceles.* Pág. 76 a 79.
[169] Arenas Mendoza, Hugo. *La Responsabilidad Patrimonial del Estado por el Servicio Carcelario*. Pág. 129
[170] Ibid. Pág. 142
[171] Ibid. Pág. 140, 141 y 143
[172] Ibid. Pág. 146
[173] Algunos autores como Gómez Restrepo consideran que *aun en hipótesis de autopuesta en peligro o de autolesión por parte de los reclusos, la Administración se hace responsable por no prevenir el daño*

ocasiones, tratándose de casos idénticos a los anteriores, no han aplicado la tesis de la responsabilidad objetiva bajo la relación de especial sujeción sino que se ha determinado una falla del servicio por faltar a los deberes de cuidado y custodia conforme el Decreto Ley 2160 de 1992[174].

Arenas[175] concluye que si bien la mayoría de las sentencias por responsabilidad carcelaria se construyen bajo el título de imputación de falla del servicio, *hoy en día se puede realizar la imputación con títulos objetivos o subjetivos según lo considere el juez del caso*, lo que nos lleva a pensar que la escogencia del título de imputación en materia de daño carcelario termina siendo algo discrecional del juez, lo que en ocasiones puede prestarse para confusiones y fallos contradictorios, por eso consideramos que sería mejor solución la planteada por Santofimio[176] según la cual, por regla general, la generalidad de los casos de daños causados a persona privadas de la libertad se imputa bajo el régimen de responsabilidad objetiva, de la que solo puede exonerarse en la medida en que se pruebe una causa extraña, sin que sea dable exonerarse mediante la demostración de un obrar prudente y diligente, y por defecto, si es posible advertir que se trató de una falla del servicio, *es necesario evidenciarla en la sentencia que profiera esta Jurisdicción, para efectos de que la Administración tome nota de sus falencias y adopte los correctivos que considere necesarios*, a lo que añadiríamos que de esta forma se habilitaría la posibilidad de repetición.

En conclusión, podemos afirmar que no existe un único régimen de responsabilidad aplicable, que el juez podrá aplicar indistintamente uno u otro dependiendo de las circunstancias casuísticas de cada caso, pero ello no garantiza como se ha podido evidenciar, que no se den fallos contradictorios y posibles situaciones injustas.

1.4. EN LOS CASOS DE VIOLACIONES DE DERECHOS COMO LA DIGNIDAD HUMANA POR

antijurídico, pues *el Estado no solo es responsable por el accionar de sus agentes, sino, también, por omitir la protección de la vida y la integridad de las PPL respecto de agresiones de terceros*, por la simple razón de la RES, lo que lleva en su criterio a que *la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha decantado a favor de concepciones objetivas de la responsabilidad extracontractual del Estado*. Pág. 83

[174] Arenas Mendoza, Hugo. *La Responsabilidad Patrimonial del Estado por el Servicio Carcelario*. Pág. 216

[175] Ibid. Pág. 248

[176] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 26 de marzo de 2014. Exp. 28645 M.P. Jaime Orlando Santofimio.

HACINAMIENTO CARCELARIO ¿CUÁL ES EL TÍTULO DE IMPUTACIÓN QUE SE APLICA?

Como lo hemos visto hasta aquí, los casos analizados de imputación están referidos principalmente a lesiones personales o muerte de reclusos, pero como sabemos, y es el tema de esta tesis, a partir del ECI establecido por la Corte Constitucional se comenzaron a presentar unas reclamaciones reparatorias por violación de diversos derechos de los internos, englobados en la dignidad humana, a través de diversas acciones de grupo objeto de estudio de la presente investigación.

Lo primero sea tener presente que desde la sentencia de unificación de 2014 de la Sección Tercera sobre daño a la salud[177], que verso precisamente sobre las lesiones padecidas por un interno en situación de discapacidad al que se le impidió el acceso a servicios sanitarios lo que devino en terribles problemas de salud, consideró la Sala que si bien no está acreditado dentro del plenario las condiciones de los servicios sanitarias o las posibilidades adecuadas de acceso para su condición de discapacidad, teniendo presente el ECI, el régimen de responsabilidad objetivo es el que ha tenido un campo de aplicación privilegiado en los eventos de afectaciones a la vida y a la integridad psicofísica de los detenidos, puede extenderse a todos los demás casos en los que el daño cuya indemnización *se demanda es el resultado de la vulneración de derechos que de ningún modo pueden entenderse limitados, restringidos o suspendidos por la privación de la libertad, como es el caso de la dignidad humana.* No obstante, lo anterior, también se indicó que; *" lo anterior sin que se deje de lado la aplicación del régimen general de responsabilidad, esto es, el fundado en la falla del servicio, el cual debe privilegiarse cuando se evidencie que la administración penitenciaria funcionó anormalmente o fue negligente en el cumplimiento de sus deberes"*[178], lo que reitera nuestra conclusión del acápite anterior en cuanto a la procedencia de aplicación de uno u otro régimen.

En este fallo se consideró dar aplicación al reconocimiento de medidas no pecuniarias de reparación integral, así estas no hubieren sido pedidas en la demanda, como quiera que

[177] Consejo de Estado. Sala de lo Contenciosos Administrativo. Sección Tercera. Sala Plena. Sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014. Rad. No 25000-23-26-000-2000-00340-01. M.P Danilo Rojas Betancourth
[178] Ibid. Pág. 3

estaba suficientemente acreditada la vulneración de la dignidad humana del detenido. Importante anotar que el reconocimiento de esta categoría de daños la hace con fundamento en la sentencia de unificación que creó la categoría de daños a bienes y derechos convencional y constitucionalmente protegidos.

En otro fallo[179] posterior del mismo magistrado, en que se analizó la responsabilidad por el maltrato físico de que fue objeto un recluso por parte de la guardia penitenciaria, si bien se consideró que se trataba de una vulneración de la dignidad humana y, al igual que en el caso anterior, decreto medidas reparatorias no pecuniarias, aplicó el régimen de responsabilidad subjetivo de falla del servicio.

En otro caso ya mencionado en el que un interno muere como consecuencia de una riña y su cadáver no fue entregado a sus familiares, se consideró que el régimen de responsabilidad aplicable era el objetivo en razón a la relación de especial sujeción, independientemente de que hubiere mediado una causa extraña como lo fue el hecho de un tercero, pues aquí lo que prevaleció es que el Estado debe devolver al interno en similares condiciones a como ingreso, sin embargo, se negaron las reparaciones tanto morales como materiales pues no se acreditaron, pero la magistrada ponente considero aplicable, conforme la sentencia de unificación, la procedencia de daños a bienes convencional y constitucionalmente protegidos, *pues como ya se ha mencionado la omisión de entrega del cadáver a los familiares, afecta los derechos a la libertad de cultos y de conciencia de los actores*, por lo que se decretaron medidas de reparación no pecuniarias consistentes en una serie de ordenes al INPEC encaminadas a la ubicación del cuerpo del difunto y adoptar las medidas y reglamentos necesarios a fin de evitar que se repita una situación así.

El HC como bien sabemos, es la causa de toda una suerte de violación de derechos de los internos, en tal sentido se ha considerado que se trata de una falla del servicio, pues es una obligación de los establecimientos carcelarios proporcionar condiciones dignas de reclusión, lo que ciertamente no se logra cuando hay condiciones de hacinamiento, pero nada obsta, para que en línea con la ambivalencia jurisprudencial sobre la materia se sostenga que se trata de un régimen de responsabilidad objetivo pues es propio de la RES la garantía de

[179] Consejo de Estado. Sala Contenciosos Administrativa. Sección Tercera. Sentencia de 29 de septiembre de 2015. M.P. Rad. No 05001-23-31-000-2006-03562-01. M.P. Danilo Rojas Betancurth

los derechos que no sean objeto de restricción como consecuencia de la pena impuesta, los que evidentemente se violan como consecuencia del hacinamiento.

En conclusión, podemos afirmar que en los casos de hacinamiento carcelario el régimen de responsabilidad aplicable es indiferente, puede ser falla del servicio o daño especial, al igual que sucede con la generalidad del daño carcelario, sin embargo al tratarse de violaciones de derechos fundamentales consideramos que la aplicación del régimen objetivo puede alivianar la carga probatoria del demandante al no tener que probar el mal funcionamiento del Estado.

2. LA REPARACIÓN DEL DAÑO POR HACINAMIENTO CARCELARIO MEDIANTE LA ACCIÓN DE GRUPO

La consideración jurisprudencial del ECI establecida por la Corte Constitucional, aunado a las consideraciones de la Corte IDH sobre reparaciones ordenadas como consecuencia de violaciones de derechos fundamentales de los internos de diversos penales y por diversas circunstancias y la situación del HC, lleva a realizar algunas consideraciones para determinar cómo se conjuga esto con la acción de grupo como mecanismo de reparación de daños, pues como ya se ha dicho es mediante este medio de control que se han perseguido reparaciones colectivas por la situación de HC en diversas cárceles del país. Por lo anterior, es importante hacer unas precisiones sobre el carácter eminentemente indemnizatorio de la acción de grupo y si ello permite medidas tanto pecuniarias como no pecuniarias como serían las de carácter restitutorias de derechos vulnerados, así como la forma en que se debe establecer la reparación colectiva, la forma como se han reconocido el daño inmaterial en función de principios de equidad y solidaridad, y, por último, como los diversos tribunales contencioso administrativo han determinado el daño y la reparación en los cinco casos de acciones de grupo estudiados en esta investigación.

2.1. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN LA ACCIÓN DE GRUPO

2.1.1. EL CARÁCTER EMINENTEMENTE INDEMNIZATORIO DE LA ACCIÓN DE GRUPO

Como es bien sabido la acción de grupo tiene una finalidad puramente indemnizatoria, pues tal y como lo establece el artículo 46 de la ley 472; *La acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de la indemnización de los perjuicios.* Igualmente, el artículo 3 establece que se trata de *acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas*, siendo por tanto el perjuicio individual una condición necesaria para su interposición, el articulo 52 numeral 3 establece como requisito de la demanda; *el estimativo del valor de los perjuicios que se hubieren ocasionado por la eventual vulneración*, y el artículo 65 establece el contenido de la sentencia de lo cual indica como primer punto; *1. El pago de una indemnización colectiva, que contenga la suma ponderada de las indemnizaciones individuales*, y establece en el mismo artículo todo un complejo procedimiento para efectos del pago de la reparación.[180]

Sobre el carácter resarcitorio de la acción de grupo, hecha una revisión jurisprudencial tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, se encuentran algunas decisiones que resultan relevantes para el propósito del presente trabajo, lo cual veremos a continuación.

[180] Articulo 65 (…) 3. El monto de dicha indemnización se entregará al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria, el cual será administrado por el Defensor del Pueblo y a cargo del cual se pagarán:
a) Las indemnizaciones individuales de quienes formaron parte del proceso como integrantes del grupo, según la porcentualización que se hubiere precisado en el curso del proceso. El Juez podrá dividir el grupo en subgrupos, para efectos de establecer y distribuir la indemnización, cuando lo considere conveniente por razones de equidad y según las circunstancias propias de cada caso;
b) Las indemnizaciones correspondientes a las solicitudes que llegaren a presentar oportunamente los interesados que no hubieren intervenido en el proceso y que reúnan los requisitos exigidos por el Juez en la sentencia.
Todas las solicitudes presentadas oportunamente se tramitarán y decidirán conjuntamente mediante Acto Administrativo en el cual se reconocerá el pago de la indemnización previa comprobación de los requisitos exigidos en la sentencia para demostrar que forma parte del grupo en cuyo favor se decretó la condena.
Cuando el estimativo de integrantes del grupo o el monto de las indemnizaciones fuere inferior a las solicitudes presentadas, el Juez o el Magistrado podrá revisar, por una sola vez, la distribución del monto de la condena, dentro de los veinte (20) días siguientes contados a partir del fenecimiento del término consagrado para la integración al grupo de que trata el artículo 61 de la presente ley. Los dineros restantes después de haber pagado todas las indemnizaciones serán devueltos al demandado

La Corte Constitucional[181] ha reiterado de manera sucesiva desde la sentencia T-528 de 1992[182] que la naturaleza de la acción de grupo es eminentemente indemnizatoria tal y como lo reitera la sentencia C-1062 de 2000[183]; "*Es así como dichas acciones están orientadas a resarcir un perjuicio proveniente del daño ya consumado o que se está produciendo[184], respecto de un número plural de personas (cuyo mínimo fue reglamentado en 20 según el artículo 46 de esa misma Ley). El propósito es el de obtener la reparación por un daño subjetivo, individualmente considerado, causado por la acción o la omisión de una autoridad pública o de los particulares. Se insiste en este punto sobre la naturaleza indemnizatoria que evidencian las mismas, la cual configura una de sus características esenciales, así como en el contenido subjetivo o individual de carácter económico que las sustenta".* (Subrayado nuestro)

Esta característica esencial de la acción de grupo es referida por la jurisprudencia de la Corte como un "pago" que pareciera termina siendo la finalidad última de la acción de grupo, la sentencia C-215 de 1999 ha señalado; "*La doctrina ha definido como las acciones de grupo, cuyo objeto no es otro que obtener el reconocimiento y pago de la indemnización de perjuicios por los daños producidos a un derecho o interés colectivo. La diferencia sustancial entre la acción popular y la de grupo es que la primera pretende la protección de los derechos e intereses colectivos, mientras que la segunda persigue la reparación de un perjuicio por un daño común ocasionado a un número plural de personas".*

No obstante, el énfasis que se le da a la indemnización como *"pago"* por la reparación de perjuicios, resulta un poco atenuado con los desarrollos jurisprudenciales posteriores en materia de tipología de daños y de reparación integral, pues como lo veremos, permiten que a través de estas acciones se realicen reparaciones de tipo restaurativo de los derechos, lo cual en cierta forma termina siendo una manera de protección de estos.

[181] Se analizaron las sentencias C-215/99, C-732/00, C-1062/00, C-569/04, C-116/08 y C-242/12
[182] Sentencia T-528 de 1992 (la acción de grupo) *suponen la existencia, reclamo y demostración de un perjuicio o daño causado y cuya reparación se puede pedir ante el juez.* (subraya la Corte)
[183] Corte Constitucional. Demanda de inconstitucionalidad contra el articulo 55 (parcial) de la ley 472 de 1998. Sentencia C-1062 del 16 de agosto de 2000. M.P Alvaro Tafur Galvis.
[184] Sentencia T-678 de 1997.

2.1.2. LA REPARACIÓN DEL DAÑO DERIVADO DE LA VULNERACIÓN DE TODO TIPO DE DERECHOS, DE ORIGEN CONSTITUCIONAL O LEGAL, COLECTIVOS O SUBJETIVOS.

El artículo 55[185] de la ley 472 ha sido objeto de varios pronunciamientos jurisprudenciales, uno de los cuales es la sentencia de la Corte Constitucional C-1062 del 16 de agosto de 2000 mediante la cual se declaró exequible de manera condicionada la expresión "*derivadas de la vulneración de derechos o intereses colectivos"*.

Esta disposición es de particular importancia para este estudio debido a que, como vimos en el capítulo anterior, las demandas que se presentan por HC parten de la declaratoria de ECI en la cual se considera hay vulneración de derechos fundamentales, entre ellos, de manera puntual, la dignidad humana, por tanto, existía la duda si la acción de grupo al estar consagrada en el artículo 88 constitucional como forma de reparación por daños originados en la vulneración de derechos colectivos excluía la reparación por la vulneración de otro tipo de derechos, en dicho fallo la Corte considero: (…) *Lo anterior, toda vez que el propósito conjunto de los afectados de encausar una acción hacia la obtención de la reparación de su interés subjetivo el cual ha resultado lesionado hace que la acción de clase o de grupo no admita limitación alguna para su ejercicio, a través de una diferenciación específica de derechos tutelables, como sucede con otros mecanismos constitucionales de protección de derechos, v.gr. la acción de tutela, la acción de cumplimiento, la acción popular, etc.* (Subrayado nuestro)

De tal manera que declaró exequible la disposición censurada, pero de manera condicionada en el sentido de que ello no implica que la acción de grupo pueda interponerse

[185]ARTICULO 55. INTEGRACION AL GRUPO. <Aparte tachado INEXEQUIBLE. Aparte subrayado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> Cuando la demanda se haya originado en daños ocasionados a un número plural de personas por una misma acción u omisión, o por varias acciones u omisiones, derivadas de la vulneración de derechos o intereses colectivos, quienes hubieren sufrido un perjuicio podrán hacerse parte dentro del proceso, antes de la apertura a pruebas, mediante la presentación de un escrito en el cual se indique su nombre, el daño sufrido, el origen del mismo y el deseo de acogerse al fallo y de pertenecer al conjunto de individuos que interpuso la demanda como un mismo grupo. Quien no concurra al proceso**, y siempre y cuando su acción no haya prescrito y/o caducado de conformidad con las disposiciones vigentes**, podrá acogerse posteriormente, *dentro de los veinte (20) días siguientes a la publicación de la sentencia*, suministrando la información anterior, pero no podrá invocar daños extraordinarios o excepcionales para obtener una indemnización mayor y tampoco se beneficiará de la condena en costas.

solo por la violación de derechos colectivos, sino de cualquier tipo de derechos bien de origen constitucional o legal.

Igualmente, en la doctrina existe un conceso en torno del tema, así tratadistas como Arenas[186] expone el caso de la acción de grupo interpuesta por los daños ocasionados a la comunidad por el derrumbe del relleno sanitario de "doña Juana", fallado por el Consejo de Estado, el cual reconoce la reparación por vulneración de derechos fundamentales y en tal sentido dicta diversas medidas reparatorias incluso de tipo restaurativo. En similar sentido Lopez[187] concluye que la acción de grupo es eficaz como medio de reparación integral cuando se dan violaciones de derechos humanos, considera que la acción de grupo como forma de acceso a la justicia para la protección de intereses difusos y derechos colectivos al ser un instrumento de protección colectiva, ampara a todas las personas contra actos que violen sus derechos, independientemente de que existan otras acciones como sería la reparación individual la cual según el académico puede intentarse indistintamente y, en tal sentido, concluye que; *" la acción de grupo no hace referencia exclusiva a derechos constitucionales fundamentales, ni a derechos colectivos, toda vez que comprende toda clase de derechos subjetivos que puedan sufrir perjuicios o daños."*

Sin embargo, otros tratadistas como Martin Bermúdez[188] haciendo un análisis literal y restrictivo del contenido de los artículos 34, 46 y 65 de le ley 472[189] ha sostenido que el

[186] Arenas Mendoza, Hugo Andres. *Responsabilidad medioambiental del Estado.* Bogotá D.C. Pág. 215 y 216
[187] Lopez Cárdenas, Carlos Mauricio. *La acción de grupo: Reparación por violación a los derechos humanos*.
[188] Bermúdez Muñoz, Martin, *La acción de grupo: Normativa y aplicación en Colombia*. Bogotá D.C. (2007). Universidad del Rosario.
[189] ARTÍCULO 34. Vencido el término para alegar, el juez dispondrá de veinte (20) días para proferir sentencia. La sentencia que acoja las pretensiones del demandante de una acción popular podrá contener una orden de hacer o de no hacer, condenar al pago de perjuicios cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo en favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo, y exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o del interés colectivo, cuando fuere físicamente posible. La orden de hacer o de no hacer definirá de manera precisa la conducta a cumplir con el fin de proteger el derecho o el interés colectivo amenazado o vulnerado y de prevenir que se vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para acceder a las pretensiones del demandante. *Igualmente fijará el monto del incentivo para el actor popular*.
ARTICULO 46. (…) a acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de la indemnización de los perjuicios.
ARTICULO 65. CONTENIDO DE LA SENTENCIA. La sentencia que ponga fin al proceso se sujetará a las disposiciones generales del Código de Procedimiento Civil y además, cuando acoja las pretensiones incoadas, dispondrá: 1. El pago de una indemnización colectiva, que contenga la suma ponderada de las indemnizaciones individuales (…)

contenido de la sentencia de la acción de grupo, al ser de carácter indemnizatoria es decir pecuniaria, no podría contener medidas de tipo declarativo o restaurativo, más propias de la protección de los derechos fundamentales, en tal sentido Bermúdez expresa; *"14. En conclusión, si tenemos en cuenta la necesidad de distinguir las medidas que pueden tomarse mediante las dos acciones consagradas para la defensa de los derechos colectivos y si consideramos las decisiones específicas que debe adoptar el juez de la acción de grupo en la sentencia, habremos de concluir que en esta acción las medidas que pueden adoptarse son medidas de reparación pecuniaria, por equivalente, o indemnizatorias. Las medidas de restablecimiento necesarias para proteger la violación de un derecho colectivo deben ser adoptadas por el juez de la acción popular.*

No cabe en una concepción estricta de lo que debe entenderse por reparación admitir que en ellas sea posible incluir las medidas de restablecimiento y menos si la reparación de que estamos hablando está circunscrita a la denominada reparación por equivalente o indemnización."[190]

Consideramos que la jurisprudencia ha interpretado la reparación prevista en la acción de grupo en sentido amplio desde la sentencia C-1062 de 2000 como ya se vio, al declarar condicionada la exequibilidad de una parte del artículo 55, dejo claro que mediante la acción de grupo se podría proteger *toda clase de derechos constitucionales fundamentales y subjetivos de origen constitucional o legal,* lo cual lleva a concluir que siendo ello así, el contenido de la sentencia en la acción de grupo no es meramente indemnizatorio sino también restitutorio dependiendo de la naturaleza del derecho vulnerado.

En igual sentido y, de manera más reciente, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado de manera reiterativa que los derechos que se puede reparar a través de la acción de grupo son de toda índole; *la Sala reitera el criterio de que la reparación de perjuicios que se reclama a través de la acción de grupo puede derivarse de la vulneración de derechos de cualquier naturaleza y no necesariamente de derechos colectivos*[191].

Lo anterior permite concluir que es acertada la utilización de la acción de grupo como

[190]Bermúdez Muñoz, Martin, *La acción de grupo: Normativa y aplicación en Colombia.* Pág. 130
[191] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 26 enero de 2006. Rad. 25000-23-26-000-2001-00213- 01(AG)B M.P. Ruth Stella Correa

mecanismos para resarcir los daños causados como consecuencia del HC, pues este tiene como consecuencia la vulneración de múltiples derechos entre ellos fundamentales, lo que ha llevado precisamente a la declaratoria de ECI, igualmente la reparación estará determinada por el tipo de derecho que se pruebe vulnerado, lo que permite presumir que serán múltiples las modalidades de reparación como múltiples son los derechos afectados.

2.1.3. LA REPARACIÓN COLECTIVA COMO SUMATORIA DE LAS INDIVIDUALES, ¿ES APLICABLE EN LA REPARACIÓN POR HACINAMIENTO CARCELARIO?

El articulo 65 numeral 1 de la Ley 472[192] establece que el pago de la indemnización colectiva es la sumatoria de las indemnizaciones individuales, lo anterior pareciera no ser asunto sobre el cual exista polémica y ha sido interpretado por la jurisprudencia sin mayores complejidades y en su tenor literal, por lo que en palabras sencillas podemos decir que la reparación colectiva surge de la sumatoria de las individuales la cual a su vez se dividirán en los miembros del grupo demandante incluidos los que luego se hagan parte para efectos de determinar el monto de la reparación de cada uno.

Pero en las acciones de grupo por HC, ¿es posible decir que sucede exactamente eso?, es decir, ¿la reparación colectiva es la sumatoria de las individuales?

Recordemos que la manera como se establece la reclamación en las demandas estudiadas de las acciones de grupo, la regla que se repite en todas, es que el daño está dado por el número de días de privación de libertad, lo cual lleva a que la reparación sea la misma para todos los integrantes del grupo individualmente considerados si el tiempo de privación es el mismo, pero si los tiempos son diferentes, habrá necesidad de establecer subgrupos dependiendo del tiempo de privación de la libertad, pues en este caso no es la misma situación de afectación para todos los miembros del grupo.

Sobre el particular tratadistas como Bermúdez[193] explican que en las acciones de

[192] Ley 472 articulo 65 CONTENIDO DE LA SENTENCIA. La sentencia que ponga fin al proceso se sujetará a las disposiciones generales del Código de Procedimiento Civil y, además, cuando acoja las pretensiones incoadas, dispondrá: 1. El pago de una indemnización colectiva, que contenga la suma ponderada de las indemnizaciones individuales. (…)

[193] Bermúdez Muñoz, Martin, *La acción de grupo: Normativa y aplicación en Colombia*. Bogotá D.C. (2007). Universidad del Rosario. Pág. 132

grupo el daño no se acredita respecto de cada víctima individualmente considerada, por eso puede suceder que la víctima individual no sea resarcida integralmente por cuanto su daño puede ser mayor que el de los otros, o incluso que, unos que no recibieron daño, termine siendo reparados por la sola pertenecía al grupo, sin embargo, anota, que el valor del daño sufrido por el grupo resulta del *daño estimado para cada uno de sus integrantes*, en tal sentido, el daño no resulta de establecer el daño sufrido por cada víctima y luego sumarlo sino de un valor ponderado de los daños individual sufridos.

Bermúdez considera que, el daño reparable en la acción de grupo es solo aquel que resulta de la relación del grupo respecto de la causa generadora del daño y en lo cual reúnen condiciones de uniformidad, homogeneidad o similitud. *Las condiciones uniformes del grupo en relación con el daño no implican exigir que los daños sufridos por las victimas sean idénticos en su cuantía, pero si exigir que se trate de daños con las características anteriormente señaladas*[194].

Para Santofimio[195] la acción de grupo es el mecanismo mediante el cual se resarcen los daños y perjuicios por la afectación de derechos colectivos, el daño colectivo es aquel que no afecta a personas en particular, sino a la comunidad en su totalidad, por ende, lo verdaderamente importante en materia del daño colectivo es la afectación a todo el conglomerado de manera presente o futura, por tanto en estos casos nunca se discuten situaciones particulares de ninguno de los miembros del grupo.

En conclusión, en ciertos casos, en donde la amplitud del grupo y la diversidad de las circunstancias particulares de cada víctima suelen ser diferentes[196], como puede ser con el HC, la situación sí puede generar distorsiones en cuanto a lo justo y acertado de la reparación si se establece un mismo daño individual para todos los miembros del grupo. Por ello, la

[194] Ibid. Pág. 134
[195] Santofimio Gamboa, Jaime. *Acciones Populares y medidas cautelares en defensa de los derechos e intereses colectivos*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. D.C. 2010. Pág. 35 y 36
[196] Al respecto, hay un precedente expuesto por Lopez Cardenas en su libro *La acción de grupo: Reparación por violación a los derechos humanos*, que es el caso de los Taxis en la ciudad de Nueva York en donde fue tal la diversidad de personas afectadas y la diferencia en los montos que se establecieron reparaciones por grupos.

jurisprudencia[197] ha venido desarrollando mecanismos que permitan ser más asertivos en la individualización del daño tales como la creación de grupos de víctimas.

En los casos de acciones de grupo por HC fallados por el Consejo de Estado[198] se han ingeniado complejos sistemas para determinar los dos factores que inciden de manera diferente en el daño padecido individualmente por cada persona; el grado de hacinamiento y el tiempo de privación de libertad. Ello ha permitido establecer grupos de personas dependiendo del nivel de hacinamiento y del tiempo trascurrido en prisión, en el caso por ejemplo de la cárcel de Cali, se establecieron 24 rangos diferentes para el factor tiempo con indemnización diferentes para cada rango, y para el porcentaje de hacinamiento, se establecieron porcentajes que van del 7% al 800% a lo cual también se le asignó una indemnización diferente para cada nivel y, luego, se cruzaron ambos factores mediante una fórmula matemática[199] para determinar la reparación que le correspondería a cada uno de los integrantes del grupo individualmente considerado.

Lo anterior llevaría a concluir que la formula una vez aplicada a cada uno de los miembros del grupo de manera individual daría la reparación individual de cada uno cuya sumatoria seria el monto de la reparación colectiva, lo cual daría cumplimiento a lo establecido en el artículo 65 de la ley 472, sin embargo, eso no es lo que concluye el fallo, sino que elabora otra fórmula para efectos de determinar la reparación colectiva, lo cual en nuestro criterio estaría desdibujando lo establecido en la disposición legal, pues no se hace estrictamente una sumatoria ponderada de las reparaciones individuales, sino que se aplica una fórmula de reparación colectiva, ponderando los dos factores tiempo y hacinamiento, como lo veremos con mayor claridad en el capítulo tercero.

---

[197] En sentencias como las que veremos a continuación (relleno sanitario de Doña Juana y Rio Anchicayá), la creación de subgrupos para efectos de establecer las reparaciones han resultado de suma utilidad para resolver estos problemas.

[198] Fallos del Consejo de Estado cárcel El Cunduy de 20 de noviembre de 2020 y cárcel de Cali de 18 de noviembre de 2024.

[199] La sentencia dispuso que; *165. Cada integrante del grupo afectado será indemnizado según el tiempo (T) que estuvo recluido, y el hacinamiento (H) que padeció durante ese tiempo. Ambos factores inciden en igual proporción en la intensidad del daño, por lo que el valor indemnizatorio de cada uno será multiplicado por 0,5 y la sumatoria de ambos será el monto de la indemnización (i) correspondiente. 166. Esto se representa en la siguiente fórmula:* ***(T x 0,5) + (Hx0.5) = i***

2.2. EL RECONOCIMIENTO DEL DAÑO INMATERIAL POR HACINAMIENTO CARCELARIO EN LA ACCIÓN DE GRUPO

Una de las mayores dificultades que consideramos entraña la interposición de acciones de grupo como medio para lograr reparaciones por daños inmateriales generados como consecuencia del HC, es lo referente a la demostración del daño inmaterial, pues al menos hasta la presente, estos daños no encajan dentro de aquellos que la jurisprudencia estima se pueden presumir[200], en los demás casos la circunstancia de padecimiento, dolor, congoja y demás que padece la persona como consecuencia del daño recibido en su fuero interno y por lo cual se reclama la reparación moral debe ser debidamente probado.

Lo anterior lleva a considerar que para darse el reconocimiento del daño inmaterial en acciones de grupo, resulta necesario establecer y probar la afectación individual de cada uno de los miembros del grupo, lo cual no se podría hacer de manera meramente estimatoria como lo sugiere Bermúdez[201] sino de manera concreta, individual y precisa, salvo aquellos casos en que se pueda presumir, que pareciera no vendrían al caso del HC, pues no encaja en las presunción establecidas por la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Esta ha sido precisamente una de las razones por las cuales algunos tratadistas han considerado que la acción de grupo no es el medio idóneo para indemnizar situaciones de violaciones a derechos fundamentales, pues al colectivizarse la reparación se impide una adecuada reparación integral[202].

---

[200] La jurisprudencia del Consejo de Estado a partir de las llamadas sentencias octillizas de 2014 estableció la presunción de ciertos daños morales como los padecidos por los familiares de la persona que muere o sufre lesiones personales, o por los casos de privación injusta de libertad dependiendo de los días que estuvo privado de la libertad y hasta cierto grado de consanguinidad, pues dentro de estos grados, como entre padres e hijos, las relaciones de afecto se presumen y no requieren ser probadas, en todos los demás casos se requiere probar dicha relación de afecto.

