

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / ALCANCE DEL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA / CONCEPTO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - Finalidad / DERECHO DE ACCIÓN / OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA / EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCIÓN / DECLARACIÓN OFICIOSA DE LA CADUCIDAD / REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL

Con el propósito de otorgar seguridad jurídica, de evitar la parálisis del tráfico jurídico dejando situaciones indefinidas en el tiempo, el legislador, apuntando a la protección del interés general, estableció unos plazos para poder ejercer oportunamente cada uno de los medios de control judicial (...) La caducidad, en la primera de sus manifestaciones, es un mecanismo de certidumbre y seguridad jurídica, pues con su advenimiento de pleno derecho y mediante su reconocimiento judicial obligatorio cuando el operador la halle configurada, se consolidan los derechos de los actores jurídicos que discuten alguna situación; sin embargo, en el anverso, la caducidad se entiende también como una limitación de carácter irrenunciable al ejercicio del derecho de acción, resultando como una sanción ipso iure que opera por la falta de actividad oportuna en la puesta en marcha del aparato judicial para hacer algún reclamo o requerir algún reconocimiento o protección de la justicia, cuya consecuencia, por demandar más allá del tiempo concedido por la ley procesal, significa la pérdida de la facultad potestativa de accionar. **NOTA DE RELATORÍA:** Referente a la institución jurídico procesal de la caducidad, consultar sentencia de la Corte Constitucional de 22 de mayo de 2002, Exp. C-394, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

CADUCIDAD ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / CONTEO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN / EJECUTORIA DE LA PROVIDENCIA / REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL

El artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, señala que la acción de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquiera otra causa. La Sección Tercera de esta Corporación ha indicado, de manera reiterada, que cuando el daño alegado proviene de la privación injusta de la libertad de una persona, el término de caducidad empieza a contabilizarse a partir del día siguiente a la ejecutoria de la providencia que precluye la investigación, de la sentencia absolutoria o desde el momento en que quede en libertad el procesado, lo último que ocurra, puesto que a partir de ese momento se configura el carácter injusto de la limitación del derecho a la libertad. **NOTA DE RELATORÍA:** Referente al cómputo del término de caducidad de la acción de reparación directa en casos de privación injusta de la libertad, consultar sentencia de 14 de febrero de 2002, Exp. 13622, C.P. María Elena Giraldo Gómez y sentencia de 19 de julio de 2017, Exp.49898, CP. Marta Nubia Velásquez Rico.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 136

ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO / ELEMENTOS PARA LA CONFIGURACIÓN DE LA

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / DAÑO ANTIJURÍDICO / CONCEPTO DE DAÑO ANTIJURÍDICO / CARACTERÍSTICAS DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / IMPUTACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / CONCEPTO DE IMPUTACIÓN / INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / FALLA DEL SERVICIO / DAÑO ESPECIAL / RIESGO EXCEPCIONAL

El artículo 90 de la Constitución Política de 1991 consagró dos condiciones para declarar la responsabilidad extracontractual del Estado: i) la existencia de un daño antijurídico y ii) la imputación de éste al Estado. El daño antijurídico es la lesión injustificada a un interés protegido por el ordenamiento. En otras palabras, es toda afectación que no está amparada por la ley o el derecho, que contraría el orden legal o que está desprovista de una causa que la justifique, resultando que se produce sin derecho al contrastar con las normas del ordenamiento y, contra derecho, al lesionar una situación reconocida o protegida (...) La imputación no es otra cosa que la atribución fáctica y jurídica que del daño antijurídico se hace al Estado, de acuerdo con los criterios que se elaboren para ello, como por ejemplo la falla del servicio, el daño especial, la concreción de un riesgo excepcional, o cualquiera otro que permita hacer la atribución en el caso concreto. Es decir, verificada la ocurrencia de un daño antijurídico y su imputación al Estado, surge el deber de indemnizarlo plenamente, resarcimiento que debe ser proporcional al daño sufrido. **NOTA DE RELATORÍA:** Referente a los elementos que configuran responsabilidad patrimonial del Estado, consultar sentencia de 02 de marzo de 2000, Exp. 11945, C. P. María Elena Giraldo Gómez y sentencia de 18 de mayo de 2017, Exp. 36386, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 90

NORMATIVIDAD DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ERROR JURISDICCIONAL / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD

En desarrollo del artículo 90 constitucional, el legislador instituyó la responsabilidad del Estado por la actuación o funcionamiento de sus órganos jurisdiccionales o de sus funcionarios mediante la Ley 270 de 1996 (...) La mencionada normatividad estableció que el Estado sería patrimonialmente responsable por razón o con ocasión de la actuación judicial en los siguientes eventos: i) defectuoso funcionamiento de la administración de justicia; ii) error jurisdiccional y iii) privación injusta de la libertad. En cuanto a esta última, esto es, la responsabilidad por los daños antijurídicos derivados de la privación injusta de la libertad de las personas (...) artículo 68 de la Ley 270 de 1996.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 90 / LEY 270 DE 1996 - ARTÍCULO 68

TÍTULO DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / DERECHO DE DAÑOS / REPARACIÓN DEL DAÑO - Inaplicabilidad de un único título de responsabilidad / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA / TÍTULOS DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Deben estar acorde con la realidad probatoria / REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL

Con relación al modelo de responsabilidad aplicable a los casos de privación injusta de la libertad, la Constitución de 1991 no privilegió ningún título de imputación en particular, por lo que en aplicación del principio *iura novit curia*, dejó en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, el régimen aplicable y la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas, que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Como corolario de lo anterior, los títulos de imputación aplicables por el juez deben guardar sintonía con la realidad probatoria que se presenta en el caso concreto, de manera que la solución que se ofrezca consulte realmente los principios constitucionales que rigen la responsabilidad extracontractual del Estado y atienda a los fines y deberes de este. **NOTA DE RELATORÍA:** Referente a la responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad, consultar sentencia de 15 de agosto de 2018, Exp. 46947, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE EN CASOS DE PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD - Modificación de postura jurisprudencial / CRITERIOS DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE EN CASOS DE PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / AUSENCIA DE LA COMISIÓN DEL DELITO / INEXISTENCIA DEL HECHO PUNIBLE / ATÍPICIDAD DE LA CONDUCTA / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IN DUBIO PRO REO / EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD

Es así como en la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018 exp. 46947, la Sala Plena de la Sección Tercera modificó su jurisprudencia con relación al régimen de responsabilidad que venía siendo aplicado de tiempo atrás en los casos en los cuales se reclamaba la reparación de daños irrogados en razón de la privación preventiva de la libertad de una persona a la que posteriormente se le revocaba dicha medida al encontrarse en el juicio penal (i) que el detenido no cometió el delito que se le pretendía atribuir, (ii) que el hecho por el cual estaba siendo juzgado no existió, (iii) que la conducta por la cual se lo juzgaba no estaba tipificada como delito o por (iv) haber sido el sindicado beneficiado con el sobreseimiento en la investigación penal seguida en su contra en virtud del principio *in dubio pro reo* o, (v) en otros eventos en los cuales el detenido culminó sin condena, casos que implicaban la responsabilidad del Estado sin que fuera necesario hacer amplios análisis jurídicos, pues en la práctica bastaba con establecer la materialización de la privación de la libertad y que ente había dictado la medida para atribuir responsabilidad a la Administración, en un régimen bajo el cual la única manera de evitar la condena del ente estatal era hallar configurada alguna de las causales eximentes de responsabilidad, particularmente el hecho de la propia víctima objeto de la medida, para romper la necesaria imputación del daño al Estado. **NOTA DE RELATORÍA:** Referente a la responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad, consultar sentencia de 15 de agosto de 2018, Exp. 46947, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DERIVADA DE LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / ANTIJURICIDAD DEL DAÑO / CONTROL DE LEGALIDAD EN LA CAPTURA / REQUISITOS DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO / CLÁUSULA GENERAL DE RESPONSABILIDAD

