

PRUEBAS - Prueba trasladada / PRUEBA TRASLADADA - Valor probatorio. Valoración / PROCESO PENAL - Allegado al proceso contencioso administrativo. Valoración / PRUEBA DOCUMENTAL - Valor probatorio. Reiteración jurisprudencial / PRINCIPIO DE LA BUENA FE - Aplicación / DEBER DE LEALTAD PROCESAL - Aplicación

El expediente fue enviado a esta Corporación con el anexo que contiene el proceso penal y aún cuando obra en copia simple sin que exista el oficio remisorio del mismo, se tiene que, de conformidad con los lineamientos jurisprudenciales recientes, se reconocerá valor probatorio a la prueba documental, pues ha obrado en el proceso desde que fue decretada en el auto que abrió el período probatorio, surtiéndose así el principio de contradicción. En efecto, los lineamientos procesales modernos tienden a valorar la conducta de los sujetos procesales en aras de ponderar su actitud y, de manera especial, la buena fe y lealtad con que se obra a lo largo de las diferentes etapas que integran el procedimiento judicial. En el caso sub examine, por ejemplo, la parte demandada pudo controvertir y tachar la prueba documental, es más, los motivos de inconformidad que motivaron la apelación de las demandadas, no se relacionan con el grado de validez de las pruebas que obran en el proceso sino con aspectos sustanciales de fondo que tienen que ver con la imputación del daño. Por lo tanto, la Sala en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal reconocerá valor probatorio a la prueba documental que ha obrado a lo largo del proceso y que, surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su veracidad por las entidades demandadas.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la prueba documental y su valor probatorio, consultar sentencia del 7 de marzo de 2011, expediente número 20171, Consejero ponente doctor Enrique Gil Botero

DAÑO ANTIJURIDICO - Privación de la libertad / DAÑO ANTIJURIDICO - Acreditación

Se tiene que el daño antijurídico se encuentra establecido, puesto que los señores Héctor José y Jesús Antonio Vélez Ospina, estuvieron privados de la libertad desde el 18 de noviembre de 1992, día en que se realizó la diligencia de allanamiento donde fueron capturados, hasta el 6 de enero de 1994, fecha en la que se ordenó revocar la medida de aseguramiento de detención preventiva. En ese orden de ideas, los actores padecieron una lesión o afectación a diversos bienes, derechos e intereses legítimos que no están en la obligación de soportar porque el ordenamiento jurídico no se los impone.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Privación injusta de la libertad / HECHO PUNIBLE - Inexistencia / PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Vigencia del Decreto Ley 2700 de 1991. Código de Procedimiento Penal / PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Régimen aplicable / RESPONSABILIDAD OBJETIVA - Supuestos del artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991

Está probado que el proceso penal adelantado se declaró terminado por preclusión, al considerar que el delito de conformación ilegal de grupos armados no se configuró, el de porte ilegal de munición no lo cometieron los sindicatos y en relación con la tenencia de material explosivo, no era constitutivo de hecho punible. Para la Sala es claro que el asunto sub examine, debe ser analizado desde la perspectiva del título de imputación objetivo, como quiera que el supuesto fáctico que se debate, se enmarca en las puntuales hipótesis que dan

lugar a resolver la controversia a partir de allí. En efecto, en el presente caso la privación de la libertad se produjo en vigencia del derogado decreto - ley 2700 de 1991 (C.P.P.), y al margen de la abrogación de esa codificación, es necesario aplicar las reglas contenidas en la misma para determinar si el régimen aplicable conforme al artículo 414 es objetivo o subjetivo, debido a que ese precepto contenía y regulaba la responsabilidad patrimonial del Estado. (...) En el asunto en estudio, no hay lugar a dudas, conforme al acervo probatorio, de que los sindicatos no cometieron el delito de porte ilegal de munición, el de conformación ilegal de grupos armados no existió y el de porte de material explosivo, no era constitutivo de hecho punible, de allí que, se configura como supuesto de responsabilidad, un típico caso de los establecidos en el artículo 414 del decreto - ley 2700 de 1991, lo que trae como consecuencia lógica la aplicación de un título de imputación de naturaleza objetivo.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 2700 DE 1991-ARTICULO 414

SINDICADOS - Porte ilegal de munición / SINDICADOS - Conformación ilegal de grupos armados / SINDICADOS - Porte material de explosivo / HECHO PUNIBLE - Inexistencia / ULTRACTIVIDAD DE LA LEY - Supuestos del artículo 414 Código de Procedimiento Penal. Decreto Ley 2700 de 1991 / APLICACION DE LOS SUPUESTOS DEL ARTICULO 414 DEL DECRETO LEY 2700 DE 1991 - Vigencia de la ley 270 de 1996 / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Principio Iura Novit Curia / REGIMEN DE RESPONSABILIDAD - Objetivo

En el asunto en estudio, no hay lugar a dudas, conforme al acervo probatorio, de que los sindicatos no cometieron el delito de porte ilegal de munición, el de conformación ilegal de grupos armados no existió y el de porte de material explosivo, no era constitutivo de hecho punible, de allí que, se configura como supuesto de responsabilidad, un típico caso de los establecidos en el artículo 414 del decreto - ley 2700 de 1991, lo que trae como consecuencia lógica la aplicación de un título de imputación de naturaleza objetivo. Es importante precisar que las hipótesis establecidas en el artículo 414 del C.P.P. de 1991 (decreto ley 2700), al margen de la derogatoria de la disposición, han continuado rigiéndose por una perspectiva objetiva de responsabilidad. En consecuencia, el régimen aplicable para definir si la privación de la libertad fue injusta en estos tres supuestos, es el objetivo, inclusive con posterioridad a la ley 270 de 1996, en los términos precisados por la jurisprudencia de la Corporación. En consecuencia, la Sala no avala una aplicación ultractiva del citado precepto legal (art. 414) que se encuentra derogado, sino de los supuestos que se regulaban de manera específica en el mismo. No quiere significar, entonces, que la Corporación esté modificando los efectos en el tiempo de una norma que se encuentra claramente abrogada. No obstante, en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, por ser una institución donde rige el principio iura novit curia, es posible que el juez adopte o acoja supuestos de responsabilidad objetiva o subjetiva, lo cual dependerá del fundamento en que se soporte la misma. Es decir, cuando se absuelve al sindicato o al procesado porque el hecho no existió, el investigado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, el régimen de responsabilidad es el objetivo y, por consiguiente, no será determinante a la hora de establecer la responsabilidad de la entidad demandada si actuó o no de manera diligente o cuidadosa. Lo anterior, lejos de suponer una aplicación ultractiva del derogado artículo 414 del decreto ley 2700 de 1991, implica el reconocimiento de que en esos supuestos resulta injustificado imponer al administrado la carga de acreditar que la administración pública incurrió en una falla del servicio. Por el contrario, la fuerza y contundencia de los motivos que generan la absolución en este tipo de

circunstancias (el hecho no existió, el sindicato no lo cometió o el hecho no constituía conducta punible), refuerza la idea de que bajo esas premisas impera un esquema objetivo de responsabilidad en el que la autoridad judicial que impuso la medida de aseguramiento no puede exonerarse del deber de reparar con la acreditación de que su comportamiento fue diligente o cuidadoso.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 2700 DE 1991 - ARTICULO 414

NOTA DE RELATORIA: Sobre el régimen aplicable por privación injusta de la libertad, en relación con los tres supuestos del artículo 414 de Código de Procedimiento Penal, en vigencia de la ley 270 de 1996, consultar sentencia de diciembre 4 de 2006, expediente número 13168, Consejero Ponente doctor Mauricio Fajardo Gómez

PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Preclusión de la investigación / PRECLUSION DE LA INVESTIGACION - A favor de los sindicatos / PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Código de Procedimiento Penal de 1991 artículo 414 / FISCALIA GENERAL DE LA NACION - Restricción de la libertad. Injustificada