[201] Bermúdez Muñoz, Martin, *La acción de grupo: Normativa y aplicación en Colombia*. Bogotá D.C. Universidad del Rosario 2007. Pág. 135

[202] Esta apreciación es mencionada por Bermúdez en su obra La Acción de Grupo citando a Luigi Ferrajoli y recogida por Lopez Cardenas en su tesis de maestría La Acción de Grupo: Mecanismo Adecuado y Efectivo para Reparar Graves Violaciones a los Derechos Humanos. Universidad del Rosario.

Tratándose de una acción en donde no todos los miembros del grupo acuden al proceso, resulta ciertamente difícil poder establecer el daño moral en cada uno de ellos, pues como ya dijimos estos surgen de la órbita interna de cada persona, no obstante, bajo criterios de equidad se ha establecido en no pocos casos[203] parámetros para fijar una suma representativa del daño moral y repartirlo por igual entre las víctimas y, es eso precisamente, lo que podría causar o bien reparaciones sub valoradas o sobre valoradas, pues las circunstancias del padecimiento y de la afectación individual de cada personas no necesariamente es la misma por el simple hecho de que se trate de un daño cuyas causas y efectos le sean uniformes a un grupo de personas.

En algunas casos como en el desplazamiento forzado, se ha considerado que el daño moral no requiere ser probado, pues el dolor y afectación moral que este causa es un hecho notorio[204], sin embargo, ello no soluciona la inquietud aquí planteada sobre la sub o sobre valoración del daño habida cuenta de que si bien ello puede ser un hecho notorio, ¿es de la misma intensidad, severidad y afectación para todos los miembros del grupo?, ¿es lo mismo la afectación que sufriría un padre de familia con hijos menores de edad y con fuertes lazos de arraigo, al ser desplazado, que el de un joven sin familia y con intenciones de emigrar?, o ¿será el mismo padecimiento el que sufre un desplazado con propiedad en el territorio que quien no posee nada en este?

Es cierto que una forma de evitar estas distorsiones es la creación de sub grupos de víctimas, lo cual permite ser más certeros a la hora de estimar los perjuicios padecidos por

[203] Uno de estos casos fue el del desplazamiento forzoso que sufrieron los habitantes del corregimiento de La Gabarra, Municipio de Tibu, Norte de Santander en mayo de 1999, en donde el Consejo de Estado en sentencia de la Sección Tercera del 26 de enero de 2006 estableció que, el daño moral en estos caso de desplazamiento constituía un "*hecho notorio, pues (…)No es necesario acreditar el dolor, la angustia y la desolación que sufren quienes se ven obligados a emigrar del sitio que han elegido como residencia o asiento de su actividad económica, abandonando todo cuanto poseen, como única alternativa para salvar sus vidas, conservar su integridad física o su libertad, sufriendo todo tipo de carencias y sin la certeza del retorno, pero sí de ver aún más menguada su precaria condición económica, social y cultural. Quienes se desplazan forzadamente experimentan, sin ninguna duda, un gran sufrimiento, por la vulneración múltiple, masiva y continua de los derechos fundamentales, como lo ha señalado reiteradamente la Corte Constitucional."* Y, en tal sentido, estableció la reparación de manera colectiva en 50 smlmv para cada una de las victimas sin más distingo ni consideraciones.

[204]Lopez Cárdenas, Carlos Mauricio. *La acción de grupo: Reparación por violación a los derechos humanos*. Bogotá D.C. Editorial Universidad del Rosario. 2011 página 149

los miembros del grupo, así se podría, respondiendo a la pregunta anterior, establecer por ejemplo; grupos por edades, por propietario o no de tierras, por sexo o por condiciones médicas o de limitación física, sin embargo, consideramos que en la medida en que no sea posible establecer el daño inmaterial de cada víctima individualmente considerada siempre existirá una cierta distorsión y, posiblemente, se comprometa la reparación justa de la víctima, por supuesto que establecer la precisa magnitud del daño moral de cada integrante del grupo supondrá un dispendioso trabajo probatorio y judicial.

Una de las mayores dificultades que se presenta con la acción de grupo es la tasación de la reparación individual (monto), lo cual es necesario para efectos de poder llegar a la reparación colectiva, pues la disimilitud de los integrantes del grupo, las circunstancias particulares de cada individuo, las dificultades probatorias, lo extenso de algunos grupos y las situaciones de población vulnerable que se presenta en muchos casos, dificultan esta individualización del monto de la reparación, razón por la cual en no pocas oportunidades se acude a criterios de equidad generalmente bajo el *arbitrio juris* para efectos de determinar la reparación.

Sobre el criterio de equidad establecido en el artículo 16 de la ley 446 de 1998, Bermúdez[205] considera que en todo proceso de reparación la víctima debe siempre probar el daño, no obstante y tratándose de las complejidades propias de la acción de grupo, y ejemplificada con el caso de los pescadores de un rio que se ven perjudicados por la contaminación de este, pueden establecerse criterios de equidad como forma de establecer el monto de la reparación, mas no el daño en sí mismo, aclarando que el criterio de equidad riñe con el de reparación integral, pues como ya se dijo, puede que ello lleve a que se conceda más o menos de lo que en estricta justicia le correspondería a la víctima.

En la reparación colectiva en donde la reparación individual se colectiviza en virtud del principio de equidad, puede suponer el desconocimiento de la reparación integral en el sentido individual de cada uno de los miembros del grupo, pues así se establezca subgrupos siempre la reparación va a ser de todas formas colectiva, lo que no elimina de manera absoluta

[205] Bermúdez Muñoz, Martin, *La acción de grupo: Normativa y aplicación en Colombia*. Pág. 138

que haya una cierta distorsión en la reparación individual, también cabe la duda sobre si la representación de todos los posibles integrantes del grupo fue la adecuada, ya que, aunque el artículo 56 de la ley 472 permite solicitar la exclusión del grupo, esto antes de ser una garantía para la reparación integral es una dificultad adicional; mayores tiempos y costos para la víctima, quien tendrá que iniciar una acción individual, eso, si es que logra demostrar que sus intereses no fueron representados en forma adecuada dentro de la acción de grupo o solicitó su exclusión oportuna del grupo.

Ahora, en el caso del HC como lo iremos viendo a lo largo de este trabajo, lo que se reclama como daño es una evidente afectación de la dignidad humana, cuya reparación conforme con desarrollos jurisprudenciales[206] más reciente tanto nacionales como internacionales, han determinado que este tipo de daños se repara con medidas no pecuniarias de satisfacción y de no repetición, y solo excepcionalmente, como se expuso en el capítulo I cuando tratamos el daño a BDCCP, procedería medidas de carácter pecuniario, sin embargo, la excepcionalidad se ha convertido en la regla y se ha privilegiado la reparación pecuniaria por encima de la restaurativa[207].

Por otro lado, la reparación de daños inmateriales no necesariamente requiere individualizar el daño en cada individuo, pues al ser una afectación colectiva cuya reparación se debe de dar a través de medidas restaurativas que buscan reconstruir la dignidad de la víctima y el tejido social afectado, por tanto no es una reparación en términos estrictamente patrimoniales, no requiere de esa individualización, lo cual surge de la concepción originaria de la acción de grupo como mecanismo eminentemente reparatoria en épocas en donde esa reparación no se entendía de forma diferente a la compensación económica.

---

[206] Al respecto ver sentencias de unificación del Consejo de Estado de 14 de septiembre de 2011 exp. 19031 y 38222 y 28 de agosto de 2014 exp. 32988, en esta última se citan algunos fallos de la Corte IDH en los cuales se ha aplicado el estándar de reparación integral por violación de derechos humanos; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y Costas, sentencia del 24 de noviembre del 2006, serie C, n.° 158, párrs. 128; Corte Europea de Derechos Humanos, 18 de noviembre del 2010, *Consorts Richet et Le Ver c/Franci*a, n.° 18990/07 y 23905/07; Corte Europea de Derechos Humanos, Gde, CH., 17 de abril del 2012, *Ilyushkin et a. c/Rusia*, n.° 5734/08; Corte Europea de Derechos Humanos, Gde Ch., 17 de abril del 2012, *Kalinkin e a. c/Rusia*, n.° 16967/10; Corte de Justicia de la Unión Europea, 29 de julio del 2010, *Commision c/ Austria*, n.° C-189/09, Rec. P. I-00099.

[207] Al respecto ver la crítica de Aranque Ariza en el Capítulo I punto 5.2.3 pie de página 103

2.2.1. LA REPARACIÓN INTEGRAL EN LA ACCIÓN DE GRUPO

La reparación integral entendida como aquella que busca en lo posible volver a la víctima al estado en que se encontraba antes de la vulneración de sus derechos, y que tiene como finalidad la verdad, justicia, reparación y no repetición, y surge de la necesidad de una adecuada reparación a las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario, es algo de reciente desarrollo jurisprudencial.

En efecto, solo partir de los trabajos en el seno de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas que tuvo como resultado la resolución 60/147 de 16 de diciembre de 2005[208] que estableció los principios y directrices básicos en materia de reparación integral los cuales comenzaron a ser incorporados paulatinamente en nuestro ordenamiento jurídico interno a través de diversos fallos tanto de la Corte Constitucional[209] como del Consejo de Estado[210] en los que se realizó control de convencionalidad[211] en función del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, es que se empieza a considerar la reparación integral en función de que; *todo abuso o desbordamiento arbitrario del poder público que vulnere los derechos de los asociados y se materialice en daños antijurídicos genera un deber para el Estado de (i) restituir; (ii) indemnizar; (iii)*

[208] Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones

[209] Al respecto ver las sentencias C-979 de 2005; T-188 de 2007; T-821 de 2007; T-458 de 2010

[210] Al respecto ver las sentencias de 19 de octubre del 2007, exp. 29273, M. P Enrique Gil Botero, la cual se considera precursora en la materia; sentencia de 20 de febrero del 2008, exp. 16996; 14 de septiembre de 2011, exp. 19031 y 38222; 7 de febrero del 2011, exp. 34387; y 28 de agosto de 2014 exp. 32988

[211] Al respecto resulta importante la explicación que la sentencia de unificación del Consejo de Estado de 28 de agosto de 2014 exp. 32988, sobre que el juez de daños en el ámbito contencioso administrativo es un juez de convencionalidad, por lo que le corresponde garantizar el cumplimiento, respeto y garantía de los derechos humanos y establecer la responsabilidad del Estado y el daño antijurídico derivado del incumplimiento del estándar funcional. También es importante resaltar el "efecto útil" que la Corte IDH ha dado en llamar a la función de control de convencionalidad, con lo cual; *se garantiza que los instrumentos internacionales no queden mermados o anulados por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos*.

rehabilitar; (iv) satisfacer y (v) adoptar garantías de no repetición, tal y como lo expreso la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 2014[212] sobre daño a BDCCP.

En principio podría pensarse en que este tipo de reparación obedece y se justifica en aquellos casos que tienen un gran impacto en el tejido social, que produce profundas heridas en la sociedad, que compromete incluso la legitimidad del Estado mismo y que generalmente están asociados con crímenes de guerra o lesa humanidad, como sucede con el desplazamiento forzoso, la desaparición forzosa, ejecuciones extrajudiciales, tortura, secuestros, en el ámbito de los cuales es en donde se ha desarrollado precisamente la jurisprudencia que ha venido introduciendo estos conceptos de reparación integral.

Sin embargo, y de manera más reciente y cada vez más frecuente, estos criterios se han venido aplicando a casos que si bien no tienen la gravedad de los enunciados, si implican la vulneración de derechos fundamentales, entre ellos la dignidad humana y, por tanto, se han aplicado, con las particularidades propias de estos casos, criterios de reparación integral.

A continuación veremos algunos antecedentes jurisprudenciales relevantes en materia de reparación integral con criterios de equidad en acciones de grupo que si bien no tienen la connotación de casos de graves violaciones de derechos humanos o derecho internacional humanitario, si son casos de gran importancia cuyas sentencias son consideradas precursoras en materia de reparación integral en acciones de grupo; el primero el caso de la ciudadela Santa Rosa en la ciudad de Bogotá D.C., el segundo caso es el derrumbe del relleno de "doña Juana" y, el tercero, la sentencia del Consejo de Estado de revisión eventual en la acción de grupo interpuesta por las afectaciones ambientales por vertimientos de lodos de la presa del "rio Anchicaya", y en el capítulo III veremos cómo aun en el caso de acciones de grupo por HC falladas por el Consejo de Estado, se aplica este concepto de reparación integral, aunque no se desarrolle de manera adecuada.

2.2.1.1. EL CASO DEL DERRAMA DE CRUDO DEL OLEODUCTO TRASANDINO[213]

[212] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sala Plena. Exp. 32988. Sentencia del 28 de agosto de 2014. M.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.
[213] Consejo de Estado. Sala de lo Contenciosos Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 13 de mayo de 2004. Rad. 52001-23-31-000-2002-00226-01 (AG) M.P. Ricardo Hoyos Duque

Si bien este caso puede ser considerado como pionero en la reparación de daño ambiental mediante acciones de grupo, debido a las afectaciones que el derrame de crudo del oleoducto Trasandino ocasiono al rio Rosario y sus afluentes, con lo cual se afectó las actividades de pesca y agricultura de la comunidad de Tumaco, la verdad es que poco aportó al desarrollo de la reparación integral, pues si bien ordeno una reparación por daños materiales con base en la valoración de daños realizada por CORPONARIÑO, la cual no fue tachada por los demandantes ni acreditaron valores diferentes y, si bien, reconoce que estas pérdidas materiales pueden llevar implícito afectaciones de orden moral[214], consideró que esta no fueron probadas y, por tanto, no ordeno ningún tipo de reparación en tal sentido.

El fallo tampoco se ocupó de estudiar medidas restaurativas, o de no repetición, como hubiere podido ser impartir determinadas órdenes a ECOPETROL (a quien se encontró solidariamente responsable del daño), para mejorar sus estándares y procedimientos de operación de las válvulas de control de oleoducto, del debido cuidado y custodia de sus instalaciones o de recuperación del daño ambiental, como sería lo propio dentro de una concepción de reparación integral con medidas de tipo restaurativo.

La razón de ello es que para la fecha de este fallo no se habían incluido en nuestra jurisprudencia los estándares internacionales comentados anteriormente, la acción de grupo se consideraba como un mecanismo puramente indemnizatorio, el concepto de reparación integral fue algo que empezó a evolucionar a partir del 2006 en fallos que como lo veremos a continuación empezaron a incorporar estos criterios.

2.2.1.2. CASO CIUDADELA SANTA ROSA EN BOGOTÁ D.C.[215]

[214] Estableció la sentencia que, *En consecuencia, aunque en eventos como el presente, la pérdida de los bienes materiales destinados a la subsistencia o comercialización puede causar perjuicios morales, en el caso concreto no se reconocerán porque éstos no se acreditaron directamente ni se encuentran probados otros hechos de los cuales puedan inferirse tales perjuicios.*

[215] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 18 de octubre de 2007. Rad. 25000-23-27-000-2001-00029-01(AG). M.P. Enrique Gil Botero.

Esta sentencia de 2007 guarda particular importancia para nuestro estudio, pues por un lado el magistrado ponente, de oficio, decidió realizar una consideración sobre otra tipología de daños más allá de los materiales y morales, los cuales no habían sido pedidos en la demanda, consistentes en la alteración en las condiciones de vida de los moradores de la urbanización quienes, además, de la afectación material de sus viviendas debido a los problemas geológicos que afectaron la estabilidad y construcción de las mismas, vieron truncado un proyecto de vida y, por tanto, a partir de la *presunción como medio probatorio*, estableció una reparación pecuniaria de 30 smlmv para cada uno de los moradores de la urbanización por el *cambio anormal de los hábitos en función de la proyección vida.*

Por otro lado, empleo el concepto de reparación integral, en el sentido de preguntarse si siendo la acción de grupo una acción de carácter eminentemente reparatorio ¿era viable adoptar órdenes de hacer, en desarrollo del reconocimiento de la indemnización de perjuicios? A lo cual respondió afirmativamente, al considerar que la afectación a derechos o interese colectivos, puede conllevar que al momento de *reparar el daño de manera integral*, el juez deba atender medidas propias de estos derechos, que como se ha evidenciado en la evolución de las acciones populares, demanda en muchas oportunidades la necesaria adopción de medidas diferentes a la simple indemnización patrimonial del daño, y en tal sentido, consideró que si bien los daños en las viviendas afectaban derechos individuales como el de la propiedad, también afectaba derechos colectivos como la "seguridad pública" y la "calidad de vida" de los habitantes, por lo cual, las medidas de reparación meramente pecuniarias resultaban insuficientes para el restablecimiento y plena realización de estos derechos colectivos, por tanto, impartió ordenes de reubicación de los moradores de la urbanización Santa Rosa como medida de satisfacción.

Como podemos observar, la anterior sentencia tiene particular relevancia pues establece la posibilidad de utilizar la presunción como herramienta para establecer cierto tipo de daños, incluso no reclamados por los demandantes, y la procedencia de la reparación integral a partir de emitir órdenes a las autoridades administrativas, lo cual resulta relevante en el caso del HC por las dificultades probatorias que estas puedan implicar y, porque, una verdadera reparación integral a las víctimas de violaciones a la dignidad humana pareciera

indicar la necesidad de poder impartir determinadas ordenes, pues la simple reparación pecuniaria a todas luces resultaría insuficiente ya que esta por sí sola no permite que cese la vulneración de la dignidad humana.

2.2.1.3. CASO DEL RELLENO SANITARIO DE "DOÑA JUANA"[216]

En este caso, el magistrado ponente considero que los derechos conculcados se concretaron en los derechos inmateriales; a la intimidad, a la recreación y a la utilización del tiempo libre de los afectados con la catástrofe ambiental y para establecer la reparación del daño moral por encontrar que la situación produjo miedo y angustia en la población afectada, pero ante la imposibilidad de establecer el mayor o menos grado de angustia y miedo en cada uno de los miembros del grupo para efecto de poder establecer la reparación colectiva, determino el monto de la indemnización con base en criterios de equidad y subdividió a las víctimas en grupos según la cercanía en metros con el foco emisor de la contaminación, sin embargo, como lo considera Lopez[217] *esta indemnización decretada en termino genéricos – bajo argumentos de equidad- puede confundirse con situaciones arbitrarias*, pues aunque se aplicó este parámetro para la reparación moral, no se hizo lo mismo para los perjuicios materiales respecto de las personas que tuvieron afectaciones económicas por la desvalorización de sus viviendas, por cuanto allí si se consideró que ello requería de *prueba técnica* consistente en un avaluó comercial de los bienes individualmente considerados por sus áreas y características arquitectónicas y que permitieran establecer el valor de los inmuebles antes y después de la ocurrencia de los hechos, prueba que no fue aportada al proceso.

En efecto, en este caso la Sala empleo una consideración puramente de equidad para establecer el monto de las reparaciones por los daños inmateriales y derivados de afectaciones

[216] Consejo de Estado. Sala de lo Contenciosos Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 1 de noviembre de 2012 Rad. 25000-23-26-000-1999-00002-04(AG) M.P Enrique Gil Botero.
[217] López Cárdenas, Carlos Mauricio, & Nieto Rodríguez, M. A. (2015) *La acción de grupo como mecanismo de reparación de daños individuales por perjuicios ambientales*. Bogotá D.C. Universidad del Rosario. https://repository-urosario-edu-co.ez.urosario.edu.co/handle/10336/18438

de bienes convencional y constitucionalmente protegidos y se reconoció una suma fija para los integrantes de cada uno de los tres subgrupos en los cuales se subdividió el grupo demandante en función de la mayor afectación según la mayor cercanía con el foco del derrumbe.

El criterio de equidad empleado para fijar el monto de la reparación, en consonancia con el criterio de presunción de ciertos daños fijada en el caso anterior, va conformando una serie de importantes herramientas para la reparación en las acciones de grupo por HC, en donde como ya se dijo, hay ciertas dificultades probatorias, especialmente del daño individual, lo que siguiendo la línea jurisprudencial de los casos aquí analizados puede aportar soluciones.

2.2.1.4. EL CASO DEL RIO ANCHICAYÁ. MECANISMO DE REVISIÓN EVENTUAL Y SENTENCIA DE UNIFICACIÓN[218]

Previo a esta sentencia de unificación resulta importante la sentencia que en el mismo mes y año emitió el Consejo de Estado relacionado con los reclamos de la comunidad indígena Emberá Katío del resguardo Mondó Mondocito, ubicada en Tadó (Chocó), por el desplazamiento forzado sufrido por esta comunidad en que ordena su reparación integral, especialmente en el ámbito inmaterial[219].

En este caso, considero la Sala que los perjuicios morales pueden ser presumidos o inferirse con la sola prueba del daño, pues tanto la jurisprudencia de la Corporación como la Corte IDH han reconocido que *es natural de la condición humana que toda persona sometida a tratos contrarios a la integridad personal y al derecho a una vida digna experimente un profundo sufrimiento, angustia, miedo e inseguridad, por lo que este perjuicio no requiere más prueba de la que sirvió para acreditar el daño mismo.*

[218] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sala Primera Especial de Decisión. Sentencia de 10 de junio de 2021. Rad. 76001-23-31-000-2002-04584-02(AG)REV-SU**.** M.P. María Adriana Marín.
[219] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Subsección B. Sentencia del 2 de junio de 2021. Rad. 27001-23-33-003-2014-00046-01(AG) M.P. Alberto Montaña.

De manera oficiosa identifico la ocurrencia de daño a BDCCP para lo cual decreto una reparación pecuniaria sin indicar la razón de la procedencia de esta conforme las reglas de unificación sobre la materia que han establecido esta reparación como de carácter excepcional y siempre que no sean procedentes medida de carácter restaurativo, no obstante, que también decreto medidas de justicia restaurativa que considero procedentes y útiles.

En cuanto a la sentencia de unificación, la Sala especial de Decisión No 1 del Consejo de Estado al resolver el mecanismo de revisión eventual y a diferencia del caso anterior, decidió aplicar criterios de equidad para determinar el monto de las reparaciones tanto para los daños materiales como inmateriales. La Sala encontró acreditada la afectación ocasionada a la comunidad ribereña del rio Anchicayá debido a las descargas de lodos por la operación de la hidroeléctrica, lo cual afecto los recursos agrícolas de la zona.

La Sala Consideró que si bien en el acervo probatorio no obra una prueba que permita determinar con exactitud la cuantía de los perjuicios sufridos por los demandantes, no se puede ignorar las consecuencias nocivas del vertimiento de sedimentos en la vida de las comunidades afro asentadas en la ribera del río Anchicayá y, por tanto, con fundamento en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, se aplicó el principio de equidad en aras de lograr la reparación integral del daño.

En tal sentido, haciendo reiteración de jurisprudencia previa de la corporación que atribuye al principio de equidad funciones no solo interpretativas de la ley sino también para definir tópicos inclusive de naturaleza probatoria[220], procedió a fijar los montos de reparación del daño emergente, aun reconociendo la ausencia de pruebas, en un salario mínimo mensual del año 2021 (año en que se profiere la sentencia) para cada uno de los afectados; para el lucro cesante, no obstante reconocer la misma ausencia probatoria, lo estableció en un salario mínimo mensual de 2001 y hasta el 2008 (lapso de tiempo que se consideró constitutivo de lucro cesante) dando un valor de sesenta y cuatro millones de pesos para cada uno de los

[220] Consejo de Estado, sentencia del 1º de octubre de 2008 exp. 27268, M.P. Enrique Gil Botero. En el mismo sentido; sentencia del 24 de marzo de 2011 exp. 19032, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, sentencia del 28 de marzo de 2012 exp. 22163, M.P. Enrique Gil Botero, y Subsección B sentencia de 29 de octubre de 2015, exp. 2002-00351, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

integrantes del grupo, y en cuanto al daño moral, también lo reconoció sin ninguna exigencia probatoria y lo fijo en un salario mínimo para todos y cada uno de los integrantes del grupo.

La anterior decisión al ser de unificación pretendió fijar una postura jurisprudencial relacionada con el reconocimiento del daño moral y a la salud a favor de sujetos de especial protección constitucional, en este caso comunidades afrodescendientes, sobre lo cual dispuso; *OCTAVO: UNIFICAR la jurisprudencia del Consejo de Estado con respecto a los criterios que permiten el reconocimiento de perjuicios morales a favor de sujetos de especial protección constitucional, en el sentido de señalar que la intervención de un sujeto de especial protección constitucional no será un criterio determinante al momento de reconocer daños morales y daños a la salud, debido a que en todo caso, las características de cierto, personal y directo deben quedar probadas, pero, por otro lado, la situación de vulnerabilidad sí resultará determinante al momento de reconocer daños a otros bienes constitucional y convencionalmente protegidos, debido a que el juez competente deberá evaluar si se violó un interés jurídicamente protegido tanto por el ordenamiento jurídico nacional como por los instrumentos de derecho internacional aplicables al caso.* (Subrayado nuestro)

Lo anterior parecería estar unificando no solo sobre la incidencia que para el reconocimiento de daño a bienes constitucional y convencionalmente protegidos tendría la condición de ser las victimas personas objeto de especial protección constitucional, sino también que el reconocimiento de daño moral y la salud mantengan sus características de ser cierto, personal y directo, como lo ha sostenido de siempre la jurisprudencia con excepción de aquellas circunstancias en que por desarrollo jurisprudencial se presume el daño.

Sin embargo, la sentencia al hacer el análisis del daño moral, como ya lo dijimos, y ante la ausencia total de prueba para su acreditación, decido presumirlo y fijar el monto con base en criterios de equidad, lo cual resulta contradictorio y deja dudas sobre cómo debe procederse en materia de reconocimiento del daño moral y a la salud, en donde pareciera ser,

aunque no lo dice así la parte de unificación, que al tratarse de población vulnerable también cabe la presunción de estos daños[221].

3. EL PRINCIPIO DE EQUIDAD Y LA SOLIDARIDAD COMO CRITERIO DE REPARACIÓN INTEGRAL: ¿ES APLICABLE EN LA ACCIÓN DE GRUPO POR HACINAMIENTO CARCELARIO?

No hay duda que hoy en día los fines de la reparación integral implican necesariamente la posibilidad de acudir a criterios de equidad y solidaridad para poder establecer reparaciones en casos en donde la situación de vulnerabilidad, pobreza, marginalidad o dificultades probatorias implican la necesidad de acudir a estos principios reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico.

Según trabajo de tesis de Morales[222] en el que analizó la aplicación de la reparación integral en las acciones de grupo falladas por el Consejo de Estado entre 2000 y 2020, establece que, *la reparación integral ha venido siendo efectivamente incorporada dentro de los fallos del Consejo de Estado de manera progresiva*, pudiéndose concluir que hoy en día existe una línea jurisprudencial consolidada en cuanto a la reparación integral en las acciones de grupo, partiendo de una sentencia fundadora[223] la de Gil Botero de 2007 (Ciudadela Santa Rosa), la hito también de Gil Botero de 2012 (relleno de Doña Juana) y la arquimedica de Gabriel Valbuena de 2020 (Diputados del Valle), a lo que añadiríamos la que es hasta el

[221] Este mismo razonamiento ya se había hecho con anterioridad en el caso de la acción de grupo por desplazamiento forzado en La Gabarra (Norte de Santander) corresponde al expediente n.º 25000-23-26-000-2001-00213-01 (AG)B, sentencia emitida el 26 de enero de 2006 por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo.

[222] Morales Piramanrique, Xiomara. (2021) *Aplicación del principio de reparación integral en las acciones de grupo falladas por el consejo de estado (2000-2020), para resarcir de forma efectiva a las víctimas.* Bogotá D.C. Trabajo de Tesis Universidad del Rosario *Instname:Universidad del Rosario*. https://doi.org/10.48713/10336_31979

[223] Morales Piramanrique sigue la línea doctrinaria de Lopez Medina en su obra *"El Derecho de los Jueces"* sobre la forma de construcción jurisprudencial a partir de una sentencia fundadora, otro hito y la arquimedica.

momento la más reciente, la sentencia de revisión eventual con fines de unificación de María Adriana Marín de 2021 (rio Anchicayá).

No obstante lo anterior, aun en casos de afectaciones ambientales, no existe un consenso sobre la reparación integral del daño, en algunos casos se ha reconocido y en otros no[224], si bien hay avances en materia de la reparación integral en las acciones de grupo, aún no se logra una aplicación plena del estándar de reparación integral entendiendo por ello la indemnización, restitución, rehabilitación, satisfacción y no repetición. Siguiendo el análisis jurisprudencial realizado[225], en la mayoría de los casos fallados en el periodo analizado se decretaron medidas de carácter puramente indemnizatorio, incluso en los casos de perjuicios de carácter inmaterial por afectaciones a BDCCP se ha privilegiado las reparaciones de tipo pecuniario, omitiendo hacer un debido análisis sobre medidas de carácter restaurativo que resultaran procedentes antes de optar por la compensación pecuniaria tal y como ha establecido el artículo 16 de la Ley 446 que obliga a que en cualquier proceso que se surta ante la administración de justicia la valoración de daños debe hacerse conforme los principios de reparación integral y en equidad.

En cuanto al criterio de equidad, ha sucedido algo similar, se ha aplicado en algunos casos para determinar el monto de la reparación de unos tipos de daño, pero no para otros al considerarse que estos deben ser probadas de manera precisa en cada persona[226], sin que se explique la razón del porqué de la exigencia probatoria respeto de unos y no de otros, por lo que consideramos que la utilización de este criterio ha sido ciertamente caprichosa.

En el caso de las acciones de grupo por HC, podemos adelantar, aunque se verá con mayor detenimiento en el acápite siguiente, que en algunos casos se han aplicado criterios de equidad y solidaridad al momento de fijar reparaciones, en otros casos se ha considerado necesario probar el daño, pero siendo que lo que se reclama del HC es la violación de derechos fundamentales que a pesar de la pena impuesta deben permanecer incólumes, su violación da lugar a su reparación integral lo cual permitiría incluso impartir ciertas ordenes

[224] Caso del derrame de crudo del oleoducto trasandino que afecto a los pescadores del rio Rosario.
[225] Morales Piramanrique, Xiomara. *Aplicación del principio de reparación integral en las acciones de grupo falladas por el consejo de estado (2000-2020), para resarcir de forma efectiva a las víctimas*. Pág. 148
[226] Caso del derrumbe del Relleno de doña Juana, como se expuso en el acápite anterior.

de hacer en beneficio de los derechos de las personas privadas de la libertad y victimas del hacinamiento.

4. FORMAS COMO LOS TRIBUNALES CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS HA ESTABLECIDO LA REPARACIÓN EN LAS ACCIONES DE GRUPO INTERPUESTAS POR HACINAMIENTO CARCELARIO

En este acápite se expondrán los cinco casos de acciones de grupo por HC falladas por tribunales administrativos y que a la fecha han llegado a conocimiento del Consejo de Estado en segunda instancia, cuatro de ellos ya fallados por la Corporación.

En desarrollo del mismo podremos observar la manera como los tribunales han abordado el tema de la imputación, pero particularmente la forma diversa como han tratado la acreditación del daño y, de particular importancia para este estudio, lo referente a la invocación y constatación del daño a BDCCP, dentro de lo cual, la afectación de la dignidad humana tiene especial relevancia, no obstante ello, se podrá observar vacíos y contradicciones por parte de los tribunales en la correcta aplicación de esta tipología de daños y, más aún, en la reparación del mismo que en algunas ocasiones simplemente se niega en otras se concede parcialmente y en todas se desconoce por completo la reparación integral.