En otras palabras, en cuanto al necesario examen de la antijuricidad del daño que se discute en el juicio de responsabilidad por una privación injusta de la libertad, se exige verificar si la orden de detención y las condiciones bajo las

cuales esta se llevó a cabo, se apegaron a los cánones legales y constitucionales o no, e igualmente si el término de duración de la medida de restricción fue excesivo, así como si resultaba necesaria, razonable y proporcional, de donde, si la detención se realizó de conformidad con el ordenamiento jurídico, se entenderá que el daño carece de antijuridicidad y por lo tanto quien lo sufrió no tendrá derecho a que se le indemnicen los perjuicios por su padecimiento. Tenemos entonces que, cuando el operador jurídico o el ente acusador levanta la medida restrictiva de la libertad que pesaba sobre una persona, independientemente de la causa de dicha decisión, resulta necesario realizar el análisis pertinente bajo la óptica del artículo 90 Superior, con el fin de identificar la antijuridicidad del daño que se discute. **NOTA DE RELATORÍA:** Referente a la antijuridicidad del daño, consultar sentencia de la Corte Constitucional de 05 de julio de 2018, Exp. SU072, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DERIVADA DE LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD - Postura actual / REGÍMENES DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / TÍTULO DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / FALLA EN EL SERVICIO DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / DAÑO ESPECIAL DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DE CARÁCTER OBJETIVO

La concepción actual de esta fuente de responsabilidad, si bien encuentra amplia aplicación y desarrollo en la falla del servicio que requiere el estudio de la adecuada actuación del Estado a la hora de dictar la orden de detención contra una persona y por tanto el apego de dicha medida al ordenamiento jurídico, no excluye la posibilidad de estudiar la responsabilidad derivada de la restricción a la libertad de las personas bajo alguno de los otros títulos de atribución como ocurre con el daño especial, en eventos en los cuales el sindicado sufre injustificada e inmerecidamente los rigores de la medida adoptada en debida forma por el órgano competente, pero, en tales casos, ello resulta de aplicación residual frente a la falla del servicio y puede presentarse en situaciones en las cuales el mismo reo no dio pie a la adopción de la medida dictada en su contra, donde la actuación del Estado se ajustó al ordenamiento jurídico, pero se causó un desequilibrio de las cargas públicas respecto del administrado.

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / DAÑO CAUSADO POR LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / LAVADO DE ACTIVOS / CONCIERTO PARA DELINQUIR / MEDIDA DE ASEGURAMIENTO / DETENCIÓN PREVENTIVA / PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

De los elementos materiales probatorios está acreditado entonces: i) que (...) fue capturado por agentes del DAS el señor xxx xxx (...) ii) que mediante auto del 16 de marzo de 2004 la Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializados, resolvió la situación jurídica de xxx xxx decretando en su contra detención preventiva por los delitos de lavado de activos y concierto para delinquir; iii) que (...) la Fiscalía Sexta Especializada de Cúcuta profirió resolución de acusación (...) se ordenó precluir la investigación seguida en contra de xxx xxx.

REQUISITOS DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO - Probados / JUSTIFICACIÓN DE LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD / AUSENCIA DE DAÑO ANTIJURÍDICO / INEXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD

[S]e observa que la privación de la libertad de xxx xxx no fue injusta, puesto que la medida de aseguramiento cumplió con los requisitos fijados en los artículos 356 y 357 de la Ley 600 de 2000, así como que fue necesaria, proporcional y razonable, tal y como se desprende de los indicios y demás elementos de prueba obrantes en el expediente, debido a la gravedad de los delitos por los cuales estaba siendo acusado, que no solo permitía sino que además aconsejaba la medida restrictiva de la libertad. En otras palabras, la Sala evidencia que el daño alegado no tiene el carácter de antijurídico, por haberse derivado de una actuación de la Administración ajustada a derecho, frente a la cual xxx xxx no puede pretender indemnización de perjuicios. En efecto, la medida resultaba necesaria para garantizar la presencia del sindicado en el proceso penal que se le seguía en su contra, proporcional por cuanto el delito de lavado de activos implica, una pena privativa de la libertad de al menos seis (6) años de prisión intramural, y, razonable de cara a la gravedad de la conducta y circunstancias bajo las cuales fue detenido. **NOTA DE RELATORÍA:** Referente a los requisitos de la medida de aseguramiento, consultar sentencia de la Corte Constitucional de 05 de julio de 2018, Exp. SU072, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

FUENTE FORMAL: LEY 600 DE 2000 - ARTÍCULO 356 / LEY 600 DE 2000 - ARTÍCULO 357

NOTA DE RELATORÍA: El presente fallo tiene aclaración de voto del honorable Consejero Guillermo Sánchez Luque. Las razones de su aclaración pueden consultarse dentro de Exp. 36146-15#1 y Exp. 46947-18#2

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: NICOLÁS YEPES CORRALES

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 54001-23-31-000-2008-00439-01(47403)

Actor: CARLOS HEMEL HERNÁNDEZ Y OTROS

Demandado: FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTRO

Referencia: APELACIÓN SENTENCIA - ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

Tema: Privación injusta de la libertad. Ausencia de daño antijurídico.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las partes demandante y demandada (Fiscalía General de la Nación) contra la sentencia del 16 noviembre de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

El 4 de marzo de 2004, en desarrollo de un operativo, agentes del DAS capturaron en flagrancia al señor Carlos Hemel Hernández y otro por los delitos de lavado de activos y concierto para delinquir. Luego, mediante Resolución del 16 de marzo de 2004 la Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializados de Cúcuta, resolvió la situación jurídica de Carlos Hemel Hernández decretando en su contra detención preventiva. El 25 de febrero de 2005 la Fiscalía Sexta Especializada de Cúcuta calificó el mérito del sumario con resolución de acusación. Finalmente, mediante Resolución del 18 de julio de 2005 proferida por la Fiscalía 4ª Delegada revocó el anterior proveído y, en su lugar, ordenó precluir la investigación y otorgó la libertad inmediata del sindicado. Los demandantes consideran que la privación de la libertad de Carlos Hemel Hernández fue injusta.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

El 4 de junio de 2007, Carlos Hemel Hernández, Mariela Hernández Villamizar y Gerson Guillermo Laguado Hernández actuando en nombre propio, mediante apoderado judicial, en ejercicio de la acción de reparación directa, presentaron demanda en contra de La Nación – Fiscalía General de la Nación – Departamento Administrativo de Seguridad DAS, por los perjuicios ocasionados con ocasión de la privación injusta de la libertad de Carlos Hemel Hernández.

Como pretensiones la parte demandante solicita condenar a las entidades demandadas a pagar a Carlos Hemel Hernández y Mariela Hernández Villamizar 200 SMLMV para cada uno, por concepto de perjuicios morales; 50 SMLMV para Gerson Guillermo Laguado Hernández, por concepto de perjuicios morales; 200 SMLMV a Carlos Hemel Hernández y Mariela Hernández Villamizar, por concepto

de daño a la vida de relación; 100 SMLMV a Gerson Guillermo Laguado Hernández, por concepto de daño a la vida de relación; y, \$212.445.823,00 para Carlos Hemel Hernández por concepto de lucro cesante.

En apoyo de las pretensiones la parte demandante afirma que el 4 de marzo de 2004, agentes pertenecientes al DAS capturaron a Carlos Hemel Hernández, con fundamento en la investigación que venía adelantado dicha entidad por el presunto delito de tráfico de estupefacientes y que, previa solicitud a la Fiscalía para la interceptación de algunos abonados telefónicos, se pudo establecer después de cinco meses de monitoreo, que también podrían existir actividades relacionadas con el lavado de activos. Razón por la que se realizó un operativo en el que se interceptó un vehículo de marca Ford de placa SAS 491 de Venezuela, ocupado por Carlos Hemel Hernández y Cesar Nieto García, a quienes se les encontró en efectivo la suma de \$300.040.000,00; por lo que fueron puestos a disposición de la Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializados de la Seccional de Cúcuta.