Si bien es cierto que en un Estado Social de Derecho los ciudadanos deben contribuir a la materialización de los objetivos trazados para la búsqueda de los fines comunes, y para ello es necesario, en algunos casos, que se tengan que someter a ciertas restricciones de derechos y garantías -entre ellas la libertad-, es claro que existen eventos concretos y determinadas circunstancias, que configuran la obligación objetiva de reparar los daños derivados de una privación considerada injusta. La preclusión de la investigación en favor de los señores Vélez Ospina, es suficiente y torna en inequívoca la aplicación de la consecuencia jurídica de la privación de la libertad, consagrada en el artículo 414 del C.P.P. de 1991, como quiera que frente a la materialización de esas hipótesis normativas, se debe calificar sin ambages la privación de la libertad como injusta. Ahora bien, en el escrito de apelación, la Fiscalía General de la Nación, consideró que la restricción a la libertad de los señores Vélez Ospina, fue justificada en razón a los elementos de juicio que obraban en el proceso penal, sin embargo, para la Sala esta afirmación es discutible, pues la vinculación de Héctor José y Jesús Antonio Vélez Ospina al proceso penal se fundamentó en un anónimo y en la declaración de un testigo con reserva de identidad que no permitieron establecer la culpabilidad de los sindicatos, de allí que, éstos no debieron soportar la carga de una privación de la libertad que a todas luces fue injusta.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 2700 DE 1991 - ARTICULO 414

NOTA DE RELATORIA: Sobre la reparación del daño derivado de una privación considerada injusta, consultar sentencia de 4 de diciembre de 2007, expediente número 15498, Consejero Ponente doctor Enrique Gil Botero

FISCALIA GENERAL DE LA NACION - Imputación del daño / RAMA JUDICIAL - Imputación del daño / REPRESENTACION DE LA NACION - Fiscalía General de la Nación y Rama Judicial. Responsabilidad patrimonial solidaria. Reiteración jurisprudencial

La Rama Judicial en el recurso de apelación indicó que, no le era imputable el daño en razón a que la investigación penal contra los señores Vélez Ospina no alcanzó la etapa de juzgamiento y por ello, la entidad responsable sería, exclusivamente, la Fiscalía General de la Nación, pues fueron sus actuaciones las

que generaron el daño. Al respecto, la Sala debe precisar que, en estos casos, la jurisprudencia ha reiterado en varias oportunidades, que el centro jurídico y genérico de imputación es la Nación cuya representación está en cabeza de la Fiscalía General de la Nación y de la Rama Judicial, por igual, de allí que, no es aceptable el argumento planteado, en atención a que las dos entidades la representan y sobre ellas recae el interés debatido en el proceso, razón suficiente para despachar de forma negativa la censura contenida en el citado recurso de apelación. En ese orden de ideas, no le asiste razón a las entidades demandadas, motivo por el que se confirmará su responsabilidad patrimonial solidaria por los hechos objeto del proceso.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la imputación del daño tanto a la Fiscalía General de la Nación como a la Rama Judicial y su responsabilidad solidaria, consultar sentencia de 4 de septiembre de 1997, expediente número 10285; sentencia de 10 de mayo de 2001, expediente número 12719 y sentencia de 26 de mayo de 2010, expediente número 18467

PERJUICIO MORAL - Indemnización / DAÑO - Mayor magnitud / LIQUIDACION DE PERJUICIOS - Perjuicio moral / PERJUICIO MORAL - Acreditación. Prueba / PERJUICIO MORAL - Privación injusta de la libertad / PRESUNCION DE DOLOR MORAL - Aplicación reglas de la experiencia

En relación con los perjuicios morales, la Sala aumentará la indemnización por este concepto, ya que conforme a los hechos de la demanda y las pruebas que obran en el proceso, es evidente que este daño se presentó en su mayor magnitud. Adicionalmente, se da por probado el perjuicio moral en los demás actores con ocasión del daño alegado en la demanda, por cuanto las reglas de la experiencia hacen presumir que el sufrimiento de un pariente cercano causa un profundo dolor y angustia en quienes conforman su núcleo familiar, en atención a las relaciones de cercanía, solidaridad y afecto, además de la importancia que dentro del desarrollo de la personalidad del individuo tiene la familia como núcleo básico de la sociedad.

PERJUICIO MORAL - Indemnización / PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Perjuicio moral / HERMANOS - Daño autónomo respecto de cada uno y de cada padre / PERJUICIO MORAL - Teoría de la unicidad del perjuicio moral / TEORIA DE LA UNICIDAD DEL PERJUICIO MORAL - Noción. Definición / SUPUESTO JURIDICO - Consecuencia jurídica / CONSECUENCIA JURIDICA - Causa fáctica y jurídica específica / LESION ANTIJURIDICA - Consecuencia jurídica / CARACTER INDEPENDIENTE Y AUTONOMO DEL PERJUICIO MORAL - Frente a cada lesión o daño antijurídico. Jurisprudencia Corte Suprema de Justicia / CARACTER INDEPENDIENTE Y AUTONOMO DEL PERJUICIO MORAL - Frente a cada lesión o daño antijurídico. Reiteración jurisprudencial

En el presente caso tanto Jesús Antonio Vélez Ospina como Héctor José Vélez Ospina fueron privados injustamente de la libertad configurándose así el daño antijurídico imputable a las demandadas, sin embargo, sólo uno de ellos es demandante en el proceso, Jesús Antonio, puesto que el otro, Héctor José, falleció el 10 de septiembre de 1994, dos años antes de la fecha de presentación de la demanda -13 de diciembre de 1996-. No obstante lo anterior, el daño sufrido por los injustamente detenidos es autónomo respecto de cada uno y de cada padre, por lo tanto, la Sala confirmará la decisión adoptada por el Tribunal en este sentido, en tanto que a cada padre se le puede indemnizar el perjuicio sufrido por cada hijo. Con la anterior situación, extraída de la experiencia, se pone de relieve

la debilidad de la teoría que defiende la unicidad del perjuicio moral en casos en que se producen con un solo hecho varias pérdidas (muertes) o lesiones de distintas personas de un mismo núcleo familiar. En efecto, habría que concluir que si el Estado, a través de cualquier fuerza armada, da muerte a dos hermanos el mismo día y en iguales circunstancias, el perjuicio moral de los padres sería uno solo y, por lo tanto, a lo sumo, el juez podría incrementar en un determinado porcentaje el quantum de la indemnización; por el contrario, si el daño no se presentara coetáneamente, es decir, primero falleciera un hermano, para luego darle muerte al segundo, en estos eventos, sí se reconocería el perjuicio moral de manera autónoma, porque el padecimiento de la pérdida de los dos seres queridos no se produjo en el mismo instante. (...). Desde el plano lógico-normativo, es importante destacar que cada supuesto jurídico produce una consecuencia jurídica, esto es, cada consecuencia jurídica, es el resultado de una causa fáctica y jurídica específica. En consecuencia, se impone afirmar que la lesión antijurídica a cada bien o interés, amerita que se aplique plenamente la consecuencia establecida por el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia para resarcir el mismo.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el carácter autónomo e independiente del perjuicio moral, consultar Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, sentencia de 13 de diciembre de 1943, Magistrado Ponente doctor Aníbal Cardozo Gaitán. Sobre la muerte de hermanos y la indemnización y pago de perjuicios ver sentencia del Consejo de Estado del 19 de abril de 2001, expediente número 11940

ARBITRIO JUDICIAL - La valoración del perjuicio moral debe ser hecha por el juzgador en cada caso según su prudente juicio / TASACION PERJUICIO MORAL - Pauta jurisprudencial. Se fija en salarios mínimos legales mensuales vigentes

Conforme a lo expresado en sentencia del seis de septiembre de 2001, esta Sala ha abandonado el criterio según el cual se consideraba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980, para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicio moral; ha precisado, por el contrario, que la valoración de dicho perjuicio debe ser hecha por el juzgador en cada caso según su prudente juicio, y ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado.

NOTA DE RELATORIA: Para establecer el monto de la indemnización se tendrá en cuenta la pauta jurisprudencial que ha venido sosteniendo la Corporación desde la sentencia de 6 de septiembre de 2001, expedientes números 13232 y 15646, Consejero Ponente doctor Alier Eduardo Hernández Enríquez, la entidad demandada pagará a favor de los demandantes las sumas de dinero, liquidadas en salarios mínimos legales mensuales vigentes.

