



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
DEL VALLE DEL CAUCA

Santiago de Cali, treinta y uno (31) de enero de dos mil veinte (2020).

Magistrado Ponente:	OMAR EDGAR BORJA SOTO
Medio de Control	Reparación Directa
Ref. Proceso	76001-33-33-012-2012-00205-01
Demandante	LILIANA DUQUE SALAZAR Y OTROS
Demandado	NACIÓN – RAMA JUDICIAL y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA No. 129

I. OBJETO

Decide el Tribunal, a través de la Sala de Decisión conformada por los doctores **ÓSCAR SILVIO NARVÁEZ DAZA, EDUARDO ANTONIO LUBO BARROS y OMAR EDGAR BORJA SOTO**, éste último como magistrado ponente, sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y la Fiscalía General de la Nación, en contra de la sentencia de primera instancia No. 003 del 21 de enero de 2014, proferida por el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito de Cali que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda en contra de la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**.

II. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA.

1.1. PRETENSIONES.

“Con fundamento en los hechos expuestos, le solicito al honorable magistrado que en sentencia con fuerza de cosa juzgada se hagan las siguientes o parecidas declaraciones y condenas:

1. LA NACIÓN, FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN Y EL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA – RAMA JUDICIAL, son solidaria y administrativamente responsables de los daños y perjuicios causados a MARIA RUBIELA SALAZAR ZULUAGA y sus familiares, por la privación injusta de la libertad de que fue objeto, tal como se infiere de la sentencia que puso fin al proceso y la declaró inocente de los delitos que se le imputaban.
2. Como consecuencia de la declaración anterior, la entidad demandada deberá pagar a los demandantes citados, al día siguiente de la ejecutoria de la sentencia por concepto de,

a. Perjuicios morales

AFFECTADOS	S.M.L.M.V	VALOR
MARIA RUBIELA SALAZAR ZULUAGA	100	\$56.670.000

MANUEL JOSE DUQUE QUINTERO	100	\$56.670.000
CARLOS MARIO DUQUE SALAZAR	100	\$56.670.000
MIRIAM LILIANA DUQUE SALAZAR	100	\$56.670.000
JUAN GUILLERMO DUQUE SALAZAR	100	\$56.670.000
FLOR ANGELA DUQUE SALAZAR	100	\$56.670.000
VICTOR HUGO DUQUE SALAZAR	100	\$56.670.000
HELIO CESAR SALAZAR ZULUAGA	50	\$28.335.000
LUIS ORLANDO SALAZAR ZULUAGA	50	\$28.335.000
LUCELLY DE MARIA AUXILIADORA SALAZAR ZULUAGA	50	\$28.335.000
RODRIGO SALAZAR ZULUAGA	50	\$28.335.000
ALBA INES SALAZAR ZULUAGA	50	\$28.335.000
NESTOR DARIO SALAZAR ZULUAGA	50	\$28.335.000
FABIO SALAZAR ZULUAGA	50	\$28.335.000
JOSE AUGUSTO SALAZAR ZULUAGA	50	\$28.335.000
HECTOR LEONEL SALAZAR ZULUAGA	50	\$28.335.000
TOTALES	1.150	\$651.705.000

b. Por la alteración de las condiciones normales de existencia (vida de relación)

AFECTADOS	S.M.L.M.V	VALOR
MARIA RUBIELA SALAZAR ZULUAGA	100	\$56.670.000
MANUEL JOSE DUQUE QUINTERO	100	\$56.670.000
TOTALES	200	\$113.340.000

C. Perjuicios materiales.

- Daño Emergente. (abogado), la suma de 10.000.000.
- Lucro cesante consolidado: la señor MARÍA RUBIELA SALAZAR ZULUAGA devengaba en su tienda un monto mensual de \$566.700.
- Esa suma multiplicada por 50 meses que estuvo detenida, da \$28.335.000

1.2. HECHOS.

Los hechos descritos en el cuerpo demandatorio son los siguientes:

- “1. MARIA RUBIELA SALAZAR ZULUAGA es esposa de MANUEL JOSE DUQUE QUINTERO, madre de CARLOS MARIO, MIRIAM LILIANA, JUAN GUILLERMO FLOR ANGELA y VICTOR HUGO DUQUE SALAZAR y hermana de HELIO CEASR, LUIS ORLANDO, LUCELLY DE MARIA AUXILIADORA, RODRIGO, ALBA INES, NESTOR DARÍO, FABIO, JOSE AUGUSTO y HECTOR LEONEL SALAZAR ZULUAGA. Entre todos existen grandes lazos de afecto y amistad. Actualmente convive con su esposo.
2. MARIA RUBIELA SALAZAR ZULUAGA trabajaba en una tienda ubicada en el municipio de Santuario y de esta derivaba lo necesario para su subsistencia diaria.
3. El día 21 de noviembre de 1997 falleció el narcotraficante JOSE SANTACRUZ LONDOÑO, por lo tanto se inició acción de extinción de dominio. Adicionalmente, como consecuencia de este proceso se originó una enorme investigación la cual permitió declarar la apertura de investigación a varias personas entre ellas MARIA RUBIELA SALAZAR ZULUAGA.
4. La Fiscalía Décima Especializada mediante providencia calendada 25 de abril de 2007 profirió cargos por el delito de lavado de activos en la calidad de coautora a la señora MARIELA RUBIELA SALAZAR ZULUAGA entre otros.
5. 4 años y 2 meses estuvo privada de la libertad la señora MARIA RUBIELA SALAZAR ZULUAGA, apartada de su trabajo y de sus familiares por un delito que ella no cometió y de la que solo fue acusada por el hecho de firmar unos cheques sin conocer que los mismos serían utilizados para fines ilegales.

474

6. Es un hecho cierto que el periodo durante el cual estuvo privada de su libertad no percibió suma alguna debido a la imposibilidad de atender la tienda de la cual derivaba su sustento.

7. La publicidad que le dieron al caso e incluso la captura misma, causaron a la señora MARIA RUBIELA SALAZAR ZULUAGA perjuicios morales graves que dejaron una honda huella a nivel personal, social y familiar. Estos hechos generaron angustia, tristeza y dolor respecto de sus hijos y compañeros, lo que terminó por alterar psicológica y emocionalmente a la familia entera.

8. Privado de su libertad a la señora MARIA RUBIELA SALAZAR ZULUAGA y absuelto por providencia judicial, por no haber cometido delito alguno, resulta claro que el Estado debe responder la totalidad de los perjuicios causados (patrimoniales y extra patrimoniales) con la privación de la libertad.

9. El demandante canceló por honorarios profesionales para la defensa en el proceso la suma de \$10.000.000."

2. CONTESTACIÓN DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN (folios 148-153):

La apoderada de la entidad accionada allegó la contestación de la demanda el 9 de julio de 2013, oponiéndose a los hechos contrarios a los intereses de la entidad que representa, argumentando que la Fiscalía General de la Nación actuó conforme a un deber legal frente a posibles hechos delictivos; de igual forma, la parte demandante no optó por impugnar la medida de aseguramiento (omisión defensa técnica), motivo de exoneración de responsabilidad por parte del ente territorial.

Propuso como excepción la "CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA".

3. CONTESTACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL (folios 166-169)

El apoderado de la accionada presentó contestación de la demanda en el que se opuso a la totalidad de pretensiones y hechos que van en contravía de la entidad y que puedan afectarla, de igual forma hace un recuento normativo de la actuación surtida por parte de la Fiscalía General de la Nación, motivos por fuera del campo de acción de la entidad demandada.

Propuso como excepciones las que denominó "inexistencia de perjuicios", "falta de legitimación en la causa por pasiva" y la "innominada o genérica".

4. PROVIDENCIA IMPUGNADA.

El Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cali con sentencia No. 003 del 21 de enero de 2014 (folios 282-314) y auto del 4 de marzo de 2014 (folios 331-333), resolvió:

"PRIMERO: DECLÁRASE probada la excepción de FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA formulada por la NACIÓN – RAMA JUDICIAL, de acuerdo con la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, de acuerdo con lo analizado en esta sentencia.

TERCERO: DECLÁRASE responsable a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, por los perjuicios ocasionados a los demandantes, con ocasión de la privación injusta de la libertad de la que fuera objeto la señora MARÍA RUBIELA SALAZAR ZULUAGA durante 39.33 meses.

CUARTO: CONDENAR a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, a pagar a los demandantes las siguientes sumas de dinero:

- **PERJUICIOS MATERIALES:**

LUCRO CESANTE: a favor de MARÍA RUBIELA SALAZAR ZULUAGA la suma de TREINTA Y UN MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y UN PESOS, (\$31.877.281), conforme a la parte motiva de esta sentencia.

- **PERJUICIOS INMATERIALES EN LA MODALIDAD DE DAÑO MORAL:**

- Para MARÍA RUBIELA SALAZAR ZULUAGA, el equivalente a 80 salarios mínimos legales mensuales vigentes
- Para Manuel José Duque, esposo de María Rubiela, el equivalente a 40 salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- Para cada uno de sus hijos, CARLOS MARIO, MILIAM LILIANA, JUAN GUILLERMO, FLOR ANGELA, VÍCTOR HUGO DUQUE SALAZAR, el equivalente a 40 salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- Para HELIO, LUIS ORLANDO, LUCELLY DE MARÍA AUXILIADORA, RODRIGO, ALBA INÉS, NESTOR DARÍO, FABIO DE JESUS, JOSÉ AUGUSTO y HECTOR LEONEL SALAZAR SULUAGA, el equivalente a 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno de ellos.