4.1. CASO DEL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE MEDIANA SEGURIDAD Y CARCELARIO DE SINCELEJO - SUCRE (LA VEGA)

El Tribunal Administrativo de Sucre, mediante sentencia de 19 de noviembre de 2015[227], fallo en primera instancia la acción de grupo. Inicialmente estableció que la metodología implementada será la propia de cualquier acción reparatoria para lo cual es necesario acreditar los elementos de responsabilidad del Estado, a saber, daño antijurídico e imputación.

[227] Tribunal Administrativo de Sucre. Sala Segunda de Decisión Oral. Sentencia del 19 de noviembre de 2015 Rad. 0-001-23-33-000-2014-00186-00. M.P. Rufo Arturo Carvajal Argoty

En cuanto al régimen de responsabilidad aplicable al caso, considero siguiendo la línea jurisprudencial[228] que tratándose de personas privadas de la libertad estamos frente a un régimen de responsabilidad objetiva por la relación de especial sujeción; sin embargo, como la misma sentencia citada establece, no debe dejarse de lado el régimen de falla del servicio el cual debe privilegiarse cuando se evidencie que la administración penitenciaria funcionó anormalmente o fue negligente en el cumplimiento de sus deberes.

Consideró el Tribunal que dado el ECI que la Corte ha fijado en relación con el servicio carcelario, estamos frente a una falla sistémica, refirió al artículo 167 del Código General del Proceso para establecer la carga probatoria que les incumbe a las partes probar los supuestos facticos y jurídicos que aseveran.

En relación con el caso concreto, consideró que si bien hay un mal funcionamiento del establecimiento carcelario en cuestión, el daño como tal, en el sentido de la afectación individual o personal de la víctima, no está demostrado, no es *especifico y concreto para cada uno de los individuos, como tal o como conjunto, que conforman el grupo demandante*, y sorprendentemente concluye; *En este punto es bueno aclarar, que la condición de hacinamiento, sobre la cual, entes como la Defensoría del Pueblo Regional Sucre y la Procuraduría Provincial de este mismo Departamento, denotan conlleva trato denigrante a la población carcelaria, atentando contra sus derechos fundamentales, especialmente aquel relacionado con la vida digna, per se, no constituye daño antijurídico, en clave de la indemnización aquí buscada, pues, es necesario establecer, si el hacinamiento produce un efecto dañoso sobre las personas que lo padecen o si por el contrario, las propias reglas carcelarias, aunadas a manifestaciones como la orden tutelar emitida por el Tribunal Superior de Sucre, confirmando lo sostenido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Sincelejo (ver folios 1593 – 1619), eliminan los efectos del hacinamiento, con ello cualquier aspecto dañoso*[229]. (subrayado nuestro)

[228] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Sala Plena. Sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014. Rad. No 28832. C. P. Dr. Danilo Rojas Betancourth.
[229] Tribunal Administrativo de Sucre. Sala Segunda de Decisión Oral. Sentencia del 19 de noviembre de 2015. Pág. 55

Finalmente, realiza una serie de disquisiciones sobre la política pública carcelaria, para concluir que las mismas están en desarrollo de soluciones a los múltiples problemas carcelarios, encontrando que algunas situaciones como la alimentación y al agua potable están "*cuasi superadas*" y que, por tanto, al no estar acreditados los elementos de la responsabilidad del daño *procede negar las pretensiones de la demanda, atendiendo el carácter indemnizatorio del medio de control*.

Como podemos observar, el Tribunal emplea la teoría según la cual el daño colectivo se establece a partir de la acreditación del daño individual de cada uno de los integrantes del grupo[230], pero lo que sorprende es la negativa a considerar que si bien el HC genera un situación denigrante para los internos, ello no es constitutivo de daño alguno, sin dar mayores explicaciones más allá de reiterar la falta de prueba del daño personal e individual el cual para el Tribunal pareciera ser se da solo cuando hay muerte o lesiones personales, y que como la situación de hacinamiento de este establecimiento carcelario había sido objeto de una tutela en la cual se impartieron unas ordenes, estas (como por arte de magia) *eliminan los efectos del hacinamiento,* en lo que podría ser una nueva dimensión de lo que se ha denominado el constitucionalismo liminal[231].

También sorprende como la vulneración a BDCCP, lo cual fue invocado por los demandantes, aunque pidieron una reparación puramente pecuniaria, ni siquiera mereció mención alguna.

El fallo tuvo un salvamento de voto[232], indicando que; "*no compartía que estando acreditada la falla del servicio no se hubiera encontrado acreditado el daño específico y concreto de cada uno de los reclusos en condición de hacinamiento. (…) que el hecho de que la reclusión no se ajustara a los estándares mínimos de detención exigidos por los instrumentos internacionales, producía per se un daño antijurídico merecedor de ser*

[230] Como lo expusimos en el punto 2.1.3 esta teoría tiene críticos como Bermúdez y Santofimio, y no puede ser aplicable de manera estricta en ciertas acciones de grupo, en donde la afectación que se reclama es la de derechos colectivos sin consideración a daños individuales, lo cual resulta bastante frecuente en las acciones por hacinamiento carcelario.
[231] Ver capítulo I notas pie de pág. 53 y 54
[232] Salvamento de voto presentado por el magistrado Luis Carlos Alzate Ríos

reparado, puesto que dicha situación conculca la dignidad humana de los internos y pone en inminente y grave peligro su salud y su integridad física y sicológica. El solo hecho de ser víctima de una violación masiva de derechos humanos, padecer la detención en condiciones infrahumanas y por fuera de los estándares internacionales es per se un daño susceptible de materializar una disminución del patrimonio moral de todas y cada una de las personas detenidas".

4.2. CASO DEL PABELLÓN DE MUJERES DEL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO Y CARCELARIO DE MEDIANA SEGURIDAD DE FLORENCIA – CAQUETÁ (EL CUNDUY)

El Tribunal Contencioso Administrativo del Caquetá mediante sentencia de 4 de mayo de 2017[233], realizó -inicialmente- un recuento sobre el ECI referido al HC, de lo cual concluye que es una problemática generalizada en el país, de muchos años, y que a pesar de las diversas órdenes emitidas en los múltiples fallos constitucionales, lo cierto es que la situación del hacinamiento sigue latente y palpable, incluso en el establecimiento en cuestión conforme lo probado en el proceso y, por tanto, vulnerante de los derechos fundamentales a la vida, la salud, la integridad personal y la dignidad humana de las internas.

Al desarrollar el caso concreto consideró que estando probado el HC, este por sí solo y sin mayores elucubraciones, era constitutivo de un daño, pero no de su antijuridicidad, y dio aplicación al artículo 177 del CPC sobre la carga probatoria indicando que -en este caso- no hay presunciones sobre daño moral y que, por tanto, este debía probarse siquiera con indicios y de manera individual.

En cuanto a la categoría de daños a la salud y vida de relación, consideró que conforme a la sentencia de unificación[234] estos fueron subsumidos en uno solo y que -igualmente- debe ser probado como daño a la salud de cada una de las internas, lo cual era de la plena carga de las demandantes, y concluye que no obstante estar probado el hacinamiento carcelario, *lo*

[233] Tribunal Contencioso Administrativo del Caquetá. Sala Segunda de Decisión. Sentencia del 4 de mayo de 2017. Rad # 18001233300320130021600 M.P. Carmen Emilia Montiel Ortiz.
[234] Menciona la sentencia del Consejo de Estado, sección tercera, del 14 de septiembre de 2011 con ponencia del doctor Enrique Gil Botero.

cierto (es) que no fue satisfecha la carga probatoria por la parte actora relacionada con la acreditación de los perjuicios reclamados.

Este fallo sigue la misma línea argumental del anterior en lo referente a la carga probatoria por parte de los demandantes y la necesidad de acreditar el daño de manera individual y personal, pero resulta bastante más contradictorio, pues reconoce la situación del HC, la vulneración de derechos fundamentales que esto implica, acepta que esto es constitutivo de un daño, pero le niega la antijuridicidad, pues sin decirlo expresamente, da a entender que la condición de estar privada la persona de la libertad le impone ciertas cargas y restricción de derechos por lo que es una situación que está obligada a soportar.

También resulta sorprendente que no haya realizado ningún análisis sobre la afectación a BDCCP, siendo evidente, y aceptado por el fallador, la vulneración de estos. En este caso, a diferencia del anterior, esta categoría de daños no fue reclamada por las demandantes.

4.3. CASO DEL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE MEDIANA SEGURIDAD Y CARCELARIO DE CALI – VALLE DEL CAUCA (VISTA HERMOSA)

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca mediante sentencia del 27 de marzo de 2019[235], al igual que en los fallos anteriores, contextualizo la demanda en el ECI en materia carcelaria, de lo cual hizo un extenso análisis de las múltiples sentencias constitucionales dictadas, así como consideraciones de tipo convencional y sentencias de la Corte IDH que dan cuenta suficiente sobre la vulneración de múltiples derechos de la población carcelaria que no pueden ser limitados ni desconocidos.

Al resolver el caso concreto, comenzó por decir que el ECI en la cárcel de Cali constituye un hecho notorio y, por tanto, está probada la vulneración de los derechos fundamentales de los internos, para lo cual relaciono una amplia lista de pruebas practicadas de diversa índole que daban cuenta de ello, todo generado por la situación de HC, pues suficiente con tener establecido que *la cárcel de Cali cuenta entonces actualmente con 5583 internos cuando la*

[235] Tribunal Contenciosos Administrativo del Valle del Cauca. Sentencia del 27 de marzo de 2019. Rad #76101-23-33-0006-2014-01271-00 y 76001-23-33-008-2014-00793-00. M.P. Omar Edgar Borja Soto

capacidad solo era para 1667 personas, lo que representa una ***sobrepoblación de*** *359%,* lo que considero era una falla probada del servicio, pues múltiples entidades estatales faltaron a sus deberes legales y, por tanto, accedió a declarar la responsabilidad extracontractual del Estado.

Considero que el daño que correspondía reparar era el daño moral, por los padecimientos y afectaciones que de todo tipo padecieron los internos por el hacinamiento y fijo unas cifras en función al principio del *arbitrio juris* al no encontrar un parámetro jurisprudencial o normativo para este tipo de reparaciones, en lo cual sin ningún tipo de consideración o explicación, otorgo un SMLMV por cada mes de privación de libertad durante el primer año y dos SMLMV a partir del segundo año y hasta por seis años, lo que dio un total de 144 SMLMV para cada interno, lo que multiplicado por 6.000 (número de internos en la carcel) arrojo un valor de reparación colectiva de $23.849.740.800 la cual repartió en un porcentaje para cada una de las entidades demandas[236] en razón a *"las funciones de cada entidad y capacidad económica."*

El presente fallo marca una diferencia sustancial con los dos anteriores, pues en esta ocasión el Tribunal no requirió la prueba del daño individual o personal, simplemente lo estableció por la solo acreditación del HC y de igual intensidad para todos los miembros del grupo, diferenciado solo por el tiempo de privación de la libertad. Tampoco realizó ninguna consideración sobre el daño a BDCCP, no obstante haber verificado la afectación de la dignidad humana que fue invocado por los demandantes, aunque al igual que en situaciones anteriores, solo solicitaron reparaciones de carácter puramente pecuniario.

Esta decisión del Tribunal del Valle del Cauca, si bien busca alguna forma de reparación, a pesar de ser altamente cuantiosa (eso que esta tasada en valores de 2019), no es en manera alguna integral, y la forma parametrizada y estandarizada como se establece la reparación con la única consideración del tiempo de privación de libertad deja la duda de si es en efecto justa y, lo más grave, es que a pesar de lo cuantioso de la reparación no resuelve en nada la situación de quienes continúan privados de libertad padeciendo el daño causado por el HC.

[236] En este caso fueron demandados y condenados el Ministerio de Justicia, el INPEC, el USPEC, el Departamento del Valle del Cauca y el Municipio de Cali.

4.4. CASO DEL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE MEDINA SEGURIDAD DE CÚCUTA – NORTE DE SANTANDER

El Tribunal Administrativo de Norte de Santander mediante sentencia de 3 de agosto de 2023[237], procedió a resolver la acción de grupo, iniciando sus consideraciones con un análisis sobre el HC a partir del ECI y sobre las competencias legales que en materia carcelaria le corresponden a las entidades demandadas.

En cuanto al daño, consideró que las circunstancias constitutivas de daños como la falta de servicios médicos, problemas de higiene y de salubridad, entre otros, atendiendo a la naturaleza indemnizatoria de la acción de grupo, *se torna inescindible probar la totalidad de los puntos invocados como hechos dañinos para proceder a su reparación.*

Sin embargo, y marcando una importante diferencia con los casos anteriores, consideró que el HC se encuentra plenamente acreditado y que este por sí solo es constitutivo de daño a BDCCP por cuanto *transgrede la dignidad humana* lo cual lleva a una reparación de perjuicios de carácter inmaterial.

En cuanto a la imputación, consideró que el hacinamiento carcelario con su consecuente vulneración de la dignidad humana le es imputable al INPEC debido a sus funciones en materia de infraestructura, bienes y servicios que contempla el numeral 16 artículo 2 del Decreto 4150 de 2011.

Al momento de entrar a determinar la reparación, sostuvo que como quiera que la sentencia sobre ECI T-722 de 2015 impartió varias órdenes a diversas entidades estatales, estas se constituyen como mediadas aptas para que de manera *gradual y progresiva* se logre cesar el hacinamiento y siguiendo la posición tomada por el Consejo de Estado en un caso de similares características[238], no obstante declarar responsable al INPEC no procede efectuar

[237] Tribunal Administrativo de Norte de Santander. Sentencia de 3 de agosto de 2023. Radicado No 54001333300020150042400 M.P. Hernando Ayala Peñaranda

[238] Para el momento de esta sentencia ya se había producido el primer fallo del Consejo de Estado por HC que aplica como precedente, la sentencia del Consejo de Estado del 3 de octubre de 2019 con ponencia de Marta Nubia Velásquez en la que se falló el caso de la cárcel de La Vega de Sincelejo. En dicha sentencia se consideró

ninguna condena, pues se considera que las ordenes ya dictadas por la Corte resultan suficientes.

Aunque esta sentencia pareciera enmendar los errores de las anteriores al no ignorar la posible vulneración a BDCCP y establecer la responsabilidad del Estado por la vulneración de la dignidad humana, termina borrado con el codo lo que hace con la mano, al negar cualquier reparación, que debiera, al menos, haber sido las medidas de carácter restaurativo solicitadas en la demanda como reparación a BDCCP, pues recordemos que en este caso si se invocó esta tipología de daños, y aunque se solicitó la reparación pecuniaria de 100 SMLMV para cada uno de los integrantes del grupo, también se solicitaron ciertas medidas que pueden ser catalogadas como medidas de no repetición al ordenar la construcción de un nuevo pabellón o de rehabilitación como mejorar los servicios sanitarios y médicos.

Si bien en el presente caso hay un cierto avance en considerar la vulneración de la dignidad humana como un daño en sí mismo y, por tanto, configurativo de la tipología de daños a BDCCP, se queda corta al momento de definir la forma de reparación, pues considera suficiente las ordenes ya impartidas por la Corte Constitucional en la sentencia T-722 de 2015, pero sin analizar siquiera cuales de ellas estaban dirigidas al restablecimiento de los derechos vulnerados y como estas podían considerarse reparatorias del daño. Argumenta que son suficientes, pero no da explicación alguna de porque lo son y, por último, si no era posible decretar medidas de tipo no pecuniario ha debido al menos entrar a analizar la procedencia o no de la reparación pecuniaria solicitada por los demandantes, lo cual tampoco hizo sin dar razón alguna, lo que nos podría estar llevando del constitucionalismo liminal en las acciones de tutela al constitucionalismo liminal en las acciones de grupo en una especie de perversa cadena de trasmisión entre lo uno y lo otro.

---

que como quiera que la Corte Constitucional habían impartido diversas órdenes encaminadas a resolver el problema del hacinamiento carcelario, resultaba incensario dictar medidas no pecuniarias que reparen el daño a BDCCP, *pues estas órdenes satisfacen razonablemente el criterio de suficiencia respecto de una problemática de carácter estructural* y, por tanto, *suficientes para la satisfacción progresiva del derecho a la dignidad humana*.

4.5. CASO DEL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE ITAGÜÍ, EPC LA PAZ.

El Tribunal Contenciosos Administrativo de Antioquia mediante sentencia de 31 de agosto de 2023[239] fallo en primera instancia este caso, inicialmente realizó un análisis sobre el contenido obligacional de las entidades demandas y sobre cuales derechos de las PPL pueden ser limitados o suspendidos y cuáles no, y al igual que en todos los casos anteriores, desarrolló un amplio análisis sobre el ECI en materia carcelaria.

En relación con el daño, considero, en el mismo sentido de las anteriores, que este está dado por el HC que es la causa jurídica común del daño y que de este se derivan los demás daños invocados por los demandantes, advirtió que la sentencia T-762 de 2015 se manifestó y estableció desde ese momento la situación de hacinamiento de la cárcel de Itagüí.

En cuanto a la imputación, sigue la línea de falla del servicio, pero establece una diferencia entre la responsabilidad que le asiste a las entidades nacionales respecto solo de los condenados, pues los sindicados son responsabilidad de las entidades territoriales[240] y como quiera que las únicas entidades demandadas fueron del orden nacional[241], se declara la falta de legitimación por pasiva de estas entidades respecto de las personas sindicadas.

En cuanto a la reparación del daño, el Tribunal comienza por indicar que las características de daño de ser cierto, personal y directo, deben quedar probadas, *pero, por otro lado, la situación de vulnerabilidad si resultará determinante al momento de reconocer daños a otros bienes constitucional y convencionalmente protegidos, debido a que el juez competente deberá evaluar si se violó un interés jurídicamente protegido tanto por el ordenamiento jurídico nacional como por los instrumentos de derecho internacional aplicables al caso,* lo cual olvida rápidamente, pues a reglón seguido manifiesta que como los demandantes no categorizaron los perjuicios solicitados, entiende (el Tribunal) que los

[239] Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia. Sala Segunda de Oralidad. Sentencia del 31 de agosto de 2023 Rad. # 05001-23-33-000-2018-00988-00. M.P. Adriana Bernal Vélez
[240] Lo anterior conforme a ley 65 de 1993 que establece un reparto de responsabilidades entre los diferentes actores del sistema penitenciario.
[241] En este caso se demandó al Ministerio de Justicia y del Derecho, el INPEC y la USPEC.

mismos se refieren a la tipología de inmateriales en la modalidad de morales.

Una vez más, resulta sorprendente como ante la evidencia de vulneración a BDCCP, la cual incluso es mencionada expresamente, se desecha rápidamente sin siquiera una explicación y se inclinan por el reconocimiento de perjuicios de carácter tradicional como el daño moral y la reparación pecuniaria dependiendo simplemente del tiempo de privación de libertad.

Con la misma facilidad también ignoró las características del daño para dar paso a la presunción de este, invocando que, como se trata de afectación de derechos fundamentales debe aplicarse el arbitrio *juris* y el principio de equidad, pues las dificultades probatorias en estos casos supondrían una excesiva carga para los demandantes. Pareciera que la vulneración de derechos fundamentales, sobre lo que no hay duda, no es suficiente o no permite tener certeza sobre el daño de manera individual y, por ello, se acude al arbitrio judicial, y con el afán de buscar algún validador para establecer el monto de reparación del daño moral, se invocó la sentencia del Consejo de Estado del 20 de noviembre de 2020[242] que estableció en 20 SMLMV el monto máximo por daño moral.

Por último, estableció que dado las reiterativas ordenes que la Corte Constitucional ha venido profiriendo en harás de solucionar el HC, se pudo verificar que en el establecimiento carcelario se han verificado algunas de estas mejoras, por lo que, aplicando el mismo *arbitrio juris*, decidió reducir el monto de reparación máximo de a 10 SMLMV sin mayor explicación al respecto.

5. CUADRO RESUMEN TIPOLOGÍA DE DAÑOS RECLAMADOS POR LOS DEMANDANTES Y SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES

Con la finalidad de tener una mejor comprensión y visualización integral de los casos analizados en este capítulo, nos permitimos elaborar un cuadro que contiene la diversa

[242] Se trata de la segunda sentencia fallada por el Consejo de Estado en acción de grupo por HC, por medio de la cual se falló el caso de la cárcel el "El Cunduy" de Caqueta, en la que accedió a la condena decretando la reparación de perjuicios en virtud del *arbitrio juris* y la equidad, y en consideración al enfoque de género por tratarse de una cárcel de mujeres.

tipología de daños que fueron reclamados en los cinco procesos de acciones de grupo por HC fallados por los tribunales, la decisión que estos adoptaron en cuanto a negar o reconocer los daños reclamados y las reparaciones que se ordenaron.

Como se podrá observar, lo máximo que en materia de reparación se ha logrado es el reconocimiento del daño moral, si bien las demandas se quedan cortas en alegar y mucho menos sustentar la tipología de daños a BDCCP, ante la evidencia de la vulneración de derechos fundamentales como la dignidad humana, los tribunales bien pudieran haber estudiado esta tipología de daños de oficio, pero en general no lo hacen y aunque en algunas lo invocan no pasan de hacer una mera mención. En el caso de la cárcel de Cúcuta, resulta inadmisible que declarada la responsabilidad de las entidades demandas por la vulneración a BDCCP, no ordenara ningún tipo de medida habiendo sido solicitada y ni siquiera se manifiesta sobre la reparación pecuniaria lo que según la jurisprudencia de unificación procedería en caso de que no fuera posible ningún otro tipo de medida reparatoria.

Se visualiza cierta tendencia a que las acciones de grupo por HC sigan la misma línea del ECI en cuanto a postergar en el tiempo la situación de vulneración de derechos fundamentales, a la espera de que se cumplan las órdenes impartidas por la Corte Constitucional dependiendo de los tiempos y presupuestos de las entidades responsables, lo que pareciera una nueva forma de constitucionalismo liminal en la jurisdicción contencioso administrativo.

DAÑO / CASO	MATERIALES	MORALES	VIDA DE RELACION	SALUD	BIENES Y DERECHOS CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONAL	OTROS
SINCELEJO (LA VEGA) **DEMANDA 08/08/2014**	**SI.** Daño emergente. Dependiendo el tiempo de privación. Un mes a 18 meses	**SI** Dependiendo el tiempo de privación. Un mes a 18 meses	**SI** Dependiendo el tiempo de privación. Un mes a 18 meses	**SI** Según la lesión.	**SI** Solo reparación pecuniaria. Dependiendo el tiempo de privación. Un mes a 18 meses	Por perdida de oportunidad. Dependiendo el tiempo de privación. Un mes a 18 meses

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA **19/11/2015**	**NEGO** Todas las pretensiones al considerar que no se acreditó el daño individual de manera específica y concreta de cada uno de los integrantes del grupo.					
FLORENCIA (EL CUNDUY) **DEMANDA 12/09/2013**	**NO**	**SI** Una suma fija para todas las integrantes del grupo, si ninguna consideración distinta a la de pertenecer al grupo.	**SI** Una suma fija para todas las integrantes del grupo, si ninguna consideración distinta a la de pertenecer al grupo.	**SI** Una suma fija para todas las integrantes del grupo, si ninguna consideración distinta a la de pertenecer al grupo.	**NO**	
SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA **4/04/2017**	**NEGO** Todas las pretensiones al considerar que no se probó la antijuridicidad del daño, no obstante aceptar que estaba probado el hacinamiento carcelario y que este por sí mismos era constitutivo de un daño.					
CALI (VISTA HERMOSA) **DEMANDA 31/07/2014**	**NO**	**SI** Dependiendo el tiempo de privación. Días a más de 2 años.	**NO**	**NO**	**SI** Aunque no lo invocan expresamente manifiestan la vulneración a la dignidad humana y solicitan reparación en equidad, pero pecuniaria.	
SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA **27/03/2019**	**ACCEDIO** al reconocimiento solo de daño moral generado por el hacinamiento carcelario, el cual taso conforme el *arbitrio juris* (equidad) dependiendo del tiempo de privación de la libertad. En cuanto a medidas de tipo restaurativo, no obstante la vulneración a la dignidad humana, no dicto ninguna.					
CÚCUTA **DEMANDA 07/0/2015**	**NO** expresamente sino a lo que resulte probado en el proceso	**NO** expresamente sino a lo que resulte probado en el proceso	**NO**	**NO**	**SI** Reparación pecuniaria de 100 SMLMV para cada interno y medidas de rehabilitación consistentes en órdenes para la construcción de un nuevo pabellón, mejoramiento en las condiciones de salubridad y personal médico.	
SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA **3/08/2023**	**NIEGA** las reparaciones, pero declara responsable al INPEC del daño a los derechos constitucional y convencionalmente protegidos con ocasión del hacinamiento carcelario, sin embargo, se ABSTIENE de dictar medidas de carácter restaurativo y no dice nada sobre la reparación pecuniaria solicitada.					

ITAGUI (LA PAZ) **DEMANDA 3/04/2018**	No tipifican ninguna categoría especifica de daños, solo reclaman una reparación por el tiempo de privación de libertad; si la privación fue superior a 18 meses debe corresponder a una reparación de 100 SMLMV y, si no supera el mes, la indemnización equivale a 15 SMLMV
SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA **31/08/2023**	**ACCEDE.** Considera el Tribunal que los daños reclamados corresponden a daño moral y accede en virtud del *arbitrio juris* a un monto máximo de 10 SMLMV para aquellos de mayor tempo de privación de libertad (63 meses) y va descontando hasta 1 SMLMV para aquellos privados de la libertad menos de un mes para lo cual establece una tabla.

CAPITULO III

LAS ACCIONES DE GRUPO FALLADAS POR EL CONSEJO DE ESTADO POR HACINAMIENTO CARCELARIO. LINEAMIENTOS JURISPRUDENCIALES.

El presente capítulo tiene como propósito analizar cada una de las cuatro sentencias hasta el momento falladas por el Consejo de Estado en acciones de grupo por HC, veremos una importante evolución jurisprudencial que va desde la negación de la reparación justificada por las ordenes impartidas por la Corte Constitucional en las diversas sentencias de tutela que declararon el ECI, hasta un posición que parecería ser la que empieza a consolidarse en el sentido que si bien dichas ordenes van encaminadas a resolver progresivamente en el tiempo el problema del HC no reparan el daño ya causado.

También permitirá identificar líneas ya consolidadas en relación con cuál es el daño que corresponde a la acción de grupo por HC, la relevancia que en tal aspecto encierra el daño a BDCCP, las fórmulas creadas para demostrar el HC, la reparación individual y la reparación colectiva, la reiterativa inclinación a reparar esta categoría de daño de manera pecuniaria soslayando por completo analizar medidas de tipo restaurativo.

Resulta especialmente relevante, para los propósitos de esta tesis orientada a identificar tanto las líneas jurisprudenciales ya consolidadas como aquellas que aún requieren mayor desarrollo, la sentencia de unificación proferida por la Corte Constitucional[243] en sede de revisión de tutela frente a la decisión que, por primera vez, accedió a la reparación en este tipo de acciones. Dicha providencia —que será objeto de análisis en este capítulo—, sumada a las acciones de grupo previamente decididas, constituye el estado del arte en la materia.

Finalizaremos este capítulo como la identificación de tres aspectos sobre los cuales es necesario avanzar; unificar una tabla de reparaciones por HC en función del factor tiempo de privación de libertad y hacinamiento; la no procedencia del reconocimiento simultaneo de reparación por daño moral y pecuniaria por daño a BDCCP; y la necesidad de identificar

[243] Sentencia SU-068 de 2023.

medidas de satisfacción encaminadas a una reparación efectiva de la dignidad humana de las PPL que ponga fin al sufrimiento producto del HC que si bien afecta a nuestro sistema carcelaria desde hace más de tres décadas no cesa.

1. CASOS FALLADOS POR EL CONSEJO DE ESTADO SOBRE HACINAMIENTO CARCELARIO

1.1. CASO DEL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE MEDIANA SEGURIDAD Y CARCELARIO DE SINCELEJO - SUCRE (LA VEGA). SENTENCIA DEL 3 DE OCTUBRE DE 2019[244]

El caso del EPMSC La Vega de Sincelejo Sucre fue la primera acción de grupo fallada por el Consejo de Estado mediante sentencia de la Subsección A de la Sección Tercera en la cual, si bien estableció la responsabilidad del INPEC por daños a BDCCP, negó la reparación.

1.1.1. APELACIONES Y ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia que como vimos, negó las solicitudes de la demanda, comenzó por reconocer que efectivamente acreditaron un daño colectivo y no uno individual de cada miembro del grupo, pues la acreditación del daño individual supone en este caso *"una carga imposible de cumplir dado el elevado número de testimonios que se tendría que practicar para cada uno de los accionantes."* Sin embargo, considera que existen suficientes pruebas como videos y testimonios que dan cuenta suficiente de la violación de derechos humanos y, sostuvo que, dada la existencia de un ECI declarado por la Corte Constitucional en diversas oportunidades, negar la indemnización constituye un absurdo jurídico pues con estas declaratorias se tiene acreditado *per se* dichos daños, lo cual, como hemos podido ver, es casi que repetitivo en todas las acciones de grupo interpuestas al considerarse que la declaratoria de ECI releva al accionante colectivo de cualquier demostración del daño.

[244] Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 3 de octubre de 2019. Rad No 70001-23-33-000-2014-00186-01(AG). M.P. Marta Nubia Velásquez.

1.1.2. SENTENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

1.1.2.1. REQUISITOS DE LA ACCIÓN DE GRUPO: CAUSA COMÚN Y UNIFORME DEL DAÑO Y CADUCIDAD

Comenzó la Sala por estudiar si se dan los presupuestos propios de este tipo de acciones. En cuanto a la existencia de una causa común frente a los daños reclamados, particularmente si se dan condiciones uniformes en la causa del daño, es decir una misma causa del daño independientemente de que pueda haber diversos responsables, diversas normas aplicables al deber funcional o diversa intensidad en los efectos individuales del daño, lo cual la actora sintetizo en múltiples omisiones *que calificó como constitutivas de incumplimientos de los derechos y garantías mínimas reconocidas a todos ellos por el ordenamiento jurídico* generadas como consecuencia del HC, la Sala consideró que no puede evaluarse el presente asunto desde una óptica fáctica pura pues las omisiones referidas como causa del daño al ser imputables a diversas entidades harían improcedente este tipo de acciones. *De allí que la valoración de las condiciones uniformes que tienen las omisiones antedichas respecto de los daños reclamados en la demanda deba realizarse, en palabras de la Corte Constitucional*[245]*, atendiendo la naturaleza de los intereses protegidos y la concepción solidarista de la Constitución Política.*

Posteriormente, refirió a la sentencia T-762 de 2015 que reitero el ECI y trató puntualmente el caso de la cárcel "La Vega" de Sincelejo, sentencia que es posterior a la que es objeto de esta apelación, y destacó que dicha sentencia; *permite corroborar cómo la pluralidad de omisiones que reprocha la demanda se encuentran ligadas de forma tal que sí se satisface el requisito legal de las condiciones de uniformidad, no solo porque repercuten directamente en la dignidad humana*[246] *de todos los individuos privados de la libertad en el*

[245] Sentencia Corte Constitucional C-564 de 2004.

[246] Antes de modificado, el artículo 65 de la Ley 65/93 establecía que en los establecimientos de reclusión prevalecerá el respeto a la dignidad humana, a las garantías constitucionales y a los derechos humanos universalmente reconocidos, previsión a la que la Ley 1709/14 añadió, de una parte, que las restricciones impuestas a las personas privadas de la libertad están limitadas por un estricto criterio de necesidad y deben ser proporcionales a los objetivos legítimos para los que se han impuesto y, de otro lado, que la carencia de recursos no justifica que las condiciones de reclusión vulneren los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad.

Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Sincelejo (La Vega) sino también porque aquellas se identifican con las problemáticas estructurales y sub-problemáticas identificadas por dicho tribunal en ese específico reclusorio.

En cuanto a la caducidad del medio de control considero que es procedente aplicar el termino de caducidad de dos años contados desde el momento; o bien de la cesación del daño o de la consumación del mismo, sin embargo, siguiendo la línea establecida por la sentencia T-762 de 2015 al considerarse que el ECI no se había superado, se entiende que estamos frente a un daño continuado por lo que el termino de caducidad no se había configurado para la fecha de presentación de la demanda 8 de agosto de 2014.

1.1.2.2. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD

1.1.2.2.1. EL DAÑO

En lo referente al daño, la Sala considero que el único daño que se tiene acreditado es el daño a BDCCP, pues los demás como el daño moral, a la salud y perdida de oportunidad, requerían ser probados de manera individual[247] pues no hay precisión en cuanto a los testimonios, ni se aportaron las condiciones médicas y/o psíquicas en la que ingresaron los demandantes al establecimiento, ni las historias clínicas que den fe del daño padecido durante la privación de libertad y, concluye que, *no hay ningún régimen legal que en materia de acciones de grupo releve la carga probatoria a los demandantes o establezca un régimen probatorio permisivo*, y que si bien el HC puede resultar propicio para la causación de daños individuales esencialmente inmateriales, no por ello *hay lugar a pretextar la absoluta falta de prueba, con mayor razón cuando se trata de acciones de carácter indemnizatorio*[248].

En cuanto al daño a BDCCP, determino que si bien la demanda realizó una amalgama de diversos derechos vulnerados no todos ellos correspondientes a esta tipología de daño, si

[247] La Sala consideró que existió una confusión por parte de los demandantes al considerar que el daño colectivo del medio de control de la Acción Popular es el mismo de la Acción de Grupo siendo que son medios de control diferente y que tiene propósito de protección de intereses distintos, pues en los primeros se busca la protección del interés general de la sociedad, mientras que en estas últimas se busca una protección y reparación individual.
[248] Consejo de Estado. Sentencia del 3 de octubre de 2019. Rad No 2014-00186-01(AG). M.P. Marta Nubia Velásquez. Núm. 4.1.1 pág. 43

hay unos que tienen origen en normas constitucionales y convencionales[249] y que la Corte IDH al analizar los artículos 5.1 y 5.2 de la CADH ha considerado pueden ser vulnerados por

[249] Entre ellos se destacan; *"**Constitución Política. Artículo 1.** Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.*
*"**Constitución Política. Artículo 12.** Nadie será sometido (…) a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes".*
*"**Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 5. Derecho a la integridad personal.** 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.*
(…)
"2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.
(…)
"4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.
"5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.
"6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados" (subrayado fuera del texto).
La CIDH en la sentencia de 27 de abril de 2012 [caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras] indicó: *"67. Este Tribunal ha incorporado en su jurisprudencia los principales estándares sobre condiciones carcelarias y deber de prevención que el Estado debe garantizar en favor de las personas privadas de libertad. En particular, como ha sido establecido por esta Corte:*
"a) el hacinamiento constituye en sí mismo una violación a la integridad personal; asimismo, obstaculiza el normal desempeño de las funciones esenciales en los centros penitenciarios;
"b) la separación por categorías deberá realizarse entre procesados y condenados y entre los menores de edad de los adultos, con el objetivo de que los privados de libertad reciban el tratamiento adecuado a su condición;
"c) todo privado de libertad tendrá acceso al agua potable para su consumo y al agua para su aseo personal; la ausencia de suministro de agua potable constituye una falta grave del Estado a sus deberes de garantía hacia las personas que se encuentran bajo su custodia;
"d) la alimentación que se brinde, en los centros penitenciarios, debe ser de buena calidad y debe aportar un valor nutritivo suficiente;
"e) la atención médica debe ser proporcionada regularmente, brindando el tratamiento adecuado que sea necesaria y a cargo del personal médico calificado cuando este sea necesario;
"f) la educación, el trabajo y la recreación son funciones esenciales de los centros penitenciarios, las cuales deben ser brindadas a todas las personas privadas de libertad con el fin de promover la rehabilitación y readaptación social de los internos;
"g) las visitas deben ser garantizadas en los centros penitenciarios. La reclusión bajo un régimen de visitas restringido puede ser contraria a la integridad personal en determinadas circunstancias;
"h) todas las celdas deben contar con suficiente luz natural o artificial, ventilación y adecuadas condiciones de higiene;
"i) los servicios sanitarios deben contar con condiciones de higiene y privacidad; "k) las medidas disciplinarias que constituyan un trato cruel, inhumano o degradante, incluidos los castigos corporales, la reclusión en aislamiento prolongado, así como cualquier otra medida que pueda poner en grave peligro la salud física o mental del recluso están estrictamente prohibidas".
"j) los Estados no pueden alegar dificultades económicas para justificar condiciones de detención que no cumplan con los estándares mínimos internacionales en la materia y que no respeten la dignidad inherente del ser humano.

las situaciones de HC, destacando de manera particular la afectación a la dignidad humana de las PPL, y que el ECI en 16 centros de reclusión del país entre ellos el que es objeto de este proceso, constituye un hecho notorio sobre la vulneración de la dignidad humana de los internos del EPMSC de Sincelejo y la relación causal que el HC tiene con la vulneración de la dignidad humana, sin embargo, consideró que ni el ECI ni la sentencia T-762 permiten establecer violaciones al debido proceso ni al sometimiento a torturas, tratos o penas crueles e inhumanos.

1.1.2.2.2. EL TÍTULO DE IMPUTACIÓN Y EL NEXO DE CAUSALIDAD

Considera la Sala, que la dignidad humana está dentro de aquellos derechos que no se pueden restringir o limitar por la condición de estar privado de la libertad, pues esta es una afectación a un bien o derecho protegido constitucional y convencionalmente que no es inherente a la reclusión por lo que se torna en un daño antijurídico, es decir, que no se está en la obligación de soportar.

En cuanto a la imputación consideró que los desarrollos jurisprudenciales sobre la materia han establecido que en la responsabilidad por daño carcelario se aplica un régimen de responsabilidad objetiva en función de la RES, salvo que se pueda establecer de manera puntual una falla del servicio, lo que efectivamente sucede en el presente caso, pues siguiendo los lineamientos normativos de la ley 65 de 1993 modificada por la ley 1709 de 2004 le corresponde al INPEC la prestación de una serie de servicios penitenciarios y carcelarios, los cuales aparecen vulnerados. Finalmente valga anotar, que si bien la sentencia título "análisis del nexo de causalidad", este en realidad no se realizó en la sentencia analizada.

1.1.2.2.3. REPARACIÓN DEL DAÑO

Comenzó por reiterar la consideración jurisprudencial[250] sobre la forma de reparación

[250] En relación con las características de los daños a los bienes en cuestión, esta Corporación en pleno indicó que no existe duda respecto de su naturaleza inmaterial y de que provienen de fuentes normativas diversas que los erigen como autónomos frente a otras categorías de daños y con presupuestos de configuración propios.

de esta tipología de daños, la cual debe ser en esencia de contenido no pecuniarios y solo excepcionalmente de manera pecuniaria.

Sin embargo, considero que no existe mérito para dictar medidas no pecuniarias que reparen el daño a la dignidad humana puesto que la sentencia T-762 de 2015 dicto diversas medidas encaminadas a ese propósito, y en cuanto a la reparación pecuniaria, considero que *no resulta procedente ninguna indemnización pecuniaria, puesto que no por el hecho de las dificultades en el seguimiento y cumplimiento de las medidas contenidas en las órdenes dictadas por la Corte Constitucional, resulta dable concluir que estas sean insuficientes. Para la Sala aceptar la excepcionalidad de la indemnización sólo sería dable si se demostrara la indolencia e indiferencia del Estado en la superación de un ECI en el que precisamente se ocasionan los daños en cuestión*[251]. Conclusión a la que llega en virtud de un informe del Ministerio de Justicia y del Derecho en respuesta al seguimiento que la Corte realiza a la sentencia T-762 en la cual indico que para mayo de 2019 el EPMSC de Sincelejo se encuentra en *una categoría de bajo hacinamiento*.

Además, esos mismos daños corresponden a vulneraciones o afectaciones relevantes, que pueden ser temporales o definitivas. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sala Plena. Fallo de 28 de agosto de 2014 [Radicado 05001-23-25-000-1999-01063-01(32988)]. MP. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

De conformidad con esta Corporación, la reparación de este tipo de daños se orienta hacia el restablecimiento (fáctico y jurídico) pleno en el ejercicio de los respectivos derechos de las víctimas – en el plano individual y colectivo –, así como también hacia la prevención futura de las conductas que pueden producirlos *("garantías de no repetición")*, todo lo cual tiene el norte de la realización efectiva de la igualdad sustancial.

En cuanto concierne con las medidas de reparación de este tipo de daños, siempre que se encuentren acreditados, de una parte, se expuso el carácter dispositivo de las mismas, es decir, que proceden a petición de parte y también de oficio; y, de otro lado, se advirtió que el contenido de las medidas es esencialmente no pecuniario y debe justificarse, sin perjuicio de que excepcionalmente – cuando las medidas anteriores no sean suficientes, pertinentes, oportunas o posibles – pueda otorgarse una indemnización proporcional a la intensidad del daño que no sobrepase los 100 SMLMV, pero únicamente a la víctima directa y siempre que la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud.

En relación con las victimas legitimadas para reclamar los referidos daños, además de la víctima directa se encuentra el núcleo familiar más cercano: cónyuge o compañero(a) permanente y los parientes hasta el 1º grado de consanguinidad, incluida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas *"de crianza"*.

Asimismo, se advirtió que el reconocimiento de los daños está supeditado a la declaración de responsabilidad del Estado por la existencia de un daño a bienes constitucionales y convencionales imputables al mismo. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sala Plena. Fallo de 28 de agosto de 2014 [Radicado 05001-23-25-000-1999-01063-01(32988)]. MP. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero

[251] Consejo de Estado. Sentencia del 3 de octubre de 2019. Rad No 2014-00186-01(AG). M.P. Marta Nubia Velásquez. Num.5 Pág. 45

1.1.2.2.4. ASPECTOS DESTACABLES DE LA SENTENCIA

De esta sentencia podemos destacar dos cosas: i) reitera que ni por ser una acción de grupo ni por el reiterado ECI establecido por la Corte Constitucional se puede presumir, o siquiera flexibilizar las exigencias probatorias en cuanto a los daños individuales, tanto daños inmateriales como materiales y ii) establece con claridad que el daño que -efectivamente- se configura es el correspondiente a la tipología de daño a BDCCP concretamente la vulneración de la dignidad humana, cosa que como vimos en el capítulo anterior fue completamente ignorado por los tribunales de instancia.

No obstante, el avance de la sentencia en la aplicación de esta tipología de daños, para efectos de la reparación del daño por HC se queda corta, pues manifiesta que las medidas dictadas por la Corte *satisfacen razonablemente el criterio de suficiencia*, sin dar mayores detalles de porque son suficientes, más aun teniendo en cuenta que la misma Sala consideró que estábamos en presencia de un *daño continuado*, cuyos efectos se seguían produciendo aun con posterioridad a la sentencia de primera instancia (19 noviembre de 2015), pues la sentencia T-762 de 16 de diciembre de 2015 era demostrativo de ello. Por tanto, cabe preguntarse ¿si no era procedente algún tipo de medida de satisfacción que de manera efectiva permitiera el restablecimiento de los derechos vulnerados?, más aún cuando se tiene que la dignidad humana es una prestación de carácter inmediato que no permite su difuminación en el tiempo, no obstante, acepta que la satisfacción sea progresiva siguiendo la misma consideración liminal de la Corte Constitucional, y al considerar que tampoco resulta procedente la excepcionalidad de la reparación pecuniaria, termina dejando el daño a BDCCP sin reparación alguna.

1.2. CASO DEL PABELLÓN DE MUJERES DEL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO Y CARCELARIO DE MEDIANA SEGURIDAD DE FLORENCIA – CAQUETÁ (EL CUNDUY). SENTENCIA DEL 20 DE NOVIEMBRE DE 2020[252].

[252] Consejo de Estado. Sala de lo Contenciosos Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 20 de noviembre de 2020. Rad # 18001-23-33-000-2013-00216-01(AG). M.P. Alberto Montaña Plata.

La segunda sentencia del Consejo de Estado de la subsección B de la Sección Tercera, fallo el caso del pabellón de mujeres del EPCMS "El Cunduy" de Florencia Caquetá, en este segundo fallo sobre acción de grupo por HC a diferencia del anterior si se accedió a la reparación solicitada.

1.2.1. APELACIONES Y ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El fallo de primera instancia negó la reparación solicitada al considerar que, si bien estaba probado el HC, lo cual puede configurar un daño, este no era antijurídico pues debía de probarse de manera individual y personal ya que no era posible presumirlo por el solo hecho de hacinamiento y considero que los demandantes faltaron a su deber probatorio.

Inconformes con tal determinación, el grupo demandante interpuso recurso de apelación en el que sostuvieron que la valoración probatoria realizada por el tribunal de instancia fue "externa" en cuanto a que solo estableció la situación de hacinamiento, pero no los perjuicios resultantes, evidenciados con el acta de visita especial realizada al penal, las 21 imágenes o fotografías que dan cuenta de las precarias condiciones de reclusión y la adecuada valoración de los dos testimonios presentados.

Realizando una mezcla de diferentes tipologías de daños sostuvieron que, tratándose de violaciones a derechos fundamentales, constitucional y convencionalmente protegidos, como lo son la dignidad humana, se ha reconocido la posibilidad de la "presunción del daño moral" y citaron una jurisprudencia del Tribunal Administrativo de Antioquia[253] en la cual se condenó al INPEC por daño moral aplicando la presunción de este.

1.2.2. SENTENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

Lo primero sea indicar que para efectos de la determinación del grupo se estableció un factor temporal consistente en las mujeres privadas de libertad durante un rango de fechas entre el 1 de enero de 2012 (fecha alegada por las demandantes como inicio del daño) y el

[253] Tribunal Administrativo de Antioquia. Sala Quinta de Decisión. Sentencia de 28 de agosto de 2012. Rad. No 05001233100020020482900 M.P. Carlos Pinzón.

14 de junio de 2013 (fecha en que se interpuso la demanda), grupo conformado por más de 20 mujeres.

La Sala considero inicialmente la uniformidad del daño causado por el HC aunque este implique múltiples omisiones de distintas entidades públicas, hacinamiento que encuentra suficientemente acreditado con los medios probatorios aportados y, en cuanto a la prueba del daño individual y personal, considero que la situación de HC *se caracterizan por una limitación en los medios de prueba, que debe ser apreciada en el marco de la presión y temor que ellas padezcan, de la sujeción de la Administración sobre la persona en situación de detención y del consecuente control estatal sobre los medios de prueba referentes a las condiciones de detención*[254], lo cual, a las luces del Sistema Interamericano de Derechos Humanos no permite que la defensa del Estado se fundamente en la imposibilidad del demandante de allegar pruebas o en la deficiencia técnica de las mismas[255], por lo que no se puede restar credibilidad a los testimonios de las propias víctimas o de sus familiares como sucedió en el fallo del Tribunal.

1.2.2.1. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD

1.2.2.1.1. EL DAÑO

La Sala estableció que el daño, más allá de las imprecisiones técnicas de la demanda, *es el sacrificio de la dignidad y la integridad de las internas*, pues como lo ha establecido la Corte IDH y la Corte Constitucional[256] el hecho de la privación de la libertad de una persona no la despoja o limita por completo la esfera de sus derechos, pues hay algunos que no admiten limitación como la dignidad humana ni mucho menos permite tratos degradantes consecuencia de la situación de hacinamiento en que viven, que no de tortura, pues no se constató una intención deliberada o finalidad ilícita por parte de las entidades estatales.

[254] Consejo de Estado. Sentencia del 20 de noviembre de 2020. Rad # 2013-00216-01(AG). M.P. Alberto Montaña Plata. Núm. 23

[255] Corte IDH. Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275.

[256] El fallo hace una extensa referencia a casos fallados por la Corte IDH y la Corte Constitucional (ECI) que ya fueron objeto de referencia en el presente trabajo en capítulos anteriores.

Refiere la Sala a la situación de sometimiento e impotencia de las internas fruto de la relación de especial sujeción la cual para el caso en particular dada la intensidad con que el Estado modula sus derechos y obligaciones implicó una restricción adicional de su patrimonio jurídico y se sacrificó su dignidad e integridad.

En este fallo el Consejo de Estado realiza un enfoque diferencial y de genero al considerar que la condición de mujeres de las demandantes *no resulta neutral a la producción del daño* ya que las internas están *sometidas a un impacto diferencial y agravado en el contexto penitenciario y han sido consideradas una población vulnerable dentro de la ya vulnerable población carcelaria general*[257] por lo que las condiciones precarias del hacinamiento hacen que ciertas necesidades fisiológicas y biológicas relacionadas con el periodo menstrual , el embarazo, la lactancia y la crianza de los niños sean más gravosa e intensa la violación de la dignidad humana.

1.2.2.1.2. EN CUANTO AL TÍTULO DE IMPUTACIÓN

Si bien la Sala desde el inicio de las consideraciones hace mención a la relación de especial sujeción para justificar las deficiencias o carencias probatorias de las demandantes, por lo que podría pensarse que se inclina por un régimen de responsabilidad objetiva que permitiría flexibilizar las cargas probatorias, termina estableciendo que estamos frente a una falla del servicio por las múltiples omisiones de diferentes entidades estatales como lo ha establecido la Corte Constitucional al declarar el ECI en materia carcelaria, lo cual no puede ser óbice para diluir o desconocer la responsabilidad estatal y, por tanto, debe existir un centro de imputación que está en la entidad directamente responsable del deber legal o reglamentario omitido, en este caso el INPEC.

1.2.2.1.3. RECONOCIMIENTO DE LOS PERJUICIOS

[257] Consejo de Estado. Sentencia del 20 de noviembre de 2020. Rad # 2013-00216-01(AG). M.P. Alberto Montaña Plata. Núm. 50 así mismo lo declaro la Corte Constitucional Sentencia T-267 de 2018.

En materia de la tipología de daños, la Sala descartó reconocer daños a la vida de relación por cuanto la corporación no los reconoce desde las sentencias de unificación del 2014 y, en cuanto al daño a la salud, consideró que si bien son ciertas las dificultades probatorias dadas las circunstancias del hacinamiento como ya se explicó, no se puede desconocer la importancia del ejercicio probatorio en primera instancia, oportunidad en que el abogado de las demandantes pudiera haber solicitado al Tribunal que dada las asimetrías probatorias entre las partes se invirtiera la carga de la prueba o solicitar que el Tribunal decretara pruebas tales como solicitar a las EPS las historias clínicas que dieran fe del daño a la salud, esto al considerar que, siguiendo la jurisprudencia de unificación sobre daño a la salud[258], este si debe de estar debidamente probado, a diferencia del daño moral, en donde la misma jurisprudencia a establecido circunstancias en que se puede presumir como en el caso de muerte de un hijo, esposo o esposa y en los de privación injusta de libertad.

Consideró la Sala que al haber sido sometidas las internas a tratos crueles, inhumanos o degradantes, padecieron daños a su dignidad, pero con consecuencias constatables en dos tipos de perjuicios inmateriales diferentes, el daño moral y el daño a BDCCP, sobre lo cual resulta importante aclarar que, si bien la demanda no solicito estos últimos de manera expresa, la sentencia de manera oficiosa y siguiendo las líneas de unificación jurisprudencial decidió de oficio reconocerlos, algo que compartimos plenamente, pues como ya lo hemos advertido era algo que hasta el momento de esta sentencia se venía desconociendo reiteradamente no obstante lo evidente de la afectación que el HC tiene en esta tipología de daño.

En cuanto al daño moral, estableció que, siguiendo la jurisprudencia de la Corporación y las reglas de la experiencia, se puede inferir que las víctimas de graves violaciones a sus derechos fundamentales como la dignidad humana *padecen perjuicios morales al experimentar profundos sufrimientos, angustia, miedo e inseguridad por lo que este perjuicio no requiere más prueba de la que sirvió para acreditar el daño mismo*[259].

[258] En tal sentido cito las sentencias de unificación del Consejo de estado sobre daño a la salud de 14 de septiembre de 2011, exp. (19031) y (38222), y de 28 de agosto de 2014 exp. (28804)
[259]Consejo de Estado. Sentencia del 20 de noviembre de 2020. Rad # 2013-00216-01(AG). M.P. Alberto Montaña Plata. Núm. 75

En cuanto al daño a BDCCP, consideró que la reparación de estos no pueda darse con medidas compensatorias no pecuniarias, por lo que se otorgará una indemnización pecuniaria proporcional a la intensidad del daño y que no sobrepasará los 100 SMLMV.

La Sala realiza una argumentación para justificar porque la solución aplicada en el precedente inmediato, el de la Cárcel de La Vega, no es aplicable a este caso, por cuanto considera que el ECI incluida las órdenes impartidas en las diferentes sentencias, *no habilita al Estado para mantener impunemente condiciones indignas como las que sufren las mujeres del Cunduy. Ellas constituyen un sistema de "penas excesivas, crueles, inhumanas, infamantes, o degradantes", que según la propia Corte Constitucional "no son otra cosa que violencia institucional*[260] y, en tal sentido, realizó un enfoque diferencial de genero al considerar que, *esta indemnización responde a la especial intensidad del perjuicio que padecieron como mujeres, y reitera que los padecimientos y sacrificios a que han sido sometidas, en este sistema penitenciario masculinizado, perturbaron aspectos exclusivos de su género e identidad, que no podrían ser reparados a los hombres en idénticas circunstancias,* y que exigir que se pruebe la indolencia e indiferencia estatal en la superación del ECI para poder reconocer la reparación pecuniaria seria someter a las víctimas a una exigencia probatoria imposible lo cual llevaría a la indemnidad frente a un daño cierto.

En tal sentido, y considerando sin mayor explicación, que las medidas de tipo restitutivo, de satisfacción o de no repetición resulta "imposibles" como forma de reparación, procedió a establecer la reparación de tipo pecuniario para estos daños en 40 SMLMV y en 20 SMLMV para el daño moral como topes, haciendo la advertencia de que estas reparaciones responden a la especial intensidad del perjuicio por su condición de mujer, generando una duda sobre el alcance del enfoque de género, pues no se sabe a ciencia cierta si lo que finalmente llevó a reconocer los daños fue la situación de hacinamiento por si sola o si fue por el enfoque de género que se dio, en otras palabras, no se explica si el enfoque de género fue lo que configuro la responsabilidad, o fue simplemente un agravante, y de haberlo sido, no se explicó en qué medida ese agravante incidió en los montos reconocidos[261].

[260] Ídem Núm. 91

[261] Recordemos que la Sala estimo un factor de tiempo a ser reparado comprendido entre el 1 de enero de 2012 y el 14 de junio de 2013 por tanto el rango de permanencia en la cárcel oscilaría entre 1 a 17 meses.

También queda la duda, de si el reconocimiento simultaneo a la misma víctima de la reparación por daño moral con la reparación pecuniaria por daño a BDCCP, no termina siendo una doble reparación como quiera que la causa de la reparación es por la misma afectación (la dignidad humana) independientemente de que el nombre del daño sea diferente, esto será objeto más delante de mayor análisis, habida cuenta de que marca una diferencia jurisprudencial importante ya que en el caso de la cárcel de Cali que se analizara a continuación se procedió de manera diferente.

La sentencia estableció los criterios para fijar los montos de las reparaciones individuales en función del tiempo y del hacinamiento, los cuales inciden en igual proporción en el daño, por tanto, se establecerá el tiempo y hacinamiento que padeció cada interna, se promediara cada uno multiplicándolo por 0.5 y la sumatoria de ambos factores será la indemnización individual, para ello se aplicara la siguiente formula (***T*** x 0,5) + (***H***x0.5) = ***i***

En cuanto al tiempo se estableció un rango de 1 a 18 meses de privación de la libertad y los topes se dividirán en 17 fracciones, así dependiendo del número de meses de detección será el monto de la reparación tanto del daño moral (máximo 20 SMLMV) y daño a bienes protegidos constitucionalmente (máximo 40 SMLMV). En cuanto al segundo factor, la forma como incidió el hacinamiento en la intensidad del sufrimiento, de tal suerte que si mayor es el índice de hacinamiento[262] registrado en el tiempo indemnizable mayor será el porcentaje a reconocer del total del monto de la reparación establecido en el primer factor. La Sala estableció que el hacinamiento oscilo durante el periodo de tiempo indemnizable entre el 353% y el 504%, de tal suerte que, aquellas que estuvieron privadas de la libertad en los momentos en que el hacinamiento fue mayor obtendrán un mayor porcentaje de los montos de reparación establecidos que aquellas que estuvieron en momentos en que el hacinamiento

[262]El índice de hacinamiento se calculará con la fórmula utilizada por la Corte Constitucional sentencia T-762 de 2015: $\frac{\text{(cobertura real – capacidad real)}}{\text{cobertura real}} \times 100 = \%$ de hacinamiento

Formula en donde la cobertura real es el número de cupos de que dispone un establecimiento carcelario o un patio, y la capacidad real, es el número de personas que en realidad están recluidas en dicho establecimiento o patio. Ambos datos se obtuvieron de la información estadística suministrada por el INPEC durante el proceso, sin embargo, la propia sentencia advierte sobre la inconsistencia de algunas cifras y su variación sin fundamentación alguna, por lo cual incluso dio traslado la Procuraduría a fin de que se investigue sobre la forma como se manejan estas cifras, lo cual hace que esta metodología para establecer los montos de reparación no sea precisa.

fue menor, el cruce de ambos factores en igual porcentaje será lo que establezca el monto final de la reparación individual.

Para efectos de calcular la reparación colectiva se estableció una suma ponderada a través de la siguiente formula ***SPI*= ((*iTp*x0.5)+(*ipH*x0.5I)) x NEM,** para lo cual primero establece la indemnización promedio por tiempo (***iTp***) y hacinamiento (***ipH)***, multiplica cada una por 0.5, obtiene el valor de la suma ponderada de reparación individual de 48.6 SMLMV y ese valor lo multiplica por 378 que es el número de mujeres que calculo la sala[263] estuvo privada de libertad durante el tiempo a indemnizar dando un valor de suma ponderada para la reparación colectiva de 18.371 SMLMV. Ordenado al INPEC entregar al Fondo para la Reparación de la Victimas el detalle del tiempo de privación de cada una de las mujeres integrantes del grupo o que se quieran hacer parte de este, para que sea el fondo el que aplicando la fórmula para la tasación individual[264] de la reparación la determine y pague.

No sobra reconocer que la elaboración minuciosa de la fórmula para establecer los topes máximos de reparación, el cruce de factores y finalmente la aplicación de estos a cada una de las internas que formaron parte del grupo, así como la desarrollada para determinar la reparación colectiva, implicó un trabajo creativo, dispendioso y complejo por parte de la Sala[265], lo cual es retomado en idéntica forma en los casos siguientes que fallara el Consejo de Estado, generándose con esto un importante precedente, sin embargo, los topes máximos establecidos inicialmente no obedecieron, o al menos no lo dijo la sentencia, a ninguna consideración en particular sino al *arbitrio juris*, como también veremos sucede en los casos siguientes.

Finalmente, y a pesar de que en algún momento la sentencia manifestó que las medidas restaurativas resultaban imposibles como medio de reparación, la sentencia termina

---

[263] El número de internas que demando fue solamente de 11, pero la Sala considero que como quiera que estamos frente a una acción de grupo, era necesario prever la cifra total de internas que pudieran llegar a solicitar hacerse parte del grupo, de allí la cifra de 378 internas y el valor de la reparación colectiva.

[264] Num. *107 Cada mujer será indemnizada según el tiempo (**T**) que estuvo presa, y el hacinamiento (**H**) que padeció durante ese tiempo. Ambos factores inciden en igual proporción en la intensidad del daño, por lo que el valor indemnizatorio de cada uno será multiplicado por 0,5 y la sumatoria de ambos será el monto de la indemnización (**i**) correspondiente. Esto se representa en la siguiente fórmula: (**T** x 0,5) + (**H**x0.5) = **i***
Esta fórmula es la que la sentencia aplicó para cada una de las demandantes que fueron solo 11 mujeres.

[265] Para una mejor comprensión del complejo proceso ver punto *2.6 de la sentencia págs. 43 a 50*

curiosamente ordenado una serie de medidas restaurativas como "*parte de la reparación integral*" a que tiene derecho las mujeres del Cunduy, consistentes en reiterar e "*intensificar*" las medidas ya ordenadas por la Corte Constitucional, entre ellas, las brigadas de la Defensoría del Pueblo encaminadas a dar trámite a las solicitudes de excarcelación represadas, la aplicación de la regla de equilibrio decreciente, intensificar las medidas alternativas al encarcelamiento como la casa por cárcel, exhortar al Ministerio de Justicia y del Derecho para diseñar una política criminal y penitenciaria con enfoque de género, inclusive ordenó al Ministerio de Justicia y el Derecho exhortar al Congreso de la República para que detengan el populismo punitivo de las medidas de detención preventiva, y se ordena a la Procuraduría a que inicie vigilancia especial sobre todos los procesos en que se soliciten medidas a favor de la libertad o alternativas a la reclusión intramural.

1.2.2.1.4. ASPECTOS DESTACABLES DE LA SENTENCIA

Sin lugar a dudas que estamos frente a una sentencia hito en materia de reparación por HC a través de acciones de grupo, pues desarrolla y aplica de manera oficiosa la tipología de daños inmateriales a BDCCP que no fueron invocados en la demanda, no solo para acceder a la reparación pecuniaria sino también ordenando medidas reparatorias no pecuniarias con lo cual se intenta por primera vez una reparación integral dejando de lado las consideraciones del precedente inmediato (cárcel de la Vega), con una argumentación que sin lugar a dudas contribuye a neutralizar la tendencia constitucional de diferir en el tiempo de manera indefinida las violaciones de derechos fundamentales por HC.

Queda la duda de si es posible la concurrencia simultanea de reparación por daño moral y pecuniaria por daño a BDCCP, si esto constituye una doble reparación, y de si habiéndose decretado medidas no pecuniarias, resultaba procedente también el reconocimiento pecuniario por esta tipología de daños, si se cumple debidamente las consideraciones jurisprudenciales para de manera excepcional reconocer esta reparación pecuniaria, aspectos sobre los que volveremos en la parte final de este capítulo al establecer los lineamientos jurisprudenciales para la reparación por HC en acciones de grupo.

La sentencia realiza también un interesante esfuerzo de ponderación de la reparación pecuniaria en función de las dos variantes que inciden en el daño generado por el HC; el tiempo de reclusión y el porcentaje de hacinamiento, lo que ciertamente difiere en cada una de las internas, con ello, se logra una reparación lo más consecuente posible con el sufrimiento y padecimiento de cada víctima. También es de destacar las fórmulas empleadas para determinar los montos de la reparación individual y colectiva, las cuales se repetirán en las sentencias subsiguientes, por lo que pareciera, que salvo algunos criterios que sería necesario unificar en cuanto a topes máximos, pudiera tenerse como una jurisprudencia consolidada.