PERJUICIO MATERIAL - Lucro cesante / PERJUICIO MATERIAL - Lucro cesante. Petición. Solicitud expresa en la demanda / PERJUICIO MATERIAL - Lucro cesante. Lectura integral de los hechos y pretensiones de la demanda

Si bien es cierto que de la lectura inicial de la demanda se podría afirmar que los actores se limitaron a solicitar indemnización por perjuicio moral y material en la modalidad de daño emergente, no se puede desconocer que en el numeral tercero del escrito se indicó que si no se llegaren a establecer las bases suficientes para efectuar la liquidación de los perjuicios, se deberían aplicar los artículos 4, 6 y 8 de

la ley 153 de 1887 y el artículo 107 del Código Penal vigente en ese entonces - decreto ley 100 de 1980-. (...) De lo anterior, se puede concluir que aún cuando no se solicitó una suma determinada por concepto de perjuicios materiales, de la lectura integral de los hechos y pretensiones de la demanda, es posible colegir que sí existió la petición de los demandantes en este sentido. De otro lado, una postura contraria, formal y exegética, significaría desconocer los poderes de interpretación de la demanda propios del juez, quien desde una perspectiva teleológica y sistemática del libelo demandatorio, puede con criterios de coherencia y racionalidad, relacionar el petitum, los hechos y los fundamentos de derecho del mismo, en el horizonte de asir la quintaesencia de quien acude ante la justicia, en materia de responsabilidad patrimonial.

NOTA DE RELATORIA: Consultar sentencia de 16 de julio de 1959, radicación número 19590716, Consejero Ponente doctor Carlos Gustavo Arrieta

NOTA DE RELATORIA: Con salvamento de voto del Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., veintidós (22) de junio de dos mil once (2011)

Radicación número: 05001-23-25-000-1996-02630-01(20713)

Actor: JESUS ANTONIO VELEZ OSPINA Y OTROS

Demandado: NACION-FISCALIA GENERAL DE LA NACION Y RAMA JUDICIAL-

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

Se deciden, los recursos de apelación interpuestos por las partes, contra la sentencia del 16 de febrero de 2001, proferida por la Sala Quinta de Decisión del Tribunal de Descongestión de Antioquia, Caldas y Chocó, en la que se resolvió lo siguiente:

“1. DECLÁRESE ADMINISTRATIVAMENTE RESPONSABLE A LA NACIÓN COLOMBIANA (FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN - RAMA JUDICIAL), por la privación injusta de la libertad de los hermanos JESÚS ANTONIO y HÉCTOR JOSÉ VÉLEZ OSPINA, en el periodo comprendido entre el 18 de noviembre de 1992 y el 6 de enero de 1994.

“2. En consecuencia, se condena a la **NACIÓN COLOMBIANA (FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN - RAMA JUDICIAL)**, a pagar los perjuicios morales y materiales de conformidad con lo establecido en la parte motiva de este proveído.

“3. Dése cumplimiento a lo preceptuado en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo. Sin costas.

“4. Sin costas.” (Mayúsculas y negrillas en original) (Fol. 214 y 215 cuad. ppal.).

I. ANTECEDENTES

1. En escrito presentado el 13 de diciembre de 1996, los señores Jesús Antonio Vélez Ospina, Jorge Enrique Vélez Hernández y Leny Ospina de Vélez, por intermedio de apoderado judicial, interpusieron demanda en ejercicio de la acción de reparación directa para que se declare patrimonialmente responsable a la Nación-Fiscalía General de la Nación-, de los perjuicios que les fueron causados con motivo de la privación injusta de la libertad de que fueron objeto el primero y su hermano fallecido, Héctor José Vélez Ospina, durante el período comprendido entre el 18 de noviembre de 1992 y el 6 de enero de 1994.

En consecuencia, solicitaron que se condenara a la entidad demandada a pagar por concepto de perjuicios morales, el valor equivalente a 2.000 gramos de oro para el afectado directo y 1.000 gramos de oro para los otros demandantes. A título de perjuicios materiales, en la modalidad de daño emergente, las sumas que fueron canceladas al abogado que los representó a lo largo del proceso penal, y los gastos derivados de la asistencia y alimentación que los padres de los sindicados tuvieron que brindarles durante su detención.

Como fundamento de sus pretensiones expusieron, que en la madrugada del 18 de noviembre de 1992, Jesús Antonio y Héctor José Vélez Ospina fueron capturados en su residencia ubicada en el barrio Villa Hermosa de la ciudad de Medellín, por miembros de la Sijin, al ser considerados como presuntos miembros de un grupo de sicarios al servicio del narcotráfico.

Por auto del 28 de noviembre de 1992, la Fiscalía Regional Delegada de Medellín, les impuso a los detenidos medida de aseguramiento consistente en la detención preventiva, sin beneficio de excarcelación, al considerarlos presuntos responsables de la violación del artículo 2º del Decreto 1194 de 1989 y los artículos 1º y 2º del Decreto 3664 de 1986, delitos denominados como conformación de grupos armados ilegales y porte ilegal de armas de uso privativo de las fuerzas armadas y de defensa personal.

El 10 de septiembre de 1993 se cerró la investigación y el 10 de diciembre siguiente se profirió la resolución de preclusión de la investigación por no encontrar los presupuestos para llamar a juicio, establecidos en el artículo 441 del Código de Procedimiento Penal, entonces vigente.

La anterior providencia fue confirmada por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional, el 16 de diciembre de 1994, fecha en la que obtuvieron la libertad los demandantes.

2. La demanda se admitió el 4 de marzo de 1997, y fue notificada en debida forma, a la parte demandada y al Ministerio Público.

3. La Fiscalía General de la Nación se opuso a las pretensiones, en atención a que era su obligación constitucional investigar lo favorable como lo desfavorable; además, al momento de decidir lo correspondiente a la situación jurídica de los sindicatos, existía un indicio grave en su contra.

4. En proveído del 19 de septiembre de 1997 se decretaron las pruebas y el 6 de abril de 1999 el *a quo* celebró audiencia de conciliación, la cual fracasó por no existir ánimo conciliatorio entre las partes.

5. El 4 de noviembre de 1999, el Tribunal puso en conocimiento de la parte demandada la nulidad por falta de representación, toda vez que la demanda debió notificarse al Director Ejecutivo de Administración Judicial como representante de la Nación-Rama Judicial.

6. La Rama Judicial fue notificada de la demanda y en la contestación señaló que no le era imputable el daño alegado, en razón a que fue la actuación de la Fiscalía General de la Nación en la etapa de instrucción la que supuestamente lo configuró.

7. El 10 de abril de 2000, el Tribunal declaró saneada la nulidad, y el 29 de junio de ese año, celebró nuevamente audiencia de conciliación, la cual fracasó por no existir ánimo conciliatorio entre las partes, de allí que, el *a quo* les corrió traslado, como también al Ministerio Público, para alegar de fondo y rendir concepto, en su orden.

La parte actora manifestó que del acervo probatorio allegado se demostró que los sindicatos fueron vinculados al proceso penal con fundamento en un anónimo y en un testigo con reserva de identidad que no tenían credibilidad y seriedad suficientes.

La Fiscalía General de la Nación señaló que la detención de los señores Vélez Ospina no fue arbitraria, ni injusta, como quiera que la providencia que les definió su situación jurídica fue legal y se realizó conforme el procedimiento establecido en la normativa penal correspondiente; agregó que, a los sindicatos se les garantizó el derecho de defensa y el debido proceso en el transcurso de la investigación penal.

La Rama Judicial insistió en que el proceso penal adelantado contra los señores Vélez Ospina finalizó antes de iniciarse la etapa de juzgamiento; por lo tanto, fueron las actuaciones de los delegados de la Fiscalía General de la Nación las que podrían configurar el daño alegado por los actores.

El Ministerio Público guardó silencio.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El Tribunal en sentencia del 16 de febrero de 2001, condenó a la entidad demandada, en consideración a que la preclusión de la investigación penal en favor de los señores Vélez Ospina por el delito de porte de cable detonante, se fundamentó en que era atípico, y en relación con el delito de porte de munición no lo cometieron los sindicatos, puesto que no se logró establecer quién conservaba la munición.

Adicionalmente, señaló que al imponer la medida de aseguramiento se presentó un error judicial evidente pues se valoraron las pruebas de manera equivocada y se aplicaron las normas erróneamente.