QUINTO: Niéguese las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: CONDÉNESE EN COSTAS por la suma de quince millones de pesos (\$15.000.000), a pagar a favor de la parte actora y a cargo de la Nación – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, de conformidad con el Acuerdo N.º1887 de 2003, modificado por los Acuerdos 2222 de 2003 y 9943 de 2013, emitidos por el Consejo Superior de la Judicatura.

SÉPTIMO: ORDÉNESE dar cumplimiento a esta providencia con observancia a lo dispuesto en el artículo 192 del CPACA.

OCTAVO: En firme esta sentencia, se hará entrega de copia íntegra al obligado para su ejecución y cumplimiento, de conformidad con el inciso final del artículo 203 del CAPCA."

5. RAZONES DE LA APELACIÓN.

5.1. PARTE DEMANDADA – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Se interpuso recurso de apelación frente a la sentencia de primera instancia como se corrobora de los folios 320-324 del expediente, en el que la entidad expone que tanto la vinculación al proceso penal como la medida de aseguramiento en contra de la señora María Rubiela Salazar Zuluaga estuvieron debidamente fundamentadas en la legislación penal vigente a los hechos, además de

respetarse a la demandante las garantías fundamentales en el transcurso del mismo. De igual forma, sostiene que debe abordarse el proceso de la referencia bajo el régimen de responsabilidad subjetivo, siendo evidente que no existió una actuación arbitraria, desproporcionada o violatoria de derechos fundamentales por parte de la Fiscalía General de la Nación

5.2. PARTE DEMANDANTE.

La parte actora se adhiere al recurso de apelación presentado por la Fiscalía General de la Nación en el sentido de indicar que para la señora María Rubiela Salazar Zuluaga y a sus parientes de primer grado de consanguinidad se debe aplicar el máximo monto indemnizatorio, es decir 100 SMMLMV, y los parientes de segundo grado un monto de 50 SMMLMV.

6. TRÁMITE PROCESAL.

6.1. Se profirió sentencia de primera instancia No. 003 del 21 de enero de 2014 (folios 282-314 del expediente), por parte del Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito de Cali, la cual fue notificada a las partes y al Ministerio Público el 24 de enero de 2014, conforme a los folios 315 a 317 del cuaderno único.

6.2. La PARTE DEMANDADA – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN presentó recurso de apelación frente a la sentencia según escrito del 11 de febrero de 2014 (folios 320-324 del cuaderno principal), oportunamente.

6.3. Con providencia No. 750 del 14 de julio de 2014, el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito de Cali fijó fecha y hora para la celebración de la audiencia de conciliación de que trata el artículo 192 del CPACA.

6.4. Los días 28 de julio, 20 y 25 de agosto de 2014 se celebró la audiencia de conciliación, profiriéndose auto del 15 de diciembre de 2014 en donde se improbo el acuerdo conciliatorio y se concedió el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada y la parte demandante.

6.5. El expediente fue asignado por reparto a este estrado judicial el 4 de febrero de 2015, conforme al folio 388 del cuaderno único.

6.6. Los recursos de apelación fueron admitidos mediante providencia No. 209 del 30 de abril de 2015 (folio 400), notificada por estado el 12 de mayo de 2015; y se corrió traslado para alegar con proveído No. 349 de fecha 22 de mayo de 2015 notificado por estado el 3 de junio de 2015 (folio 406).

6.7. El apoderado de la parte demandante, presentó alegatos de conclusión en segunda instancia el 18 de junio de 2015 (folios 408-410), oportunamente.

6.8. El apoderado de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, presentó alegatos de conclusión en segunda instancia el 19 de junio de 2015 (folios 411-416), oportunamente.

7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

En el presente caso alegaron de conclusión la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y la parte demandante, reiterando los argumentos expuestos en los recursos de alzada.

7.1. CONCEPTO MINISTERIO PÚBLICO

El delegado del MINISTERIO PÚBLICO no presentó concepto para el asunto bajo estudio.

II. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA.

El Tribunal es competente para resolver el recurso de apelación de conformidad con lo establecido en el art. 153 de la ley 1437, en concordancia con lo establecido en el art. 243 ibídem.

Se precisa además, que el análisis se circunscribirá a resolver el objeto de la impugnación por los precisos cargos establecidos en los recursos interpuestos por las partes, como lo establece el artículo 320 del C.G.P., aplicable por remisión expresa del artículo 306 del C.P.A.C.A.

Así, y sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley, la segunda instancia *“deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante”*, habida cuenta que el fin de la

apelación radica en “*que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión*” (art. 320, ibídem).

2. PROBLEMA JURÍDICO.

En los términos del recurso de apelación presentado por la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y la parte demandante, el problema jurídico consiste en si la sentencia debe confirmar o revocar la decisión del Juzgado de Instancia que resolvió condenar al ente investigador por encontrarlo responsable de los perjuicios irrogados a los demandantes, con ocasión de la presunta privación injusta de la libertad de que fuera objeto la señora MARIA RUBIELA SALAZAR ZULUAGA por el proceso penal seguido en su contra por el delito de LAVADO DE ACTIVOS.

Para resolver lo anterior, se estudiará si la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cali se ajusta o no al precedente judicial aplicable al caso sub examine.

En caso de confirmarse que hay responsabilidad del ente investigador, se procederá a resolver el recurso de alzada interpuesto por la parte actora en cuanto al monto indemnizatorio conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado.

3. NORMAS APLICABLES

3.1. Normas Constitucionales

La Carta Política establece los siguientes preceptos relativos al derecho fundamental a la libertad personal:

“ARTICULO 2o. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

ARTICULO 5o. El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.

ARTICULO 13. *Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.*

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

ARTICULO 28. *Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.*

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.

ARTICULO 29. *El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.*

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

ARTICULO 30. *Quien estuviere privado de su libertad, y creyere estarlo ilegalmente, tiene derecho a invocar ante cualquier autoridad judicial, en todo tiempo, por sí o por interpuesta persona, el Habeas Corpus, el cual debe resolverse en el término de treinta y seis horas.*

ARTICULO 90. *El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.*

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste."

El artículo 90 de la Constitución Política¹ se constituye en el pilar fundamental del régimen Colombiano de responsabilidad patrimonial de las autoridades públicas, sin embargo, ello no implica la exclusión de las normas contenidas en la Ley que regulan la materia, por tanto el Juez de lo Contencioso Administrativo tiene la

¹ El artículo 90 de la Constitución Política de Colombia de 1991, consagró que: "El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas", en donde en criterio del Consejo de Estado, acogido por este Despacho, en la responsabilidad extracontractual, el Estado tiene que indemnizar todo daño antijurídico que produzca con su actuación, lícita o ilícitamente, voluntaria o involuntaria, ya sea por hechos, actos, omisiones u operaciones administrativas de cualquiera de sus autoridades o de particulares especialmente autorizados para ejercer función pública. Consejo de Estado, sección Tercera. Sentencia del catorce (14) de marzo de 2002. exp. 01 -12076.

477

obligación de continuar aplicando los demás regímenes de responsabilidad que encuentren su fundamento en el mencionado artículo de la Constitución.²

3.2. Normas Legales

El Artículo 65 de la Ley 270 de 1996 ("Estatutaria de la Administración de Justicia"), regula la responsabilidad del Estado de la siguiente forma:

"El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales".

*"En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el **defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad.**" (Negrillas de la Sala)*

Con base en la norma precitada, los títulos de imputación de responsabilidad Estatal resultan ser:

- a. Defectuoso funcionamiento de la administración de justicia;
- b. El error jurisdiccional y,
- c. **La privación injusta de la libertad**

Tal como se estableció al inicio de este acápite, la Sala analizará la responsabilidad de la Administración ajustándose al título de imputación señalado por el actor, esto es, privación injusta de la libertad.

3.3. PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD.

Señala el artículo 68 de la Ley 270 de 1996 lo siguiente:

*"Quien haya sido privado **injustamente** de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios". (Negrillas fuera del texto original)*

Sobre el término "injustamente", la Corte Constitucional, mediante sentencia C-037 de 1996, al estudiar la exequibilidad del Artículo indicado, sostuvo:

*"Este artículo, en principio, no merece objeción alguna, pues su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 6o, 28, 29 y 90 de la Carta. Con todo, **conviene aclarar que el término "injustamente" se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria.** Si ello no fuese así, entonces se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados. Por el contrario, **la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de la responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia, debe contemplarse dentro de los parámetros fijados y***

² Corte Constitucional, sentencia C-333 del 1º de agosto de 1996. M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

teniendo siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención.

“...”

“Bajo estas condiciones, el artículo se declarará exequible”. (Negrillas de la Sala).