1.2.3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DE LA CORTE SU-068 DE 2023

Contra la anterior providencia, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y el INPEC interpusieron acción de tutela por la vulneración a sus derechos fundamentales al debido proceso e igualdad lo cual sustentaron de la siguiente manera.

1.2.3.1. DEFECTOS FACTICOS, PROCEDIMENTALES Y SUSTANTIVOS ALEGADOS POR EL TUTELANTE

Las entidades tutelantes argumentaron la existencia de defectos facticos, procedimentales, vulneración al principio de congruencia y defecto sustantivo por desconocimiento de procedentes jurisprudenciales del mismos Consejo de Estado, lo cual se resume en: (i) la indebida valoración probatoria que el fallo impugnado le dio a los testimonios de persona familiares de las víctimas, por lo que debió ser más exigente al momento de valorarlos, así como la valoración irrazonable del informe rendido por el personero municipal de Florencia, (ii) por violación del principio de congruencia al haber sido condenadas en cantidad superior a la solicitada y por objeto distinto a lo pretendido por

las accionantes, y (iii) por defecto sustantivo[266], al desconocer dos precedentes de la misma Corporación, en primer lugar la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014[267] que estableció la regla de derecho para reconocer el daño a BDCCP, esto es que efectivamente se haya probado el daño relevante al derecho constitucional a la dignidad humana y su intensidad; y la sentencia que negó la reparación a los internos de la cárcel de la Vega en Sincelejo[268]. En aquella ocasión, recordemos, el Consejo de Estado consideró que si bien existía responsabilidad para el INPEC resultaba improcedente la reparación pecuniaria por cuanto: (i) la Corte Constitucional había ordenado una serie de medidas encaminadas a resolver (progresivamente) la situación de hacinamiento y, (ii) no se demostró que existiera indolencia o indiferencia por parte del Estado para superar el ECI, por tanto, esta regla debía de ser aplicada al caso de El Cunduy pues eran idénticas las circunstancias ya que las internas de dicho establecimiento también estaban amparadas por las mismas medidas dictadas por la Corte encaminadas a superar el hacinamiento.

La tutela fue conocida en primera instancia por la Sección Primera del Consejo de Estado y en segunda instancia por la Sección Quinta, ambas negaron la procedencia del amparo constitucional, entre otras razones, al considerar que respecto del desconocimiento del precedente jurisprudencial del caso de la cárcel de la Vega, no eran situaciones equiparables, entre otras, por el particular enfoque de género que se dio en el fallo objeto de la tutela.

Inicialmente la Corte examino los requisitos exigidos para tutela contra sentencias judiciales, encontrando que el requisito de subsidiariedad no se cumple respecto del cargo de falta de congruencia de la sentencia, pues este podía haber sido alegado bajo el recurso extraordinario de revisión, por lo que declaró improcedente la tutela respecto de este cargo,

---

[266] La Corte aclaró que no se trató de un defecto sustantivo pues este solo se presenta en los casos en que se aplica una norma cuya interpretación desconoce una sentencia que irradia sus efectos a todo el ordenamiento jurídico, sino que se estaba era frente a un *desconocimiento del precedente jurisprudencial puro y simple. Primero, no se trata del desconocimiento de una sentencia en la que se hubiere plasmado una interpretación normativa que irradie todo el ordenamiento jurídico. Es decir, no se trata del desconocimiento de una decisión judicial con efectos para todas las personas. Segundo, lo que alegan las entidades accionadas es el desconocimiento de unas reglas jurisprudenciales aplicables a su caso.*

[267] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P.: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero, No. 05001-23-25-000-1999-01063-01(32988) (28 de agosto de 2014).

[268] Sentencia analizada en el punto 1.1 de este capítulo.

pero respecto de los otros cargos encontró que se cumplían con todos los requisitos por lo tanto centro el problema jurídico en la valoración probatoria y en el desconocimiento de los precedentes judiciales anotados.

1.2.3.2. CONSIDERACIONES Y CONTEXTUALIZACIONES PREVIAS

Al iniciar la solución del problema jurídico, la Corte hace varias contextualizaciones y precisiones sobre diversos temas que considera necesarios previos a resolverlo, tales como la evolución del ECI, la relación de especial sujeción, la flexibilización de los medios probatorios, el HC como causa directa de daño antijurídico y la necesidad de implementar un enfoque de género en estos casos.

Sobre el ECI reconoce que en la actualidad aún no se ha superado y hace la siguiente precisión, *El objetivo de declarar el estado de cosas inconstitucional no es, ni mucho menos, flexibilizar el control a las entidades estatales ni tampoco servir de fundamento para que estas desconozcan su obligación de reparación pecuniaria cuando se configura un daño antijurídico*[269], pues aceptar lo contrario sería desconocer la prohibición constitucional y convencional de tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

La anterior precisión marca un camino en el que la Corte se aparta de las consideraciones realizadas por el Consejo de Estado en la sentencia de la cárcel de La Vega, pues establece que no se puede negar reparaciones alegando que las órdenes dictadas por la Corte dentro del ECI están encaminadas a resolver el hacinamiento, o que la reparación sea procedente solo cuando este demostrada la indolencia o falta de interés del Estado en la solución de esta problemática, pues el hecho de que la situación este en (supuestamente) vía de solución, no hace desaparecer los padecimientos y la afectación a la dignidad humana de quienes estuvieron o continúan estando privados de libertad en circunstancias de HC.

La Corte realiza un análisis sobre lo que es y las implicaciones de la relación de especial sujeción de las PPL con el Estado, y establece como cierto, que en virtud de las restricciones que impone esa especial relación, lo que implica que los medios probatorios de

[269] SU-068 de 2023 Núm. 94

los cuales puede disponer como elementos que le permitan tomar fotos o grabar (celulares) así como visitas frecuentes que permitan testimoniar sobre lo que sucede al interior del centro de reclusión, son altamente restringidos y disminuidos, por lo que es aceptado por la propia jurisprudencia constitucional la *flexibilización de los medios probatorios cuando le sea solicitado analizar la acción u omisión del Estado en la comisión de un daño antijurídico en casos en los cuales se evidencien afectaciones generalizadas y sistemáticas a los derechos humanos y, debido a esta situación, se dificulten los medios probatorios para los individuos*[270]

La Corte reitera las razones por las cuales el HC es violatorio de la condición humana y, por ende, de la dignidad de las personas. Concluye que el hacinamiento "*por si mismo*" puede llegar a constituir un daño antijurídico en contra de la dignidad humana, e indica como este puede medirse a través de dos métodos; la capacidad instalada y el de la densidad poblacional[271], y estableció, como lo hizo la sentencia impugnada, que efectivamente aplicando el método de capacidad instalada el centro carcelario El Cunduy para el momento en que se interpuso la acción de grupo tenía un hacinamiento del 503%.

La Corte hace referencia a como este ha sido un tema de alta preocupación por lo que el ECI es objeto de seguimiento mediante una sala especial que se creó para tal fin y en donde se han emitido diferentes autos encaminados a que se cumplan las ordenes impartidas y en tal sentido, concluye que, *para la Corte es razonable que, cuando una autoridad judicial encuentre que el estado de hacinamiento de un establecimiento penitenciario o carcelario conlleva a situaciones inhumanas de vida en reclusión, pueda concluir que el Estado violó la dignidad de las personas privadas de la libertad*[272].

[270] Sentencia SU-068 de 2023 Núm. 111
[271] La Corte referencia la obra de Ariza, Libardo Jose y Torres Gomez, Mario. *"Definiendo el Hacinamiento. Estándares normativos y perspectivas judiciales sobre el espacio penitenciario",* que explica ambos conceptos y que, aunque considera que *la medición por densidad poblacional es más amplia e integral de la vida en prisión, en la cual el espacio penitenciario se evalúa en términos de las condiciones mínimas que deben cumplirse para garantizar la dignidad humana*, el método que se aplica en los casos fallados por el Consejo de Estado para determinar el HC es de la capacidad instalada, la cual hace referencia al número de cupos disponibles versus el número de personas efectivamente internas en el establecimiento.
[272] Sentencia SU-068 de 2023 Núm. 130

La Corte considera que el sistema penitenciario al ser mayoritariamente ocupado por hombres, ha sido diseñado para hombres, lo cual hace que las circunstancias de reclusión para las mujeres sean más gravosas, y si a ello se suma la situación de hacinamiento, las necesidades específicas de las mujeres resultan aún más desconocidas y vulneradas[273], por ello considera que *el análisis de un caso de hacinamiento y de violación de derechos humanos de personas privadas de la libertad debe hacerse con especial atención cuando las perjudicadas son mujeres, en tanto, como se explicó antes, sus derechos se pueden ver mayormente afectados por diversas razones que responden a la interseccionalidad de factores que las sitúan en una posición de especial vulnerabilidad*[274].

1.2.3.3. CASO CONCRETO

1.2.3.3.1.EL DEFECTO FACTICO

En relación con el defecto factico alegado por la ANDJE por la manera irracional como el Consejo de Estado valoró los testimonios y el informe del personero municipal, la Sala Plena de la Corte Constitucional considero que estos junto con los demás medios probatorios si permiten establecer la situación de HC. Aquí la Corte realiza una mixtura en cuanto a los métodos para establecer el HC, por un lado el de capacidad instalada, el cual, como ya se dijo fue del 503%, que se establece con una simple operación aritmética a partir de las cifras dadas en ese momento por el propio INPEC y, por el otro, la densidad poblacional, pero no determinado con base en los estándares establecidos por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) ni de las reglas Mandela[275] sino precisamente de los

[273] Lo anterior la Corte lo fundamenta en diversos informes de CIDH como; CIDH/OEA (2017). Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas, p. 134, http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PrisionPreventiva.pdf.; ONU (2013). Causas, condiciones y consecuencias de la encarcelación para las mujeres (A/68/340), https://undocs.org/es/A/68/340 ; CIDH, Observaciones a la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Enfoques Diferenciados en Materia de Personas Privadas de la Libertad, ver también Comisión Interamericana de Mujeres (CMI), Enfoque de género en materia de mujeres privadas de la libertad, (2012), pág.12

[274] Sentencia SU-068 de 2021 Núm. 138

[275] Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-S-ebook.pdf

testimonios que dan cuenta sobre las condiciones precarias que se vivían en ese momento por parte de las internas, lo cual en nuestra opinión es una forma anti técnica de establecer la densidad poblacional y nos reafirma en nuestra tesis[276] de que el método de la densidad poblacional no es más que la consecuencia del HC, por ello a la postre la densidad poblacional resulta irrelevante para efectos de establecer el HC pues basta con saber que el hacinamiento por capacidad instalada está desbordado al punto de tener un 503% de sobre población para dar por hecho cierto todas las demás afectaciones que de esta situación se pueden derivar.

En tal sentido, consideró la Corte que los testimonios así como el informe del personero y algunas fotografías aportadas fueron valorados razonablemente por el Consejo de Estado, lo que permitió establecer las condiciones en que se encontraban las internas las cuales fueron constitutivas, incluso, de tratos crueles, inhumanos y degradantes, y reiteró la flexibilidad probatoria en estos casos dada la RES y la situación precaria de los internos en general para poder recabar pruebas por cuanto no cuentan con elementos idóneos, por ello, los visitantes que reciben son quienes puede testimoniar dichas situaciones que generalmente son sus propios familiares, y realiza una especia de inversión de la carga de la prueba, en el sentido de considerar que le correspondía al INPEC desvirtuar dichas pruebas.

Aclara la Corte que, esta decisión no implica *un estándar de responsabilidad estatal objetiva por casos de hacinamiento carcelario en el país,* por lo que, tratándose de una falla del servicio, el Estado podrá exonerarse de responsabilidad si demuestra *que ha adoptado todas las medidas conducentes a evitar un daño antijurídico. Para ello deberá constatar que existe un plan completo, coherente, racionalmente orientado y con presupuesto suficiente para eliminar la situación de hacinamiento carcelario, que se está implementando adecuadamente y que evidencia progresos y avances reales y tangibles, o indicios claros de que estos efectivamente se darán*[277].

Esto pareciera plantear una contradicción entre la posición según la cual el hecho de que existan medidas encaminadas a solucionar el HC no es razón para negar la reparación, y

[276] Tesis expuesta en el capítulo I punto 1.1 pág. 3
[277] Sentencia SU-068 de 2023 Núm. 150

lo que ahora dice; “que si se demuestra que se está en desarrollo y ejecución de un plan encaminado a dicho fin, ello sería suficiente para que se exonere de responsabilidad al Estado”.

La anterior contradicción plantea la duda de si la adopción de planes y políticas públicas encaminadas a resolver en un plazo razonable el problema del HC ¿bastaría para liberar de responsabilidad al Estado?, sobre lo cual, es importante anotar que en las múltiples contestaciones a las demandas que las autoridades carcelarias dan, casi siempre comienzan precisamente por allí, es decir, argumentando la existencia de planes de descongestión carcelaria, nuevas construcciones para ampliar cupos, inversiones, etc., encaminadas a resolver el hacinamiento al menos de manera puntual para el centro carcelario objeto de la acción de grupo, sin embargo, hasta lo aquí fallado en los diversos casos, nunca esas afirmaciones o informes han sido aceptados como una forma de eximente de responsabilidad.

Lo anterior se explica, entre otras razones, por cuanto se trata de daños ya consumados, que afectan un núcleo esencial de los derechos humanos como lo es la dignidad humana, por lo que la acción de grupo perdería su razón de ser y su relevancia constitucional como mecanismos de reparación integral de las vulneraciones de los derechos fundamentales si se aceptara que de esta forma se puede eludir la responsabilidad estatal.

1.2.3.3.2. EL DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE

En cuanto a la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014 de la Sección Tercera del Consejo de Estado que estableció los criterios mediante los cuales procede la reparación pecuniaria por daños a BDCCP, consideró que la sentencia del caso de El Cunduy cumplió con la regla jurisprudencial, pues -en primer lugar- encontró vulnerado el derecho a la dignidad humana, segundo explico porque la reparación con medidas no pecuniarias no eran suficientes, pertinentes, oportunas y posibles, al argumentar (en dicho fallo) que *no pueden privilegiarse las medidas compensatorias no pecuniarias para excluir las indemnizatorias, porque la naturaleza de los bienes afectados hace imposible una reparación efectiva*

solamente con medidas propias de la justicia restaurativa[278], en tercer lugar, la reparación no incluyo reparación monetaria al daño a la salud, por lo cual, resultaba procedente la reparación pecuniaria en esta otra tipología de daño y, en cuarto lugar, la sentencia no supero los topes de 100 SMLMV pues este fue tasado en un máximo de 40 SMLMV.

Sin embargo, consideramos que la simple afirmación de que la naturaleza de los bienes afectados hace imposible una reparación efectiva solamente con medidas no pecuniarias, no pareciera estar cumpliendo cabalmente con la regla de unificación que exige una motivación por parte del juez que explique la necesidad de acudir a la excepcionalidad de la reparación monetaria cuando las medidas de reparación no pecuniaria resulten insuficientes, importunas o imposibles de realizarse, pues lo cierto es que no se dio ninguna razón ni explicación de porque aquellas adolecían de tal condición, la Sala de la Subsección B debió de haber explicado porque cada una de las múltiples medidas no pecuniarias dictadas resultaban insuficientes, inoportunas o irrealizables y, como ello, no permitiría una verdadera reparación integral, pero esto en estricto sentido no se hizo.

En otro aparte de la sentencia de la Subsección B se dice a título de justificación de la reparación pecuniaria *"la Sala encuentra imposible la reparación de estos perjuicios mediante la restitución de sus derechos. Ninguna medida puede devolver a las mujeres del Cunduy el derecho arrebatado a la dignidad; ninguna medida podrá volver atrás el tiempo para que ejerzan retroactivamente sus derechos, para que reversen lo que percibieron sobre sí mismas o para que recuperen una porción de su vida irremediablemente inhumana.",* afirmación que tampoco explica la excepcionalidad, y si el requisito para que estas medidas sean útiles es que permita *volver el tiempo a tras o recuperen una porción de su vida*, pues ninguna medida reparatoria lograría esto, piénsese en un caso de ejecución extrajudicial, ¿que medida podía volver el tiempo a tras de tal suerte que las víctimas no perdiera a su ser querido?, si esta es la condición para que las medidas no pecuniarias sean procedentes ninguna lo seria.

[278] Consejo de Estado. Sentencia del 20 de noviembre de 2020. Rad # 2013-00216-01(AG). M.P. Alberto Montaña Plata. Página 35.

Lamentablemente la sentencia de la Corte no realizó un análisis detallado sobre el cumplimiento de la regla de unificación, en nuestro criterio el juicio sobre el desconocimiento del precedente de unificación fue superficial, no cumplió con la justificación de la procedencia de la excepcionalidad de manera objetiva y razonada, sino que se aceptó unas afirmaciones si bien con alta carga emotiva desprovistas de análisis y justificación rigurosa.

Mas lamentable resulta lo anterior, teniendo en cuenta que en contexto de reparaciones colectivas el sistema interamericano de protección derechos humanos considera las medidas centrales de reparación —particularmente tratándose de colectivos o grupos— las medidas de satisfacción y las garantías de no repetición. Estas no solo buscan restituir en lo posible la situación anterior, sino que, sobre todo, pretenden restablecer la dignidad moral de las víctimas, elemento especialmente relevante en el caso del HC, donde lo que está en juego es la afectación de la dignidad humana. Al no hacerlo, se corre el riesgo de vaciar de contenido el estándar fijado por la jurisprudencia de unificación y de desconocer el marco internacional que privilegia la reparación simbólica y estructural por encima de la indemnización económica en este tipo de contextos.

En cuanto a la sentencia del 3 de octubre de 2019 alegada como desconocida, en la que el Consejo de Estado resolvió la situación del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Sincelejo (La Vega), consideró la Corte que esta no tiene la connotación de precedente de unificación, simplemente es lo que la Corte a denominado doctrina probable en cuyo caso el juez puede apartare de un precedente en un caso análogo siempre que exponga de manera clara y razonada los fundamentos jurídicos que explican su decisión, lo cual considera si se cumplió, en primer lugar, "*el juez decidió apartarse del precedente tras considerar que, en el caso concreto, las medidas adoptadas por la Corte para superar el ECI no reparaban a las mujeres de El Cunduy por los perjuicios derivados del hacinamiento."* Y en segunda lugar, *"la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado consideró que no se podía condicionar la indemnización de las internas de El Cunduy al cumplimiento de una carga probatoria para demostrar la indolencia e indiferencia estatal en la superación del ECI, como se había hecho en el 2019*[279]*"*, pues ello

[279] Sentencia SU-068 de 2023 Núm. 170

constituye una prueba de imposible cumplimiento para las víctimas lo cual llevaría a la indemnidad no obstante estar probado el daño y la imputación, lo cual, además, haría contradictoria la sentencia.

Esta argumentación de la Corte la compartimos plenamente, pues ciertamente el ECI no puede constituirse en una especia de causal de eximente de responsabilidad estatal, independientemente, como lo dijo la Corte, de que no se hayan reconocido reparaciones en las múltiples declaratorias de ECI no quiere ello decir que le haya quitado competencia a otras jurisdicciones para que conforme con la ley y sus procedimientos conceda las reparaciones que considere, pues, "*el Estado debe hacerse responsable de las consecuencias a las que conlleva una vulneración generalizada y masiva de derechos fundamentales. Así, las autoridades judiciales, como en este caso el Consejo de Estado, deben acudir a todas las herramientas dispuestas en el ordenamiento para hacer valer los derechos reconocidos en la Constitución"*[280].

Concluye la sentencia de la Corte indicando que no obstante todo lo anterior, la presente decisión de la Corte no desarrolla un régimen de responsabilidad objetiva para los casos de HC en el país, por el contrario, quienes pretendan el reconocimiento de la responsabilidad estatal por estos hechos deberá siempre probar el daño antijuridico, la acción u omisión imputable al Estado, y el nexo de causalidad.

1.2.3.3.3. ASPECTOS DESTACABLES DE LA SENTENCIA

Es la primera sentencia de la Corte que establece algunos elementos de unificación en materia de acciones de grupo por HC, sobre lo cual podemos destacar lo siguiente.

El ECI no es una forma para eludir la obligación de reparar los daños ocasionados por el HC, ni el hecho de que se hayan impartido ordenes encaminadas a superar progresivamente en el tiempo esta situación, exculpa al Estado de su responsabilidad y por ende de su deber de reparar.

[280] Ídem. Núm. 179

La relación de especial sujeción en que se encuentran las PPL hace que los medios y posibilidades probatorias de que disponen estas personas estén disminuidos o restringidos, por lo que es aceptable la flexibilización de la carga probatoria respecto de estas personas, o bien, invertir la carga de la prueba cuando así lo considere el juez.

Centra el daño por el HC en un daño antijurídico en contra de la dignidad humana, y aunque no establece una única tipología de daño en materia de HC, si hace un desarrollo sobre la reparación a BDCCP por lo cual es posible establecer que esta es la tipología que la Corte considera corresponde a las afectaciones resultantes del HC, pero aclara que el HC no implica un estándar de responsabilidad objetiva por lo que tratándose de un régimen de falla del servicio el Estado podrá exonerase de responsabilidad si demuestra que actuó con la debida diligencia.

Consideramos que la sentencia de unificación no analizó un tema que consideramos clave como ya lo anotamos y es la posibilidad de coexistencia de la reparación por daño moral con la reparación pecuniaria por daño a BDCCP, seguramente por cuanto no fue objetado por las entidades tutelantes, y fue superficial al momento de analizar si se cumplió la regla jurisprudencial para la procedencia de manera excepcional de la reparación pecuniaria por daño a BDCCP, que como ya dijimos, dio por sentado que las medidas de reparación restaurativas resultaban insuficientes sin mayor argumentación.

1.3. CASO DEL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE MEDIANA SEGURIDAD Y CARCELARIO DE CALI – VALLE DEL CAUCA (VISTA HERMOSA). SENTENCIA DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2024[281]

El Consejo de Estado mediante sentencia de la Subsección A, condeno al INPEC haciendo unas consideraciones a partir de los dos precedentes sobre la materia y de manera especial de la sentencia de unificación anteriormente expuesta, por lo que podríamos decir

[281] Consejo de Estado. Sala de lo Contenciosos Administrativa. Sección Tercera subsección A. Sentencia del 18 de noviembre de 2024. Rad. No 760012333000-2014-00793-01 (64573) M.P. Jose Roberto Sáchica Méndez

es una sentencia que empieza a consolidar algunas líneas jurisprudenciales en la materia como lo veremos a continuación.

1.3.1. La Apelación

Los demandantes sostuvieron que la tasación de perjuicios resulto injusta y no comprende una reparación integral por cuanto no se consideró debidamente las violaciones a la condición humana, por lo cual, la reparación a derechos convencional y constitucionalmente protegidos o morales[282] debió de ser de 80 SMLMV para cada uno de los 5.993 internos recluidos en la cárcel.

El Ministerio de Justicia argumento la existencia de cosa juzgada como quiera que ya el Tribunal había negado en un fallo previo las peticiones siendo la misma *causa petendi*, no se probó que el daño fuera personal, concreto y directo, no procede la presunción de daño moral y no se acredito la falla del servicio, lo cual también fue motivo de la apelación de la USPEC con idénticos argumentos.

1.3.2. Intervención de la agencia de defensa jurídica del Estado[283]

La Agencia conforme sus facultades legales, solicito intervenir en este proceso para solicitar se revoque la sentencia de primera instancia al no estar demostrados los elementos de responsabilidad del Estado.

Comenzó cuestionado la falta de acreditación del daño de manera individual, pues solo se probó la sobrepoblación del penal, pero no el daño como tal, ni moral ni a bienes constitucional y convencionalmente protegidos, es decir, para la Agencia, a diferencia de los

[282] Los apelantes equiparan ambas tipologías de daños, no obstante que lo que habían reclamado era solo daños a bienes constitucional y convencionalmente protegidos, probablemente por cuanto la sentencia reconoció daños morales e ignoro los otros, entonces los demandantes para no dejar sin piso la decisión del Tribunal en lo que los favorece, deciden equiparar ambos términos.
[283] Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Memorial del 07-12-2021 Radicado No 20215000147521-DDJ

precedentes del Consejo de Estado[284], no se considera que el HC por sí solo pueda ser constitutivo de daño.

En cuanto al daño moral que reconoció el fallo de primera instancia, manifestó que este no fue solicitado por los demandantes, por lo que existe una falta de congruencia en el fallo, por otro lado, la jurisprudencia del Consejo de Estado tiene establecido solo tres hipótesis en que se puede presumir el daño moral; la muerte de un familiar hasta determinado grado, así como las lesiones personales y la privación injusta de la libertad, tampoco se puede reconocer de manera oficiosa.

En cuanto al daño a BDCCP, si bien fue el invocado por los demandantes, advirtió que la reparación de estos de manera pecuniaria era solo excepcional para lo cual refirió a la regla jurisprudencial[285] ya ampliamente mencionada en este trabajo, sobre lo cual consideró falto argumentación para demostrar este daño, la reparación debía de realizarse con medidas de tipo no pecuniario y que se debía dar aplicación del precedente jurisprudencial contenido en la sentencia del 3 de octubre de 2019 (cárcel La Vega).

Finalmente solicito, en caso de confirmarse la sentencia recurrida, que se limitara la reparación solo a las personas que estuvieran recluidas con anterioridad a la presentación de la demanda, pues *de reconocerse perjuicios por fuera de este término, por ejemplo, hasta la ejecutoria de la sentencia de segunda instancia, estos serían inciertos y no se están probados (SIC),* y se estaría incluyendo en el grupo a *personas que no estaban internadas o recluidas al momento de haberse iniciado los procesos, lo cual constituiría una grave violación al derecho de defensa de la parte demandada*[286].

[284] En ambas sentencias del Consejo de Estado analizadas anteriormente, si se consideró que el HC era constitutivo por sí mismo de daño, independientemente de que en el primer caso (cárcel La Vega) no se hubiera accedido a la reparación mientras que en el segundo caso (cárcel El Cunduy) si se accedió.
[285] Consejo de Estado, sentencia de Sala Plena del 14 de septiembre de 2011, rad. 19031 y 38222, M.P. Enrique Gil Botero y la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2014, expediente 32988.
[286] Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Memorial del 07-12-2021 pág. 41

1.3.3. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO[287]

El Ministerio Público solicitó revocar el fallo de primera instancia por cuanto no se acredito el daño individual y personal de cada uno de los integrantes del grupo, indicando que si bien el Tribunal realizó un reconocimiento por daño moral, lo que se reclamo fue por daño a BDCCP, concretamente, el derecho a la dignidad humana, indicando que el reconocimiento de esta tipología de daños esta decantado en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014 radicado 32988.

Conforme lo anterior, indico que, si bien el Tribunal omitió realizar el análisis de esta tipología de daño que era el único que procedería conforme lo solicitado por los demandantes, la procedencia de este daño debería tener presente los siguientes elementos: *(i) el propósito de esta reparación en eminentemente restaurativo, no indemnizatorio; (ii) solo de manera excepcional se puede reconocer indemnización monetaria en un tope de hasta 100 SMLMV reconocido solo a la víctima directa; (iii) esa reparación monetaria debe estar debidamente* ***motivada y ponderada*** *según la intensidad del daño y el derecho afectado, cosa que para nada realizo el Tribunal; (iv) no existe ninguna posibilidad de presunción del daño, como indebidamente lo hizo el Tribunal*[288]*.*

El Ministerio Público realizó una serie de consideración sobre la carga de la prueba por parte de los demandantes en la demostración del daño moral la cual no se cumplió y la improcedencia de la presunción de este por la declaratoria de ECI en materia carcelaria, la demostración del HC no permite presumir por sí solo el daño moral, ya que, según la

[287] Procuraduría General de la Nación. Procuraduría Cuarta Delegada ante el Consejo de Estado. Concepto 103 de 11 de noviembre de 2021. Esta intervención fue realizada en mi calidad de Procurador Delegado ante el Consejo de Estado y es una de las razones que me llevaron a interesarme por esta problemática y a buscar investigar más sobre el tema, por ello mismo, es importante anotar que las consideraciones realizadas en dicho concepto pueden variar de las que ahora se realizan en esta investigación, habida cuenta de los desarrollos jurisprudenciales posteriores, y a que el proceso dialectico y la reflexión que sobre el tema se ha desarrollado en este estudio, es mucho más comprensivo de la que se realizó en su momento (noviembre de 2021) para la elaboración del concepto en cuestión.

[288] Ídem. Pág. 27

jurisprudencia, estas presunciones están limitada a específicos casos dentro de los cuales no está el HC.

Finalmente, reitero lo manifestado en la apelación del INPEC así como en la intervención de la ANDJE sobre el factor temporal para la determinación del grupo establecido por el Tribunal, el cual comprendía a las PPL desde el 1 de agosto de 2012 (dos años antes de la presentación dela demanda) hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, lo cual resulta violatorio del debido proceso y el derecho de defensa de las entidades demandadas, pues no tendrían oportunidad de defenderse sobre las personas que ingresaran posteriormente y es una decisión *extrapetita* como quiera que va más allá de lo pedido por los demandantes que limitaron el grupo a las PPL desde los dos años anteriores a la presentación de la demanda y hasta la presentación de la misma el 31 de julio de 2014.

1.3.4. SENTENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

Inicialmente se descartó la existencia de cosa juzgada propuesta por el Ministerio de Justicia al considera que esta no se probó en la oportunidad correspondiente y que en el fallo que refieren constitutivo de cosa juzgada se negaron las pretensiones, pero porque no se logró identificar cual era el grupo demandante, lo que descarta la configuración de la excepción de cosa juzgada.

En cuanto al factor temporal para la conformación del grupo, pues el *aquo* estableció que los efectos de la sentencia cobijarían incluso a las persona que ingresarán al establecimiento carcelario con posterioridad a la presentación de la demanda y hasta la ejecutoria de la sentencia que pusiera fin al litigio, con lo cual, tal y como lo advirtió el Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, se estaría creando un especie de presunción de la responsabilidad por hechos futuros e inciertos sobre la base de un daño continuado sin fundamento probatorio alguno, por lo que la Sala considero que el grupo se restringiría solamente a las personas privadas de la libertad que ingresaran al

establecimiento carcelario de Villahermosa dentro de los 2 años anteriores a la presentación de la demanda[289].