Respecto a los perjuicios solicitados, concedió morales, de la siguiente forma:

“Para JESÚS ANTONIO VÉLEZ OSPINA (detenido), la suma equivalente, en moneda nacional, a quinientos (500) gramos oro;
“Para JORGE ENRIQUE VÉLEZ HERNÁNDEZ (padre), la suma equivalente, en moneda nacional, a doscientos (200) gramos oro por su hijo JESÚS ANTONIO VÉLEZ OSPINA;
“Para JORGE ENRIQUE VÉLEZ HERNÁNDEZ (padre), la suma equivalente, en moneda nacional, a doscientos (200) gramos oro por su hijo HÉCTOR JOSÉ VÉLEZ OSPINA;
“Para LENY OSPINA DE VÉLEZ (madre), la suma equivalente, en moneda nacional, a doscientos (200) gramos oro por su hijo JESÚS ANTONIO VÉLEZ OSPINA;
“Para LENY OSPINA DE VÉLEZ (madre), la suma equivalente, en moneda nacional, a doscientos (200) gramos oro por su hijo HÉCTOR JOSÉ VÉLEZ OSPINA...” (Fol. 210 cuad. ppal.)

En relación con los perjuicios materiales, negó lo solicitado por daño emergente en atención a que no se allegaron las pruebas encaminadas a demostrar ese concepto, y concedió el lucro cesante, que aún cuando no fue solicitado en la demanda, lo estableció de los testimonios que declararon que los procesados eran comerciantes al momento de los hechos, al respecto el Tribunal indicó:

“En cuanto a los perjuicios materiales, lo único claro es que el señor JESÚS ANTONIO VÉLEZ OSPINA desempeñaba la actividad de comerciante en el momento de los hechos, al igual que su hermano, hoy fallecido, HÉCTOR JOSÉ VÉLEZ OSPINA y por tanto, la privación de la libertad les impidió seguir obteniendo los ingresos que percibían en razón de tal actividad. Sin embargo, no se demostró con certeza cuanto ganaban con su actividad, pues los deponentes no dicen nada al respecto. Por tanto, se liquidará el perjuicio con el salario mínimo mensual vigente al momento de los hechos y por el tiempo de detención. Se condenará a la entidad demandada, a pagar la suma de dinero resultante, la que se actualizará...”

“Así las cosas, la suma de dinero dejada de percibir por JESÚS ANTONIO VÉLEZ OSPINA, al igual que su hermano HÉCTOR JOSÉ VÉLEZ OSPINA (sic), es igual a UN MILLÓN OCHENTA Y OCHO MIL NUEVE PESOS M/L (\$1'088.009), la misma que será actualizada...”

“Igual suma de dinero, es decir \$2'714.229,5, fue la dejada de percibir por el hoy occiso HÉCTOR JOSÉ VÉLEZ OSPINA, en razón de que tanto su detención como su libertad, como ya se anotó, se produjeron el mismo día de su hermano JESÚS ANTONIO VÉLEZ OSPINA...” (Mayúscula en original) (Fol. 211 a 214 cuad. ppal.).

III. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA.

Las partes interpusieron y sustentaron los recursos de apelación contra la anterior providencia. La actora indicó que existía prueba suficiente para acreditar el daño

emergente solicitado, toda vez que dentro del expediente penal se observan las actuaciones adelantadas por el abogado que representó a los sindicatos, y si bien era cierto que no existía un contrato de prestación de servicios profesionales, esta formalidad no era requerida para efectos de demostrar las actuaciones adelantadas por el letrado.

La Rama Judicial insistió en que las actuaciones de las que se derivaba el daño las realizó la Fiscalía General de la Nación, de allí que, era a esa entidad a la que se le debía imputar la responsabilidad.

La Fiscalía General de la Nación señaló que la exoneración penal en favor de los procesados fue por aplicación del principio de favorabilidad *in dubio pro reo*, más no porque se demostrara que fueran inocentes de los delitos que se les imputaban. Asimismo, afirmó que existían serios indicios que ameritaban el adelantamiento de la investigación penal, por lo tanto, la detención no fue arbitraria ni injusta.

Las impugnaciones se concedieron el 29 de marzo de 2001 y se admitieron el 31 de agosto siguiente.

Durante el traslado común a las partes para presentar alegatos de conclusión, la Fiscalía General de la Nación reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Las demás partes guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por las partes, contra la sentencia del 16 de febrero de 2001, proferida por la Sala Quinta de Decisión del Tribunal de Descongestión de Antioquia, Caldas y Chocó.

1. Previo a resolver de fondo, debe precisarse que la Sala resolverá la controversia con fundamento en lo establecido en el artículo 357 del C.P.C., es decir, abordará los extremos de la litis sin limitación alguna, excepto la que impone el principio de congruencia, toda vez que la parte actora y las entidades demandadas interpusieron recursos de apelación contra la providencia de primera instancia.

Igualmente, advierte la Sala que el proceso penal adelantado contra los señores Héctor José y Jesús Antonio fue solicitado por la parte actora en la demanda (Fol. 22 cuad. 1) y aún cuando la Fiscalía General de la Nación en la contestación no coadyuvó la petición (Fol. 63 cuad. 1), la Rama Judicial sí lo hizo (Fol. 113 cuad. 1).

Si bien es cierto que el *a quo* decretó esta prueba (Fol. 74 cuad. ppal.), cuando fue solicitada nuevamente por la Rama Judicial, la negó porque ya se había allegado al proceso (Fol. 120 cuad. 1), sin embargo, el Tribunal de Descongestión al proferir la sentencia señaló:

“Aunque el proceso que es objeto de estudio por este Despacho, fue asignado por reparto sin que trajera el anexo en comento, es decir, copia del proceso penal adelantado en contra de los señores HÉCTOR JOSÉ VÉLEZ OSPINA, JESÚS ANTONIO VÉLEZ OSPINA, entre otros, se hace necesario precisar, que este asunto no

es nuevo para este Tribunal de descongestión, toda vez, que ya tuvo oportunidad de conocerlos el Magistrado Dr. Edilberto A. Arenas Correa, quien fue Ponente en el proceso acumulado Radicado 961.595 y 962.629, en el que figuran como actores: Luz Yamile Vásquez Roldán y otros por los mismos hechos que ocupan hoy la atención de este Despacho y del que además hacía parte la investigación adelantada en la Fiscalía Regional en contra de HÉCTOR JOSÉ VÉLEZ, JESÚS ANTONIO VÉLEZ...” (Fol. 202 cuad. ppal.).

No obstante lo anterior, el expediente fue enviado a esta Corporación con el anexo que contiene el proceso penal y aún cuando obra en copia simple sin que exista el oficio remisorio del mismo, se tiene que, de conformidad con los lineamientos jurisprudenciales recientes, se reconocerá valor probatorio a la prueba documental, pues ha obrado en el proceso desde que fue decretada en el auto que abrió el período probatorio, surtiéndose así el principio de contradicción.

En efecto, los lineamientos procesales modernos tienden a valorar la conducta de las sujetos procesales en aras de ponderar su actitud y, de manera especial, la buena fe y lealtad con que se obra a lo largo de las diferentes etapas que integran el procedimiento judicial.

En el caso *sub examine*, por ejemplo, la parte demandada pudo controvertir y tachar la prueba documental, es más, los motivos de inconformidad que motivaron la apelación de las demandadas, no se relacionan con el grado de validez de las pruebas que obran en el proceso sino con aspectos sustanciales de fondo que tienen que ver con la imputación del daño.

Por lo tanto, la Sala en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal reconocerá valor probatorio a la prueba documental que ha obrado a lo largo del proceso y que, surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su veracidad por las entidades demandadas.¹

2. Con fundamento en las pruebas que obran en el proceso, se encuentran demostrados los siguientes hechos:

2.1. El 28 de noviembre de 1992, la Fiscalía Regional Delegada, impuso, como medida de aseguramiento, detención preventiva contra los señores Héctor José Vélez Ospina y Jesús Antonio Vélez Ospina, entre otros, por el delito establecido en el artículo 2º del Decreto 1194 de 1989, en concurso con los punibles señalados en el Decreto 3664 de 1986. Los fundamentos de esta decisión fueron los siguientes:

“Esta investigación tuvo su origen en el anónimo que recibiera la Policía acantonada en esta ciudad, acerca de varias personas comprometidas en las muertes de agentes de la Policía, la cual los llevó a solicitarle a un Fiscal órdenes de allanamiento y registro para las residencia (sic) que señalaba la persona que mandó el anónimo, y fue así como se retuvo a tres sujetos a quienes se les decomisó una arma (sic) de fuego, cartuchos calibre 7.62 y cable detonante y

¹ Al respecto, ver entre otras la sentencia del 7 de marzo de 2011 proferida por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, expediente 20.171.

más tarde se retuvo a una joven la cual fue señalada por un testigo como miembro de esa banda.