A su turno, el Artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 (el cual fue derogado), preceptuaba, en relación con la responsabilidad de la Administración de Justicia, lo siguiente:

*“Quien haya sido **privado injustamente de la libertad** podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios. Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta **siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave**”.*

Obsérvese que la norma consagraba dos circunstancias dentro de las cuales podía existir responsabilidad del Estado: (i) una privación injusta de la libertad, en la que se debe determinar si lo “injusto” hace referencia a lo sostenido por la Corte Constitucional y, cuando se pretenda obtener indemnización de perjuicios por esta causa, el demandante debía demostrar que la detención preventiva que se dispuso en su contra fue injusta, implicando un análisis en cada caso si es justa o no, igualmente determinar si la persona tenía que soportar o no dicha carga y, (ii) tal como lo aceptó la jurisprudencia, una presunción de la injusta privación de la libertad, cuando la persona sea exonerada porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, sin embargo, el demandante habrá de demostrar los supuestos de hecho en que se fundamenta la presunción.

Por último, la norma en cita estipulaba el derecho a ser indemnizado cuando se presumiera la injusta privación de la libertad, siempre y cuando la detención no haya sido **causada por dolo o culpa grave de quien fue objeto de la medida**.

La posición adoptada por el Consejo de Estado conlleva a concluir que las normas que respaldan la procedencia de la responsabilidad por la privación injusta de la libertad son el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, el cual debe ser interpretado en armonía con las consideraciones del artículo 90 de la Constitución Política, sin olvidar que los supuestos del artículo 414 no quedan excluidos a pesar de estar derogados, porque el artículo 90 constituye una cláusula general y amplia de imputación de la responsabilidad de la administración sustentada en el daño antijurídico, en el cual se encuentran inmersos los elementos de responsabilidad que consagraba el precitado artículo 414, textualmente se señaló:

"En definitiva, no resultan compatibles con el artículo 90 de la Constitución, interpretaciones de normas infraconstitucionales que restrinjan la cláusula general de responsabilidad que aquél contiene.

Partiendo de la conclusión anterior, la Sala determinó que en el artículo 90 de la Constitución Política tienen arraigo, aún después de la entrada en vigor de la Ley 270 de 1996, todos los supuestos en los cuales se produce un daño antijurídico imputable a la Administración de Justicia que no están contemplados –más no por ello excluidos, se insiste en el premencionado artículo 68 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia–, entre ellos, como en los eventos en los cuales se impone a un ciudadano una medida de detención preventiva como consecuencia de la cual se le priva del ejercicio del derecho fundamental a la libertad pero posteriormente se le revoca tal medida al concluir que los aspectos fácticos por los cuales el investigado fue detenido no constituyeron hecho delictuoso alguno, supuesto que estaba previsto en el artículo 414 del C. de P. P., y que compromete la responsabilidad de la Administración, pues con su actuación causó un daño antijurídico consistente en la privación de la libertad en contra de quien no cometió el hecho delictuoso imputado, circunstancia que torna injusta la medida y que debe ser reparada por la autoridad que produjo el hecho"³.

Ahora bien, no siempre el Estado está en el deber jurídico de indemnizar el daño sufrido por el particular, solamente aquel con carácter de antijurídico, es decir, cuando la persona no se encuentra en la obligación jurídica de soportarlos. Lo contrario, **conlleva a que los ciudadanos estén obligados a soportar algunas cargas derivadas del ejercicio de las funciones administrativas**⁴, no siendo procedente la indemnización.

Se aclara que no se trata de examinar la decisión de la Jurisdicción Penal, solamente se trata de estudiar la situación de hecho no frente al ordenamiento penal, sino ante la institución de la responsabilidad extracontractual del Estado.

3.4. PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES.

3.4.1. La Corte Constitucional mediante Sentencia C-037-96 de 5 de febrero de 1996, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, revisó la exequibilidad del Proyecto de Ley 58/94 Senado y 264/95 Cámara, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 153 de la Constitución Política, y declaró **CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE** el artículo 68 del mismo, "bajo las condiciones previstas en esta providencia." Expresa la Corte en la providencia:

³ Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 25 de febrero de 2009, CP Mauricio Fajardo Gómez, Radicación 25508.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 27 de septiembre de 2000, expediente 11.601. "No puede considerarse, en principio, que el Estado deba responder siempre que cause inconvenientes a los particulares, en desarrollo de su función de administrar justicia; en efecto, la ley le permite a los fiscales y jueces adoptar determinadas decisiones, en el curso de los respectivos procesos, en aras de avanzar en el esclarecimiento de la verdad, y los ciudadanos deben soportar algunas de las incomodidades que tales decisiones les causen. Sin embargo, tampoco pueden hacerse afirmaciones categóricas, para suponer que, en determinados casos, será siempre inexistente el daño antijurídico, mucho menos cuando ha habido lugar a la privación de la libertad de una persona, así sea por corto tiempo, dado que se trata de la vulneración de un derecho fundamental, cuya injusticia, al margen de la licitud o ilicitud de la decisión que le sirvió de fundamento, puede hacerse evidente como consecuencia de una decisión definitiva de carácter absolutorio. He aquí la demostración de que la injusticia del perjuicio no se deriva de la ilicitud de la conducta del agente del Estado".

*"Este artículo, en principio, no merece objeción alguna, pues su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 60, 28, 29 y 90 de la Carta. Con todo, conviene aclarar que el término "injustamente" se refiere a una **actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria**. Si ello no fuese así, entonces se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados. Por el contrario, la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de la responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia, debe contemplarse dentro de los parámetros fijados y teniendo siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención.*

En virtud de lo anterior, y a propósito de lo explicado en torno al artículo 66 del presente proyecto, debe entenderse que es propio de la ley ordinaria definir el órgano competente y el procedimiento a seguir respecto de la responsabilidad proveniente del error judicial en que incurran las demás autoridades judiciales.

Bajo estas condiciones, el artículo se declarará exequible".

3.4.2. Evolución jurisprudencial sobre privación injusta de la libertad del Consejo de Estado

Por ser pertinente la interpretación del artículo 68 antes transcrito de la ley 270 de 1996, en concordancia con el artículo 65 del mismo estatuto, el Despacho destaca la sentencia de 07/05/2007, Expediente 15463, M. Ponente doctor Mauricio Fajardo Gómez, que al derogarse el art. 414 del D. 2100 de 1991 y entrar a aplicarse la ley estatutaria de la justicia en materia de responsabilidad por privación injusta de la libertad, sostuvo:

*"Una lectura aislada del artículo 68 de la Ley 270, junto con las consideraciones tenidas en cuenta por la Corte Constitucional para declarar exequible el proyecto de dicha disposición, podrían conducir a entender que la referida norma estatutaria habría restringido el ámbito de posibilidades dentro de las cuales sería posible declarar la responsabilidad del Estado por el hecho de la detención ordenada por autoridad judicial dentro de una investigación penal, a aquellos casos en los cuales tenga lugar "una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria", es decir, a supuestos en los cuales se acredite una falla del servicio de Administración de Justicia, de las características descritas por la Corte en el apartado que se acaba de reproducir. Así las cosas, **para concretar el alcance del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 resulta imperioso conectarlo con el enunciado normativo contenido en el artículo 65 idem**, de acuerdo con el cual "el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales". Esta norma no introduce limitación o condicionamiento alguno encaminado a impedir el juzgamiento o la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado como consecuencia de la actividad de la Administración de Justicia, distinto de la causación de un daño antijurídico. No podía preverlo, por lo demás, como quiera que con ello conculcaría la regulación efectuada por el artículo 90 de la Carta, que igualmente constituye el concepto de "daño antijurídico", en el elemento central cuya concurrencia debe evidenciarse para que proceda el reconocimiento de la responsabilidad estatal —siempre, claro está, que ese daño pueda imputarse jurídicamente a una autoridad pública. No es viable, en consecuencia, considerar que un precepto contenido en una ley estatutaria pudiera restringir los alcances que a la responsabilidad del Estado le vienen determinados desde el artículo 90 de la Constitución. Al remarcarlo así, la propia Corte Constitucional no hace otra cosa que señalar que, más allá de las previsiones contenidas en la comentada Ley*

479

270 de 1996, los parámetros a los cuales se ciñe la responsabilidad patrimonial de las autoridades públicas son los estructurados por el artículo 90 de la Carta, que pueden ser precisados, mas no limitados, por una norma infraconstitucional. El anterior aserto encuentra **refuerzo adicional en lo dispuesto por el artículo 69 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia el cual, desarrollando el querer del plurimencionado artículo 90 constitucional, amplía el plexo de hipótesis en las cuales puede declararse la responsabilidad del Estado derivada de la función de Administración de Justicia**, al estatuir que **“quien haya sufrido un daño antijurídico, a consecuencia de la función jurisdiccional tendrá derecho a obtener la consiguiente reparación”**. Como corolario de lo anterior, ha de entenderse que la hipótesis precisada por el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, en la cual procede la declaratoria de la responsabilidad extracontractual del Estado por detención injusta, en los términos en que dicho carácter injusto ha sido también concretado por la Corte Constitucional en el aparte de la sentencia C-036 de 1996 en el que se analiza la exequibilidad del proyecto del aludido artículo 68 —y que se traduce en una de las diversas modalidades o eventualidades que pueden generar responsabilidad del Estado por falla del servicio de Administración de Justicia—, esa hipótesis así precisada no excluye la posibilidad de que tenga lugar el reconocimiento de otros casos en los que el Estado deba ser declarado responsable por el hecho de haber dispuesto la privación de la libertad de un individuo dentro del curso de una investigación penal, siempre que en ellos se haya producido un daño antijurídico en los términos del artículo 90 de la Constitución Política.” (Negrilla de la Sala)