Afirman, que oído en indagatoria el señor Carlos Hemel Hernández por la Fiscalía Especializada, esta resolvió imponerle medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación.

Sostienen que concluida la etapa instructiva, el 25 de febrero de 2005 la Fiscalía Especializada procedió a calificar el mérito del sumario con resolución de acusación en contra de Carlos Hemel Hernández como coautor de los punibles de lavado de activos y concierto para delinquir, por existir serios indicios que comprometían su responsabilidad.

Refirieron que la anterior decisión fue revocada en sede de apelación por la Fiscalía Delegada Ante los Jueces Penales del Circuito Especializados, quien mediante providencia de 18 de julio de 2005 ordenó preluir la investigación y conceder la libertad inmediata de los acusados, en consideración a que la conducta por la cual se les había investigado era atípica.

Indican los demandantes que con la privación injusta de la libertad que padeció el señor Carlos Hemel Hernández, se les causó un daño antijurídico y perjuicios económicos que no estaban en la obligación de soportar.

2. Contestaciones

El 9 de marzo de 2009¹ el Tribunal Administrativo de Norte de Santander admitió la demanda y ordenó su notificación a los demandados y al Ministerio Público.

2.1. La Nación – Fiscalía General de la Nación² se opuso a todas y cada una de las pretensiones, y argumentó en su defensa que actuó de conformidad a lo preceptuado en el artículo 250 de la Constitución Política y la ley vigente para la época de los hechos, pues existían indicios serios que vinculaban al señor Carlos Hemel Hernández con los delitos investigados y en ese orden, su detención era una carga que estaba en la obligación de soportar.

2.2. La Nación – Departamento Administrativo de Seguridad DAS³ se opuso a las pretensiones y sostuvo que obró de acuerdo a los mandatos constitucionales y legales que la rigen, pues de acuerdo a los artículos 314 y 316 de la Ley 600 de 2000 (vigente para la época de los hechos), se le asignó a dicha entidad la facultad de realizar labores previas de verificación y funciones de policía judicial. Y, conforme a esas competencias rindió el respectivo informe de policía judicial, el cual si bien carece de valor probatorio por tener carácter de criterio auxiliar de la investigación, sirvió para que el Fiscal del caso ordenara las prácticas de las pruebas necesarias con base en las cuales finalmente se decidió dictar la medida de aseguramiento y la posterior resolución de acusación en contra de Carlos Hemel Hernández.

Finalmente, propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva y la genérica.

3. Alegatos de conclusión en primera instancia

El 20 de enero de 2012⁴ se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión y presentar concepto, respectivamente.

¹ Fl. 127 a 128, C. 1. La demanda inicialmente fue admitida por Auto del 26 de junio de 2007 proferido por el Juzgado Cuarto Administrativo de Cúcuta (Fl. 79 y 80, C.1), quien posteriormente, por proveído del 18 de noviembre de 2008 (Fl. 119 a 120, C.1) resolvió declararse sin competencia para conocer del asunto.

² Fl. 135 a 143 y 168 a 178, C.1.

³ Fl. 154 a 161, C. 1.

⁴ Fl. 211, C. 1.

2.1. La parte demandante⁵ y la Nación - Fiscalía General de la Nación⁶ reiteraron los argumentos expuestos en la demanda y su contestación, respectivamente.

2.2. La Nación – DAS y el Ministerio Público guardaron silencio.

4. Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia del 16 de noviembre de 2012, el Tribunal Administrativo Norte de Santander accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, por considerar que la privación de la libertad que sufrió Carlos Hemel Hernández tuvo el carácter de injusta, toda vez que quedó demostrado que la Fiscalía no contaba con los elementos materiales probatorios para proferir en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva y tampoco resolución de acusación.

Al efecto indicó:

“... [L]a Sala llega a la conclusión que la detención y privación de la libertad del señor Carlos Hemel Hernández, fue injusta, ya que no existió un fundamento jurídico razonable que permitiera concluir que resultaba jurídico privarlo de la libertad por el término de 467 días, por lo cual se le causó un daño antijurídico. Es claro que el señor Carlos Hemel Hernández no estaba obligado legalmente a soportar la privación de la libertad pues la misma se causó por una falla del servicio en que incurrieron las autoridades de la Fiscalía General de la Nación, al no realizar una debida valoración probatoria y jurídica de los hechos por los cuales se sindicaba al referido señor y concluir que la conducta era atípica”.⁷

En consecuencia, reconoció por perjuicios morales 70 SMLMV para la víctima directa, 40 SMLMV para Mariela Hernández Villamizar (madre de crianza) y 40 SMLMV para Gerson Guillermo Laguado (hermano); \$11.239.550 por concepto de lucro cesante y \$60.884.946 por daño emergente a favor de Carlos Hemel Hernández.

5. Recurso de apelación

Las partes interpusieron recursos de apelación, que fueron concedidos el 23 de

⁵ Fl. 213 a 223, C. 1.

⁶ Fl. 224 a 231, C.1.

⁷ Fl. 622, C. 1.

mayo de 2013⁸ y admitidos por esta Corporación el 24 de junio de 2013⁹.

5.1. La Nación – Fiscalía General de la Nación¹⁰ reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda. Adicionalmente, manifestó que su actuación judicial se cumplió con respeto a los derechos fundamentales del investigado, garantizándole en especial el derecho de defensa y debido proceso. Enfatizó, que la vinculación de Carlos Hemel Hernández al proceso penal se dio en virtud de las pruebas legalmente recaudadas en la investigación, toda vez que la Fiscalía tiene la obligación constitucional de asegurar la comparecencia de los presuntos infractores al proceso.

Finalmente, presentó como argumento de disenso frente a la condena, que los perjuicios materiales se habían reconocido sin prueba alguna que demostrara su causación.

5.2. Por otro lado, la parte demandante solicitó en el recurso de apelación incrementar los perjuicios materiales e inmateriales reconocidos en primera instancia. En efecto, sobre los mismos refirió que la sentencia incurrió en una desatinada contradicción comoquiera que en unos apartes sostuvo que no se habían probado los perjuicios materiales, pero, reconoció \$60.884.946 por concepto de daño emergente, yerro que a su turno ocasionó que la condena fuera mínima.

Sobre el lucro cesante, señaló que la actividad de comerciante de compra y venta de divisas que desarrollaba Carlos Hemel Hernández le arrojaban ingresos considerables y por tanto no se debió liquidar tal rubro con base en el salario mínimo vigente para la época en que se profirió la sentencia, eso, teniendo en cuenta que en el proceso penal que fue aportado como prueba trasladada y que no fue objeto de contradicción existían medios de prueba idóneos para calcular con un monto diferente ese tipo de perjuicio.

Adicionalmente, solicitó aumentar los perjuicios morales reconocidos, comoquiera que según los testimonios recepcionados durante el proceso se pudo establecer que los demandantes habían sufrido mucho por la privación injusta de la libertad de Carlos Hemel Hernández y bajo esa consideración, lo reconocido en primera instancia resultaba irrisorio. Finalmente, pidió reconocer lo solicitado en la demanda

⁸ Fl. 288, C. Ppal.

⁹ Fl. 292, C. Ppal.

¹⁰ Fl. 263 a 265 y 280 a 283, C. Ppal.

respecto el daño a la vida de relación.

6. Alegatos de conclusión en segunda instancia

El 22 de julio de 2013¹¹ se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión y presentar concepto, respectivamente.

6.1. La parte demandante¹² y la Nación – Fiscalía General de la Nación¹³, reiteraron los argumentos expuestos en la demanda, su contestación y los recursos de apelación, respectivamente.

6.2. El Ministerio Público guardó silencio.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia

El Consejo de Estado es competente para desatar los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia del 16 de noviembre de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley 270 de 1996.

2. Acción procedente

La acción de reparación directa es el medio de control idóneo para perseguir la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado cuando el daño invocado proviene de un hecho, omisión, operación administrativa o cualquier otra actuación estatal distinta a un contrato estatal o un acto administrativo, en este caso por hechos imputables a la administración de justicia.