“(...)

“Por su parte los procesados HÉCTOR JOSÉ VÉLEZ OSPINA, ÓSCAR DARÍO LONDOÑO ZAPATA Y JESÚS ANTONIO VÉLEZ OSPINA, en sus injuradas niegan toda participación en los hechos que se les imputan, agregando LONDOÑO ZAPATA que el arma que se le decomisó se la había regalado un amigo que viajó hacia los Estados Unidos de nombre CARLOS ARTURO ARBELÁEZ, y la tenía guardado, los otros dos encartados dijeron acerca de los proyectiles y cable detonante que ellos no tenían nada de eso.

“Si bien los procesados han negado los hechos que aquí se les imputan, existen en su contra pruebas que hasta este momento procesal, los comprometen a todos en la muerte de agentes de la policía y pertenecer a una banda de sicarios dedicada a estos fines...

“Si bien a los procesados se les sindicán de haber dado muerte a unos policía (sic), éstas no están demostrada (sic) en este momento procesal en este proceso, por tal motivo sólo se les resolverá su situación jurídica respecto a los hechos demostrados y una vez se alleguen las pruebas acerca de la muerte de los agentes de la policía se procederá a adicionar esta providencia.

“Además de lo anterior a los procesados se les sindicán (sic) de portar armas y municiones de defensa personal y de uso privativo de las fuerzas armadas, ya que a ellos se les decomisó un revólver calibre 38 largo, 18 proyectiles calibre 7.62 y tres metros aproximados de cordón detonante, elementos estos que de acuerdo a la inspección judicial están actos (sic) para ser utilizados.

“Considera esta Fiscalía que de acuerdo a las pruebas arrimadas a este proceso, se dan los requisitos mínimos que nos trae el artículo 388 del Código de Procedimiento Penal, para dictarle medida de aseguramiento en la modalidad de detención preventiva, sin derecho a libertad alguna por prohibición expresa de la ley a todos los aquí indagados por los delitos anotaremos (sic) a continuación.

“Los procesados con sus conductas han violado el artículo segundo del decreto 1194/89, y primero y segundo del decreto 3664/86, adoptados como legislación permanente por el decreto 2266/91, los cuales disponen: ‘Las persona (sic) que ingrese, se vincule, forme parte o a cualquier título pertenezca a los grupos armados a que se refiere el artículo anterior, será sancionada, por ese solo hecho, con pena de prisión de diez (10) a quince (15) años y multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales, sin perjuicio de la sanción que le corresponda por los demás delitos que cometa en ejercicio de esa finalidad’ y el artículo primero y segundo se refiere al porte, conservación...de armas de defensa personal o de uso privativo de las fuerzas armadas, los cuales traen una pena que oscila de uno (1) a cuatro (4) años y de tres (3) a diez (10) años de prisión y el decomiso de los elementos incautados...” (Fol. 68 a 77 cuad. 2).

2.2. El 10 de diciembre de 1993, la Fiscalía Regional Delegada, precluyó la investigación adelantada contra los señores Héctor José y Jesús Antonio Vélez Ospina, en consideración a que el delito de conformación ilegal de grupos

armados no se configuró y el de porte ilegal de munición no les era imputable. Al respecto, indicó:

“Dentro del caso motivo de estudio, vemos que a las cuatro personas que hoy son parte sindicada, en primer lugar, se les acusa de ser miembros de una grupo (sic) de sicarios, dependientes de ÓSCAR DARÍO LONDOÑO ZAPATA, el que, a su vez, recibe órdenes del extinto PALOMO, persona que, en últimas, era punta de lanza del también desaparecido PABLO ESCOBAR.

“(…)

“Viendo el caudal probatorio, por parte alguna aparece que los hechos de sangre y terror atribuidos a los cuatro sindicado estén demostrados, o, lo que es lo mismo, por parte alguna aparece demostrada la ocurrencia de tales hechos.

“(…)

“...no se puede ser miembro de una banda de sicarios si nunca se ha asesinado o intentado asesinar a nadie. Según el Despacho, las bandas de sicarios, en el simple papel o en teoría, no pueden existir, ya que ellas lo son en la medida de los resultados.

“Lo anterior derivado de lo siguiente: o la instrucción no se encaminó con suficiente fuerza a demostrar esos dos hechos materiales señalados por el testigo reservado; o a las autoridades comisionadas no les interesó este aspecto; o, simplemente, ellos no ocurrieron, y de allí que dentro del plenario nada se diga sobre el particular, siendo que, como hechos de sangre ocurridos en la vía pública, es imposible que aún sean desconocidos.

“Pero, como lo que no obra dentro del encuadramiento se tiene por inexistente, o, lo que es lo mismo, una cuestión es la verdad real y otra muy distinta la verdad procesal, esa verdad procesal nos está diciendo que esos atentados no han tenido ocurrencia...

“En tales condiciones, el dicho del declarante bajo reserva de identidad, se ha quedado sin respaldo; el principio de presunción de inocencia de los sindicados, no se ha derrumbado y la ocurrencia de los hechos, no fue demostrada.

“...si a los sindicados se les acusa de actos terroristas, ellos sí deben estar probados, es decir, según apreciación del Despacho, para existencia de lo primero debe haber tenido ocurrencia lo segundo.

“(…)

“LO RELACIONADO CON LA MUNICIÓN.

“Se ha dicho por parte de los uniformados que los 18 cartuchos calibre 7.62, fueron encontrados en una mochila que estaba ‘en una de las piezas pertenecientes a donde duermen los señores HÉCTOR JOSÉ y JESÚS ANTONIO’, con lo cual se quiere significar que resulta imposible imputar a una de esas personas la conservación de dicha munición, puesto que pudo, perfectamente, ser de uno o de otro, como también perfectamente, pudo pertenecer a una tercera persona. No hay forma de eliminar la duda respecto a quien, en particular, pertenecía esa munición.

“(…)

“LO RELACIONADO CON LA MECHA

“Se dice que la mecha fue encontrada en poder de HÉCTOR JOSÉ VÉLEZ, la que era conservada en uno de sus bolsillo (sic). De todas maneras, también mereciendo crédito el dicho de los uniformados, por las mismas razones antes expuestas, el Despacho no encuentra

cómo ubicar este comportamiento dentro de las descripciones que trae el artículo primero del Decreto 3664 de 1986, puesto que ella, de suyo, no es explosivo.

“Conforme al artículo 3 del Código Penal, ‘la ley definirá el hecho punible de manera inequívoca’ y en realidad el poseer mecha lenta o rápida, no se encuentra dentro de las descripciones legales como delito.

“(..)

“El pensamiento del Despacho es que el dicho del testigo pudo haber sido suficiente como para dictar resolución de acusación, siempre y cuando se haya demostrado la ocurrencia del hecho. Pero como ninguna de esas muertes violentas quedaron consignadas dentro del plenario, debe pensarse que no ocurrieron por cuanto no existen dentro de la verdad procesal.

“No demostrada la ocurrencia del hecho, principal requisito traído por el artículo 411, de nada sirve la existencia de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad o pluralidad de indicios graves que comprometan la responsabilidad de los imputados...

“De allí que, ante la imposibilidad de una reapertura, forzoso es concluir este proceso con una preclusión, pero sólo en lo relacionado con el cargo de infracción al artículo 2 del Decreto 1194 de 1989 que fue motivo de medida de aseguramiento...” (Fol. 369 a 384).

2.6. Los defensores de los sindicatos interpusieron recurso de reposición contra la anterior decisión para que fuera decretada su libertad inmediata. La Fiscalía Delegada Regional, accedió a la solicitud y revocó la medida de aseguramiento, con fundamento en lo siguiente:

“El Despacho, hasta tanto no existan reiterados pronunciamientos en contrario, sanamente interpreta el actual artículo 415 del Código de Procedimiento Penal como que en esta Regional se es merecedor a la libertad provisional ÚNICAMENTE en los casos previstos en los numerales 2, 4 y 5 de este artículo.