En relación con las etapas sobre la privación injusta de la libertad y el criterio actual es necesario citar la sentencia de 4 de diciembre de 2006, en la que se expuso⁵:

“La Sala, en relación con la responsabilidad del Estado derivada de la privación de la libertad de las personas, no ha sostenido un criterio uniforme. En efecto, la interpretación y aplicación del artículo 414 de Código de Procedimiento Penal -Decreto ley 2700 de 1991, ya derogado pero aún aplicable a casos ocurridos durante su vigencia—, se ha desarrollado en tres distintas direcciones, como se sintetiza a continuación. **En una primera etapa**, la Sala sostuvo que la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad de las personas se fundamentaba en el **error judicial**, que se produciría como consecuencia de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, previa una valoración seria y razonable de las distintas circunstancias del caso. Por manera que, para su deducción —se dijo—, es irrelevante el estudio de la conducta del juez o magistrado, es decir que no interesaba averiguar si aquél actuó o no con culpa o dolo. Más tarde, en una **segunda época**, la carga procesal para el actor de demostrar el carácter injusto de la detención para obtener indemnización de perjuicios, consistente en probar la existencia de un error de la autoridad jurisdiccional al ordenar la medida privativa de la libertad, fue **reducida tan sólo a los casos** de detención diferentes a los contemplados en el **artículo 414 del Código de Procedimiento Penal** porque, en relación con estos últimos, se estimó que en los tres eventos allí señalados la ley calificó que se estaba en presencia de una detención injusta y que, por lo tanto, surgía para el Estado la obligación de reparar los perjuicios con ella causados. **Por último**, se ha venido sosteniendo el carácter injusto de los tres casos de detención que preveía el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal y que, por consiguiente, frente a la reclamación de perjuicios fundada en alguno de los tres supuestos consignados en dicho precepto, **resulta indiferente establecer si en la providencia que ordenó la privación de la libertad se incurrió o no en error judicial**, por cuanto lo que compromete la responsabilidad del Estado —se dijo— **no es la antijuridicidad de la conducta del agente del Estado, sino la antijuridicidad del daño** sufrido por la víctima, en tanto que ésta no tiene la obligación jurídica de soportarlo”. (Negrilla no es del texto original)

El Consejo de Estado⁶ en sentencia de unificación ha señalado frente al tipo de responsabilidad imputable en los casos de privación injusta de la libertad, en los siguientes términos:

⁵ SECCION TERCERA, Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ, Radicación 1994-09817-01(13168), Actor: Audy Hernando Forigua Panche y otros, Demandado: Nación-Ministerio De Justicia.

"Durante los últimos años la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha efectuado importantes desarrollos jurisprudenciales que evidencian una clara tendencia orientada a allanar el camino hacia la aplicación de un régimen objetivo de responsabilidad, en línea de principio, a supuestos en los cuales una persona se ve privada de la libertad por orden de autoridad judicial dentro de un proceso penal y posteriormente resulta exonerada de responsabilidad dentro de dicho plenario, particularmente cuando la aludida exoneración encuentra sustento en la duda que debe ser resuelta en favor del sindicado. (...) La Sala encontró una nueva oportunidad para reafirmar su posición en el sentido de que la absolución de responsabilidad penal con fundamento en el principio in dubio pro reo no muta el carácter injusto de la privación de la libertad a la cual se ha sometido a la víctima, tanto en la sentencia de marzo 26 de 2008, como en el fallo del 5 de junio del mismo año; más adelante, la Sección Tercera precisó que la responsabilidad extracontractual del Estado derivada de la privación injusta de la libertad debe ser examinada a la luz de un régimen objetivo de responsabilidad sólo en los tres casos expresamente previstos en el hoy derogado artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 y en el evento en el cual la absolución se produce en aplicación del principio in dubio pro reo, por ejemplo en las sentencias del 13 de agosto de 2008 y del 13 de mayo de 2009". (Subrayado y negrillas fuera del texto original).

La misma Corporación⁷ frente a las acciones contencioso administrativas en los casos de privación de la libertad, indicó:

"[L]a Sección Tercera del Consejo de Estado en pleno señaló que así como la Constitución Política de 1991 no privilegió ningún régimen de responsabilidad extracontractual en particular, tampoco podía la jurisprudencia establecer un único título de imputación a aplicar a eventos que guarden ciertas semejanzas fácticas entre sí, ya que este puede variar en consideración a las circunstancias particulares acreditadas dentro del proceso y a los parámetros o criterios jurídicos que el juez estime relevantes dentro del marco de su argumentación (...) [E]l título de imputación privilegiado para casos como el presente es la **"privación injusta de la libertad"** bajo un régimen objetivo de responsabilidad. No obstante, como ya se dijo, ello no es óbice para que en el sub judice, si las condiciones fácticas y jurídicas lo ameritan, resulte aplicable el régimen subjetivo, cuando el mismo se encuentre acreditado. Sobre el título de imputación en comento, debe recordarse que la Corte Constitucional, al revisar el proyecto de la Ley 270 de 1996, en sentencia C-037 de 1996, condicionó la declaratoria de exequibilidad del que sería el artículo 68 (...) [L]a Sala ha considerado que si bien el artículo 68 de la Ley 270 de 1996 se refiere a la responsabilidad patrimonial del Estado en los eventos en los cuales la actuación de cualquiera de sus ramas u órganos hubiera sido "abiertamente arbitraria", dicha disposición no excluye la aplicación directa del artículo 90 de la Constitución para derivar el derecho a la reparación cuando los daños provienen de una actuación legítima del Estado, adelantada en ejercicio de la actividad judicial, pero que causa daños antijurídicos a las personas, en tanto, estos no tengan el deber jurídico de soportarlos, como sucede con todos aquellos daños que sufren las personas que son privadas de la libertad durante una investigación penal, a pesar de no haber cometido ningún hecho punible, siempre que la víctima no haya actuado con dolo o culpa grave (...) [D]ebe advertirse que durante la vigencia del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, la responsabilidad estatal debía ser declarada cuando se dictara una sentencia absolutoria o su equivalente —preclusión de investigación o cesación del procedimiento—, porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no era constitutiva de un hecho punible. La disposición en comento quedó derogada el 24 de julio de 2001, al entrar a regir la Ley 600 de 2000. No obstante, como lo ha recordado anteriormente la Subsección, los supuestos del artículo en cita se derivan directamente del artículo 90 de la Constitución Política, de modo que la entrada en vigencia de la Ley 600 de 2000 o bien de la Ley 906 de 2004 no inhiben su aplicación, pues las circunstancias señaladas en dicho canon continúan vigentes por expresa orden constitucional. Así, a más de los supuestos previstos en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, es posible declarar la responsabilidad del Estado bajo un régimen objetivo por el hecho de la detención preventiva de ciudadanos ordenada por autoridad competente frente a aquellos eventos en los cuales se causa al individuo un

⁶ CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA, Subsección "B". Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Radicación: 52001-23-31-000-1996-07459-01(23354). diecisiete (17) de octubre de dos mil trece (2013).

⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, Subsección "B". Radicación: 19001-23-31-000-2009-00365-01(43603). Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO, tres (3) de agosto de dos mil diecisiete (2017).

daño antijurídico aunque el mismo se derive de la aplicación, dentro del proceso penal respectivo, del principio *in dubio pro reo*, como lo precisó la Sala Plena de la Sección Tercera". (Negritas y subrayado de la Sala).

Frente a la aplicación de los presupuestos establecidos en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 y de los presupuestos para la configuración de una privación injusta de la libertad, se realizó un pronunciamiento reciente por el órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo⁸, en el que se dispuso:

"[A] pesar de la entrada en vigencia de la Ley 270 de 1996, cuando una persona privada de la libertad es absuelta por alguna de las circunstancias previstas en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, se configura un evento de detención injusta y, por lo tanto, procede la declaratoria de la responsabilidad extracontractual del Estado, en virtud del artículo 90 de la Constitución Política. (...) las hipótesis establecidas en el artículo 414 antes citado, al margen de su derogatoria, continúan siendo aplicables a hechos ocurridos con posterioridad a su vigencia, sin que ello implique una aplicación ultractiva del citado precepto legal, sino de los supuestos que se regulaban de manera específica en el mismo, pues, en virtud del principio iura novit curia, el juez puede acoger criterios de responsabilidad objetiva o subjetiva para respaldar su decisión (...) En torno a la privación injusta de la libertad varias han sido las líneas jurisprudenciales de la Sección Tercera de esta Corporación: una primera, que podría calificarse de restrictiva, parte del entendido de que la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad de las personas se fundamenta en el error judicial, que se produce como consecuencia de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, previa valoración, seria y razonada, de las distintas circunstancias del caso. En ese sentido, la responsabilidad del Estado subyace como consecuencia de un error ostensible del juez, que causa perjuicios a sus coasociados. Posteriormente, se dice que la investigación de un delito, cuando medien indicios serios contra una persona sindicada de haberlo cometido, es una carga que todas las personas deben soportar por igual, de manera que la absolución final no es indicativa de que hubo algo indebido en la detención.