1.3.4.1. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD

1.3.4.1.1. EL DAÑO

La configuración del daño con sus características propias de ser personal, concreto y directo es precisamente lo que fue el centro de apelación de las entidades demandadas, así como el reproche realizado en las intervenciones tanto de la ANDJE como del Ministerio Público. Sin embargo, la Sala considero que las pruebas recaudadas dan cuenta de la situación de hacinamiento en la EPMSC de Cali y *de ese hecho, por sí solo, se infiere la afectación al derecho a la dignidad humana de las personas privadas de la libertad en esas condiciones.*[290]

La Sala hace referencia a precedentes tanto de la Corte IDH[291] de la Corte Constitucional[292] y el Consejo de Estado[293] que han establecido que la sola demostración de

---

[289] Consejo de Estado. Sentencia del 18 de noviembre de 2024. Rad. No 2014-00793-01 (64573) M.P. Jose Roberto Sáchica Méndez (…) *64. En ese contexto, la continuidad de la situación de hacinamiento no habilita que a través de este medio de control se reclame la reparación de perjuicios causados a personas que no formaban parte del grupo al momento de presentar la demanda ni de aquellas que puedan verse afectadas en el futuro por la misma causa. Permitirlo vulneraría el derecho a la defensa de las demandadas, ya que implicaría presumir su responsabilidad por hechos futuros e inciertos y asumir una afectación a la dignidad humana simplemente por ingresar a ese EPMSC, sin que puedan controvertir si el hacinamiento persistió, si ocurrió con la misma intensidad y si les resulta imputable.* (Subrayado nuestro)
(…)
68. En suma, se considera procedente fijar como criterios para determinar el grupo afectado y la individualización de sus miembros los siguientes: ***i)*** *personas privadas de la libertad, bien sea por condena o por medidas de aseguramiento recluidas en los patios del EPMSC Villahermosa de Cali que presentaron índices de hacinamiento, y* ***ii)*** *que estuvieron en dicho lugar entre el 31 de julio de 2012 y el 31 de julio de 2014.*

[290] Ídem. Núm. *86. Para las demandadas, de la situación de hacinamiento no se puede inferir una afectación al derecho a la dignidad humana; sin embargo, la Sala considera que corresponde a un hecho notorio que la privación de la libertad en esas condiciones da cuenta, por sí misma, de la vulneración de la dignidad humana de las personas recluidas en esa situación.*

[291] Opinión consultiva OC-29/22 de 30 de mayo de 2022 solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, consultada en https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_29_esp.pdf En el mismo sentido Caso Tibi Vs. Ecuador, párr. 150, y Caso Mota Abarullo y otros Vs. Venezuela, , párr. 94.

[292] Corte Constitucional, sentencia SU-068 del 16 de marzo de 2023, M.P. Natalia Ángel Cabo, en el mismo sentido, sentencias C-143 de 2015, T-049 de 2016, T-232 de 2017, T-259 de 2020, T-288 de 2020.

[293] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 20 de noviembre de 2020, exp:18001-23-33-000-2013-00216-01 (AG). M.P. Alberto Montaña Plata.

la situación de HC constituye en sí misma una violación de la integridad personal ya que esta situación pone en riesgo la seguridad y el bienestar de las PPL.

La Sala para determinar el hacinamiento realizó un ejercicio similar al adelantado en la sentencia de la cárcel El Cunduy, aplicando la fórmula de capacidad instalada, con lo cual estableció que el HC fue en promedio del 258% llegando incluso algunos patios al 800%, lo cual resulta suficiente para acreditar la afectación a la dignidad humana de las PPL, concluyendo que este es precisamente el daño antijuridico que debe de ser reparado.

Nótese, que al igual que el precedente de El Cunduy y a diferencia de sentencias de los tribunales administrativos y de los recursos de apelación y demás intervenciones realizadas en este caso, las consideraciones sobre que el daño sea individual, personal y directo, se diluyen por completo, dando paso a lo que pareciera ya una tendencia jurisprudencial en cuanto a que el daño a la dignidad humana resultante del HC no requiere de la determinación ni concreción de dichos elementos tradicionales del daño, pues el respeto a la dignidad de las PPL, se encuentra intrínsicamente relacionado con el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes derechos que gozan tanto de protección constitucional como convencional[294].

1.3.4.1.2. IMPUTACIÓN Y NEXO DE CAUSALIDAD

En cuanto al título de imputación, la Sala mantiene la tendencia de la Corporación en cuanto a considerar que, si bien los daños que no son inherentes a la reclusión pueden imputarse de manera objetiva por la RES, si es posible acreditar la falla del servicio esta debe ser declarada.

En tal sentido, siguiendo la línea de falla del servicio establecido por el Tribunal, realizó un recuento sobre el ECI a partir de las diversas sentencias de la Corte Constitucional en las que se estableció la situación de HC incluida la cárcel objeto de esta acción, lo cual, tiene como consecuencia la vulneración de la dignidad humana, que conforme con el marco

[294] Sobre el particular la sentencia se fundamenta en varias sentencias de la Corte Constitucional, en normas de la Constitución Nacional artículo 1, ley 65 de 1993 articulo 5 y CADH Articulo 5 numeral 2.

normativo que regula la prestación del servicio penitenciario, le resulta imputable por falla del servicio por omisión al Ministerio de Justicia y a la USPEC, y aunque se desvirtuara tal título de imputación por las limitaciones logísticas y económicas argumentadas por las demandadas, advierte que también le resultaría imputable en virtud del régimen objetivo por la "relación de especial sujeción".

1.3.4.1.3. INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

En cuanto a la indemnización de perjuicios, consideró que el daño moral reconocido por el Tribunal debía ser revocado por cuanto no guardaba congruencia con lo solicitado en la demanda, pues en ella se solicitó reparación pecuniaria por la afectación de bienes constitucional y convencionalmente amparados y no por daño moral. La sala realizó un recuento sobre el desarrollo jurisprudencial de esta tipología de daños, la procedencia de este, la reparación por regla general no pecuniarias y solo excepcionalmente pecuniarias.

Analizó las sentencias de la Corte sobre ECI y los autos de seguimiento de las mismas en las cuales pudo verificar que de manera específica para el EPMSC de Cali se habían dictado varias medidas[295] las cuales considero que resultan suficientes e idóneas para superar el hacinamiento que genero la vulneración de la dignidad humana, por lo cual al ser suficientes relevaban al juez administrativo de dictar medidas adicionales, en idéntico sentido de la decisión adoptada en la sentencia de la cárcel de La Vega, pero con la diferencia que

[295] Para el caso del EPMSC de Cali las medidas dictadas en los fallos de tutela fueron: ordenar ***i)*** al director de la EPMSC de Cali y al director del Inpec que en el término de 4 meses siguientes a la notificación de ese fallo y sin que se excediera el plazo máximo de 2 años, realizaran las gestiones necesarias para el traslado progresivo de internos de ese establecimiento a otras cárceles o centros penitenciarios del país que no presentaran sobrepoblación, hasta que el número de internos no exceda la capacidad real; ***ii)*** al municipio de Santiago de Cali, al departamento del Valle del Cauca y a la Nación – Ministerio de Justicia y del Derecho que dentro de los 2 meses siguientes a la notificación de la providencia definieran si el EPMSC de Cali debía permanecer en el sitio que ocupaba o si debía ser reubicado; ***iii)*** a la Uspec y al Inpec realizar un plan de mejoramiento integral a la infraestructura del EPMSC de Cali; ***iv)*** a la Secretaría de Salud de Cali que realizara una visita para efectos de verificar el cumplimiento del plan de mejoramiento y en caso de incumplimiento de normas de salubridad adoptar las medidas de su competencia; ***v)*** a la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios y al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario obtener del Cuerpo Oficial de Bomberos Voluntarios concepto acerca del cumplimiento de las disposiciones relativas a la prevención, control y extinción de incendios y adoptar un plan de evacuación en caso de emergencias; y, ***vi)*** a la Defensoría del Pueblo Regional Valle del Cauca y a la Procuraduría General de la Nación que realizaran el seguimiento de las órdenes impartidas.

no obstante ser suficientes las medidas no pecuniarias, estas tienen como finalidad resolver el problema del hacinamiento, pero no reparar el daño generado y, por tanto, se debía proceder a la reparación pecuniaria.

Reiteró el precedente de la Subsección B en el caso de la cárcel de mujeres de El Cunduy, en la cual si bien se reconoció la idoneidad de las medidas dictadas por los jueces constitucionales para superar el HC, estas no reparaban los perjuicios derivados del hacinamiento, por lo que concedió reparaciones de tipo pecuniario, y siguiendo esa misma línea argumentativa, resolvió conceder la reparación pecuniaria prevista de manera excepcional, teniendo presente que *"**i)** se probó una afectación grave a un derecho constitucional y convencionalmente amparado; **ii)** las medidas para superar en el futuro las causas del hacinamiento no resultarían idóneas ni suficientes para reparar la afectación de los integrantes del grupo demandante a quienes se les desconoció su dignidad humana, bien porque fueron recluidos en esas condiciones y ya recobraron su libertad o bien porque fueron trasladados a un sitio de reclusión sin sobrepoblación, **iii)** por esta afectación no se reconoció una indemnización pecuniaria por daños morales o a la salud*[296]*"*

Si bien esta sentencia marca un importante avance en cuanto a circunscribir el daño a BDCCP, y hace un esfuerzo para motivar la reparación pecuniaria al considerar que las medidas no pecuniarias no resultan suficientes para reparar la afectación de los integrantes del grupo demandante que ya hubieran recobraron su libertad o hubieran sido trasladados a un sitio de reclusión sin hacinamiento, lo cual consideramos es una forma valida de justificación y motivación de la reparación pecuniaria, pues en estos casos si puede considerarse que las medidas no pecuniarias resultarían inocuas, queda la duda de ¿qué sucede con aquellos que continuaron en dicho establecimiento después del tiempo límite de reparación establecido en la sentencia, es decir después del 31 de julio de 2014?, más aún, habida cuenta que la situación de hacinamiento efectivamente continuo, al menos hasta el 22

[296] Consejo de Estado. Sentencia del 18 de noviembre de 2024. Rad. No 2014-00793-01 (64573) M.P. Jose Roberto Sáchica Méndez. Núm. 155

de enero de 2019 cuando el Tribunal realizó la inspección judicial[297] en la que comprobó la situación de hacinamiento.

Ciertamente, de no haber limitado un periodo de tiempo para la reparación, como lo hizo la sentencia analizada, implicaría una reparación prorrogada indefinidamente en el tiempo lo cual resultaría lesivo para las entidades estatales demandadas, pero ¿es la reparación pecuniaria, la única manera de reparación de personas que pueden estar padeciendo los efectos del HC por prolongados periodos de tiempo, en donde el fallo de segunda instancia se da 10 años después de interponerse la demanda? Pareciera que la sentencia busca con cierta razón, no dejar indemne a quien padeció el hacinamiento por los dos años anteriores a la interposición de la demanda, pero termina dejando indemne a quienes continuaron en dicha situación con posterioridad incluso hasta antes de dictarse esta sentencia.

Finalmente, la Sala emplea la misma fórmula ya desarrollada en el fallo de la cárcel de El Cunduy para efectos de determinar la reparación individual conjugando dos factores, tiempo y hacinamiento; Tiempo 24 meses a indemnizar, de tal suerte que entre mayor sea el tiempo de permanencia durante ese periodo mayor la reparación, y el hacinamiento, entre mayor sea el porcentaje de hacinamiento mayor será la reparación, ambos factores inciden en igual proporción en la intensidad del daño, el INPEC certificara el tiempo de reclusión de cada interno durante esos 24 meses y se determinara en que patio o patios permaneció durante ese periodo de tiempo para determinar el otro factor que es el hacinamiento, ambos factores se ponderan y se suman para dar como resultado final la indemnización (individual) que tendría derecho el interno.

[297] La inspección judicial realizada dentro de la etapa probatoria en primera instancia, es la prueba con la que se ha considerado tanto por el Tribunal como por el Consejo de Estado que el HC está probado, pues esta dio cuenta de la situación de sobre población que existía en el EPMSC de Cali en donde hasta cinco personas dormían en una celda que era para dos y como muchos tenía que dormir en los pacillos, sin embargo, el porcentaje de HC de manera concreta en cada patio se estableció a través de la aplicación de la fórmula de capacidad instalada y con base en las cifras suministradas por el INPEC, y se realizó por cada uno de los meses comprendidos dentro del periodo a reparar, es decir del 31 de julio de 2012 al 31 de julio de 2014.

1.3.4.1.4. LA REPARACIÓN COLECTIVA

Para determinar la reparación colectiva, la Sala empelo la misma fórmula[298] del caso de la cárcel El Cunduy lo cual le permitió establecer la suma ponderada de indemnización (SPI). Para ello, en primer lugar, estableció el número total de internos que permanecieron durante todo el tiempo o en alguna fracción de tiempo internos durante el periodo a indemnizar[299], lo cual, le dio un total de 9.811 personas las cuales relaciono en una anexo de la demanda, lo anterior, sin perjuicio de otras personas que con posterioridad al fallo deseen hacerse parte del grupo y demuestren que estuvieron privadas de la libertad en dicho establecimiento penitenciario durante el periodo de tiempo a reparar.

Posteriormente estableció el promedio ponderado de la reparación tanto por hacinamiento como por tiempo; por el tiempo de reclusión en 3.96 SMLMV que sería el promedio (iTp) y por hacinamiento en 1.8 SLMLMV que sería el promedio (ipH), los cuales se promediaran multiplicándolos por 0.5 y eso dará el valor de la reparación individual promedio la cual se multiplicaran por el número de personas que de acuerdo con la información suministrada por el INPEC estuvieron recluidas de forma intramural en el EPMSC de Cali en el lapso indemnizable (9.811 personas). Lo anterior da una cifra total de 28.255,68 SMLMV la cual corresponde a la indemnización colectiva.

1.3.4.2. ASPECTOS DESTACABLES DE LA SENTENCIA

Como lo dijimos desde el comienzo, lo relevante de esta sentencia es que reitera y consolida algunas líneas jurisprudenciales sobre las que parecería existe consenso como lo son; (i) el daño antijuridico a la dignidad humana se causa por el solo hecho del HC, para lo cual basta con establecerlo y, para ello, se aplica la fórmula de la capacidad instalada, sin necesidad de pruebas adicionales y menos individuales, (ii) las ordenes impartidas en las sentencias de tutela de la Corte Constitucional si bien van encaminadas a resolver

[298] La fórmula empleada es la misma que estableció la Subsección B en el fallo de la cárcel de El Cunduy *SPI= ((iTpx0.5)+(ipHx0.5I)) x NEPPL*
[299] Entre el 31 de julio de 2012 y 31 de julio de 2014.

progresivamente el problema del HC no reparan el daño causado por dicha situación, por tanto, negar la reparación con el argumento de la existencia de dichas ordenes, sería dejar indemne un daño antijuridico que está debidamente acreditado, (iii) se estandariza la fórmula para determinar la reparación individual y colectiva a partir de dos factores, el tiempo de privación de libertad y el hacinamiento, aunque los valores máximos surgen del libre albedrio del juez, lo cual por un lado permite establecer un criterio de equidad al momento de determinar el monto de la reparación de cada miembro del grupo, pero cuando comparamos las sentencias se encuentra cierta distorsión en cuanto a los máximos establecidos[300] en cada caso lo cual puede crear inequidades.

En nuestro criterio, la sentencia comete una equivocación que es recurrente en este tema al momento de establecer la reparar por la violación a BDCCP, al no considerar suficientemente la reparación de tipo restaurativo, la cual suele ser desechada o bien porque se considera irrelevante o inocua, o porque consideran suficientes las dictadas por la Corte y sin mayor argumentación termina reconociendo la reparación pecuniaria que es de carácter excepcional.

1.4. CASO DEL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE ITAGÜÍ-EPC LA PAZ. SENTENCIA DEL 16 DE JUNIO DE 2025[301]

Esta es, hasta ahora, la última sentencia por acciones de grupo por HC emitida por el Consejo de Estado subsección A, la cual, reitera en general los parámetros en materia de reparación establecidos en las dos sentencias anteriormente analizadas en las cuales se concedieron parcialmente las reparaciones solicitadas por los grupos accionantes, razón por la cual no nos extenderemos en el análisis de esta.

[300] En el caso de la cárcel de el Cunduy se estableció un tope de 40 SMLMV para la reparación a BDCCP mientras que en el caso de la cárcel de Cali se estableció un máximo de 5 SMLMV. Aunque se argumentó que la diferencia se debe al enfoque de género que se dio en el primer caso, la diferencia resulta abismal y no pareciera ser suficiente el argumento del enfoque de género.

[301] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Subsección A. Sentencia de 16 de junio de 2025. Rad. No 05001-23-33-000-2018-00988-01 (70584) M.P. Maria Adriana Marín.

En cuanto a los motivos de las apelaciones interpuestas por el Ministerio de Justicia y del Derecho, la USPEC y el INPEC, coinciden con los argumentos ya analizados en el caso anterior, básicamente referidos a el desconocimiento del precedente de unificación del Consejo de Estado[302] en materia de reparación a BDCCP la cual debe ser con medidas no pecuniarias y solo excepcionalmente pecuniarias debiéndose priorizar las primeras, desconocimiento del precedente aplicable al caso de la cárcel de La Vega[303] y la inexistencia del daño moral por cuanto no se demostró probatoriamente la existencia de un daño personal, individual y concreto por parte de cada uno de los internos que demandaron.

En este caso también intervine como Ministerio Público[304], básicamente se reitera las mismas consideraciones del concepto rendido en el caso de la Carcel Vistahermosa de Cali[305], en el sentido de indicar que el daño que se presentaba con el HC era la vulneración de la dignidad humana, por lo que correspondería dar aplicación a las sentencia de unificación de 2014 sobre daño a BDCCP y que, en cuanto al daño moral, este no era posible presumirlo como de manera errónea lo había hecho el Tribunal de instancia, pues las presunciones por daño moral, como ya se ha dicho reiterativamente, estaban establecidas en sentencias de unificación para los casos de muerte, lesiones personales y privación injusta de la libertad.

1.4.1. LA SENTENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

La Sala manteniendo la misma línea argumentativa de los casos anteriores[306], realiza inicialmente unas consideraciones en relación con la protección convencional y constitucional de las personas privadas de la libertad con fundamento en el artículo 5 de la CADH, algunos casos fallados por la Corte IDH y las diversas sentencias de la Corte Constitucional sobre ECI en materia carcelaria. También analiza los precedentes

[302] Se refiere como en los anteriores casos la sentencia del 24 de agosto de 2014 exp. No 32988
[303] Se refiere al caso analizado en el punto 1.1 de este capítulo, en el cual se negó la reparación al considerar que las medidas impartidas en las sentencias de ECI eran suficientes para resolver progresivamente el HC y que al no existir una indolencia e indiferencia estatal en la superación del ECI no hay lugar a ordenar reparaciones pecuniarias.
[304] Procuraduría General de la Nación. Concepto No 060 de 4 de junio de 2024.
[305] Punto 1.3.3 de este capítulo.
[306] Casos de la cárcel de El Cunduy y de Cali fallados previamente por el Consejo de Estado y analizados previamente.

jurisprudenciales del Consejo de Estado de los tres casos previamente fallados en acciones de grupo por HC.

Al momento de entrar a definir los elementos de la responsabilidad, consideró que el daño está plenamente probado por el HC según los informes de diversos organismos que dan cuenta de dicha situación y, particularmente, los informes del INPEC de la capacidad instalada versus el número de personas internas que permite establecer un HC que oscila entre el 172% y 243%[307], con lo cual concluye que hay lesión a la integridad personal y a la dignidad humana de los detenidos en condiciones de hacinamiento.

Resulta curioso esta diferenciación entre el daño a la integridad personal y la dignidad humana, pues este último al ser un categoría ampliamente comprensiva de las diversas afectaciones que puede sufrir la persona humana, encierra también el concepto de integridad personal como lo hemos visto, pero al separarlos de la manera como lo hace la sentencia, queda la duda de si con el termino integridad personal se está refiriendo a la afectación psíquico física de la persona, lo cual requeriría prueba individual en cada caso.

1.4.1.1. INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

En el presente caso, manifiesta la Sala, que la única pretensión indemnizatoria elevada por el grupo corresponde al daño moral, por lo cual considera que no hay lugar a aplicar el precedente de unificación del 2014 referido a la reparación a daño a BDCCP, como quiera que esta categoría de daños no se invocó.

Resulta también curioso que habiendo realizado inicialmente un análisis convencional y constitucional y establecido un daño a un derecho fundamental como lo es la dignidad humana, termine descartando la tipología de daño que más se ajusta a este tipo de vulneraciones como lo son los daños a BDCCP, circunscribiendo la reparación al daño moral, con lo cual cercena y limita la posibilidad de una reparación integral encaminada a permitir medidas restaurativas y de satisfacción, en este sentido, se aparta de las sentencias anteriores

[307] Estos porcentajes surgen de aplicar la fórmula de capacidad instalada. Pág. 34 de la sentencia.
(cobertura real – capacidad real) x 100 = % de hacinamiento.
capacidad real

que si reconocieron el daño a BDCCP así se hubieran quedado cortas en las reparaciones de tipo restaurativo.

No se puede olvidar que en materia de acciones de grupo estamos frente a una acción constitucional, que al igual que la acción popular, permite la adecuación respecto de petitum de la demanda a efectos de garantizar de la mejor manera una adecuada reparación, por lo cual podría haber adecuado la solicitud reparatoria al tipo de daño que mejor se ajustara a las realidades del caso.

Por otro lado, establece la presunción del daño moral con fundamento en las reglas de la experiencia que dictan que una situación de HC genera automáticamente en la persona sentimientos propios del daño moral y, que, el hecho de que existan unos parámetros unificados en caso de muerte, lesiones personales y privación injusta de la libertad, no impide *al juez de la responsabilidad deducir la existencia del perjuicio moral a partir de la naturaleza y magnitud del daño, máxime cuando en el presente caso no se está infiriendo del solo hecho de purgar una condena, sino de hacerlo en condiciones que atentan contra la dignidad humana de las personas*[308], argumento que por sí solo no pareciera ser suficiente para desvirtuar lo que jurisprudencial y doctrinalmente se ha sostenido de siempre sobre la necesidad de probar el daño moral de manera individual, personal, cierta y concreta, o al menos, seguirá siendo un tema controversial hasta que vía unificación, como se hizo en el pasado para cierto tipo de daños morales se establezca lo contrario.

Finalmente, la sentencia establece la reparación con fundamento en los parámetros y formulas ya establecidos en los casos precedentes (Cárcel de El Cunduy y Vista hermosa de Cali) en función de dos factores, el porcentaje de hacinamiento y el tiempo trascurrido, y estableció con fundamento en el *arbitrio juris* un tope de 15 SMLMV aplicando la fórmula para la indemnización individual y luego para la colectiva en los mismos términos y parámetros establecidos en los casos anteriores, con lo cual podemos afirmar que la

[308] Consejo de Estado. Sentencia de 16 de junio de 2025. Rad. No 2018-00988-01 (70584) M.P. Maria Adriana Marín pág. 50

aplicación de estas fórmulas y parámetros constituyen un precedente pacífico y reiterado al momento de establecer el monto de la reparación.

2. TABLA COMPARATIVA DE LAS SENTENCIAS DICTADAS POR EL CONSEJO DE ESTADO EN ACCIONES DE GRUPO POR HC

SENTENCIA	DAÑO	IMPUTACIÓN	REPARACIÓN ORDENADA	MONTO TOTAL DE LA REPARACIÓN COLECTIVA
(CÁRCEL DE LA VEGA, SINCELEJO) **SENTENCIA 3 DE OCTUBRE DE 2019. RAD. 2014-00186-01.**	Daño a BDCCP (dignidad humana). Los demás daños invocados como el daño moral y a la salud debían ser probados de manera individual.	Conforme la ley 65 de 1995 le corresponde al INPEC la prestación de una serie de servicio, sin embargo, no especifico si se trata de un régimen de responsabilidad objetiva o subjetiva.	No resulta procedente ninguna indemnización, pues considera que las ordenes impartidas por la Corte Constitucional en la sentencia T-762 de 2015 son suficientes. En cuanto a la excepcionalidad de la indemnización pecuniaria, sólo sería dable si se demostrara la indolencia e indiferencia del Estado en la superación del ECI.	
(CÁRCEL EL CUNDUY, VILLAVICENCIO) **SENTENCIA 20 DE NOVIEMBRE DE 2020. RAD. 2013-00216-01.**	Violación de los derechos a la dignidad e integridad de mujeres privadas de la libertad. Lo cual se da en dos dimensiones daño moral y daño a BDCCP. Se calificó como trato cruel, inhumano y degradante, con impacto diferencial por género.	Comienza hablando de la relación especial de sujeción (responsabilidad objetiva), pero termina estableciendo que existió falla del servicio.	Reparación por daño moral (el cual lo presume) y daño a BDCCP los cuales los reconoce de manera oficiosa. Privilegia la reparación pecuniaria. Establece los montos de reparación con fundamento en las fórmulas para determinar el daño individual y el daño colectivo según el tiempo de reclusión y el porcentaje de hacinamiento. Decreta medidas de carácter restaurativo; brigadas jurídicas, cumplimiento de la regla de equilibrio decreciente, exhorto al Congreso para frenar el populismo punitivo.	18.371 SMLMV
(EPMSC VISTA HERMOSA, CALI)	Afectación al derecho a la dignidad humana por hacinamiento. Se descartó el reconocimiento de perjuicio moral por	Falla del servicio por omisión	Reparación por daño a BDCCP privilegiando la reparación pecuniaria. Para establecer los montos de reparación aplica las mismas fórmulas de la sentencia anterior	28.255 SMLMV

SENTENCIA 18 DE NOVIEMBRE DE 2024. RAD. 64573	no haber sido solicitado		en función del tiempo y el hacinamiento. No decreto ningún tipo de reparación restaurativa.	
(EPC LA PAZ, ITAGÜÍ) **SENTENCIA 16 DE JUNIO DE 2025. RAD. 70584.**	Violación a la integridad personal y a la dignidad humana	Responsabilidad objetiva por la RES, pero al final estableció falla del servicio.	Solo reconoce reparación por daño moral el cual lo presume. No obstante reconocer que hay daño a BDCCP decide no conceder reparación por este daño debido a que no fue solicitado en la demanda.	10.80 SMLMV

3. REFLEXIONES SOBRE LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL ANALIZADA.

Con fundamento en el trabajo realizado y de manera particular en los cuatro casos fallados por el Consejo de Estado y en la sentencia de unificación de la Corte Constitucional, es posible identificar una serie de líneas jurisprudenciales reiteradas y consolidas y algunas tensiones o vacíos en los cuales consideramos es necesario avanzar más en el desarrollo jurisprudencial y que seguramente serán temas controvertibles por lo que posiblemente requerirán de unificación, como lo son: i) la adopción de una tabla que establezca de manera unificada los montos mínimos y máximos de reparación en función del factor tiempo y hacinamiento, impidiendo que estos se fijen mediante el arbitrio del juez, ii) establecer la no concurrencia y simultaneidad de la reparación del daño moral con la reparación pecuniaria de daño a BDCC y iii) establecer como medida restaurativa una de satisfacción, consistente en descontar a los días que faltan de detención intramural los días que haya padecido la PPL en situación de HC al momento de dictarse la sentencia de segunda instancia.

3.1. LÍNEAS JURISPRUDENCIALES SOBRE LAS CUALES EXISTE REITERACIÓN Y CONSOLIDACIÓN

- La acción de grupo por HC busca reparar los daños generados por esta situación,

existe consenso en que el daño en sí mismo es el causado por el HC.

- La acción de grupo como acción colectiva es un medio de control viable para obtener la reparación del daño ocasionado por el HC.
- Es el hacinamiento lo que motiva el interés y la legitimación colectiva del grupo, es la causa que les es común y en condiciones uniformes a todos como generador del daño.
- La tipología de daño que mejor encuadra al HC es la de un daño inmaterial como daño a BDCCP, concretamente la dignidad humana, pues esta es la consecuencia clara del HC, una afectación directa del respecto por la persona, es la situación de humillación cuando se está sometido a un régimen de privación de la libertad que excede la restricción propia de derechos que impone tal condición ocasionado la limitación o anulación de otra serie de derechos que no admiten ningún tipo de limitación aun en estas circunstancias. Es lo que sucede cuando se desconocen los estándares internacionales mínimos que prohíben los tratos y penas crueles e inhumanas, de allí mismo la protección convencional a que corresponde esta tipología de daños.
- Si bien las sentencias de ECI dictadas por la Corte Constitucional encierran múltiples ordenes encaminadas a resolver el problema del HC, esto no es razón ni es el propósito de tales decisiones que las entidades estatales puedan justificarse en ellas para desconocer su obligación de reparación cuando se configuré el daño antijuridico.
- El HC es un daño continuado, el cual se extiende incluso hasta el día de hoy, pues de los múltiples autos expedidos por la Sala de Seguimiento de la Corte Constitucional no se encuentra ninguno que haya dado por superado la situación de ECI, incluso la problemática se ha extendido y complejizado aún más en las estaciones de policía y unidades de reacción inmediata de la Fiscalía.
- No obstante, ser un daño continuado, en el caso de que la PPL ya hubiere salido del establecimiento carcelario bien porque recobro la libertad o porque fue trasladado a otro centro carcelario, el termino de caducidad se comenzara a contar a partir de dicha fecha pues se entiende que la causa del daño ceso a partir de ese momento.

- No es posible extender la reparación a personas que ingresen al establecimiento carcelario con posterioridad a la presentación de la demanda, pues se estaría desconociendo el derecho de defensa de las entidades demandas que tendrían que responder por hechos futuros e inciertos casi que de manera indefinida en el tiempo, asumiendo que la situación de HC se prorrogara indefinidamente sin consideración a que este pueda haber disminuido o incluso desaparecido.
- La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido reiterativa en determinar cómo periodo a indemnizar, aquel que va desde el día que los demandantes señalan como inicio del daño y prueban la situación de hacinamiento y hasta la fecha en que se admite la demanda. En igual sentido del punto anterior, se ha considerado que ordenar reparaciones con posterioridad a la admisión de la demanda, seria desconocer el derecho de defensa de las entidades demandadas que estarían condenadas a reparar un daño incierto e hipotético y de manera indefinida en el tiempo.
- El HC se prueba a través de la aplicación de la fórmula de la capacidad instalada:
  $$\frac{\text{(cobertura real – capacidad real)}}{\text{cobertura real}} \times 100 = \%\ \text{de hacinamiento}$$
  En donde la cobertura real es el número de cupos de que dispone un establecimiento carcelario o un patio, y la capacidad real, es el número de personas que en realidad están recluidas en dicho establecimiento o patio.
- El HC no requiere demostrar la afectación de manera individual y personal.
- Por regla general, siguiendo la doctrina y jurisprudencia predominante, se ha considerado que el daño moral debe probarse de manera individual y concreta y no es posible presumirlo, sin embargo, en la última sentencia analizada (caso Itagüí) se estableció de manera presumible.
- En cuanto al título de imputación, si bien las sentencias analizadas hacen referencia a un régimen de responsabilidad objetiva por la RES, terminan estableciendo múltiples violaciones u omisiones de las obligaciones que para el sistema penitenciario prevé la ley 65 de 1993 y sus reformas, por lo cual, en últimas, termina estableciendo una falla del servicio.

- Para efectos de determinar el monto de la reparación individual (pecuniaria) que sea lo más equitativa posible con la intensidad del daño padecido individualmente, lo que quiere decir que no puede ser la misma reparación para todos, se aplica una fórmula que conjugan y promedian dos factores, el tiempo de privación de libertad y el porcentaje de hacinamiento que padeció durante ese tiempo, los cuales inciden de manera igualmente proporcional en el daño.
- Tanto para la reparación individual como colectiva se han empleado de manera recurrente las siguiente formulas ya explicadas. Para la reparación individual $\dot{I} = (T$ x 0,5) + (H x 0.5) y para la colectiva como sumatoria ponderada de las individuales la fórmula de suma promedio de indemnización $SPI= ((iTpx0.5)+(ipHx0.5I)) \; x \; NEM$
- Los datos que nutren estas fórmulas son suministrados por el INPEC o tomados de la información de datos abiertos publicada por el INPEC.
- Los montos mínimos y máximos de reparación se establecen en función al *arbitrio juris* como quiera que no existe una jurisprudencia unificada sobre estos valores.