“Es decir, el artículo 415 -en género - habla que el sindicado tendrá derecho a la libertad provisional en ocho (8) circunstancias, entre las cuales se cita como tercera (3ª) ‘cuando se dicte en primera instancia preclusión de la investigación’

“Pero luego, -en especie - se dice que en los delitos de competencia de los Jueces Regionales, la libertad provisional ÚNICAMENTE se concederá en 3 de los 8 eventos, excluyendo, como se puede ver, el caso de la preclusión de la instrucción

“Y si bien es cierto existe una aparente contradicción del artículo 198 del Decreto 2700 de 1991 frente al parágrafo del 55 de la ley 81 de 1993, el señor defensor sabrá entender que ‘siempre que se advierta incongruencia en las leyes, u ocurra oposición entre ley anterior y ley posterior, o trate de establecerse el tránsito legal de derecho antiguo a derecho nuevo, las autoridades de la República, y especialmente las judiciales, observarán las reglas contenidas en los artículos siguientes: La ley posterior prevalece sobre la ley anterior. En caso de que la ley posterior sea contraria a otra anterior, y ambas `preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior.

“(..)

“Tratando este Despacho de fijar el pensamiento del legislador de la ley 81 de 1993, se estima que, DE NO HABER QUERIDO ESTABLECER LIMITANTES -en esta regional - a la libertad provisional, simplemente no consagra, crea o establece el párrafo del artículo 55 de la citada ley, o, lo que es lo mismo, de haber deseado que se obtenga la libertad provisional en los eventos de una calificación con preclusión sin las resultas de una consulta estipula que ‘en los delitos de competencia de los Jueces Regionales, la libertad provisional procederá ÚNICAMENTE en los casos previstos en los numerales 2, TRES, 4 y 5...’

“(...)”

“...según pensamiento de esta Fiscalía, es que, en esta Regional, la preclusión está excluida como causal de libertad provisional hasta tanto no se surta la consulta. La equidad no solo es con el sindicato. La equidad lo es también con el Estado.

“De todas maneras, el Despacho, ante este caso tan especial, en donde -luego de dividir responsabilidades - la conservación de arma de defensa personal es una conducta atípica; o, por ejemplo, la señorita LÍA YAMILE nada tuvo que ver en los hechos de este día; la Fiscalía considera que por los hechos investigados - los sindicatos son merecedores a que, de oficio, SE REVOQUE la medida de aseguramiento que soportan los cuatro investigados, por considerar que luego de todo un largo periodo instructivo, se han dado las exigencias del artículo 412 del Código Procesal Penal...” (Mayúsculas en original) (Fol. 431 cuad. 1).

2.7. El 6 de enero de 1994, los señores Vélez Ospina fueron dejados en libertad (Fol. 432, 433, 441, 442 y 445 cuad. 2).

2.8. La Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional abordó, en razón a que la decisión fue objeto de consulta, el estudio de legalidad de la resolución de preclusión referida en el numeral anterior, y la confirmó en todas sus partes en proveído del 16 de diciembre de 1994. Para arribar a esa conclusión el ente investigativo argumentó de la siguiente forma:

“Es evidente que todo el procedimiento desplegado por los policiales se realizó con base en información proveniente de un testigo bajo reserva de identidad quien describe las supuestas actividades realizadas por las personas capturadas, dirigidas a atentar contra la vida de los policiales en la ciudad de Medellín.

“Cabe destacar que infortunadamente no fue posible llevar a buen término la investigación pues en cuanto a los hechos que afirma el testigo no se comprobó nada en absoluto.

“(...)”

“HÉCTOR JOSÉ VÉLEZ OSPINA y JESÚS ANTONIO VÉLEZ OSPINA, sujetos a quienes según información se les halló en su poder 18 cartuchos para fusil calibre 7.62 y un cable ‘detonante’. Impreciso resulta el informe de los policiales que intervinieron en el operativo pues no revela con exactitud a quien, en qué lugar y en qué circunstancias fueron encontrados esos elementos, se limitan a mencionar en el citado informe ‘se les halló en su poder’, no son concretos en los cargos que les indilgan (sic). De otra parte con

relación a los proyectiles se desprende de las paginarias que en efecto se hallaron, pero en vista de lo anotado anteriormente en razón a la inexactitud del informe y a las declaraciones aportadas por los uniformados donde afirman que la munición estaba en una mochila dentro de uno de los cuartos de habitación no es viable inculparlos por la conservación de los mismos, como acertadamente anota el a quo toda vez que 'dicha munición pudo perfectamente ser de uno o de otro como también pudo pertenecer a una tercera persona'. Con relación al cable incautado o mecha lenta se puede afirmar que no existe norma que prohíba tenencia o porte, pues de por sí la mecha no se asemeja a explosivo alguno de los descritos en el artículo primero del Decreto 2664 de 1986." (Fol. 496 a 500 cuad. 1).

2.9. Asimismo, obra constancia de la Dirección Regional de Fiscalía, en la cual se da cuenta de lo siguiente:

"Que en esta Dirección Regional de Fiscalías de Medellín cursó el Proceso No. 10.115, adelantado por un delito de PORTE ILEGAL DE ARMAS y CONFORMACIÓN DE GRUPOS ILEGALMENTE ARMADOS, en contra de los señores ÓSCAR DARÍO LONDOÑO ZAPATA, HÉCTOR JOSÉ VÉLEZ OSPINA, JESÚS ANTONIO VÉLEZ OSPINA y LÍA YAMILE VÁSQUEZ ROLDÁN. Ofendida la Seguridad Pública. Mediante resolución de fecha Diciembre 10 de 1993 PRECLUYÓ LA INVESTIGACIÓN a favor de los mencionados sindicados por considerar atípica su conducta. Mediante resolución de fecha Diciembre 16 de 1994 un Fiscal Delegado ante el Tribunal Nacional de Santafé de Bogotá CONFIRMÓ la determinación adoptada por el a quo. El expediente actualmente se encuentra en Archivo Definitivo. De conformidad con lo dispuesto en el inciso primero del artículo 197 del Código de Procedimiento Penal, por tratarse de la consulta de una providencia interlocutoria esta decisión de la segunda instancia no es notificable y queda ejecutoriada en el momento mismo en que el funcionario competente la suscribe; y en este caso aparece que la suscribió el día 16 de diciembre de 1994, según constancia del Fiscal Jefe de la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional." (Mayúsculas en original) (Fol. 32 cuad. ppal.).

3. De las pruebas que se vienen de relacionar, se tiene que el daño antijurídico se encuentra establecido, puesto que los señores Héctor José y Jesús Antonio Vélez Ospina, estuvieron privados de la libertad desde el 18 de noviembre de 1992, día en que se realizó la diligencia de allanamiento donde fueron capturados (Fol. 2 cuad. 3), hasta el 6 de enero de 1994, fecha en la que se ordenó revocar la medida de aseguramiento de detención preventiva. En ese orden de ideas, los actores padecieron una lesión o afectación a diversos bienes, derechos e intereses legítimos que no están en la obligación de soportar porque el ordenamiento jurídico no se los impone.

Así mismo, está probado que el proceso penal adelantado se declaró terminado por preclusión, al considerar que el delito de conformación ilegal de grupos armados no se configuró, el de porte ilegal de munición no lo cometieron los sindicados y en relación con la tenencia de material explosivo, no era constitutivo de hecho punible.

Para la Sala es claro que el asunto *sub examine*, debe ser analizado desde la perspectiva del título de imputación objetivo, como quiera que el supuesto fáctico que se debate, se enmarca en las puntuales hipótesis que dan lugar a resolver la controversia a partir de allí.

En efecto, en el presente caso la privación de la libertad se produjo en vigencia del derogado decreto - ley 2700 de 1991 (C.P.P.), y al margen de la abrogación de esa codificación, es necesario aplicar las reglas contenidas en la misma para determinar si el régimen aplicable conforme al artículo 414 es objetivo o subjetivo, debido a que ese precepto contenía y regulaba la responsabilidad patrimonial del Estado.