Una segunda línea entiende que, en los tres eventos previstos en el artículo 414 del C.P.P. -absolución cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible-, la responsabilidad es objetiva, por lo que resulta irrelevante el estudio de la conducta del juez para tratar de definir si éste incurrió en dolo o culpa. Se consideró que, en tales eventos, la ley presume que se presenta una privación injusta de la libertad y que, en aquellos casos no subsumibles en tales hipótesis normativas, se debe exigir al demandante acreditar el error jurisdiccional derivado no sólo del carácter "injusto" sino "injustificado" de la detención. En el marco de esta segunda línea, el artículo 414 del derogado Código de Procedimiento Penal contenía dos preceptos: el primero, previsto en su parte inicial, señalaba que "quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios", disposición que vendría a constituir una suerte de cláusula general de responsabilidad del Estado por el hecho de la privación injusta de la libertad, la cual requiere su demostración bien por error o bien por ilegalidad de la detención; el segundo, en cambio, tipificaba los tres precitados supuestos -absolución cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible-, los cuales, una vez acreditados, dan lugar a la aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva, evento en el que no es menester demostrar la ocurrencia de error judicial o de ilegalidad en la adopción de la medida privativa de la libertad.

Una tercera tendencia jurisprudencial morigera el criterio absoluto conforme al cual la privación de la libertad es una carga que todas las personas deben soportar por igual, pues ello implica imponer a los ciudadanos una carga desproporcionada; además, amplía, en casos concretos, el espectro de responsabilidad por privación injusta de la libertad, fuera de los tres supuestos de la segunda parte del artículo 414 del citado código y,

⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera – Subsección "A". Radicación número: 76001-23-31-000-2009-00186-01(48432). Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, veinticuatro (24) de mayo de dos mil dieciocho (2018).

concretamente, a los eventos en que el sindicado sea exonerado de responsabilidad en aplicación del principio universal del in dubio pro reo". (Negrillas y subrayado fuera del texto original).

La Sala indica que mediante Sentencia de Unificación del 15 de agosto de 2018, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado modificó su jurisprudencia en relación con el régimen de responsabilidad o título jurídico de imputación aplicable en los casos de una privación de la libertad que se tilda de injusta. Al respecto señaló:

*"(...) En consecuencia, procede la Sala a modificar y a unificar su jurisprudencia en relación con los casos cuya litis gravita en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por privación de la libertad, en el sentido de que, **en lo sucesivo, cuando se observe que el juez penal o el órgano investigador levantó la medida restrictiva de la libertad, sea cual fuere la causa** de ello, incluso cuando se encontró que el hecho no existió, que el sindicado no cometió el ilícito o que la conducta investigada no constituyó un hecho punible, o que la desvinculación del encartado respecto del proceso penal se produjo por la aplicación del principio in dubio pro reo, **será necesario hacer el respectivo análisis a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, esto es, identificar la antijuridicidad del daño.***

*Adicionalmente, **deberá el juez verificar, imprescindiblemente, incluso de oficio, si quien fue privado de la libertad actuó, visto exclusivamente bajo la óptica del derecho civil, con culpa grave o dolo, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva.***

Si el juez no halla en el proceso ningún elemento que le indique que quien demanda incurrió en esa clase de culpa o dolo, debe establecer cuál es la autoridad u organismo del Estado llamado a reparar el daño.

El funcionario judicial, en preponderancia de un juicio libre y autónomo y en virtud del principio iura novit curia, puede encausar el análisis del asunto bajo las premisas del título de imputación que considere pertinente, de acuerdo con el caso concreto y deberá manifestar de forma razonada los fundamentos que le sirven de base para ello. (...)⁹. (Negrillas y resaltado de la Sala).

Sin embargo, la decisión adoptada en la sentencia de 15 de agosto de 2018, dentro del proceso radicado No. 66001-23-31-000-2010-00235-01 (46.947), quedó sin efectos en virtud de la sentencia del 15 de noviembre de 2019¹⁰, ordenándose proferir sentencia de reemplazo.

A pesar de lo anterior la Sala de decisión no modificará su postura en cuanto al análisis de responsabilidad administrativa del Estado frente a los casos de privación de la libertad, esto es, *definir si existen pruebas que permitan vincular al investigado con la conducta punible y presentarlo como el probable autor de la misma* y verificar si quien fue privado de la libertad actuó, visto exclusivamente bajo la óptica del derecho civil, con culpa grave o dolo, y si con ello dio lugar a la

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, Sentencia de Unificación del 15 de agosto de 2018, No. Interno 46.947, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

¹⁰ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Sala Plena - Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA - Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018) - Radicación número: 11001-03-15-000-2019-00169-01.

481

apertura del proceso penal, ello acogiendo la posición señalada por la Subsección C del Consejo de Estado¹¹, que en sentencia del 13 de agosto de 2018, en la que se efectuó un desarrollo normativo **“los estándares convencionales de Derechos Humanos como parámetro de determinación de la antijuridicidad de la privación de la libertad”¹²** y **“los estándares constitucionales relativos a**

¹¹ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B CONSEJERO PONENTE: Martín Bermúdez Muñoz -Bogotá D.C. quince (15) de noviembre de dos mil diecinueve (2019).- Radicación: 250002326000200800028 01 (44896)

¹² 3. Los estándares convencionales de Derechos Humanos como parámetro de determinación de la antijuridicidad de la privación de la libertad.

3.1.- Como la antijuridicidad del daño implica un juicio de contraste del caso a la luz del ordenamiento para verificar si la víctima tenía el deber de soportarlo, según si se advierte norma jurídica que autorice padecerlo, tratándose de una privación de la libertad, es preciso armonizar este análisis con los estándares, de fuente convencional y constitucional, que determinan la excepcional restricción del derecho de libertad personal por las autoridades judiciales en el marco de las causales penales.

3.2.- Por consiguiente, junto a la existencia de una medida de detención preventiva contra una persona, su materialización y preclusión o absolución en firme; es necesario revisar si esa detención se ajustó a los anotados estándares. Si aquella se dispuso de conformidad a ese marco normativo se estará en presencia de un daño jurídicamente permitido o, lo que es lo mismo, un daño al que le faltará el elemento de antijuridicidad.

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

3.4.- Empero, no existen derechos absolutos, consideración a la que no escapa la libertad personal. A menudo la autoridad normativa cuenta con competencia para intervenir en la esfera de los derechos para asegurar el goce de otros o por razones de bien común.

3.5.- Así lo enseña la jurisprudencia constitucional y los artículos 30 CADH “*Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a las leyes que se dictaren por razón de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas*” y 32.2 CADH: “*Los Derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática*”¹²⁻¹², de donde se concluye que cualquier intervención, que pretenda corrección en términos convencionales y constitucionales, queda circunscrita a la satisfacción de criterios formales (reserva de ley y competencia) y materiales (razonabilidad y proporcionalidad), de suerte que no se trata de una habilitación para la arbitrariedad estatal sino del ejercicio razonado de esa potestad normativa.

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

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

3.8.- A partir de estos referentes, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha elaborado los siguientes criterios sobre el instrumento de la detención preventiva y el derecho de libertad personal:

- (i) *Regla General.* Se predica el principio de la libertad del individuo mientras se resuelve la responsabilidad penal;
- (ii) *Limitaciones.* La medida de detención está limitada por los principios de legalidad¹², presunción de inocencia y proporcionalidad¹²;
- (iii) *Fines legítimos.* Sólo se reconocen como fines legítimos de imposición de la medida el aseguramiento de que el procesado no impedirá el desarrollo del proceso ni eludir la acción de la justicia;
- (iv) *Fines ilegítimos.* La detención preventiva es una medida cautelar, no puede ser concebida como una pena anticipada ni como instrumento para la realización de fines de prevención general o especial, pues estos son propios de la pena;
- (v) *Deber de evaluación periódica.* Las autoridades judiciales tienen la obligación de revisar periódicamente la detención preventiva y ofrecer razones que justifiquen su mantenimiento;
- (vi) *Cuestiones probatorias.* La decisión que impone una medida de aseguramiento debe basarse en elementos probatorios suficientes que permitan establecer razonablemente la participación de la persona en el delito objeto de investigación; no se satisface este parámetro cuando el apoyo probatorio consiste en meras conjeturas o intuiciones abstractas, “*El Estado no debe detener para luego investigar*”;
- (vii) *Estigmas y prejuicios.* La medida no puede adoptarse por estigmas o prejuicios como, por ejemplo, en razón al origen racial de un grupo poblacional;
- (viii) *Juicio de Proporcionalidad.* La imposición de la medida debe obedecer a un juicio de proporcionalidad en el caso concreto, atendiendo los elementos de prueba y los hechos objeto de investigación¹²; en este marco, debe perseguir un fin compatible con la Convención, ser *idónea*, *necesaria* [absolutamente indispensable para conseguir el fin y que no exista medida menos gravosa] y *proporcional* [debe ser estrictamente proporcional, el sacrificio de la restricción de la libertad no debe resultar exagerado ni desmedido frente a las ventajas que se obtienen y los fines];
- (ix) *Motivación Suficiente.* La falta de motivación suficiente respecto del fin legítimo constituye violación del derecho de libertad personal y,

la restricción de la libertad personal y a la privación de la libertad¹³, concluyó no puede condenarse al Estado de manera automática, a partir de un **título de imputación objetivo**, sin que medie un análisis previo del juez que determine si la decisión que restringió preventivamente la libertad fue inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria, pues ello, transgrede el precedente constitucional fijado por la Sala Plena –con ocasión del control integral y automático de constitucionalidad de la que sería la Ley 270 de 1996- concretamente en la sentencia C-037 de 1996.