3. Vigencia de la acción

Con el propósito de otorgar seguridad jurídica, de evitar la parálisis del tráfico jurídico dejando situaciones indefinidas en el tiempo, el legislador, apuntando a la

¹¹ Fl. 294, C. Ppal.

¹² Fl. 301 a 306, C. Ppal.

¹³ Fl. 295 a 300, C. Ppal.

protección del interés general¹⁴, estableció unos plazos para poder ejercer oportunamente cada uno de los medios de control judicial. Estos plazos resultan ser razonables, perentorios, preclusivos, improrrogables, irrenunciables y de orden público, por lo que su vencimiento, sin que el interesado hubiese elevado la solicitud judicial, implica la extinción del derecho de accionar, así como la consolidación de las situaciones que se encontraban pendientes de solución.

El establecimiento de dichas oportunidades legales pretende, además, la racionalización de la utilización del aparato judicial, lograr mayor eficiencia procesal, controlar la libertad del ejercicio del derecho de acción¹⁵, ofrecer estabilidad del derecho de manera que las situaciones controversiales que requieran solución por los órganos judiciales adquieran firmeza, estabilidad y con ello seguridad, solidificando y concretando el concepto de derechos adquiridos.

Este fenómeno procesal, de carácter bipolar, en tanto se entiende como límite y garantía a la vez, se constituye en un valioso instrumento que busca la salvaguarda y estabilidad de las relaciones jurídicas, en la medida en que su ocurrencia impide que estas puedan ser discutidas indefinidamente.

La caducidad, en la primera de sus manifestaciones, es un mecanismo de certidumbre y seguridad jurídica, pues con su advenimiento de pleno derecho y mediante su reconocimiento judicial obligatorio cuando el operador la halle configurada, se consolidan los derechos de los actores jurídicos que discuten alguna situación; sin embargo, en el anverso, la caducidad se entiende también como una limitación de carácter irrenunciable al ejercicio del derecho de acción,

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-394 de 2002: *“La caducidad es una institución jurídico procesal a través de la cual, el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento se halla en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica, para evitar la paralización del tráfico jurídico. En esta medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que por el contrario apunta a la protección de un interés general.*”

Como claramente se explicó en la sentencia C-832 de 2001 a que se ha hecho reiterada referencia, esta es una figura de orden público lo que explica su carácter irrenunciable, y la posibilidad de ser declarada de oficio por parte del juez, cuando se verifique su ocurrencia.”

¹⁵ Consejo de Estado. Sentencia del 23 de febrero de 2006. Exp. 6871-05 *“...el derecho al acceso a la administración de justicia no es absoluto, pues puede ser condicionado legalmente a que la promoción de la demanda sea oportuna y las acciones se inicien dentro de los plazos que señala el legislador (...). El término de caducidad, tiene entonces como uno de sus objetivos, racionalizar el ejercicio del derecho de acción, y si bien limita o condiciona el acceso a la justicia, es una restricción necesaria para la estabilidad del derecho, lo que impone al interesado el empleo oportuno de las acciones, so pena de que las situaciones adquieran la firmeza necesaria a la seguridad jurídica, para solidificar el concepto de derechos adquiridos.*”

resultando como una sanción *ipso iure*¹⁶ que opera por la falta de actividad oportuna en la puesta en marcha del aparato judicial para hacer algún reclamo o requerir algún reconocimiento o protección de la justicia¹⁷, cuya consecuencia, por demandar más allá del tiempo concedido por la ley procesal, significa la pérdida de la facultad potestativa de accionar.

El artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, señala que la acción de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquiera otra causa.

La Sección Tercera de esta Corporación ha indicado, de manera reiterada, que cuando el daño alegado proviene de la privación injusta de la libertad de una persona, el término de caducidad empieza a contabilizarse a partir del día siguiente a la ejecutoria de la providencia que precluye la investigación, de la sentencia absolutoria o desde el momento en que quede en libertad el procesado, lo último que ocurra, puesto que a partir de ese momento se configura el carácter injusto de la limitación del derecho a la libertad¹⁸.

En el caso *sub examine*, la Sala observa que la resolución de preclusión de la investigación se profirió el **18 de julio de 2005** por la Fiscalía 004 Delegada¹⁹, la cual cobró ejecutoria el **1º de agosto de 2005**²⁰, y la demanda fue presentada el **4**

¹⁶ Consejo de Estado, Sentencia del 30 de enero de 2013: “Para garantizar la seguridad jurídica de los sujetos procesales, el legislador instituyó la figura de la caducidad como una sanción en los eventos en que determinadas acciones judiciales no se ejercen en un término específico. Las partes tienen la carga procesal de impulsar el litigio dentro del plazo fijado por la ley y de no hacerlo en tiempo, perderán la posibilidad de accionar ante la jurisdicción para hacer efectivo su derecho. Es así como el fenómeno procesal de la caducidad opera *ipso iure* o de pleno derecho, es decir que no admite renuncia, y el juez debe declararla de oficio cuando verifique la conducta inactiva del sujeto procesal llamado a interponer determinada acción judicial”.

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-574 de 1998: “... [s]i el actor deja transcurrir los plazos fijados por la ley en forma objetiva, sin presentar la demanda, el mencionado derecho fenece inexorablemente, sin que pueda alegarse excusa alguna para revivirlos. Dichos plazos constituyen entonces, una garantía para la seguridad jurídica y el interés general. Y es que la caducidad representa el límite dentro del cual el ciudadano debe reclamar del Estado determinado derecho, por ende, la actitud negligente de quien estuvo legitimado en la causa no puede ser objeto de protección, pues es un hecho cierto que quien, dentro de las oportunidades procesales fijadas por la ley ejerce sus derechos, no se verá expuesto a perderlos por la ocurrencia del fenómeno indicado”.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 14 de febrero de 2002, Rad.: 13.622, C.P. María Elena Giraldo Gómez; Sentencia del 19 de julio de 2017, Rad.: 49.898; Sentencia del 23 de octubre de 2017, Rad.: 48.130; Sentencia del 10 de noviembre de 2017, Rad.: 49.206; Sentencia del 23 de noviembre de 2017, Rad.: 54.716.

¹⁹ Fl. 28 a 77, C.1.

²⁰ Fl. 326, C.2.

de junio de 2007, es decir, dentro del término de caducidad previsto en el numeral 8 del artículo 136 del C.C.A

4. Legitimación en la causa

4.1. Carlos Hemel Hernández, Gerson Guillermo Laguado Hernández y Mariela Hernández Villamizar, son las personas sobre las que recae el interés jurídico que se debate en este proceso y están legitimados en la causa por activa, ya que el primero es el sujeto pasivo del proceso penal y los demás conforman su núcleo familiar.²¹

4.2. La Nación - Departamento Administrativo de Seguridad DAS (mediante auto del 5 de julio de 2016²² se ordenó reconocer como sucesor procesal del DAS a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado) y Fiscalía General de la Nación, están legitimados en la causa por pasiva, pues fueron las entidades que capturaran e impusieran la medida de aseguramiento, así como profirieran resolución de acusación en contra de Carlos Hemel Hernández, respectivamente.

5. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si la medida de aseguramiento ordenada por la Fiscalía General de la Nación en contra del demandante, cumplió o no con los requisitos constitucionales y legales para su procedencia y, en caso de ser afirmativa la respuesta, establecer si el daño alegado, en este caso la privación de la libertad, tiene el carácter de antijurídico.

6. Solución del problema jurídico

Antes de resolver el problema jurídico es menester hacer unas consideraciones generales sobre la responsabilidad del Estado y el régimen de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad.

6.1. Consideraciones generales sobre la responsabilidad del Estado

²¹ Fl. 23 y 24, C.1. Reposan los respectivos registros civiles de nacimiento que dan cuenta que Carlos Hemel Hernández y Gerson Guillermo Laguado Hernández son hermanos. A folios 108 – 116 reposan los testimonios de Aura María Álvarez de Araque, Margarita María Gómez de Gelvez, Miriam del Carmen Pineda Pineda y Carmen Cecilia Niño, que dan cuenta que Mariel Hernández Villamizar es madre de crianza de Carlos Hemel Hernández.