Por consiguiente, si la absolución o la preclusión se producía porque: i) el hecho no existió, ii) el sindicado no lo cometió, o iii) la conducta no constituía hecho punible el régimen aplicable, por expresa disposición legal, es el objetivo, mientras que si la libertad se concedía por cualquier otra causa se imponía el estudio de la responsabilidad desde una perspectiva subjetiva (v.gr. la acción penal estaba prescrita, no se cumplían con los requisitos de la medida de aseguramiento, entre otros factores).

En el asunto en estudio, no hay lugar a dudas, conforme al acervo probatorio, de que los sindicados no cometieron el delito de porte ilegal de munición, el de conformación ilegal de grupos armados no existió y el de porte de material explosivo, no era constitutivo de hecho punible, de allí que, se configura como supuesto de responsabilidad, un típico caso de los establecidos en el artículo 414 del decreto - ley 2700 de 1991, lo que trae como consecuencia lógica la aplicación de un título de imputación de naturaleza objetivo.

Es importante precisar que las hipótesis establecidas en el artículo 414 del C.P.P. de 1991 (decreto ley 2700), al margen de la derogatoria de la disposición, han continuado rigiéndose por una perspectiva objetiva de responsabilidad. En consecuencia, el régimen aplicable para definir si la privación de la libertad fue injusta en estos tres supuestos, es el objetivo, inclusive con posterioridad a la ley 270 de 1996, en los términos precisados por la jurisprudencia de la Corporación².

En consecuencia, la Sala no avala una aplicación ultractiva del citado precepto legal (art. 414) que se encuentra derogado, sino de los supuestos que se regulaban de manera específica en el mismo. No quiere significar, entonces, que la Corporación esté modificando los efectos en el tiempo de una norma que se encuentra claramente abrogada. No obstante, en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, por ser una institución donde rige el principio *iura novit curia*, es posible que el juez adopte o acoja supuestos de responsabilidad objetiva o subjetiva, lo cual dependerá del fundamento en que se soporte la misma.

Es decir, cuando se absuelve al sindicado o al procesado porque el hecho no existió, el investigado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, el régimen de responsabilidad es el objetivo y, por consiguiente, no será determinante a la hora de establecer la responsabilidad de la entidad demandada si actuó o no de manera diligente o cuidadosa.

Lo anterior, lejos de suponer una aplicación ultractiva del derogado artículo 414

² Sobre el particular, consultar la sentencia del 4 de diciembre de 2006, expediente 13.168, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

del decreto ley 2700 de 1991, implica el reconocimiento de que en esos supuestos resulta injustificado imponer al administrado la carga de acreditar que la administración pública incurrió en una falla del servicio. Por el contrario, la fuerza y contundencia de los motivos que generan la absolución en este tipo de circunstancias (el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o el hecho no constituía conducta punible), refuerza la idea de que bajo esas premisas impera un esquema objetivo de responsabilidad en el que la autoridad judicial que impuso la medida de aseguramiento no puede exonerarse del deber de reparar con la acreditación de que su comportamiento fue diligente o cuidadoso.

En este orden de ideas, se insiste, es evidente la existencia de un daño antijurídico que el demandante no tenía la obligación jurídica de soportar, pues no existía razón alguna para la limitación de los derechos que le fueron afectados.

Si bien es cierto que en un Estado Social de Derecho los ciudadanos deben contribuir a la materialización de los objetivos trazados para la búsqueda de los fines comunes, y para ello es necesario, en algunos casos, que se tengan que someter a ciertas restricciones de derechos y garantías -entre ellas la libertad-³, es claro que existen eventos concretos y determinadas circunstancias, que configuran la obligación objetiva de reparar los daños derivados de una privación considerada injusta⁴.

La preclusión de la investigación en favor de los señores Vélez Ospina, es suficiente y torna en inequívoca la aplicación de la consecuencia jurídica de la privación de la libertad, consagrada en el artículo 414 del C.P.P. de 1991⁵, como quiera que frente a la materialización de esas hipótesis normativas, se debe calificar sin ambages la privación de la libertad como injusta⁶.

4. Ahora bien, en el escrito de apelación, la Fiscalía General de la Nación, consideró que la restricción a la libertad de los señores Vélez Ospina, fue justificada en razón a los elementos de juicio que obraban en el proceso penal, sin

³ "La prisión provisional constituye una grave intromisión en el derecho fundamental a la libertad de toda persona, por lo que su regulación, tanto doctrinal como legal y jurisprudencial, es objeto de la máxima atención, no sólo en el plano interno de cada Estado sino también en el plano internacional, lo que evidencia su trascendencia real... La prisión provisional indebida, como expresión de la violación de los derechos humanos, por lo que el ordenamiento jurídico dispensa a la víctima una garantía específica de reparación..." GARCÍA Pons, Enrique "Responsabilidad del Estado: la justicia y sus límites temporales", Ed. J.M. Bosch, Pág. 232 y 239.

⁴ Sentencia proferida por la Sección Tercera de esta Corporación el 4 de diciembre de 2007, expediente 15.498. C.P. Enrique Gil Botero.

⁵ "ARTICULO 414. Indemnización por privación injusta de la libertad. 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".

⁶ **"La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento. Por esta razón, la justicia rechaza el que la pérdida de libertad de algunos sea justificada en el mayor bienestar compartido por otros. No puede permitirse que el sacrificio impuesto sobre unos pocos sea sobrepasado por la mayor cantidad de ventajas disfrutadas por muchos... los derechos garantizados por la justicia no están sujetos a regateos políticos ni al cálculo de intereses sociales. Siendo las primeras virtudes de las actividades humanas, la verdad y la justicia son innegociables."** (Negrilla nuestra) John Rawls, "A Theory of Justice", Cambridge: Harvard University Press, 1971, Pág. 3-4, citado por MEJÍA Quintana, Óscar "Carácter y proyección de la filosofía del derecho en el pensamiento contemporáneo", Ed. Universidad Nacional de Colombia, Pág. 22.

embargo, para la Sala esta afirmación es discutible, pues la vinculación de Héctor José y Jesús Antonio Vélez Ospina al proceso penal se fundamentó en un anónimo y en la declaración de un testigo con reserva de identidad que no permitieron establecer la culpabilidad de los sindicados, de allí que, éstos no debieron soportar la carga de una privación de la libertad que a todas luces fue injusta.

De otro lado, la Rama Judicial en el recurso de apelación indicó que, no le era imputable el daño en razón a que la investigación penal contra los señores Vélez Ospina no alcanzó la etapa de juzgamiento y por ello, la entidad responsable sería, exclusivamente, la Fiscalía General de la Nación, pues fueron sus actuaciones las que generaron el daño.

Al respecto, la Sala debe precisar que, en estos casos, la jurisprudencia ha reiterado en varias oportunidades⁷, que el centro jurídico y genérico de imputación es la Nación cuya representación está en cabeza de la Fiscalía General de la Nación y de la Rama Judicial, por igual, de allí que, no es aceptable el argumento planteado, en atención a que las dos entidades la representan y sobre ellas recae el interés debatido en el proceso, razón suficiente para despachar de forma negativa la censura contenida en el citado recurso de apelación.

En ese orden de ideas, no le asiste razón a las entidades demandadas, motivo por el que se confirmará su responsabilidad patrimonial solidaria por los hechos objeto del proceso.

5. De otro lado, en cuanto se refiere al recurso de apelación interpuesto por la parte actora, la Sala modificará la sentencia de primera instancia para, en su lugar, aumentar el monto de los perjuicios morales en favor de los demandantes, negar el reconocimiento de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente y revocar la condena por lucro cesante, como se pasará a explicar a continuación:

En relación con los perjuicios morales, la Sala aumentará la indemnización por este concepto, ya que conforme a los hechos de la demanda y las pruebas que obran en el proceso, es evidente que este daño se presentó en su mayor magnitud. Adicionalmente, se da por probado el perjuicio moral en los demás actores con ocasión del daño alegado en la demanda, por cuanto las reglas de la experiencia hacen presumir que el sufrimiento de un pariente cercano causa un profundo dolor y angustia en quienes conforman su núcleo familiar, en atención a las relaciones de cercanía, solidaridad y afecto, además de la importancia que dentro del desarrollo de la personalidad del individuo tiene la familia como núcleo básico de la sociedad.