- (x) Aun cuando esté previsto en la Ley, puede existir violación a la libertad personal cuando la detención se ampare en causas o métodos irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad.

3.9.- Además, es pertinente destacar el Informe sobre el uso de Prisión Preventiva elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, documento que, además de llamar la atención sobre el preocupante abuso del instrumento de la detención preventiva¹², consideró que (i) aun cuando la Convención Americana no prevé expresamente el deber estatal de reparar a quienes han sido ilegalmente detenidos, lo que si se encuentra en el artículo 9.5 del Pacto, este puede ser subsumido dentro del artículo 1.1 de la Convención, esto es, conforme al deber de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos y libertades y (ii) aclaró el alcance que tiene ese deber de reparación, así: "220. Conviene aclarar que el hecho de que una persona detenida haya sido posteriormente sobrelleada o absuelta no implica necesariamente que la prisión preventiva haya sido aplicada en contravención de las normas de la Convención Americana", de donde se sigue que la sola absolución no es razón suficiente para estructurar el deber de reparar a cargo del Estado.

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

3.11.- Algunas de estas posiciones jurídicas se encuentran recogidas, en la Observación General No. 35 del Comité de Derechos Humanos sobre el artículo 9º del Pacto, donde merecen destacarse los siguientes puntos:

(...)

3.16.- Una revisión de los estándares convencionales deja ver el contenido sustantivo del análisis de la violación a la libertad personal cuando se trata de la imposición de una medida cautelar de detención preventiva dentro de una actuación judicial de naturaleza penal. La absolución o preclusión, per se, no es razón suficiente para configurar la antijuridicidad del daño, pues ese hecho lo único que informa es la culminación del proceso penal y la inalterabilidad de la presunción de inocencia, más no da cuenta de la no soportabilidad del daño, pues el juicio de responsabilidad del Estado no altera, directa o indirectamente, dicha presunción.

3.17.- Por consiguiente, los estándares reseñados guían el juicio de responsabilidad del Estado y dotan de contenido sustantivo la antijuridicidad del daño al establecer las pautas objetivas, razonables y proporcionales conforme a las cuales se determina la no soportabilidad del daño, en cada caso. Así, por lo demás, la incorporación de tales estándares en el razonamiento judicial se hace necesaria a fin de cumplir el mandato de reparar daños que tienen la característica de ser antijurídicos, en los términos del artículo 90 superior.

¹³ Los estándares constitucionales relativos a la restricción de la libertad personal y a la privación de la libertad.

4.1.- La libertad personal y las condiciones bajo las cuales se puede restringir, en el desarrollo del proceso penal, son asuntos de interés constitucional. La jurisprudencia ha señalado que la libertad es consustancial al Estado Democrático de Derecho; en ese sentido, la medida de detención tiene por finalidad garantizar otros fines constitucionales, es excepcional, no tiene carácter punitivo sino preventivo, por esa razón no es incompatible con la presunción de inocencia, y no requiere para su imposición un juicio íntegro previo, por cuanto ello desvirtúa el efecto preventivo que se persigue; no obstante en su determinación, que compete a la autoridad judicial, se deben observar los criterios de necesidad, proporcionalidad y de convicción (motivos fundados de alta probabilidad).

4.2.- Su temporalidad, de otro tanto, es un imperativo que pretende conciliar la persecución del delito y el derecho de libertad personal, en este último aspecto la detención preventiva se vincula estrechamente con la garantía del plazo razonable y la proscripción de dilaciones injustificadas en las actuaciones penales.

4.3.- En lo que refiere a la "privación injusta de la libertad", prevista en el artículo 68 de la Ley 270 de 1996 como una de las modalidades de responsabilidad del Estado-Juez, se tiene averiguado que su contemplación en el régimen legislativo se aviene a la Constitución. Dado el compromiso del constituyente en la vigencia de los derechos fundamentales, preciso es que el Estado comprometa su responsabilidad cuando trasgrede el estatuto jurídico de la libertad, por cuanto quebranta la dignidad humana y las bases del Estado de Derecho.

4.4.- En ese sentido, el alcance interpretativo de la "injusticia" de la privación se determina con arreglo a elementos de valoración sustantivos que lleven a determinar que la actuación judicial dentro de la cual se impuso la detención no se ajustó a criterios de proporcionalidad, faltó a los procedimientos o no resultó razonable. Este ha sido el parecer de la jurisprudencia constitucional, que ha remarcado la vinculación de la privación injusta con la arbitrariedad, así:

"(...) Con todo, conviene aclarar que el término "injustamente" se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria"¹³ (Resaltado propio).

4.5.- Ese alcance que la Corte Constitucional dio a la "privación injusta" tuvo lugar en el marco de la revisión constitucional al proyecto de Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, a la postre Ley 270 de 1996. Ese criterio no ha sido modificado y constituyó *ratio decidendi*¹³ del análisis de constitucional del artículo 68 de esa Ley. Por consiguiente, esa interpretación, de autoridad, se integra al precepto legal y concreta el sentido, *prima facie*, indeterminado de lo "injusto".

4.6.- En recién oportunidad la Corte, en Sentencia SU-072 de 2018, recordó la vigencia de esa posición rechazando aproximaciones interpretativas sobre la materia que sustentan una condena automática de responsabilidad sin haber consultado la razonabilidad de la decisión que restringió preventivamente la libertad de la persona. Así lo señaló ese Tribunal: (...)"

Por ello, la Subsección C del Consejo de Estado¹⁴, frente al análisis de la reclamación por daños ocasionados por la privación de la libertad fijó la siguiente posición:

“4.7.- En ese orden de ideas, esta Sala abordará el análisis del caso concreto conforme a la pacífica interpretación constitucional sobre la materia, destacando que ésta resulta prevalente y preferente frente a la acogida por la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado, tanto por la autoridad de aquella como por la razonabilidad que le subyace, por cuanto logra articular de manera coherente y razonada el análisis de antijuridicidad del daño de acuerdo a los estándares sustantivos relativos a la libertad personal y su excepcional restricción. A lo que sólo resta agregar que siendo interpretaciones llevadas a cabo en sede de control abstracto de constitucionalidad (C-037 de 1996) y del Pleno de la Sala en materia de tutela (SU-072 de 2018), es indisputable su observancia”.

Finalmente es procedente exaltar nuevamente la posición fijada por la Corte Constitucional en **sentencia SU 072 de 2018**, a través de la cual desarrolló la interpretación constitucional del régimen de responsabilidad de Estado en los casos de privación de la libertad concluyendo lo siguiente:

“105. Esta Corporación comparte la idea de que en dos de los casos deducidos por el Consejo de Estado –el hecho no existió o la conducta era objetivamente atípica- es posible predicar que la decisión de privar al investigado de su libertad resulta irrazonable y desproporcionada, luego, para esos eventos es factible aplicar un título de atribución de carácter objetivo en el entendido de que el daño antijurídico se demuestra sin mayores esfuerzos.

“(…)

*“106. Así las cosas, **los otros dos eventos definidos por el Consejo de Estado como causas de responsabilidad estatal objetiva –el procesado no cometió la conducta y la aplicación del in dubio pro reo- exigen mayores esfuerzos investigativos y probatorios, pues a pesar de su objetividad, requiere del Fiscal o del juez mayores disquisiciones para definir si existen pruebas que permitan vincular al investigado con la conducta punible y presentarlo como el probable autor de la misma”.***

“(…)

*“109. Es necesario reiterar que la única interpretación posible –en perspectiva judicial– del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 es que el mismo **no establece un único título de atribución** y que, en todo caso, le exige al juez contencioso administrativo definir si la decisión que privó de la libertad a un ciudadano se apartó de los criterios que gobiernan la imposición de medidas preventivas, sin que ello implique la exigencia ineludible y para todos los casos de valoraciones del dolo o la culpa del funcionario que expidió la providencia, pues, será en aplicación del principio iura novit curia, aceptado por la propia jurisprudencia del Consejo de Estado, que se establezca cuál será el régimen que ilumine el proceso y, por ende, el deber demostrativo que le asiste al demandante” (se destaca).*

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C
CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA -Bogotá D.C. trece (13) de agosto de dos mil dieciocho (2018).- Radicación: 250002326000200800028 01 (44896).

Por lo anterior, esta Sala de decisión considera que el fallador del proceso de reparación con fundamento en la privación de la libertad, deberá verificar, imprescindiblemente, incluso de oficio, si existen pruebas que permitan vincular al investigado con la conducta punible y presentarlo como el probable autor de la misma y, si quien fue privado de la libertad actuó, visto exclusivamente bajo la óptica del derecho civil, con culpa grave o dolo, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva, incluso en los casos en que se encontró que el hecho no existió, que el sindicado no cometió el ilícito o que la conducta investigada no constituyó un hecho punible, o que la desvinculación del encartado respecto del proceso penal se produjo por la aplicación del principio in dubio pro reo, haciéndose el respectivo análisis a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, esto es, identificar la antijuridicidad del daño.