²² Fl. 342 a 348, C.Ppal.

El artículo 90 de la Constitución Política de 1991²³ consagró dos condiciones para declarar la responsabilidad extracontractual del Estado: i) la existencia de un daño antijurídico y ii) la imputación de éste al Estado.

El daño antijurídico es la lesión injustificada a un interés protegido por el ordenamiento. En otras palabras, es toda afectación que no está amparada por la ley o el derecho²⁴, que contraría el orden legal²⁵ o que está desprovista de una causa que la justifique²⁶, resultando que se produce sin derecho al contrastar con las normas del ordenamiento y, contra derecho, al lesionar una situación reconocida o protegida²⁷, violando de manera directa el principio *alterum non laedere*, en tanto resulta violatorio del ordenamiento jurídico dañar a otro sin repararlo por el desvalor patrimonial que sufre, de donde la antijuridicidad del daño deviene del necesario juicio de menosprecio del resultado y no de la acción que lo causa.

La imputación no es otra cosa que la atribución fáctica y jurídica que del daño antijurídico se hace al Estado, de acuerdo con los criterios que se elaboren para ello, como por ejemplo la falla del servicio, el daño especial, la concreción de un riesgo excepcional, o cualquiera otro que permita hacer la atribución en el caso concreto²⁸.

Es decir, verificada la ocurrencia de un daño antijurídico y su imputación al Estado, surge el deber de indemnizarlo plenamente, resarcimiento que debe ser proporcional al daño sufrido.

6.2. Régimen de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad

²³ "Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste".

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 2 de marzo de 2000. Rad.: 11945

²⁵ Cfr. De Cupis. Adriano. Teoría General de la Responsabilidad. Traducido por Ángel Martínez Sarrión. 2ª ed. Barcelona: Bosch Casa Editorial S.A.1975. Pág.90.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 11 de noviembre de 1999, Rad.: 11499; Sentencia del 27 de enero de 2000, Rad.: 10867

²⁷ Cosso. Benedetta. Responsabilità della Pubblica Amministrazione, en obra colectiva Responsabilità Civile, a cargo de Pasquale Fava. Pág. 2407, Giuffrè Editore, 2009, Milán, Italia.

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, subsección C, sentencia de 18 de mayo de 2017, rad.: 36.386, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

En desarrollo del artículo 90 constitucional, el legislador instituyó la responsabilidad del Estado por la actuación o funcionamiento de sus órganos jurisdiccionales o de sus funcionarios mediante la Ley 270 de 1996, regulación que en su artículo 65 dispuso lo siguiente:

“ARTÍCULO 65. DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales.

La mencionada normatividad estableció que el Estado sería patrimonialmente responsable por razón o con ocasión de la actuación judicial en los siguientes eventos: i) defectuoso funcionamiento de la administración de justicia; ii) error jurisdiccional y iii) privación injusta de la libertad²⁹.

En cuanto a esta última, esto es, la responsabilidad por los daños antijurídicos derivados de la privación injusta de la libertad de las personas, el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, consagró que:

“ARTICULO 68. PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios”

Con relación al modelo de responsabilidad aplicable a los casos de privación injusta de la libertad, la Constitución de 1991 no privilegió ningún título de imputación en particular, por lo que en aplicación del principio *iura novit curia*³⁰, dejó en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, el régimen aplicable y la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas, que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Como corolario de lo anterior, los títulos de imputación aplicables por el juez deben guardar sintonía con la realidad probatoria que se presenta en el caso concreto, de manera que la solución que se ofrezca consulte realmente los principios constitucionales que rigen la responsabilidad extracontractual del Estado y atienda a los fines y deberes de este.

Es así como en la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018 exp. 46947³¹, la Sala Plena de la Sección Tercera modificó su jurisprudencia con relación al

²⁹ Cfr. Artículo 65. Ley 270 de 1996.

³⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Sentencia del 15 de agosto de 2018. Radicado: 46947.

³¹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 15 de agosto de 2018, Rad: 66001-23-31-

régimen de responsabilidad que venía siendo aplicado de tiempo atrás en los casos en los cuales se reclamaba la reparación de daños irrogados en razón de la privación preventiva de la libertad de una persona a la que posteriormente se le revocaba dicha medida al encontrarse en el juicio penal (i) que el detenido no cometió el delito que se le pretendía atribuir, (ii) que el hecho por el cual estaba siendo juzgado no existió, (iii) que la conducta por la cual se lo juzgaba no estaba tipificada como delito o por (iv) haber sido el sindicado beneficiado con el sobreseimiento en la investigación penal seguida en su contra en virtud del principio in dubio pro reo o, (v) en otros eventos en los cuales el detenido culminó sin condena, casos que implicaban la responsabilidad del Estado sin que fuera necesario hacer amplios análisis jurídicos, pues en la práctica bastaba con establecer la materialización de la privación de la libertad y que ente había dictado la medida para atribuir responsabilidad a la Administración, en un régimen bajo el cual la única manera de evitar la condena del ente estatal era hallar configurada alguna de las causales eximentes de responsabilidad, particularmente el hecho de la propia víctima objeto de la medida, para romper la necesaria imputación del daño al Estado.

En la sentencia de unificación referida se precisó:

“En ese sentido, la Sala considera pertinente apartarse de la tesis jurisprudencial que hasta ahora ha sostenido en torno al tema, máxime que al amparo de ella no sólo se vienen produciendo condenas cuando el hecho no existió, o no constituyó delito, o la persona privada de la libertad no lo cometió, sino que también se ha condenado en todos los demás eventos en los que se dispuso la detención preventiva, pero el proceso penal no culminó con una condena, exceptuando, eso sí, los casos en los que se ha observado que el daño alegado fue causado por el obrar doloso o gravemente culposo de la propia víctima.

En otras palabras, bajo la óptica de la actual posición jurisprudencial, basta que haya una privación de la libertad y que el proceso penal no culmine en condena, cualquiera que sea la razón, para que quien la sufre se haga merecedor de recibir una indemnización, así la medida de aseguramiento de la que fue objeto se haya ajustado a derecho y a pesar, incluso, de las previsiones de los artículos 90 de la Constitución Política, 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 68 de la Ley 270 de 1996, esto es, sin importar que el daño producto de ella (la privación de la libertad) sea antijurídico o no (se parte de la base de que ella es per se antijurídica) y casi que sin reparar en si fue la conducta del investigado la que llevó a su imposición. [...]

*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 sindicato 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.” (Resaltado fuera del texto)³²

Así fue como se cambió la postura jurisprudencial que en términos generales favorecía una responsabilidad de tinte marcadamente objetivo y buscaba fundamentalmente proteger el derecho ambulatorio de las personas, así como restablecer el desvalor patrimonial sufrido por quien fue objeto de la restricción de su libertad cuando el sindicato recobrara el pleno goce de su derecho en virtud de alguno de los cuatro supuestos mencionados previamente y en el cual se partía de considerar que la antijuridicidad del daño estaba de antemano presente en tales eventos, simplificando con ello el análisis de los elementos estructurales de la responsabilidad, pues en la práctica se exigía verificar únicamente la existencia del daño o de la privación material de la libertad, haciendo innecesario establecer si dicha afectación contrariaba en efecto al ordenamiento jurídico o si se produjo al margen del derecho, para ajustarse a una concepción de asignación de esta responsabilidad más acorde con los postulados del artículo 90 de la Constitución Política, que ahora exige verificar, no solo la existencia del daño mismo, bajo su condición de elemento estructural de la responsabilidad extracontractual y de su antijuridicidad como condición de aquel y como presupuesto de la responsabilidad, que de suyo implica consultar el apego al ordenamiento jurídico de la orden de detención o privación, así como de la conducta de quien padece el daño en carne propia, para luego acreditar, si ello llega a hacerse necesario, los demás

³² *Ibidem.*

elementos de la responsabilidad, sin que de antemano, en tal juicio, deba privilegiarse alguno de los títulos de atribución en particular, que lo escogerá el juez en cada caso dependiendo de las particularidades del proceso en concreto.