3.2. ASPECTOS SOBRE LOS CUALES ES NECESARIO DEFINIR CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

3.2.1. EL ALCANCE DEL *ARBITRIO JURIS* EN LA DETERMINACIÓN DE LOS MONTOS INDEMNIZATORIOS

Como lo pudimos evidenciar en las sentencias analizadas, los jueces han establecido unos montos máximos para el reconocimiento de la reparación individual en función del *arbitrio juris* dado que no existe una jurisprudencia unificada respecto de estos topes, lo cual no garantiza que no se cometan injusticias o distorsiones sin justificación alguna.

En efecto, en el caso de las dos sentencias condenatorias, la diferencia del tope máximo es llamativa, pues en el caso de El Cunduy se estableció en 40 SMLMV mientras que en el caso de Cali se estableció en solo 5 SMLMV y, aunque, se trató de justificar en el hecho de que en el caso de El Cunduy se aplicó el enfoque de género, no pareciera suficiente justificación para semejante diferencia, con lo cual podría estarse generando una inequidad.

Por ello, consideramos necesario que se establezca una tabla de reparación unificada, al igual que lo hizo el Consejo de Estado en su momento para las reparaciones por daño moral o por privación injusta de libertad, en función de los dos factores que se han considerado necesarios para poder establecer de manera equitativa y proporcional el daño individual, el tiempo de privación de libertad y el porcentaje de hacinamiento que se padeció durante ese tiempo.

Por otro lado, la adopción de una tabla como la que se propone a continuación, tendría la ventaja que facilitaría determinar la reparación individual, seria menos complejo de como se hizo en los fallos analizados, recordemos que en aquellos, era necesario una vez fijado el monto máximo de reparación aplicarlo a la variable tiempo y luego a la variable hacinamiento, para luego ponderarlos multiplicándolo por 0.5 y sumar ambos factores. Con la tabla que proponemos (lo ilustraremos con un par de ejemplos), simplemente los montos y topes ya están definidos en función de la variable tiempo y hacinamiento, por tanto, bastara con que el operador judicial establezca el tiempo de privación de libertad y el porcentaje de hacinamiento de la persona a reparar para que de manera rápida y sencilla pueda ubicar en la tabla el valor de reparación a que tendría derecho, aclarando que, deberá ponderarse cada valor siguiendo la regla de los casos precedentes en donde se ha considerado que cada factor debe ponderarse (multiplicarse por 0.5) y luego sumarse para obtener la reparación de manera equitativa y proporcional a ambos factores como quiera que se ha considerado de manera reiterativa que ambos inciden en igual intensidad en el daño padecido.

En esta tabla se estableció un tiempo de privación de libertad que va desde un mes hasta 60 meses lo que equivaldría a 5 años, tiempo más que suficiente teniendo presente que en las sentencias se ha establecido generalmente como periodo a reparar los dos años anteriores a la presentación de la demanda, pero como ya se dijo, al ser un daño continuado podría extenderse este tiempo. En cuanto al hacinamiento, se estableció un rango que va desde un 5% de hacinamiento y hasta un 500% o más, habida cuenta que esos son los márgenes en que se ha movido los hacinamientos calculados en los casos que se fallaron y los montos irán tanto por tiempo como por hacinamiento desde 1 SMLMV hasta un tope

máximo de 20 SMLMV, haciendo la salvedad que si se trata de mujeres abría derecho a un incremento del 20% por el enfoque diferencial de género que consideramos justificado.

A continuación, la tabla que proponemos con los dos factores anotados, T (tiempo) en el eje horizontal y H (hacinamiento) en el eje vertical los cuales se cruzan en cada una de las casillas de manera progresiva arrancando de la menor reparación de 1 SMLMV hasta la máxima de 20 SMLMV.

H / T	De 5 a 20 % de hacinamiento	20 a 100 %	100 a 150 %	150 a 200 %	200 a 250 %	250 a 300 %	300 a 350 %	350 a 400 %	400 a 450 %	450 a 500 %	+ de 500 %
1 a 3 meses	1 / 1	3 / 1	5 / 1	7 / 1	9 / 1	11 / 1	13 / 1	15 / 1	17 / 1	19 / 1	20 / 1
4 a 6	1 / 2	3 / 2	5 / 2	7 / 2	9 / 2	11 / 2	13 / 2	15 / 2	17 / 2	19 / 2	20 / 2
7 a 9	1 / 3	3 / 3	5 / 3	7 / 3	9 / 3	11 / 3	13 / 3	15 / 3	17 / 3	19 / 3	20 / 3
10 a 12	1 / 4	3 / 4	5 / 4	7 / 4	9 / 4	11 / 4	13 / 4	15 / 4	17 / 4	19 / 4	20 / 4
13 a 15	1 / 5	3 / 5	5 / 5	7 / 5	9 / 5	11 / 5	13 / 5	15 / 5	17 / 5	19 / 5	20 / 5
16 a 18	1 / 6	3 / 6	5 / 6	7 / 6	9 / 6	11 / 6	13 / 6	15 / 6	17 / 6	19 / 6	20 / 6
19 a 22	1 / 7	3 / 7	5 / 7	7 / 7	9 / 7	11 / 7	13 / 7	15 / 7	17 / 7	19 / 7	20 / 7
22 a 24	1 / 8	3 / 8	5 / 8	7 / 8	9 / 8	11 / 8	13 / 8	15 / 8	17 / 8	19 / 8	20 / 8
25 a 27	1 / 9	3 / 9	5 / 9	7 / 9	9 / 9	11 / 9	13 / 9	15 / 9	17 / 9	19 / 9	20 / 9
28 a 32	1 / 10	3 / 10	5 / 10	7 / 10	9 / 10	11 / 10	13 / 10	15 / 10	17 / 10	19 / 10	20 / 10
33 a 35	1 / 11	3 / 11	5 / 11	7 / 11	9 / 11	11 / 11	13 / 11	15 / 11	17 / 11	19 / 11	20 / 11
36 a 38	1 / 12	3 / 12	5 / 12	7 / 12	9 / 12	11 / 12	13 / 12	15 / 12	17 / 12	19 / 12	20 / 12
39 a 42	1 / 13	3 / 13	5 / 13	7 / 13	9 / 13	11 / 13	13 / 13	15 / 13	17 / 13	19 / 13	20 / 13
43 a 45	1 / 14	3 / 14	5 / 14	7 / 14	9 / 14	11 / 14	13 / 14	15 / 14	17 / 14	19 / 14	20 / 14
46 a 48	1 / 15	3 / 15	5 / 15	7 / 15	9 / 15	11 / 15	13 / 15	15 / 15	17 / 15	19 / 15	20 / 15
49 a 52	1 / 16	3 / 16	5 / 16	7 / 16	9 / 16	11 / 16	13 / 16	15 / 16	17 / 16	19 / 16	20 / 16
53 a 55	1 / 17	3 / 17	5 / 17	7 / 17	9 / 17	11 / 17	13 / 17	15 / 17	17 / 17	19 / 17	20 / 17

56 a 59	1 18	3 18	5 18	7 18	9 18	11 18	13 18	15 18	17 18	19 18	20 18
+ de 60	1 20	3 20	5 20	7 20	9 20	11 20	13 20	15 20	17 20	19 20	20 20

Para ilustrar el funcionamiento de la tabla daremos dos ejemplos; (i) el señor X estuvo privado de libertad durante 11 meses y el patio en que permaneció todo ese tiempo tuvo un hacinamiento del 110%, por tanto, le correspondería una reparación por tiempo de 4 SMLMV y por hacinamiento de 5 SMLMV, los cuales se ponderan con la formula acogida en los precedentes (4X0.5) + (5X0.5) = 2+2.5 para un total de 4.5 SMLMV como reparación individual. (ii) el señor Y estuvo privado de libertad en un primer periodo durante 24 meses en un patio con 100% de hacinamiento, luego fue trasferido a otro patio por 10 meses en donde el hacinamiento fue de 300%, por tanto, le corresponderá por el primer periodo de 24 meses 8 SMLMV y por el hacinamiento del 100% que padeció durante esos 24 meses 3 SMLMV, y por el segundo periodo, le corresponderá por los 10 meses 4 SMLMV y por el hacinamiento del 300% 11 SMLMV, por tanto, por el primer periodo de 24 meses le corresponderá una reparación de (8X0.5) + (3X0.5) 4 + 1.5 = **5.5 SMLMV**, y para el segundo periodo, le corresponderá una reparación de (4X0.5) + (11X0.5) 2 + 5.5 = **7.5 SMLMV**, para un total de reparación de **5.5 + 7.5 = 13 SMLMV.**

3.2.2. COEXISTENCIA ENTRE LA REPARACIÓN POR DAÑO MORAL Y LA REPARACIÓN PECUNIARIA POR DAÑO A BIENES Y DERECHOS CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONALMENTE PROTEGIDOS

Si bien hasta ahora en las acciones de grupo por HC el reconocimiento simultaneo de la reparación por daño moral y pecuniaria por daño a BDCCP se ha presentado en un solo caso (el Cunduy), pues en los otros dos fallados, en uno se descartó el daño moral y se optó solo por reparación a BDCCP y, en el otro, se descartó este último y se reparó solo por daño moral, consideramos que la concurrencia simultanea de reparación pecuniaria por daño moral

y pecuniaria por daño a BDCCP resulta improcedente y constituye una doble reparación por la misma afectación.

Este análisis no desconoce que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha concedido en diversas oportunidades e incluso en acciones de grupo de manera simultánea ambas reparaciones de manera pecuniaria, pero para este tipo de casos de daño por HC consideramos necesario realizar una reflexión crítica dada la naturaleza del bien afectado que es la dignidad humana.

La razón de esta simultaneidad es precisamente el desconocimiento de lo que es la reparación a BDCCP, y particularmente, el desconocimiento de las sentencias de unificación que desarrollaron esta nueva tipología de daños y que establecieron una regla de unificación en cuanto a la manera como deben ser reparados estos daños que reiteradamente se desconoce.

Se olvida el origen de esta tipología de daños cuando en sendas sentencias de unificación el Consejo de Estado[309] consideró que existían ciertos derechos e intereses como el buen nombre y la honra que no estaban comprendidos en las dos categorías tradicionales de daño inmaterial (daño moral y daño a la salud), y que para lograr una reparación integral debían de ser reconocidos, de allí surge esta categoría denominada daño a BDCCP, se consideró que cada una de las tres categorías de daño inmaterial satisfacía indemnizaciones en orbitas diferentes.

En desarrollado de lo anterior, el Consejo de Estado[310] creó una regla de unificación en cuanto al carácter excepcional de la reparación pecuniaria, pues debían de privilegiarse las reparaciones de carácter restaurativo y solo en caso de considerarse estas improcedentes o inútiles, se podría de manera excepcional ordenar reparaciones pecuniarias siempre que no se hubiera reconocido daños a la salud. De aquí nos surge una duda ¿por qué no se estableció la misma condición en caso de haberse reconocido daño moral? Si la razón de la condición fue que el daño a BDCCP podía darse a través de alguna de las otras dos categorías como lo

[309] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sala Plena. Sentencia del 14 de septiembre de 2011 Rad. No 05001-23-25-000-1994-00020-01(19031) M.P. Enrique Gil Botero.
[310] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sala Plena. Rad. 05001-23-25-000-1999-01063-01(32988) Sentencia del 28 de agosto de 2014. M.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero

es a través del daño a la salud, ¿por qué se omitió establecer lo mismo para el daño moral? Pareciera que la respuesta no puede ser otra diferente que una simple omisión al momento de establecer la regla de unificación, posiblemente por cuanto el antecedente de esta regla fue la sentencia del 2011 que creo la nueva categoría de daños al tiempo que elimino el daño a la vida de relación o a condiciones de existencia y los subsumió en la nueva categoría de daño a BDCCP, quedando un poco la duda, y en ocasiones sucede, que los anteriormente llamados daños a la vida de relación se terminan reparando como daño a la salud, lo cual explicaría que la condición se haya establecido en la sentencia de unificación posterior (2014) solo para el daño a la salud y se hubiera inadvertidamente omitido para el daño moral.

Cuando tratamos el daño por HC, lo anterior adquiere mayor claridad, la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado han establecido que el derecho vulnerado por HC es la dignidad humana como principio y derecho absoluto que encierra en cierta forma la totalidad de los demás derechos, son las condiciones mínimas de existencia que no admiten ninguna forma de restricción o limitación y que pueden llegar incluso a comprometer la integridad personal y la vida misma y, que, como mínimo, generan en la persona afectada sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc., que es precisamente la afectación resultante del daño moral, o como lo dice Henao[311] *cuando la dignidad humana es afectada, el juez no duda en ver el perjuicio moral*, resultando palmaria la identidad del perjuicio generado por el daño moral y el generado por la vulneración de la dignidad humana.

Como bien lo dice M'Causland[312] el daño moral se repara en Colombia si este es producto de la muerte, las lesiones personales o la privación injusta de libertad, pero que sucede en los demás casos en donde este daño proviene de la vulneración de derechos como la honra, el maltrato psicológico, entre otras, que igual generan en el individuo idénticos sentimientos de dolor, aflicción, desesperación, desasosiego, temor, zozobra, etc., pues la reparación correspondería a la tipología de daño a BDCCP, por ello, si en función de dicha

[311] Ver Cap. I Núm. 5.2.1
[312] M'Causland, Maria Cecilia. *Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia*. *Comentarios críticos sobre la jurisprudencia reciente*. Universidad Externado. Bogotá D.C. 2015

tipología se reconoce una reparación pecuniaria, no podría coincidir o concurrir simultáneamente con una reparación por daño moral, pues se estaría reparando dos veces el mismo daño.

En la crítica que analizamos de Araque[313] sobre la forma como el Consejo de Estado viene reparando el daño a BDCCP, indica como es frecuente ver que se confunden o traslapan las diversas categorías de reparación establecida generando confusión sobre cuál es el derecho protegido con la reparación ordenada, y sin ser propósito de su critica el tema aquí planteado, dice que *la reparación a BDCCP debe ser valorado de forma autónoma siempre que los daños no estén enmarcados en los denominados perjuicios morales o a la salud*[314], es decir, los considera excluyentes.

La sentencia de unificación de la Corte[315] aquí analizada, realiza en sus consideraciones un muy condensado pero brillante recuento sobre la responsabilidad estatal por daños a BDCCP, en la cual reitera una vez más que, esta categoría de daño protege aquellos bienes y derechos no comprendido dentro del concepto de "daño moral o "daño a la Salud"[316], y reitera también que, *el juez administrativo debe evitar una doble reparación verificando siempre que; (i) que se trate de una vulneración o afectación relevante de un bien o derecho constitucional o convencional; (ii) que sea antijurídica; (iii) que en caso de ordenarse una indemnización excepcional, no esté comprendida dentro de los perjuicios materiales e inmateriales ya reconocidos; y (iv) que las medidas de reparación sean correlativas, oportunas, pertinentes y adecuadas al daño generado*[317]. Nótese que el numeral (iii) no habla ya solo de que se haya reconocido daño a la salud, sino que menciona todo tipo de perjuicios materiales o inmateriales ya reconocidos, lo que sin lugar a duda incluye el daño moral. Es decir, que si este ya se reconoció por la vulneración a la dignidad humana no

[313] Ver Cap. I Núm. 5.2.3
[314] Araque Ariza, Jaime Eduardo. *El daño a bienes y derechos convencional o constitucionalmente protegidos.* Pág. 125
[315] SU-068 de 2023
[316] Ídem. Núm. 98
[317] Ídem. Núm. 102

cabría un reconocimiento pecuniario de manera excepcional por daño a BDCCP so pena de incurrir en una doble reparación.

En conclusión, la consecuencia del HC es la afectación a la dignidad humana y esta tiene como mínimo las mismas consecuencias del daño moral, reconocer y pagar una indemnización por daño moral y al mismos tiempo una reparación pecuniaria por daño a BDCCP seria claramente una doble reparación por la misma afectación, cosa diferente es que concurra la reparación pecuniaria de daño moral con medidas restaurativas dentro de una concepción de reparación integral que en nada se opondrían, pues las reparaciones por su naturaleza estarían encaminadas a propósitos diferentes, es decir, la reparación pecuniaria del daño moral estaría encaminada a reparar este daño y la medida restaurativa, dependiendo de su naturaleza, encaminada al establecimiento del derecho, a que no se repita en el futuro la violación, o no permitir que se continúe con la violación del derecho, entre otras, en lo cual no vemos inconveniente, lo que no podría coexistir es la reparación pecuniaria tanto por lo uno como por lo otro.

Poder dilucidar la duda inicialmente planteada de si se trató de una omisión el no haber mencionado el daño moral en la regla de unificación para la procedencia de la reparación pecuniaria, es algo que cae en el terreno de lo especulativo, pero lo que si es cierto, es que al menos al tratarse de daño por HC resulta improcedente que concurra simultáneamente la reparación del daño moral con la pecuniaria por daño a BDCCP, por lo que el juez deberá tomar las previsiones del caso con el fin de evitar una doble reparación.

3.2.3. LA NECESIDAD DE AVANZAR EN MEDIDAS DE TIPO RESTAURATIVO

Tal vez la mayor critica que le encontramos a las sentencias dictadas es la evidente inclinación por privilegiar la reparación pecuniaria por encima de la restaurativa, en algunos casos justificado con el argumento de que los daños a BDCCP no fue invocada en la demanda, no obstante que en todas las sentencias sobre HC incluso en la de unificación de la Corte se establece que esta es la tipología de daños que corresponde por la vulneración a la dignidad humana.

Es evidente el interés en las demandas de los casos analizados en lograr una reparación pecuniaria por encima de la restaurativa, posiblemente por desconocimiento de estas, por considerarlas inútiles o improcedentes, o por mero prejuicio punitivo el cual lleva incluso a los abogados de los grupos accionantes a descartar cualquier posibilidad de un efectivo restablecimiento del derecho de sus clientes. El interés por lograr una reparación pecuniaria por encima de cualquier otra incluso en los casos en que se invocó el daño a BDCCP es evidente, sin embargo, cabría preguntarse, una PPL sometida a las inclemencias del HC al momento de la reparación ¿qué preferirá?, ¿unos cuantos salarios mínimos como reparación por el daño recibido o la posibilidad de recuperar la libertad?

Ese marcado interés de usuarios y operadores judiciales por la reparación pecuniaria desconociendo incluso la regla de unificación jurisprudencial, tiene como consecuencia que prorroga indefinidamente en el tiempo la vulneración de la dignidad humana, permite la continuidad de penas crueles, degradantes e inhumanas desconociendo el derecho convencional y cercena la posibilidad de dictar medidas que permitan el restablecimiento del derecho.

Consideramos que ha faltado un mayor análisis del amplio abanico de reparaciones restaurativas al momento de reparar el daño a BDCCP, las sentencias se han limitado a decir que las impartidas por la Corte en las múltiples sentencias de ECI son suficientes, cuando la evidencia demuestra lo contrario, o que son insuficientes, y rápidamente se decantan por la reparación pecuniaria sin entrar a analizar si pudieran impartirse otras que permitieran un restablecimiento efectivo del derecho como pudiera ser descontar días de detención intramural por días de hacinamiento, lo que permitiría reducir el tiempo de vulneración del derecho o recuperar su libertad de manera inmediata si el descuento de los días de hacinamiento resulta mayor a lo que le faltaba para terminar de cumplir la pena, lo que pondría fin de manera efectiva y definitiva a la vulneración de sus derechos.

Consideramos que establecer este tipo de reparación restaurativa en los casos que corresponda y que sea procedente es factible y se justifica a partir de las siguientes consideraciones.

En primer lugar, las sentencias que han determinado el ECI en materia carcelaria se han considerado por muchos de los críticos como una forma de jurisprudencia simbólica y constitucionalismo liminal[318] que si bien, parecen en principio sentencias de corte progresista y disruptivas, en la práctica no llevan a una solución efectiva del problema, sino que lo termina diluyendo en el tiempo prorrogando de manera indefinida la vulneración de derechos fundamentales. No se puede negar que fruto de estas sentencias ha habido avances en la prestación progresiva de algunos derechos de las PPL y que los cupos carcelarios se han ampliado, pero el problema no se ha resuelto en más de tres décadas e incluso se ha extendido a situaciones alarmantes en los centros de reclusión transitorio como estaciones de policía y unidades de reacción inmediata de la Fiscalía.

En segundo lugar, el ECI como hemos visto, es precisamente lo que ha servido a la interposición de las acciones grupo que ya ante la imposibilidad de la garantía del derecho a través de las múltiples tutelas interpuestas consideran que se configuro un daño y, por tanto, lo que ahora demandan es la reparación de un daño consumado, que como ha dicho la propia Corte, no se puede excusar su reparación con fundamento en las órdenes impartidas en las sentencias de ECI, sino que corresponde la reparación del daño antijuridico, en lo que algunos autores llaman la tercera etapa de esta problemática, reparación que al enmarcarse en la tipología de daño a BDCCP implica en primer lugar y de manera privilegiada la reparación de tipo restaurativo y excepcionalmente pecuniaria.

En tercer lugar, si bien en algunas sentencias se han impartido medidas de tipo restaurativo, encontramos que se confunden o traslapan unas con otras, por ejemplo, se ordenan medidas de satisfacción, pero se termina ordenando la publicación de un extracto de la sentencia en un diario oficial, u ofrecer disculpas públicas, las cuales no son de satisfacción pues para nada evitan que se continúe con la violación del derecho conculcado. No se analizan ni consideran otro tipo de medidas encaminadas a la efectiva restauración del derecho conculcado y se opta de manera rápida y facilista por la reparación pecuniaria dejando de lado los propósitos de la reparación integral que busca esta tipología de daños.

[318] Ver Cap. I Núm. 2.1

Entre las diversas medidas de tipo restaurativo encontramos las de satisfacción que tiene como propósito lograr que cese la violación del derecho de la víctima, para nuestro caso la violación de la dignidad humana, medidas encaminadas a conseguir que no continúen las violaciones, y aunque suelen confundirse con las de no repetición, estas últimas surgen de los casos en donde la violación del derecho ya está consumada y lo que se busca es que esa situación no se repita en el futuro y afecte a nuevas víctimas, mientras que las de satisfacción se emplea en casos en los cuales la violación no ha cesado y se continua causando de manera reiterativa y continua en el tiempo, caso claro el HC, por tanto, la medida restaurativa que convendría seria de satisfacción para que cese la vulneración del derecho descontando por cada día en que se haya padecido el HC un día de detención intramural, lo cual es una efectiva y proporcional manera de compensar el daño infringido.

Consideramos que, en vista de la problemática existente, un verdadero restablecimiento de la dignidad humana violentada por el HC y en función de la reparación del daño antijuridico a BDCCP, no permite ignorar o descartar estas medidas de satisfacción y sustituirlas con una simple reparación pecuniaria, que si bien le entregara una suma de dinero a la PPL a título de reparación, la dejara en la misma situación de vulneración que se encontraba al momento de presentar la demanda o incluso puede ser que peor.

No estamos proponiendo una reducción de la condena como tal, pues claramente lo que se busca reparar no es la condena que por supuesto no genera daño antijuridico alguno, sino el tiempo de privación de libertad intramural en situación de HC, que es lo que genera el daño antijuridico, descontando al tiempo que le falte a la PPL de detención intramural el tiempo que haya pasado en situación de hacinamiento.

El tema de reducción de tiempos de reclusión o incluso liberaciones masivas no es del todo novedoso, pues existen algunos antecedes como el caso de la Corte Suprema de los Estado Unidos en el caso Brown v Plata (2011)[319] en la cual se ordenaron excarcelaciones masivas en cárceles de California afectadas de manera grave por HC que violaba derechos fundamentales, por lo que se consideró que la única forma efectiva de garantizar los derechos

[319] Corte Suprema de los Estados Unidos. Caso Brown Vs Plata y otros. Sentencia de 23 de mayo de 2011. Ver también cita 70

de la PPL era a través de la reducción hasta en un 137% del HC, la decisión se amparó en la *Prison Litigation Reform Act* (PLRA) de 1995, que permite a tribunales federales ordenar reducciones poblacionales si no hay otra forma de remediar violaciones constitucionales, o el caso del Complejo Penitenciario de Curado en Brasil[320] en el cual la Corte IDH dicto medidas provisionales de reducción de tiempos de reclusión al considerar que el HC no se puede resolverse aguardando a que se den las nuevas construcciones de establecimientos carcelarios, ni con el traslado de internos, por lo que la única solución es "reducir" la población carcelaria en dicho establecimiento lo que se puede lograr reduciendo el tiempo de encierro, pues la otra alternativa que seria las liberaciones masivas generarían una alarma social que puede ser motivo de males mayores, estas reducciones de tiempo de encierro serian en forma que se les compute como pena cumplida el sobrante antijuridico de sufrimiento no autorizado por los jueces, por lo que se ordenó que se compute como doble cada día de prisión, lo que comparado con nuestra propuesta termina siendo lo mismo pero en palabras diferentes.

Tampoco ha sido un tema del todo ajeno a las sentencias del ECI en Colombia pues la T-388 de 2013 aunque en principio rechazo como forma de solución del HC las liberaciones masivas dado que afectaría los derechos de las víctimas y población en general, y que el hecho del HC no puede considerarse que las PPL tengan un derecho subjetivo inmediato a ser liberadas, pues a lo que tienen derecho es a que se tomen medidas inmediatas para evitar que la extrema y grave situación continúe en el corto plazo, y en el mediano y largo plazo, para asegurar la realización progresiva de la totalidad de las facetas prestacionales que contemplan los derechos fundamentales.

Sin embargo, la Corte precisó también que, es necesario incluir políticas públicas en materia penitenciarias que favorezcan la libertad y la excarcelación, incluso de forma masiva, de tal manera que la Corte no descarta esta posibilidad solo que no se atreve a tomar una decisión judicial al respecto y la deja supeditada a que se diseñe una política pública en tal sentido. Lo que no previo la Corte, es que las múltiples reclamaciones ya no por el derecho conculcado sino por la reparación del daño ocasionado llegarían primero que la política

[320] Ver cita 39

pública, viéndose avocado el juez de la reparación en acciones constitucionales como lo es la de grupo, a tener que ordenar precisamente las medidas que eludió la Corte como medidas de reparación restaurativas como la que estamos proponiendo.

Finalmente, sobre la aplicación en la práctica de esta medida de satisfacción debemos hacer las siguientes precisiones:

- La medida de satisfacción aplicaría solo para personas condenadas, pues respecto de los sindicados al no tener una privación de libertad definitiva sino estar sujeto a una medida temporal, no habría forma de determinar cuánto sería el tiempo a descontar, en estos casos salvo alguna otra medida restaurativa que se estimara útil y pertinente correspondería la reparación pecuniaria salvo que se hubiera reconocido daño a la salud o daño moral.
- En el caso de personas que al momento de la sentencia ya hayan quedado en libertad o hayan sido trasladados de prisión, no resulta procedente esta medida de satisfacción, por lo que estaría justificada la reparación pecuniaria salvo que se hubiera reconocido daño a la salud o daño moral.
- En caso de resultar procedente y útil la medida de satisfacción, no hay lugar a reparación pecuniaria, siguiendo los lineamientos de unificación de la sentencia sobre daño a BDCCP.
- No se desconoce que en sentido práctico, los casos en los cuales procedería otorgar medidas de satisfacción puede que sean muy pocos dado que el tiempo promedio que ha trascurrido entre el momento de interposición de la demanda y el fallo de segunda instancia ha sido de 7.2 años (el caso de Cali tomó 10 años) lo cual supone que esta medida de satisfacción solo tendría valor práctico en aquellas personas condenadas a penas superiores a 7 años, sin embargo, y no obstante la consideración jurisprudencial reiterada de no conceder reparaciones a personas que ingresaran en prisión con posterioridad a la admisión de la demanda, nada impide que el juez haciendo uso de sus facultades probatorias dicte un auto para mejor proveer solicitando al INPEC certificar la situación de hacinamiento durante los años posteriores a la admisión de la demanda y disponga la medida de satisfacción para todas las PPL al momento de

dictarse la sentencia, lo cual tratándose de una acción de grupo seria plenamente factible pues bastaría con que la persona interesada manifestara su deseo de ser parte del grupo dentro del tiempo que para ello dispóngala sentencia y demostrara estar privado de la libertad al momento del fallo, lo cual permitiría que la medida de satisfacción se extendiera a muchas más personas evitando o reduciendo la continua violación de sus derechos lo que de paso tendría efectos significativos en la reducción del HC.

- No desconocemos que estas medidas puedan limitarse a cierto tipo de condenados y negarse para aquellos condenados por delitos contra la vida, la integridad física o sexual, crímenes atroces o de lesa humanidad, como lo indicó la Corte IDH en el caso Curado en Brasil, por lo cual nada impediría que el juez al dictar estas medidas las restringiera a cierto tipo de delitos excluyendo otros en consideración al derecho de las víctimas como también lo ha dicho por nuestra Corte. Sin embargo, ello implicaría aceptar que el sufrimiento, el trato cruel y degradante, que excede la licitud de la pena se justifica y permite para ciertos delincuentes en una especie de parajusticia punitiva inaceptable en un Estado social de derecho.

CONCLUSIONES GENERALES

1. **El hacinamiento carcelario constituye una fuente estructural de daño antijurídico en el derecho administrativo colombiano:** El hacinamiento en los centros penitenciarios no es un fenómeno aislado ni coyuntural, sino una condición estructural que genera un daño continuado, cierto y antijurídico tanto en la esfera individual como en la colectiva. Su carácter sistemático compromete directamente la responsabilidad extracontractual del Estado, en la medida en que este no garantiza las condiciones mínimas para la privación de la libertad conforme a los estándares constitucionales y convencionales.

2. **La dignidad humana es el núcleo central de los daños ocasionados por el hacinamiento:** La afectación de la dignidad humana se erige como el núcleo común de los distintos daños derivados del hacinamiento. Este derecho, de carácter inderogable, se ve comprometido de manera directa por las condiciones indignas de reclusión, lo que justifica la necesidad de adoptar medidas de reparación que permitan restablecer, en la mayor medida posible, la dignidad de las personas privadas de la libertad, sin embargo, se evidencia una tensión entre la tipología del daño a la dignidad humana y las reparaciones predominantemente pecuniarias.

3. **El daño penitenciario comprende una tipología amplia y diferenciada:** Los daños ocasionados por el hacinamiento se expresan en una pluralidad de formas: patrimoniales, inmateriales y, con especial relevancia, daños a BDCCP. Reconocer esta tipología resulta esencial para articular mecanismos de reparación integral acordes con la naturaleza del bien afectado.

4. **El estado de cosas inconstitucional configura un presupuesto jurídico de la reparación:** La reiterada declaratoria de ECI en materia penitenciaria constituye un marco fáctico y normativo que no solo evidencia la persistencia del problema, sino que también obliga al Estado a responder y reparar integralmente. Sin embargo, estas declaratorias son insuficientes como mecanismo de respuesta al daño.

5. **La acción de grupo se perfila como una vía idónea de reparación colectiva por HC:** La acción de grupo es un mecanismo judicial adecuado para tramitar la reparación derivada del hacinamiento, en tanto permite abarcar a colectivos de víctimas. No obstante, su efectividad práctica enfrenta limitaciones derivadas de la uniformidad jurisprudencial y de la necesidad de fortalecer su capacidad para producir resultados tangibles en la reparación integral.