4. CASO EN CONCRETO

4.1. El daño antijurídico

El daño antijurídico cuya definición no se encuentra en la Constitución ni en la ley, sino en la doctrina española, particularmente en la del profesor Eduardo García de Enterría, ha sido reseñado en múltiples sentencias desde 1991¹⁵ hasta la época¹⁶, como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo.

Según se desprende del texto de la demanda, el daño antijurídico que se pretende sea reparado por la accionada consistió en la privación de la libertad de que fue objeto la señora MARIA RUBIELA SALAZAR ZULUAGA, durante el período comprendido entre el 4 de mayo de 2006 hasta el 14 de agosto de 2009. La detención se llevó a cabo por orden impartida por la Fiscalía Décima de la Unidad Nacional de Fiscalía para la Extinción del Derecho de Dominio y Contra el Lavado de Activos, como se corrobora del folio 211, por el punible de LAVADO DE ACTIVOS.

Dentro del expediente, para efectos de demostrar la ocurrencia de la privación injusta de la libertad de la señora SALAZAR ZULUAGA, se observa en los folios 24 a 98 copia de la providencia proferida el 27 de julio de 2010 por el Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de Santiago de Cali, por medio de la cual

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 27 de junio de 1991. C. P. Dr. Julio César Uribe Acosta, expediente 6454.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 6 de junio de 2007, C. P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio, expediente N° 16460.

483

se resolvió la absolución de la demandante al tener en cuenta el principio universal *in dubio pro reo*, de que trata el artículo 7 de la Ley 906 de 2004.

Efectivamente el apoderado de la parte demandante demostró que su prohijada estuvo privada de la libertad en el curso del proceso penal con radicado No. 2008-00050-00, sin embargo, esta Sala de Decisión entrará a analizar si la actuación desplegada tanto por el delegado de la Fiscalía General de la Nación como de los Despachos Penales que conocieron del proceso penal, configura realmente una privación **injusta** de la libertad, y si el daño es imputable a la administración.

La sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de Santiago de Cali, se basó en el principio *in dubio pro reo*. Sobre este principio la Corte Constitucional¹⁷ ha señalado:

"El proceso penal es un instrumento creado por el Derecho para juzgar, no necesariamente para condenar. También cumple su finalidad constitucional cuando absuelve al sindicado. Es decir, a éste le asiste en todo momento la presunción de inocencia y el derecho de defensa, consecuencia de lo cual se impone el **in dubio pro reo**, que lleva a que mientras exista una duda razonable sobre la autoría del delito y la responsabilidad del sindicado, éste acorazado con la presunción de inocencia **debe ser absuelto**". (Negritas y subrayado fuera del texto original).

Ésta figura se encuentra descrita en el artículo 7º del C.P.P., en los siguientes términos.

"Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal. En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente **se resolverá a favor del procesado**. En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria. Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, **más allá de toda duda**". (Negritas y subrayado de la Sala).

Bien se señala en la norma transcrita en el sentido de presumir la inocencia hasta que no exista decisión judicial definitiva sobre la responsabilidad penal, es decir, hasta que se profiera un fallo de fondo que comprometa la responsabilidad del procesado, sin embargo, no resulta lógico presumir, que desde que se allegan unas pruebas preliminares a un proceso, se debe tener plena certeza de la autoría y responsabilidad del procesado, más allá de toda duda razonable sobre la autoría y responsabilidad de la conducta.

El encartado en un proceso debe someterse a cargas que los demás sujetos de la

¹⁷ Sentencia C-782 de 2005.

sociedad no está en la obligación de soportar, porque es el encargado de demeritar las pruebas que el ente investigativo ponga de presente en el curso de la etapa de instrucción, con el fin de probar la inexistencia o atipicidad de la conducta, su no participación, la ausencia de responsabilidad o la inimputabilidad.

En el asunto *sub-examine*, el proceso penal contra la demandante se originó en una diligencia de ocupación de un bien inmueble por parte de la Fiscalía Especializada adscrita a la Unidad de Extinción de Dominio de la Ciudad de Bogotá, dentro de la acción de extinción de dominio No. 007 adelantada en contra del extinto narcotraficante José Santacruz Londoño, diligencia en la cual se incautaron ochenta millones de pesos en efectivo, por lo que se compulsaron copias de este allanamiento para investigar la procedencia de estos dineros.

Con ocasión de lo anterior, se apertura investigación en contra de la señora MARÍA RUBIELA SALAZAR ZULUAGA por el delito de lavado de activos conforme a las transcripciones que se hacen de la sentencia absolutoria:

Argumentos ente acusador:

(...) Explicando que la conducta por la cual deben ser sancionados corresponde al punible de lavado de activos que lesiona y pone en peligro el bien jurídico tutelado del orden económico y social. Conociéndose de los albores de esta investigación que todo se desprendió de la diligencia de ocupación e incautación realizada por la Fiscalía Adscrita a la Unidad de Extinción de Dominio y de Lavado de Activos de Bogotá D.C., a un inmueble localizado en la ciudad de Santiago de Cali, efectuado el 21 de noviembre de 1997, cuando fueron hallados 80 millones de pesos en efectivo, en poder del extinto señor BERNARDO MARTÍNEZ ROMERO, dicha diligencia de incautación dio lugar a que se iniciara el averiguatorio por la procedencia de esta considerable suma de dinero, dando lugar a que por labores de policía judicial se estableció que el señor BERNARDO MARTINEZ ROMERO fungía como propietario y representante legal de las oficinas denominadas RAPICHEQUES y SERVICHEQUES, firmas destinadas al cambio y prestamos de dineros.

(...)

Concretamente, asumiendo lo investigado en este proceso se tiene que la demostración del delito subyacente sobre el cual se estructura la conducta punible de lavados de activos, resultando importante el testimonio obrante dentro de este procesamiento, la declaración de la señora EDITH HEREDIA RAMIREZ, dama que hizo vida marital con el señor JORGE ELIÉCER TOVAR VÁSQUEZ persona que trabajaba para el señor Bernardo MARTÍNEZ ROMERO, cuando sostuvo que su esposo acostumbraba a manejar considerables sumas de dinero en efectivo, que llevaba a su casa y que posteriormente transportaba ese dinero en efectivo a la cárcel de Palmira, para entregárselas al narcotraficante que allá se encontraba preso, alias "Pacho Herrera", dando fe que en alguna oportunidad acompañó a su difunto esposo a entregar ese dinero al citado capo de la mafia.

(...)

Dentro de esta cadena de desarrollo criminal varios cheques creados por los hoy acusados (entre ellos la señora María Rubiela Salazar Zuluaga) fueron girados a personas inexistentes o a personas cuyo nombre no corresponde con la cédula de ciudadanía utilizada en los endosos, así como también se giraron cheques a

personas que no tenían una situación solvente que guardara proporción entre la suma recibida y la actividad económica realizada. Igualmente los procesados en su gran mayoría giraron cheques a personas que no conocían o a personas que no tenían ninguna relación comercial, así mismo, algunas de las personas hoy acusadas giraron cheques los que fueron a parar a las cuentas del señor BERNARDO MARTINEZ ROMERO por cantidades de dineros que no guardan correspondencia entre su actividad comercial y los valores recibidos, en otros casos movieron a través de sus cuentas corrientes o bancarias, sumas de dinero que aparecen de manera inesperadas o sorpresivas en sus respectivas cuentas las cuales no guardan tampoco correspondencia con el usual tráfico de dineros en sus cuentas, es decir, que de manera permanente no estaban acostumbrados a manejar los dineros girados.” (Folios 46-50 del expediente).

Las razones para absolver a los implicados en el presunto delito de lavado de activos por parte del Juzgador se resumen en afirmar que los encartados no eran conscientes ni tampoco accedieron de manera voluntaria a cometer el ilícito, o al menos no pudo demostrar tal situación el ente investigador:

Consideraciones del Juez Penal

“Las anteriores exposiciones recogen las valoraciones fácticas y jurídicas efectuadas por el funcionario fiscal en la resolución de acusación mediante la cual se llamó a público juicio a la pluralidad de inculpados, sin embargo, la instancia indicará por más que efectúe juicios calificativos no encuentra a través de qué medio probatorio los acusados deben ser declarados penalmente responsables por el delito de lavado de activos, respecto de la sustentación de los hechos se tienen que han sido bien recopilados, pues ciertamente narran la ocurrencia de varias acciones aparentemente ilícitas, respecto del blanqueo de capital, pero el ente acusador no logra determinar a través de que medio probatorio los procesados lograron consciente y voluntariamente participar de manera individual o colectiva en la acción penal...”¹⁸

(...)

Se reitera, una vez efectuada la ponderación conjunta de las pruebas mencionadas en precedencia, no se evidencia la convicción sobre la responsabilidad de los implicados que corresponde a un estadio del conocimiento propio de la certeza racional (si ocurre A, entonces, necesariamente acontece B) y, por tanto, relativa, dado que la certeza absoluta resulta imposible desde la perspectiva de la gnoseología en el ámbito de las humanidades e inclusive en la relación sujeto que aprehende y objeto aprehendido, pues sólo cuando no se arriba a dicha certeza relativa de índole racional ante la presencia de dudas sobre la materialidad y existencia del delito investigado o sobre la responsabilidad del acusado, siempre que, en todo caso, dichas dudas tengan entidad y suficiencia como para crear incertidumbre sobre tales aspectos cuya acreditación debe efectuarse con medios de prueba reales y posibles en cada caso concreto, no con elementos de convicción ideales o imposibles, ahí, en tal momento, es posible acudir a la aplicación del principio in dubio pro reo, esto es, resolver la vacilación probatoria en punto de la demostración de la verdad, a favor del acusado.