En otras palabras, en cuanto al necesario examen de la antijuridicidad del daño que se discute en el juicio de responsabilidad por una privación injusta de la libertad, se exige verificar si la orden de detención y las condiciones bajo las cuales esta se llevó a cabo, se apegaron a los cánones legales y constitucionales o no, e igualmente si el término de duración de la medida de restricción fue excesivo, así como si resultaba necesaria, razonable y proporcional³³, de donde, si la detención se realizó de conformidad con el ordenamiento jurídico, se entenderá que el daño carece de antijuridicidad y por lo tanto quien lo sufrió no tendrá derecho a que se le indemnicen los perjuicios por su padecimiento. Tenemos entonces que, cuando el operador jurídico o el ente acusador levanta la medida restrictiva de la libertad que pesaba sobre una persona, independientemente de la causa de dicha decisión, resulta necesario realizar el análisis pertinente bajo la óptica del artículo 90 Superior, con el fin de identificar la antijuridicidad del daño que se discute.

Así pues, el primer examen debe hacerse sobre la medida cautelar misma, pues su apego a la normatividad implica la juridicidad de la afectación, que tiene un efecto definitorio de la solución jurídica que se otorgue a la demanda en la medida en que en el régimen colombiano de responsabilidad del Estado, este responde únicamente por los daños antijurídicos que cause en desarrollo del principio *alterum non laedere* pero no de aquellos que hallan amparo en el ordenamiento jurídico. Deberá establecerse si el detenido causalmente contribuyó y determinó con su actuar doloso o gravemente culposo la detención, para estimar si debe asumir las consecuencias de su actuación que pudo sentar las bases para que se adoptara la medida restrictiva de su libertad.

La concepción actual de esta fuente de responsabilidad, si bien encuentra amplia aplicación y desarrollo en la falla del servicio que requiere el estudio de la adecuada actuación del Estado a la hora de dictar la orden de detención contra una persona y por tanto el apego de dicha medida al ordenamiento jurídico, no excluye la posibilidad de estudiar la responsabilidad derivada de la restricción a la libertad de las personas bajo alguno de los otros títulos de atribución como ocurre

³³ Corte Constitucional. Sentencia SU-072 de 2018.

con el daño especial, en eventos en los cuales el sindicato sufre injustificada e inmerecidamente los rigores de la medida adoptada en debida forma por el órgano competente, pero, en tales casos, ello resulta de aplicación residual frente a la falla del servicio y puede presentarse en situaciones en las cuales el mismo reo no dio pie a la adopción de la medida dictada en su contra, donde la actuación del Estado se ajustó al ordenamiento jurídico, pero se causó un desequilibrio de las cargas públicas respecto del administrado.

6.3. El caso concreto

En el presente caso Carlos Hemel Hernández y su familia, pretenden que se declare patrimonialmente responsable a La Nación – Fiscalía General de la Nación – DAS, por los perjuicios ocasionados con la privación injusta de la libertad que sufrió el primero de ellos.

Bajo esta óptica la Sala establecerá cuáles son los hechos probados, para posteriormente analizar si los elementos que estructuran la responsabilidad del Estado se encuentran acreditados.

6.3.1. Hechos Probados

Está probado que mediante auto del 5 de mayo de 2003 la Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializados de Cúcuta ordenó, con base en el oficio No. 050/DAS del 30 de abril de la misma anualidad, la interceptación de un abonado telefónico y abrir investigación previa contra desconocidos por el presunto delito de narcotráfico, tal como consta en la copia de dicho proveído³⁴.

Está acreditado, que mediante informes Nos. 002308 de 10 de octubre de 2003 y 003774 de 15 de diciembre de 2003, suscritos por Diego Fernando González en calidad de detective del DAS, se dio a conocer a la Fiscal Delegada los informes y análisis de las llamadas interceptadas en el abonado telefónico No. 5716372 que correspondía a un establecimiento donde operaba una compra y venta de divisas, de las que se podía establecer que varios sujetos desconocidos realizaban movimientos de fuertes cantidades de dinero en moneda extranjera que ingresaban al país de forma clandestina, tal como consta en las copias de dichos

³⁴ Fl. 2, C. 5.

informes³⁵.

Está demostrado que el **4 de marzo de 2004** fue capturado³⁶ por agentes del DAS el señor Carlos Hemel Hernández al encontrársele en el vehículo en el cual se desplazaba la suma de \$300.040.000.oo que no pudo justificar. En efecto, el informe No. 1556 de 5 de marzo de 2004, por medio del cual se dejó a disposición de la Fiscalía, indica:

“(...) Como resultado del monitoreo del abonado telefónico No. 5716372 autorizado por ese Despacho dentro del radicado 747; el cual según la (sic) comunicaciones interceptadas daban cuenta de la posibilidad del movimiento de una alta suma de dinero que pretendía movilizar un sujeto que se hacía llamar “CARLOS” el día 04 de marzo de los corrientes nos trasladamos a realizar vigilancia al inmueble ubicado en la calle 10 No. 2-32 barrio San Luis donde evidentemente arribó un vehículo marca FORD GRANADA SAS 491 (...) conducido por “ARMANDO” e ingresó a la urbanización; posteriormente siendo las 19:30 aproximadamente salió un señor canoso de avanzada edad con una maleta grande negra actuando de manera sigilosa; ingresando al vehículo en actitud sospechosa abordaron, seguidamente procedimos a realizar el seguimiento (...) donde previa identificación como funcionarios de policía judicial del DAS se interceptó el vehículo y se adelantó la requisita; encontrando en el baúl del vehículo la maleta negra; al verificar el interior se encontró oculta dentro de la ropa diversos fajos de billetes de diferente denominación; al preguntarle a “CARLOS y ARMANDO” por la procedencia de dicho dinero quienes manifestaron no poder justificar la tenencia del mismo, por lo cual se les comunicó que iban a ser llevados para la seccional a realizar los trámites de ley.”³⁷

Está acreditado que mediante proveído del 8 de marzo de 2004 la Fiscalía Segunda Especializada ordenó, con base en el anterior informe, abrir instrucción en contra de Carlos Hemel Hernández y otro por los delitos de concierto para delinquir y lavado de activos, tal como consta en la copia de dicho proveído³⁸.

Se probó que mediante auto del **16 de marzo de 2004** la Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializados resolvió la situación jurídica de Carlos Hemel Hernández, decretando en su contra orden de detención preventiva por los delitos de lavado de activos y concierto para delinquir³⁹.

Está acreditado que el **25 de febrero de 2005** la Fiscalía Sexta Especializada de

³⁵ Fl. 62 a 82 y 92 a 183, C. 5.

³⁶ Fl. 45, C. 7.

³⁷ Fl. 42 y 45, C. 7.

³⁸ Fl. 121 a 124, C. 7.

³⁹ Fl. 117 a 133, C. 8.

Cúcuta profirió resolución de acusación, entre otras personas, en contra de Carlos Hemel Hernández por los delitos de lavado de activos y concierto para delinquir. En efecto se indicó en dicha resolución:

“En cuanto a la responsabilidad que cabe a CARLOS EMEL (SIC) HERNÁNDEZ no basta ni es suficiente prueba la documentación que reseña la existencia y representación de sus empresas de origen venezolano conocidas como LAGUADO IMPORT EXPORT C.A. y QUINTANA IMPORT EXPORT C.A. para desvirtuar la contundencia de los diálogos y de los indicios que en su contra surgen, Veamos por qué:

Para esta Delegada el estudio realizado por el perito del D.A.S. solo indica que el grueso de los valores incorporados en los libros de contabilidad corresponden probablemente al ítem de ventas, sin embargo hasta este momento el despacho no cuenta con los comprobantes que efectivamente así nos lo indiquen y le den un respaldo definitivo a cada operación y registro contable, solo se allegaron –y en eso si se tuvo cuidado- algunos de los que acreditan el funcionamiento de las empresas tales como lo es la nómina de las mismas y otros gastos pero distintos a operaciones de venta.