6. **La definición del régimen de responsabilidad estatal requiere mayor claridad:** En la jurisprudencia persiste una tensión entre la aplicación de la falla del servicio y la responsabilidad objetiva, lo que evidencia la falta de un criterio uniforme. Esta indefinición debilita la coherencia del sistema y plantea la necesidad de consolidar parámetros claros y consistentes de imputación de la responsabilidad estatal frente al hacinamiento.

7. **La equidad y el *arbitrio iuris* se ha venido utilizando como mecanismo para la tasación del daño:** El principio de equidad ha sido empleado como criterio para fijar el monto de la reparación, especialmente en contextos de prueba limitada o asimétrica. Sin embargo, su aplicación no puede sustituir la carga probatoria, la cual debe ser flexibilizada en favor de las personas privadas de la libertad, atendiendo a su situación de sujeción y a la dificultad objetiva para allegar pruebas.

8. **El alcance y los límites del arbitrio judicial en la reparación colectiva por hacinamiento carcelario:** Si bien el arbitrio del juez constituye una herramienta a la que se acude con frecuencia cuando se busca fijar la reparación por violaciones de derechos fundamentales, siendo muy utilizada en las reparaciones por HC, se pudo evidenciar ciertas distorsiones por ausencia de criterios uniformes en la cuantificación del daño que podrían afectar principios de igualdad y justicia.

9. **Es necesario adoptar un cuadro de unificación para determinar los montos de reparación pecuniaria en función del factor tiempo y el porcentaje de hacinamiento:** Las asimetrías existentes en los montos fijados en virtud del *arbitrio juris* hacen necesario

adoptar mediante unificación un cuadro que establezca los montos de reparación pecuniaria como el propuesto en el presente trabajo.

10. **No es posible que concurran simultáneamente reparación pecuniaria por daño moral y pecuniaria por daño a BDCCP:** Una correcta interpretación de las sentencias sobre daño a BDCCP permite establecer que no es posible la concurrencia simultanea de ambas reparaciones pecuniarias, de modo que, si se reconoce la reparación por daño moral, la reparación por daño a BDCCP no podrá ser en manera alguna de carácter pecuniario pues constituiría una doble reparación.

11. **Las medidas no pecuniarias constituyen la forma más idónea de reparación integral**: La reparación pecuniaria debe entenderse como excepcional y debidamente motivada, pues en contextos de violaciones colectivas y estructurales las medidas de satisfacción y las garantías de no repetición son las que mejor responden al mandato de reparación integral. Ellas buscan restablecer la dignidad y prevenir la repetición de la violación, lo que las convierte en instrumentos más eficaces que una simple compensación monetaria.

12. **El potencial restaurativo de la acción de grupo aún no desarrollado por la jurisprudencia:** La reparación al orientarse fundamentalmente a la pecuniaria ha ignorado el verdadero potencial restaurativo de la acción de grupo por HC, omitiendo un análisis más profundo de la manera como deben repararse los daños a BDCCP y desconociendo la sentencia de unificación sobre la materia, lo que permitiría como medida restaurativa descontar días de detención intramural por días de hacinamiento, lo que llevaría a reducir el tiempo de vulneración del derecho o recuperar la libertad de manera inmediata.

13. **La acción de grupo constituye, hoy por hoy, la vía más prometedora para transformar el reconocimiento del hacinamiento carcelario en un verdadero compromiso estatal de reparación y dignidad:** En efecto, el recorrido jurisprudencial muestra que esta acción ha permitido visibilizar un daño estructural que afecta de manera simultánea a individuos y colectivos, y que compromete de lleno la responsabilidad extracontractual del Estado. Su utilización ha abierto un camino para consolidar criterios

de imputación y para ensayar fórmulas de reparación tanto pecuniarias como no pecuniarias. No obstante, persisten retos importantes: la falta de uniformidad en la jurisprudencia, la necesidad de motivaciones más estrictas que justifiquen cuándo procede la reparación monetaria y la urgencia de integrar de manera sistemática medidas de satisfacción y garantías de no repetición que impacten en la realidad penitenciaria. De allí que el verdadero valor de la acción de grupo no radique únicamente en su capacidad para declarar violaciones o fijar indemnizaciones, sino en convertirse en un instrumento transformador que garantice que la privación de la libertad no se traduzca en la negación de la dignidad.

BIBLIOGRAFÍA

1. Libros, capítulos de libros, monografías y tesis de grado

Araque Ariza, Jaime Eduardo. (2021) *El daño a bienes o derechos convencional o constitucionalmente protegidos ¿Tipología adecuada para la reparación integral del daño?* Tesis de Maestría en Derecho Administrativo. Bogotá D.C., Universidad del Rosario. https://repository-urosario-edu-co.ez.urosario.edu.co/handle/10336/31157

Araque Ariza, Jaime Eduardo. (2022) *El daño a bienes y derechos convencional o constitucionalmente protegidos*. Bogotá. D.C. Editorial Universidad del Rosario.

Arenas Mendoza, Hugo Andrés. (2018). *El régimen de la responsabilidad subjetiva*. Bogotá D.C. Legis Editores SA.

Arenas Mendoza, Hugo Andrés. (2020). *Responsabilidad medioambiental del Estado.* Bogotá D.C. Legis Editores SA.

Arenas Mendoza, Hugo Andrés. (2017). *El régimen de responsabilidad objetiva, 2a Edición* Bogotá D.C. Legis Editores SA.

Arenas Mendoza, Hugo Andrés. (2019). *La responsabilidad extracontractual del estado colombiano por las fumigaciones con glifosato*. En *La responsabilidad extracontractual del Estado colombiano por las fumigaciones con glifosato*. Bogotá D.C. Grupo Editorial Ibáñez S.A.S. https://repository.urosario.edu.co/handle/10336/28799

Arenas Mendoza, Hugo Andrés. (2024) *La Responsabilidad Patrimonial del Estado por el servicio carcelario.* Bogotá D.C. Editorial Tirant lo Blanch.

Ariza Higuera, Libardo. (2023) *Tres Décadas de Encierro. El constitucionalismo liminal y la prisión en la era del populismo punitivo.* Bogotá D.C. Universidad de los Andes. Siglo Editorial.

Ariza Higuera, Libardo Jose e Iturralde, Manuel. (2011) *Los Muros de la Infamia. Prisiones en Colombia y américa latina.* Bogotá D.C. Universidad de los Andes. Colección Estudios CIJUS.

Arrieta-Burgos, Enán. y Gómez Restrepo, Alejandro. (2018). *La responsabilidad del estado colombiano por la violación de los derechos de las personas privadas de la libertad*. Cali – Colombia: Universidad ICESI. http://hdl.handle.net/20.500.11912/4454

Barbosa Castillo, Gerardo y Ciro Gomez, Andres R. (2020). *Garantía de no repetición: Una contribución a la justicia trasnacional.* Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia.

Bermúdez Muñoz, Martin (2005). *"El título Jurídico de la imputación en la responsabilidad estatal", en temas de Derecho Administrativo contemporáneo*. Bogotá D.C, Universidad del Rosario.

Bermúdez Muñoz, Martin (2007). *La acción de grupo: Normativa y aplicación en Colombia*. Bogotá D.C. Universidad del Rosario.

Camargo, Pedro Pablo (2000). *Las acciones populares y de grupo: Guía práctica de la Ley 472 de 1998*. Bogotá D.C. Grupo Editorial Leyer.

Campoy Cerver, Ignacio. (2017) *Los derechos de los reclusos y la realidad de las cárceles españolas, políticas jurídicas y filosóficas.* Madrid – España. Debates de la UC3M.

Cassagne, Juan Carlos (2021) *La responsabilidad del Estado. Volumen IV.* Bogotá D.C. Editorial Temis e Instituto Internacional de Derecho Administrativo.

Cesano, Jose Daniel y Reviridiego Picón, Fernando. (2010) *Teoría y Practica de los Derechos Fundamentales en las Prisiones.* Montevideo Uruguay. Editorial B de F

Corbella Duch, Josep. (1997) *Los Derechos Fundamentales a la Vida, Integridad Física, Intimidad y a la Tutela Jurídica Efectiva en la Relación Jurídica Penitenciaria*. Tesis de grado doctor en Derecho. Barcelona España. Universidad de Barcelona.

Curtis, Christian. (2006) Observar la ley. *Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica.* Madrid España. Editorial Trotta.

Durán, José Antonio, y Malagón, Miguel Alejandro. (2019). *Acción de Grupo – Indemnización por la Mora Judicial en Colombia.* Bogotá D.C. Universidad de los Andes.

Ferrer, Luis Alfredo. (2006). *Los efectos de la sentencia en las acciones de grupo en México.* Ciudad de México D.C.

Figueroa Bastidas, Gabriel (2016*) La Responsabilidad Agravada del Estado Colombiano*. Bogotá D.C. Editorial Universidad del Rosario.

Forero Salcedo, Jose Rory. (2007) *Estado constitucional, potestad disciplinaria y relaciones especiales de sujeción.* Bogotá. D.C. Instituto de estudios del Ministerio Publico. Procuraduría General de la Nación.

García Amado, Juan Antonio. (2014) Jurisprudencia Simbólica. Recuperado de https://www.garciamado.es/2014/03/jurisprudencia-simbolica/

García López, Luisa Fernanda y Sanchez Luke, Guillermo. (2023) *Responsabilidad Patrimonial del Estado: Contractual y Extracontractual*. Bogota. D.C. Editorial Tirant lo Blanch.

Giacomette Ferrer, Antonio. (2009). *Introducción a la teoría general de la prueba.* Bogotá D.C. Editorial Universidad del Rosario.

Gil Botero, Enrique (2011). *Responsabilidad Extracontractual del Estado* (Quinta edición ed.). Bogotá D.C. Editorial Temis.

Henao, Juan Carlos (1998). *El Daño: Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá D.C. Universidad Externado.

Henao, Juan Carlos (2005) *De tal Derecho Lesionado Tal Acción*. En V Jornada de derecho constitucional y administrativo. Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia

Henao, Juan Carlos y Ospina Garzón, Andrés Fernando (2015). *La responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá D.C. Editorial Universidad Externado de Colombia.

Huerta Montero, Laura Estephania (2017). *Los derechos del consumidor en el derecho colombiano: Eficacia de los mecanismos procesales para su protección individual y colectiva*. Tesis de Grado. Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia.

López Cárdenas, Carlos Mauricio. (2011). *La acción de grupo: Reparación por violación a los derechos humanos*. Bogotá D.C. Editorial Universidad del Rosario.

López Cárdenas, Carlos Mauricio, & Nieto Rodríguez, M. A. (2015). *La acción de grupo como mecanismo de reparación de daños individuales por perjuicios ambientales*. Bogotá D.C. *Universidad del Rosario*. https://repository-urosario-edu-co.ez.urosario.edu.co/handle/10336/18438

López Medina, Diego. (2018). *Manual de escritura Jurídica*. Primera edición. Bogotá D.C. Editorial Legis.

López Medina, Diego. (2006) *El Derecho de los Jueces.* Segunda edición. Bogotá D.C. Editorial Legis

López Quintero, Adriana. (2018) *La Dicotomía de la reparación simbólica frente al daño inmaterial y las violaciones de derechos humanos. La evolución de las categorías del daño y su reparación en la jurisprudencia del Consejo de Estado de Colombia.* En Reparación Simbólica: Jurisprudencia, cantos y tejidos. Bogotá. D.C. Universidad Externado de Colombia.

Mejía Alfonso, Hébert. (2017) *Criterios de reparación integral para las víctimas del delito de desaparición forzada en Colombia, en un contexto de justicia transicional*. Tesis de grado. Bogotá D.C. Universidad Nacional.

Morales Piramanrique, Xiomara. (2021). *Aplicación del principio de reparación integral en las acciones de grupo falladas por el consejo de estado (2000-2020), para resarcir de forma efectiva a las víctimas.* Bogotá D.C. Universidad del Rosario https://doi.org/10.48713/10336_31979

Moreno Torres, Clara Mercedes, & Navas Rubiano, Martha Elena (2000). *Acciones de defensa de los intereses colectivos Ley 472/98, acciones populares y de grupo*. Monografía. Especialización en Derecho Administrativo. Bogotá D.C. Universidad del Rosario https://repository-urosario-edu-co.ez.urosario.edu.co/handle/10336/21498

Narváez Martínez, Jaime Mauricio. (2014). *Incidencia de los estándares del sistema interamericano de derechos humanos en materia de reparación integral a víctimas, en el marco del proceso contencioso administrativo de reparación directa y acción de grupo*. Bogotá D.C. https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/47656

Nash Rojas, Claudio. (2009). *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos:(1988-2007)*. Santiago de Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos.

Pacheco Oviedo, William. (2019) *Responsabilidad patrimonial del Estado por las condiciones en que se encuentra el personal privado de la libertad en Colombia*. Tesis de maestría en derecho privado. Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia.

Pantoja Bravo, Jorge. (2015) *Derecho de daños Tomo I*. Bogotá D.C Editorial Leyer

Pinzón Muñoz, C. E. (2018). *La prueba de la Responsabilidad Extracontractual del Estado.* (Segunda Edición). Bogotá D.C. Grupo editorial Ibañez.

Planchadell Gargallo, Andrea. (2014). *Las acciones colectivas en el ordenamiento jurídico español: Un estudio comparado*. Valencia, España. Editorial Tirant Lo Blanch. https://www.torrossa.com/es/resources/an/2938426

Poveda Parra, Laura del Pilar. (2018). *La aplicación de la reparación integral en la jurisprudencia del Consejo de Estado a la luz de los estándares construidos por la corte interamericana de derechos humanos.* Bogotá D.C. Universidad del Rosario. En *AGUIAR, Asdrubal. 2014. Perspectiva Iberoamericana sobre la Justicia Penal Internacional. Holanda: Instituto Iberoamericano de la Haya.* https://doi.org/10.48713/10336_17790

Quintana López, Tomas. (2013) *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales.* Tomo I 2da. edición. Valencia España. Tirant Lo Blanch.

Ragin, Charles. (2007). *La Construcción de la Investigación social*. *Introducción a los Métodos y su Diversidad*. Bogotá. D.C. Siglo del Hombre Editores.

Restrepo Medina, Manuel. (2001). *Las tendencias actuales del derecho administrativo y su aplicación a los fenómenos complejos del estado en Colombia hoy*. Bogotá D.C. Maestría en Derecho Administrativo. Universidad del Rosario. https://repository-urosario-edu-co.ez.urosario.edu.co/handle/10336/21609

Saavedra Becerra, Ramiro (2002). *La responsabilidad extracontractual de la administración pública*. Bogotá D.C. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.

Santofimio Gamboa, Jaime Orlando (2017). *Compendio de derecho administrativo*. Bogotá D.C. Universidad Externado.

Santofimio Gamboa, Jaime Orlando (2018). *Tratado de derecho administrativo: Derecho de víctimas y responsabilidad del estado. Bogotá D.C. Tomo V*. U. Externado de Colombia.

Santofimio Garzón, Jaime Orlando. (2022). *Horizontes del contencioso administrativo: Tomo II El Contencioso Administrativo jurisdiccional. Volumen II: El contencioso administrativo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo*. Bogotá D.C. Universidad Externado.

Steiner, Cristian, y Uribe, Patricia. (2014). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Bogotá D.C. Temis.

Tamayo Jaramillo, Javier. (2022) *Prueba de la Culpa y del Nexo Causal en la Responsabilidad Medica. Teoría general de las cargas probatoria dinámicas*. Bogotá D.C. Editorial Legis.

Torres López, Maria. (2013) Capitulo XIV. "La Responsabilidad de la Administración penitenciaria". En *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudios Generales y ámbitos sectoriales*. Tomo I. Valencia España. Editorial Tirant Lo Blanch.

Torres-Villarreal, M.-L., Iregui-Parra, P.-M., Muñoz Ávila, L., Padilla-Ciodaro, M. E., Cabana-González, D. S., Zuluaga-Hoyos, C., Hernández Zambrano, D., López-Castro, Y., González Tamayo, N., & Londoño-Toro, B. (2020). *Las Acciones Constitucionales: Reflexiones sobre sus avances y retos.* En Colección Textos de Jurisprudencia. Bogotá D.C. Editorial Universidad del Rosario.

Villamil Rincón, Ernesto (2017) *Debido proceso colectivo, la representatividad adecuada en las acciones de grupo.* Tesis de grado. Maestría en derecho administrativo. Bogotá D.C. Universidad del Rosario.

Younes Moreno, Diego. (2023) *Curso de derecho administrativo*. Duodécima edición Bogotá D.C. Editorial Temis

Zapata García, Pedro A. (2019) *Fundamentos y Limites de la Responsabilidad del Estado.* Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia.

2. Revistas académicas

Ángel, P., & Estrada, L. (2011). *La protección del derecho a la libre competencia mediante la acción de grupo: Una lección aún por aprender*. Revista de Derecho Privado, *45*, p.1-27.

Arcos Troyano, Jeffrey y Osorio, José Luis. (2019) *Reflexiones éticas sobre el hacinamiento carcelario en la sentencia T-153 de 1998*. Cali – Colombia. Revista En Precedente Vol.14 enero 2019.

Ariza, Libardo José y Mario Torres Gómez. (2019) *"Definiendo el Hacinamiento. Estándares normativos y perspectivas judiciales sobre el espacio penitenciario"*. Revista Estudios Socio Jurídicos No 21 https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/7632/7158

Ariza, Libardo José y Torres Gómez, Mario. (2019) *Constitución y Cárcel: La judicialización del mundo penitenciario en Colombia.* Rio de Janeiro Brasil. Revista Direito Prox, Vol.10, N.1.

Ariza Higuera, Libardo. (2020) *¿Tratamiento penitenciario a domicilio? El alcance de la Relación Especial de Sujeción en el régimen de domiciliarias en Colombia.* Revista UNIVERSITAS Vol. 69 2020. Pág. 6 DOI: https://doi.org//10.11144/Javeriana.vj69.tpda

Barriga Cabanillas, Oscar. (2012). *"Conductas violentas y hacinamiento carcelario"* Revista Desarrollo y Sociedad. Vol. 69.

Camacho Vargas, Evelyn y García Alvarado, Gustavo. (2013) *Responsabilidad Del Estado Por Daños Ocasionados A Los Reclusos En Los Centros Penitenciarios Y Carcelarios.* Revista Inter Ad Veritatem No 11.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, Documento OEA/Ser.L/V/II. Doc. 64, de 31 de diciembre de 2011.

Delgado, Sharon. (2015) *La acción de grupo como mecanismo de reparación de daños individuales por perjuicios ambientales* (N.º 34). Bogotá D.C. Revistas - 34 | Universidad de los Andes https://derechopublico.uniandes.edu.co/index.php?option=com_content&view=article&id=503:la-accion-de-grupo-como-mecanismo-de-reparacion-de-danos-individuales-por-perjuicios-ambientales&catid=40:34&Itemid=119&lang=es

Forero Cuellar, Alejandro. (2023) *Prison overcrowding and ill-treatment: sentence reduction as a reparation measure. A view from Latin America and Europe.* Revista Torture Volume 33, Number 3, 2023

Hernandez Jiménez, Norberto y Aranguren Páez, Cristina. (2022) *Comentario a la sentencia SU-122 de 2022. Estado de cosas inconstitucional en centros de detención transitoria.* Revista nuevo foro penal No 98. Universidad EAFIT

López Cárdenas, Carlos Mauricio. (2009). *Aproximación a un estándar de reparación integral en procesos colectivos de violación a los derechos humanos. Jurisprudencia de la*

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Bogotá D.C. Revista Estudios Socio-Jurídicos, 11(2)

M'Causland Sánchez, María Cecilia (2008). *Tipología y reparación del daño no patrimonial: Situación en Iberoamérica y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Bogotá D.C. Revista Universidad Externado de Colombia.

M'Causland Sánchez, María Cecilia. (2015) *Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia*. *Comentarios críticos sobre la jurisprudencia reciente*. Bogotá D.C. Revista Universidad Externado de Colombia.

Mendieta Pineda, Luz y Monosalva Espinosa, Hernán. (2021) *Jurisprudencia Simbólica: Análisis Crítico al Estado de Cosas Inconstitucional en los Centros Penitenciarios y Carcelarios en Colombia*. En Diálogos de Saberes No 55 diciembre de 2021. Bogotá D.C

Muciño, M. E. I., & Arzate, E. U. (2012). *La defensa de los consumidores y las acciones colectivas en México.* Ciudad de México. *Revista de Derecho de la UNED (RDUNED)*, *11*, Art. 11. https://doi.org/10.5944/rduned.11.2012.11140

Responsabilidad patrimonial del Estado por las condiciones en que se encuentra el personal privado de la libertad en Colombia. (s. f.). Recuperado 16 de noviembre de 2022, de https://bdigital.uexternado.edu.co/handle/001/2195

Rosario Moore, Editha y Rosario Moore, Alexios. (2017) *From the Ground Up: Criminal Law Education for Communities Most Affected by Mass Incarceration*. Clinical Law Review, vol. 23, no. 2.

Ortiz, J. C. G. (2005). Acción Popular, la Acción de Grupo y las Acciones Colectivas, La. *Revista de Derecho Privado*, *9*, 35.

Villamil Rincón, E. (2017). *Debido proceso colectivo, la representatividad adecuada en las acciones colectivas norteamericanas (class action).* Revista de Derecho Privado, (57). Universidad de los Andes (Colombia). http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.57.2017.09

Suarez Zuleta, Nathaly y Flórez Zapata, Angela. *Responsabilidad extracontractual del Estado por afectaciones ocasionadas a los reclusos en las cárceles colombianas a causa del hacinamiento.* Revista Nuevo Derecho, Vol. 10, No 14 (2014).

Corte Suprema de los Estados Unidos. Caso Brown Vs Plata y otros. Sentencia de 23 de mayo de 2011.

3. Documentos Institucionales

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Memorial del 07-12-2021 Radicado No 20215000147521-DDJ.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Verdad, justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*, documento OEA/Ser.L/V/II. Doc. 49/13, 31 diciembre 2013

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 122/18, Caso N° 11.656, Peticionaria Marta Lucía Álvarez Giraldo, Colombia, 5 de octubre de 2018.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe No 135/17, caso 12.712, Rubén Darío Arroyabe Gallego, Colombia, aprobado en sesión N° 2102 celebrada el 25 de octubre de 2017

Consejo Nacional de Política Económica y Social. CONPES 3828 - Política Penitenciaria y carcelaria en Colombia. 19 de mayo de 2015 Bogotá D.C. Departamento Nacional de Planeación.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de integridad personal y privación de libertad: Artículos 7 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. https://repositorio.consejodecomunicacion.gob.ec//handle/CONSEJO_REP/1141

ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Informe de Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria* A/HRC/10/21/Add.3 16 de febrero de 2009.

Procuraduría General de la Nación. Procuraduría 4ta Delegada ante el Consejo de Estado. *Concepto del Ministerio Publico No 103 de 11 de noviembre de 2021. Intervención en proceso Radicación No 76001233300020140079 3-01 (AG). M.P JOSE ROBERTO SACHICA. Caso de internos de la cárcel de Vista Hermosa de la ciudad de Cali.*

Procuraduría General de la Nación. Procuraduría 4ta Delegada ante el Consejo de Estado. Concepto del Ministerio Publico No 060 de 4 de junio de 2024. *Intervención en proceso Radicación No 05001-23-33-000-2018-00988-01 (AG) M.P. Maria Adriana Marín. Caso internos de a cárcel de Itagui.*

4. Decisiones Corte Constitucional.

Auto de Seguimiento Estado de Cosas Inconstitucionales en Materia Carcelaria A-110 de 2019

Sentencia T-678 de 1997

Sentencia T- 153 de 1998

Sentencia C-215 de 1999

Sentencia C-1062 de 2000

Sentencia C-732 de 2000

Sentencia T-1190 de 2003

Sentencia C-569 de 2004

Sentencia T-728 de 2004

Sentencia C-564 de 2004.

Sentencia C-116 de 2008

Sentencia C-242 de 2012

Sentencia T-388 de 2013

Sentencia T-762 de 2015

Sentencia SU-122 de 2022

Sentencia SU-068 de 2023

5. Sentencias del Consejo de Estado

Consejo de Estado. Sala de lo Contenciosos Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 25 de octubre de 1991. Exp. 6465. M.P. Carlos Betancur.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 19 de julio de 2000. Exp. 11842 M.P. Alier E. Hernández Henríquez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 22 enero de 2004. Rad. 73001-23-31-000-2002-01089-01(AG) M.P. Alier Eduardo Hernández.

Consejo de Estado. Sala de lo Contenciosos Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 13 de mayo de 2004. Rad. 52001-23-31-000-2002-00226-01 (AG) M.P. Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 26 enero de 2006. Rad. 25000-23-26-000-2001-00213- 01(AG)B M.P. Ruth Stella Correa.

Consejo de Estado. Sala de lo Contenciosos Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 30 de agosto de 2006 Exp. 27581. M.P Alier Hernández.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 18 de octubre de 2007. Rad. 25000-23-27-000-2001-00029-01(AG). M.P. Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sala Plena. Sentencia del 14 de septiembre de 2011 Rad. No 05001-23-25-000-1994-00020-01(19031) M.P. Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 7 de marzo de 2012. Rad. No 25000-23-26-000-1996-03282-01 M.P. Hernán Andrade Rincón.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 1° de noviembre de 2012. Rad. 250002326000199900002-04 y 2000-00003-04 (AG) M.P. Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 26 de marzo de 2014. Exp. 28645 M.P. Jaime Orlando Santofimio.

Consejo de Estado. Sala de lo Contenciosos Administrativo. Sección Tercera Sala Plena Sentencias de unificación de 28 de agosto de 2014 Rad. No 23001-23-31-000-2001-00278-01 (28804) M.P. Jaime Orlando Santofimio.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sala Plena. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Rad. No. 05001-23-25-000-1999-01063-01(32988) M.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Sala Plena Sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014. Exp. 36140. M.P. Hernán Andrade

Consejo de Estado. Sala de lo Contenciosos Administrativo. Sección Tercera. Sala Plena. Sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014. Rad. No 25000-23-26-000-2000-00340-01. M.P Danilo Rojas Betancourth

Consejo de Estado. Sala Contenciosos Administrativa. Sección Tercera. Sentencia de 29 de septiembre de 2015. M.P. Rad. No 05001-23-31-000-2006-03562-01. M.P. Danilo Rojas Betancurth

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 29 de octubre de 2015 exp. 2002-00359 (AG) M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Sentencia de 20 de junio de 2017, radicación No. 25000-23-26-000-1995-00595-01 (18860) M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera subsección A. Sentencia del 3 de octubre de 2019. Rad No 70001-23-33-000-2014-00186-01(AG). M.P. Marta Nubia Velásquez.

Consejo de Estado. Sala de lo Contenciosos Administrativo. Sección Tercera subsección B. Sentencia del 20 de noviembre de 2020. Rad No 18001-23-33-000-2013-00216-01(AG). M.P. Alberto Montaña Plata.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Subsección B. Sentencia del 2 de junio de 2021. Rad. 27001-23-33-003-2014-00046-01(AG) M.P. Alberto Montaña.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala 1 especial de decisión. Sentencia de 10 de junio de 2021. Rad: 76001-23-31-000-2002-04584-02(AG)REV-SU. M.P. María Adriana Marín.

Consejo de Estado. Sala Contencioso Administrativa. Sección Tercera Subsección A. Sentencia de 14 de diciembre de 2022. Exp. 56536. M.P. Nicoles Yepes Corrales.

Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 5 de diciembre de 2023. rad. 25000-23-26-000-2005-00451-01 M.P. Martin Bermúdez Muñoz.

Consejo de Estado. Sala de lo Contenciosos Administrativa. Sección Tercera subsección A. Sentencia del 18 de noviembre de 2024. Rad. No 760012333000-2014-00793-01 (64573) M.P. José Roberto Sáchica Méndez.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Subsección A. Sentencia de 16 de junio de 2025. Rad. No 05001-23-33-000-2018-00988-01 (70584) M.P. María Adriana Marín.

5. Sentencias de Tribunales Administrativos.

Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia. Sala Quinta de Decisión. Sentencia de 28 de agosto de 2012. Rad. No 05001233100020020482900 M.P. Carlos Pinzón.

Tribunal Contencioso Administrativo de Sucre. Sala Segunda de Decisión Oral. Exp. No 70-001-23-33-000-2014-00186-00 Sentencia del 19 de noviembre de 2015. M.P. Rufo Arturo Carvajal Argoty.

Tribunal Contenciosos Administrativo de Caquetá. Sala Segunda de Decisión. Exp. No 2013-00216-00. Sentencia del 4 de mayo de 2017. M.P Carmen Emilia Montiel Ortiz.

Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca. Radicado acumulados No 78101-23-35-0006-2014-01271-00 y 76001-23-33-008-2014-00793-00. Sentencia del 27 de marzo de 2019 Magistrado Ponente Omar Edgar Borja Soto

Tribunal Contenciosos Administrativo Norte de Santander. Sentencia del 3 de agosto de 2023. Radicado No 54-001-23-33-000-2015-00424-00. M.P Hernando Ayala Peñaranda.

Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia. Sala Segunda de Oralidad. Sentencia del 31 de agosto de 2023 Rad. # 05001-23-33-000-2018-00988-00. M.P. Adriana Bernal Vélez

6. Leyes

Constitución Política de Colombia. 1991.

Ley 65 de 19 de agosto 1993 *"Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario",* publicada en el Diario Oficial No. 40.999, de 20 de agosto de 1993.

Ley 270 de 7 de marzo de 1996 *"Ley Estatutaria de la Administración de Justicia"*, publicada en el Diario Oficial No. 42.745, de 15 de marzo de 1996

Ley 472 de 5 de agosto 1998 "*Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones*", publicada en el Diario Oficial No. 43.357, de 6 de agosto de 1998.

Ley 1437 de 18 de enero 2011 "*Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo",* publicada en el Diario Oficial No. 47.956 de 18 de enero de 2011

Ley 1709 de 20 de enero 2014 *"Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones",* publicado en el Diario Oficial No. 49.039 de 20 de enero de 2014.

7. Tratados o convenios internacionales.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Adoptada en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos en San José, Costa Rica, de 22 de noviembre de 1969.

Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, A.G. Resolución 39/46, U.N. Doc. A/RES/39/46, de 10 de diciembre de 1984.

Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Adoptada en el Decimoquinto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos en Cartagena de Indias, Colombia, de 12 de septiembre de 1985.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá, Colombia, de 2 de mayo de 1948.

Declaración Universal de los Derechos Humanos. A.G. Resolución 217 A (III), U.N. Doc. A/RES/217(III) A, de 10 de diciembre de 1948.

Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, A.G. Resolución 60/147, U.N. Doc. A/RES/60/147, de 16 de diciembre de 2005.

Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, A.G. Resolución 57/199, U.N. Doc. A/RES/57/199, de 18 de diciembre de 2002.

Resolución 3452 (XXX). Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, U.N. Doc. A/RES/3452(XXX), de 9 de diciembre de 1975.

Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-S-ebook.pdf

8. Sentencias de la Corte IDH

Caso del Complejo Penitenciario de Curado respecto de Brasil. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de noviembre de 2018.

Caso Pacheco Teruel y otros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No 241.

Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275.

Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No 218

Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No 141

Caso Instituto de Reeducación del Menor Vs Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No 112

Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) *Vs*. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No 150.

Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No 160.

Caso 19 Comerciantes *Vs.* Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No 109.

Caso Gutiérrez Soler *vs.* Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No 132.

Caso vereda la esperanza vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto 2017. Serie C No 341.