(...)

Todo lo anteriormente expuesto permite resaltar que las probanzas mencionadas por el señor Fiscal en el pliego de cargos, tales como títulos valores o cheques sobre los cuales recayó la materialidad de la conducta punible, los diferentes informes de policía judicial arrimados al instructivo, los informes de la Superintendencia Bancaria, los extractos de las cuentas corrientes contra las cuales se giraron los cheques que motivaron este averiguatorio, las inspecciones realizadas por los funcionarios de policía judicial y de la Fiscalía a las diversas

¹⁸ Folio 52 del expediente.

fuentes de información documental arrojadas al instructivo, los múltiples testimonios y otras muchas evidencias materiales probatorias, pruebas todas ellas que evaluadas a través de un detenido y claro discernimiento, no permiten servir como base para la comprobación de la existencia de la conducta de concierto para delinquir...

(...)

No se puede privilegiar esa invención, por lo tanto no queda otra salida que la absolución plena para todos los hoy coprocesados, pues no se encontró a través de los medios de prueba establecidos en la ley la certeza que nos lleve a concluir de manera cierta e inequívoca fuera de toda duda, que lo referidos inculpadados con pleno conocimiento se habían puesto de acuerdo individual o colectivamente para por intermediario del sistema financiero para incurrir en el delito de lavado de activos, pues, de este último hecho solamente podría haber dado explicación el fallecido BERNARDO MARTINEZ ROMERO, en razón a que los giradores de los cheques no pueden llamarse a responder por la cadena de endoso, pues, no puede perderse de vista que se trata de instrumentos negociables transferibles por simple endoso o por la simple entrega..."¹⁹. (Subrayado fuera de texto).

Específicamente, frente a la señora MARIA RUBIELA SALAZAR ZULUAGA, el Juez penal en el mismo fallo estimó:

"pero para no ir muy lejos, encontramos la situación de la señora MARIA RUBIELA SALAZAR ZULUAGA, encontrando que se trata de una dama mayor de edad, con escolaridad básica en primaria, no posee experiencia comercial, tampoco tiene experiencia profesional, indicando al estrado judicial libre de todo apremio, que atravesando dificultades comerciales su hijo VICTOR HUGO le colaboró sacando producto financiero, añadiendo simplemente se limitó a firmar los cheques en blanco, no siendo conocedora a cabalidad del trámite de posnegocios que su hijo realizaba, desconociendo que con esa colaboración se infringía el ordenamiento jurídico.

Estableciéndose en los iniciales infolios que la Fiscalía instructora conoció que la persona que administró y manejó la cuenta desde su apertura fue el señor VÍCTOR HUGO, conclusión a la que se llega, no por lo que manifiesta la sindicada, sino por el mismo análisis realizado a los documentos allegados, resultando claro que el señor VICTOR HUGO era la persona que giraba cheques de otras cuentas a la cuenta que él mismo abrió a nombre de su progenitora la señora MARIA RUBIELA, advirtiéndose que los movimientos aparentemente extraños que resalta el ente acusador, son los generados por una costumbre inveterada de muchos cuenta habientes, que se traduce en el hecho de sobre girarse trasladando dineros de una de ellas para cubrir otra obligación que por la misma causa se había generado respecto de las demás cuentas, por lo tanto, quien debió ser llamado por la Fiscalía a explicar el giro de los títulos valores era el señor VICTOR HUGO, más nunca la señora MARIA RUBIELA.

Aconteciendo lo mismo que en los demás casos, que la Fiscalía tampoco acreditó las acciones constitutivas de blanqueo de capital, menos los orígenes de los recursos aparentemente de procedencia ilícita, pues jamás comprobó a través de ningún medio probatorio que los mismos provenían de los señores JOSÉ SANTACRUZ LONDOÑO, HELMER PACHO HERRERA o de BERNARDO MARTÍNEZ ROMERO, mal podría suplir la carga que exclusivamente le corresponde al Estado, no resultando ser de recibo la anotación realizada por el ente acusador en el sentido de que la señora MARIA RUBIELA SALAZAR ZULUAGA, debe responder por las irregularidades en la apertura de la cuenta, como también por el hecho de haber firmado cheques en blanco, desconociendo las circunstancias particulares que originaron la apertura de ese servicio bancario, sin preocuparse además por conocer el origen o destino de los recursos que se

¹⁹ Folios 93-94 del expediente.

dicen son ilícitos, concluyéndose que en el presente caso tampoco se cumplió la carga por parte del señor Fiscal de acreditar tanto la tipicidad como la responsabilidad por la cual ella fue llamada esta dama a responder en juicio penal. Situación que impide a este fallador en este momento edificar decisión de reproche, pues nuevamente no hay existencia del comportamiento punible y menos de compromiso alguno por parte de la señora SALAZAR ZULUAGA²⁰. (Subrayado fuera de texto).

4.2 culpa grave o dolo de la señora María Rubiela Salazar Zuluaga.

En el caso concreto resulta predicable la incidencia o participación de la conducta de la encartada en la generación del daño alegado, es decir, se vislumbra culpa grave o dolo, desde el punto de vista civil, de la señora SALAZAR ZULUAGA en las averiguaciones realizadas por el ente investigador o en la imposición de la medida de aseguramiento, pues resulta apenas obvio que las razones esbozadas por el Juez Penal para la absolución de la hoy demandante en el asunto debatido obedecen a la falta de previsión y autocuidado que debió en su momento procurar la actora, pues el hecho de prestar sus datos personales y firmar unos cheques en blanco sin saber para que serían destinados, fue causa directa de la medida de restricción a su libertad, en otras palabras, la señora MARIA RUBIELA SALAZAR ZULUAGA dio pie a la ocurrencia del daño que hoy reclama, razón por la cual, atendiendo criterios jurisprudenciales que se citaron previamente, no hay vocación de prosperidad de las pretensiones de la demanda.

En otras palabras, la Sala encuentra configurada la causal eximente de responsabilidad consagrada en el artículo 70 de la Ley 270 de 1996, que establece que en caso de responsabilidad del Estado por el actuar de sus funcionarios y empleados judiciales “el daño se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo”.

Así las cosas, dadas las circunstancias fácticas y jurídicas descritas, es claro que el comportamiento descuidado de la señora SALAZAR ZULUAGA fue la causa determinante para ser vinculada en la investigación penal por el delito de lavado de activos, y para imponerle la restricción de la libertad que debió soportar.

Por lo expuesto, la Sala revocará la decisión de primera instancia que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda de reparación directa y, en su lugar, las negará teniendo en cuenta que se configuró la causal exonerativa de responsabilidad consistente en la culpa exclusiva de la víctima.

²⁰ Folios 58-59 del expediente.

Dicho lo anterior, por sustracción de materia, no hay lugar a resolver la adhesión al recurso de apelación presentada por la parte actora, pues al no prosperar las pretensiones de la demanda, no hay lugar a debatir el monto de la indemnización reclamada en el recurso de alzada.

5. COSTAS

El artículo 188 del CPACA señala:

“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”.

El artículo 365 del C.G.P, versa:

“En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

*2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.
(...)*

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación. (...). (Subrayado de la Sala).

Sobre los criterios para la imposición de condena en costas, el Consejo de Estado²¹ indicó:

*“Al respecto, debe mencionarse que el **artículo 188 del CPACA** determina que, tratándose de costas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el juez tiene la obligación de pronunciarse en la sentencia sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público. Asimismo, que la liquidación y ejecución se rigen por lo dispuesto en el Código de procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso, artículo 365²².*

²¹ Sección Segunda – Subsección “A”. Radicación: 11001-03-15-000-2018-01606-00(AC). Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, cinco (5) de julio de dos mil dieciocho (2018)

²² “[...] Artículo 365. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

496

En esos términos, para la Subsección es claro que el legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio "subjetivo" –CCA- a uno "objetivo valorativo" –CPACA-, criterio que implica que en toda sentencia se decidirá sobre costas, con independencia de las causas de la decisión desfavorable.

Asimismo, el calificativo de "valorativo" se debe a que en el expediente al juez le corresponde revisar si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes. (...)" (Negrillas y subrayado de la Sala)

La nueva línea jurisprudencial del órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa puesta en consideración, estableció un criterio "objetivo valorativo" para la imposición de condena en costas, cuya tasación y liquidación debe realizarse con base en criterios objetivos y verificables. No obstante, la parte demandada no demostró o acreditó la ocurrencia de gastos en esta instancia y en tal sentido no se condenará en costas.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la Sentencia N° 03 del 21 de enero de 2014, proferida por el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito de Cali, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

TERCERO: SIN CONDENA en costas.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.

7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción." [...]"

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al juzgado de origen. **CÚMPLASE.**

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión de la fecha (Acta No.)

Los Magistrados,



ÓSCAR SILVIO NARVÁEZ DAZA



EDUARDO ANTONIO LUBO BARROS



OMAR EDGAR BORJA SOTO

DFGG