Observamos igualmente que en las actas de constitución aparece como uno de los socios el nombre de CARLOS EMEL LAGUADO HERNANDEZ persona que se identifica allí con la cedula de identidad venezolana numero V.3.621.442, cuya fecha de nacimiento corresponde a 11 de enero de 1.951, identidad, nombre y fecha de nacimiento que no se corresponden con los datos consignados en la indagatoria por el procesado CARLOS EMEL HERNANDEZ, quien ante la Fiscalía se identificó con la c.c. No. 13.235.872 de Cúcuta, nacido en Cúcuta el 11 de enero de 1.950 (...). Por tanto si se trata de la misma persona, nos preguntamos cual fue la razón para que ostente una identidad totalmente distinta en el vecino país, cual la razón para ocultar su verdadera filiación o identidad (...).

Además observamos que si se trata de la misma persona, los libros contables de sus empresas con los cuales pretende acreditar su inocencia, la licitud del dinero que transportaba solo se inscribieron en el registro mercantil venezolano el 26 de marzo de 2.004, es decir veinte días después de su flagrante captura, por tanto difícilmente podemos aceptarlos como ciertos (...).

(...)

Es el propio Carlos Emel (sic) Hernández quien en su propia injurada adujo dedicarse a llevar a Venezuela víveres y productos agrícolas y perecederos, confecciones en cuero y otros, significando con ello que es exportador de estos productos y era propietario de dos empresas (...). Pero si esto es cierto por qué aquí en nuestro país no aparece inscrito como tal, como entonces podría haber llevado a cabo esas exportaciones hacía Venezuela si debía cumplir con los trámites propios y necesarios para inscribirse ante el INCOMEX, la Dian, abrir cuentas, etc., y luego reportar sus operaciones a la Dian. Y esto se acredita dentro del informativo mediante las certificaciones expedidas por la CAMARA DE COMERCIO DE CUCUTA, OFICINA DE ADUANA

*LOCAL Y DIAN a través de las cuales se conoce que su nombre ni el de las empresas LAGUADO IMPORT EXPORT y QUINTANA IMPORT EXPORT C.A., aparecen dentro de la relación de EXPORTADORES, tampoco en la lista de SALIDA DE DIVISAS que suministró la Dian aparece registrado y similar pronunciamiento hizo el BANCO CAFETERO en su respuesta al perito del D.A.S., desvirtuándose así su coartada de que el dinero incautado era el producto de sus operaciones mercantiles, surgiendo en cambio indicios de mala justificación en su contra.*⁴⁰

Se encuentra probado que mediante Resolución del **18 de julio de 2005** proferida por la Fiscalía 004 Delegada en sede de apelación, se resolvió revocar el proveído de 25 de febrero de 2005 y en su lugar se ordenó precluir la investigación seguida en contra de Carlos Hemel Hernández, con fundamento en los siguientes argumentos:

“(…)

Lo anteriormente expuesto, para reconocer que no existe en el paginario (sic) prueba que demuestre que el origen de los dineros con los que se realiza las operaciones cambiarias proceden de un delito o de varios delitos de aquellos que repetimos es la exigencia sustancial del tipo penal de lavado de activos, y es aquí donde se ha incurrido en una errada apreciación jurídico probatoria por parte de la instancia, pues si bien, como lo reconocen los defensores, se dieron los indicios para imponer la medida de aseguramiento, en el decurso de la investigación se logró demostrar que los contenidos de las conversaciones telefónicas tenían un fundamento probatorio en gestiones comerciales sobre ejercicios operacionales, permitidos legalmente (...).

(…)

Es decir, que si la prueba pericial y documental anterior fue aceptada para los dos procesados, quienes gozan del beneficio de la preclusión, igual comprobación debe reconocerse para los demás vinculados, pues ni unas ni otras han sido controvertidas probatoriamente ni tachadas de falsas quedando incólume su valor probatorio dentro del proceso penal para todos los imputados.

Por último, de haberse demostrado que el dinero objeto material de las operaciones comerciales de los procesados tenía origen ilícito, tendría significado considerar los indicios graves de responsabilidad en el delito de LAVADO DE ACTIVOS, que es lo que constituye el elemento subjetivo del tipo penal (en sede de tipicidad), pero como efectivamente ha quedado establecido que hay ausencia de uno de los elementos estructurales que describen el injusto penal (en sede de objetividad) atendiendo la actual dogmática penal, no se hace necesario adentrarnos en más consideraciones para aceptar que la conducta que se endilga a los sindicados es ATÍPICA, razón por la cual, se procederá a su revocatoria, y por ende a la PRECLUSIÓN DE LA INSTRUCCIÓN, y a disponer la

⁴⁰ Fl. 68 a 104, C. 2.

*LIBERTAD INMEDIATA de los procesados.*⁴¹

Asimismo, mediante oficio del 17 de julio de 2006 el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, certificó “...el señor **CARLOS HEMEL HERNANDEZ**, identificado con la cédula de ciudadanía N° 13.235.872 expedida en Cúcuta, ingresó a este Establecimiento el 29 de marzo de 2004, Fiscalía 6 Especializada sindicado por el delito concierto para delinquir y lavado de activos y salió en libertad el 19 de julio de 2005...”⁴²

6.3.2. Análisis de los elementos de la responsabilidad del Estado

En el case *sub examine* se tiene que **el daño** que se reclama consiste en la privación de la libertad de Carlos Hemel Hernández, la cual es calificada como injusta por los demandantes.

De los elementos materiales probatorios está acreditado entonces: **i)** que el **4 de marzo de 2004** fue capturado por agentes del DAS el señor Carlos Hemel Hernández al encontrarse en el vehículo en el cual se desplazaba la suma de \$300.040.000.00 que no pudo justificar; **ii)** que mediante auto del **16 de marzo de 2004** la Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializados, resolvió la situación jurídica de Carlos Hemel Hernández decretando en su contra detención preventiva por los delitos de lavado de activos y concierto para delinquir; **iii)** que el **25 de febrero de 2005** la Fiscalía Sexta Especializada de Cúcuta profirió resolución de acusación, entre otras personas, en contra de Carlos Hemel Hernández; **iv)** que mediante Resolución del **18 de julio de 2005** proferida por la Fiscalía 004 Delegada, se resolvió revocar el proveído de 25 de febrero de 2005 y en su lugar se ordenó precluir la investigación seguida en contra de Carlos Hemel Hernández y otros; **v)** que el Carlos Hemel Hernández estuvo privado de la libertad desde el 4 de marzo de 2004 hasta el 19 de julio de 2005.

Ahora bien, el artículo 356 de la Ley 600 de 2000, vigente para la época de los hechos, dispone que “*solamente se tendrá como medida de aseguramiento para los imputables la detención preventiva. Se impondrá cuando aparezcan por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso*”.

⁴¹ Fl. 200 a 249, C. 2.

⁴² Fl. 26, C. 1.

A su turno, el artículo 357 *ibídem* señala que la medida de aseguramiento es procedente, entre otros, cuando el delito tenga prevista pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de cuatro (4) años.

Bajo el anterior contexto normativo se observa que la medida de aseguramiento impuesta mediante resolución del 16 de marzo de 2004, proferida por la Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializados de Cúcuta, cumplió con los requisitos previstos en el artículo 356 de la Ley 600 de 2000, pues se fundamentó en más de dos indicios graves de responsabilidad inferidos de elementos probatorios legalmente allegados al proceso, esto es, las múltiples interceptaciones telefónicas obtenidas por el ente investigador durante la fase investigativa y de recolección de pruebas, la captura en flagrancia de Carlos Hemel Hernández cuando transportaba \$300.040.000,00 en efectivo sin brindarle a los agentes del DAS en ese momento justificación alguna sobre la procedencia y destino de dichos dineros, y, el hecho que de la misma injurada del sindicato se pudo establecer que el dinero que transportaba no estaba declarado a través de los formatos correspondientes que reglamenta la ley ni tampoco estaba registrado en el incomex para justificar operaciones de comercio exterior así como la manipulación de importante cantidad de divisas, sumado al hecho de que la identificación venezolana no coincidía con la presentada a las autoridades colombianas al momento de ser requerido lo que condujo a las autoridades que optaron por su detención a estimar que posiblemente era infractor de la Ley penal. En efecto, esta resolución dice:

(...)

La prueba a nuestro juicio, permite construir inicialmente, un indicio grave plenamente probado sobre el tipo de actividad desplegada por varios de los sindicatos, en concreto, CARLOS HEMEL HERNANDEZ, RAMON ROBERTO ESPINOZA MARTINEZ (...), durante el período que cubrió el monitoreo e interceptación de los abonados, el cual revela la conexión que unía a estas personas en donde los dos primeros aparecen como las cabezas visibles del manejo de las operaciones y contactos y los dos restantes, intervinientes y ejecutores de estos en el movimiento físico y financiero de los recursos ilegales.

(...)

Se identifica así en el actuar de los sindicatos operaciones relacionadas con la producción y recolección de dinero en efectivo, consistente en la recepción física de sumas que al juzgar por la forma como afirman lo manejan, no cabe duda son consecuencia de actividades ilícitas; la colocación, fraccionamiento o transformación, develado en la recepción de grandes sumas de dinero en moneda extranjera manejadas a través de una

compleja operación financiera (...) y finalmente, la inversión, integración o goce de los capitales ya circulantes como dinero aparentemente legal.

En ese orden, resulta evidente para el Despacho que la captura producida el 4 de marzo del año en curso de CARLOS HEMEL HERNANDEZ (“CARLOS”) y CESAR ARMANDO NIETO GARCÍA (“ARMANDO”) fue producto de un acto final de ejecución de una de sus operaciones, que los sindicados, organizados, sin prever que estaban siendo oídos por las autoridades, revelaron (...).

Este hecho, corresponde inequívocamente a una captura en flagrancia al tenor de lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 345 del C.P.P. en la medida que ejecutaban un acto propio del tipo de conducta que se les imputa, es decir, el transporte de una fuerte suma de dinero cuyo origen y posesión no justificaban legalmente y que con el antecedente conocido, permitía fácilmente definir su origen ilegal y el intento de lograr su integración a la cadena comercial pues no en vano ya estaban convertidos en pesos.

(...)

CARLOS HEMEL HERNANDEZ quiere mostrarse como (sic) un simple comerciante en Venezuela que factura cuatro millones de pesos mensuales a través de dos empresas (...) que no tiene vínculos con ninguna de las empresas cuestionadas en autos, entre estas con “LEOPOLDO BOTERO” y que para el día del hecho estaba de manera legal llevando la suma de dinero producto de sus negocios en ese país, a donde unos parientes, no sabe cuáles, donde estaba más seguro, sumas que había traído desde San Cristóbal a donde la habían sido giradas a una cuenta del Banco Provincial, empero, sin poder explicar a que correspondía dicho monto, tipo de negocio o transacción que le daba origen y su destino final.

Fíjese que con las solas afirmaciones del sindicato se deja al descubierto lo oscuro de su actuar. Primero, siendo un comerciante fronterizo con empresas presuntamente legales constituidas en regiones fronterizas como San Antonio y San Cristóbal, en caso de actuar de buena fe, sabía que el ingreso al país de tan fuerte suma de dinero debe ser declarada a través del formato correspondiente que reglamenta la ley, pues es un instrumento que documentaliza y permite verificar la transparencia del capital ingresado, más aún, cuando pregona ser una persona que viaja frecuentemente entre los dos países.

(...)

Por eso no resulta nada extraño que CARLOS HEMEL HERNANDEZ y RAMÓN ROBERTO ESPINOZA MARTINEZ, desarmados ante la contundencia del contenido de las múltiples conversaciones telefónicas que les fueron interceptadas, no posean más argumento que insinuar que se trataba de operaciones o transacciones que nunca se concretaban, cuando de las mismas se extraen en forma expresa las actividades y nexos que los congregaban a ellos y otras personas más.”⁴³

En refuerzo de lo anterior, no puede pasar por alto la Sala que al momento de proferirse la resolución de preclusión de la investigación, el mismo ente acusador

⁴³ Fl. 117 a 133, C. 8.

sostuvo:

“(…)

Lo anteriormente expuesto, para reconocer que no existe en el paginario (sic) prueba que demuestre que el origen de los dineros con los que se realiza las operaciones cambiarias proceden de un delito o de varios delitos de aquellos que repetimos es la exigencia sustancial del tipo penal de lavado de activos, y es aquí donde se ha incurrido en una errada apreciación jurídico probatoria por parte de la instancia, pues si bien, como lo reconocen los defensores, se dieron los indicios para imponer la medida de aseguramiento, en el decurso de la investigación se logró demostrar que los contenidos de las conversaciones telefónicas tenían un fundamento probatorio en gestiones comerciales sobre ejercicios operacionales, permitidos legalmente(…)”.⁴⁴ (Se subraya)

De todo lo anterior, se advierte que la medida de aseguramiento cumplió con los requisitos previstos en el artículo 357 de la Ley 600 de 2000, comoquiera que los delitos por los que se investigaba al aquí demandante tenían prevista una pena de prisión que excedía de cuatro (4) años. De hecho, en el proveído en el que se impuso la medida de aseguramiento, el Fiscal realizó la siguiente calificación jurídica: “...se les imputa la comisión en concurso de los delitos descritos en el Libro Segundo, Títulos X y XII, Capítulos V y I, artículos 323 y 340 del Código Penal modificados por el artículo 8 de la Ley 733 de 2002, denominados LAVADO DE ACTIVOS y CONCIERTO PARA DELINQUIR. El primero, sancionado con prisión de seis a quince años (...). El segundo, con prisión de tres a seis años de conformidad a su inciso 1º (...).”⁴⁵

En vista de lo expuesto, se observa que la privación de la libertad de Carlos Hemel Hernández no fue injusta, puesto que la medida de aseguramiento cumplió con los requisitos fijados en los artículos 356 y 357 de la Ley 600 de 2000, así como que fue necesaria, proporcional y razonable⁴⁶, tal y como se desprende de los indicios y demás elementos de prueba obrantes en el expediente, debido a la gravedad de los delitos por los cuales estaba siendo acusado, que no solo permitía sino que además aconsejaba la medida restrictiva de la libertad.

En otras palabras, la Sala evidencia que el daño alegado no tiene el carácter de antijurídico, por haberse derivado de una actuación de la Administración ajustada a derecho, frente a la cual Carlos Hemel Hernández no puede pretender indemnización de perjuicios. En efecto, la medida resultaba necesaria para

⁴⁴ Fl. 200 a 249, C. 2.

⁴⁵ Fl. 119. C 8.

⁴⁶ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU072 de 2018.

garantizar la presencia del sindicado en el proceso penal que se le seguía en su contra, proporcional por cuanto el delito de lavado de activos implica, una pena privativa de la libertad de al menos seis (6) años de prisión intramural, y, razonable de cara a la gravedad de la conducta y circunstancias bajo las cuales fue detenido.

En consecuencia, la Sala revocará la sentencia del 16 noviembre de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, al constatar que el daño alegado no tiene el carácter de antijurídico y, en tal virtud, no es susceptible de ser indemnizado.

7. Condena en costas

No hay lugar a la imposición de costas, debido a que no se evidencia una actuación temeraria de alguna de las partes, condición exigida por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para ésta proceda.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 16 noviembre de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

TERCERO: SIN COSTAS.

CUARTO: En firme esta providencia **ENVÍESE** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Magistrado

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado
Aclaración de voto Cfr.Rad.36146-15#1, Rad.46947-18#2

NICOLÁS YEPES CORRALES
Magistrado

EMO