Ahora bien, es preciso señalar que, en el presente caso tanto Jesús Antonio Vélez Ospina como Héctor José Vélez Ospina fueron privados injustamente de la libertad configurándose así el daño antijurídico imputable a las demandadas, sin embargo, sólo uno de ellos es demandante en el proceso, Jesús Antonio, puesto que el otro, Héctor José, falleció el 10 de septiembre de 1994, dos años antes de la fecha de presentación de la demanda -13 de diciembre de 1996-.

No obstante lo anterior, el daño sufrido por los injustamente detenidos es autónomo respecto de cada uno y de cada padre, por lo tanto, la Sala confirmará

⁷ Ver entre otras las siguientes sentencias proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado: sentencia del 4 de septiembre de 1997, expediente 10.285, sentencia del 10 de mayo de 2001, expediente 12.719 y sentencia del 26 de mayo de 2010, expediente 18.467.

la decisión adoptada por el Tribunal en este sentido, en tanto que a cada padre se le puede indemnizar el perjuicio sufrido por cada hijo.

Lo anterior tiene fundamento en que, por ejemplo, para un padre o madre que pierde a dos de sus hijos en un evento en el cual es atribuible el daño antijurídico a la administración pública, resultaría mejor que el hijo (A) pereciera un día (X), mientras que el hijo (B) sufriera el deceso el día (Y), toda vez que esto le permitiría reclamar daños autónomos derivados de causas independientes, lo que daría lugar a su sumatoria.

Con la anterior situación, extraída de la experiencia, se pone de relieve la debilidad de la teoría que defiende la unicidad del perjuicio moral en casos en que se producen con un solo hecho varias pérdidas (muertes) o lesiones de distintas personas de un mismo núcleo familiar. En efecto, habría que concluir que si el Estado, a través de cualquier fuerza armada, da muerte a dos hermanos el mismo día y en iguales circunstancias, el perjuicio moral de los padres sería uno solo y, por lo tanto, a lo sumo, el juez podría incrementar en un determinado porcentaje el quantum de la indemnización; por el contrario, si el daño no se presentara coetáneamente, es decir, primero falleciera un hermano, para luego darle muerte al segundo, en estos eventos, sí se reconocería el perjuicio moral de manera autónoma, porque el padecimiento de la pérdida de los dos seres queridos no se produjo en el mismo instante.

Se insiste, la momentaneidad del daño no determina la intensidad del perjuicio, en otros términos, el daño uno (1) será un daño autónomo e independiente, en todos los casos, al margen de que se haya producido de forma simultánea con el daño dos (2), este último, el cual, a su vez, también ostenta las condiciones de autonomía e independencia.

Desde el plano lógico–normativo, es importante destacar que cada supuesto jurídico produce una consecuencia jurídica, esto es, cada consecuencia jurídica, es el resultado de una causa fáctica y jurídica específica. En consecuencia, se impone afirmar que la lesión antijurídica a cada bien o interés, amerita que se aplique plenamente la consecuencia establecida por el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia para resarcir el mismo.

El carácter independiente y autónomo de perjuicio moral, frente a cada lesión o daño antijurídico, ha sido reconocido por la Corte Suprema de Justicia, con majestuosa sindéresis, en los siguientes términos:

“(…) ya la Corte en fallos anteriores ha considerado este mismo asunto y ha llegado a la conclusión de que el reparo carece de base porque cada quebranto o lesión del patrimonio afectivo constituye, en relación con quien la padece, una entidad jurídica propia e independiente de otra u otras lesiones que la misma persona haya padecido, padezca o pueda sufrir posteriormente; la pena por la muerte de un ser querido se puede agregar a la pena por la muerte de otro ser querido pero no se confunde la una con la otra. **La circunstancia de que dos o más casos de quebrantamiento del patrimonio afectivo de una persona se produzcan en un solo día o en un solo acto, no autoriza para concluir que esas lesiones diferentes se vuelvan por este motivo una sola; los**

dos daños son distintos, la satisfacción también debe ser distinta.”⁸

Inclusive, la Sección Tercera, en precisas ocasiones, al momento de reconocer el perjuicio moral ha avalado la acumulación de los mismos, tal y como se desprende de lo puntualizado, expresamente, en sentencia de 20 de mayo de 1993:

“Para José Reyes Ussa y María Luisa Silva, padres del occiso Reynaldo Ussa Silva y del lesionado (parapléjico) Samuel Ussa Silva, dada la pérdida de un hijo y el estado permanente de invalidez del otro, permiten hacer el reconocimiento equivalente a 1.500 gramos de oro fino para cada uno.

“Esa misma doble aflicción por la muerte de Reynaldo y postración de Samuel, da lugar a que sus hermanos Demócrito, Flor del Carmen, y Aura Rosa Ussa Silva, sean indemnizados en el equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro fino para cada uno.

“Por su parte, Samuel Ussa Silva, afectado por la muerte de su hermano, las lesiones de sus hermanos y su propio estado de paraplejía, se hace merecedor a una indemnización equivalente a 2.000 gramos de oro fino.”⁹ (Negrillas y subrayado adicionales).

Igualmente, en sentencia de 19 de abril de 2001, la Sala confirmó una decisión proferida el 26 de febrero de 1996, por el Tribunal Administrativo del Tolima que, frente a la muerte de dos hermanos, condenó al Ejército Nacional a pagar en favor de la madre, a título de perjuicio moral, un valor de 2.000 gramos de oro, y para los hermanos supérstite, un total de 1.000 gramos de oro para cada uno de ellos.¹⁰

Como se aprecia, no se trata pues, de una simple consideración de entender el daño moral en el sentido natural, sino como una consecuencia jurídica que obedece a un supuesto, de allí que frente a varias consecuencias jurídicas se predique, consecuentemente, igual número de supuestos; por ejemplo, al poner fin a varias vidas humanas el correlato lógico lo constituye, sin lugar a dudas, una pluralidad de daños (consecuencias jurídicas) que en modo alguno pueden soportar la conclusión de que la lesión es una sola.

En esa perspectiva, resulta admisible que se señale que frente a distintas causas y daños antijurídicos (en el caso de la referencia, la privación injusta de la libertad de dos hermanos) se adopten varias consecuencias jurídicas. Lo anterior, en tanto dicha interpretación del perjuicio, concuerda con los principios que rigen en materia indemnizatoria, concretamente, a la obligación existente a nivel constitucional (artículo 90 C.P.) de indemnizar todos aquellos daños antijurídicos que sean imputables.

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, sentencia de 13 de diciembre de 1943, M.P. Anibal Cardozo Gaitán.

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 20 de mayo de 1993, exp. 8325. En esa misma dirección, se puede consultar la sentencia de 7 de noviembre de 1991, exp. 6295, oportunidad en la que se dijo: “En materia de perjuicios, como se expresó, sí deberán introducirse cambios. En este orden de ideas, se le reconocerá a los padres del occiso, Pedro María Morales y María Carolina Guarumo por concepto de perjuicios morales las siguientes cantidades en gramos oro: 700 para ésta y 1400 para aquél en vista de que este último no sólo sufrió los daños reconocidos por el *a quo*, por al incapacidad permanente que le produjo la falla de la administración, sino porque resultó moralmente afectado con la muerte de su hijo.”

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, exp. 11.940.

De otro lado, conforme a lo expresado en sentencia del seis de septiembre de 2001, esta Sala ha abandonado el criterio según el cual se consideraba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980, para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicio moral; ha precisado, por el contrario, que la valoración de dicho perjuicio debe ser hecha por el juzgador en cada caso según su prudente juicio, y ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado¹¹.

En consecuencia de lo expuesto, se aumentarán las sumas otorgadas en primera instancia por concepto de perjuicios morales y se otorgarán en salarios mínimos legales mensuales, así:

Jesús Antonio Vélez Ospina (afectado) = 70 smlv
Jorge Enrique Vélez Hernández (padre de Jesús Antonio Vélez Ospina) = 40 smlv
Leny Teresa Ospina Giraldo (madre de Jesús Antonio Vélez Ospina) = 40 smlv
Jorge Enrique Vélez Hernández (padre de Héctor José Vélez Ospina) = 40 smlv
Leny Teresa Ospina Giraldo (madre de Héctor José Vélez Ospina) = 40 smlv

Respecto a las condenas impuestas en primera instancia por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, se tiene que aún cuando este daño no fue solicitado expresamente en la demanda, se concederá la indemnización respectiva por las razones que se pasarán a explicar.

En el libelo demandatorio, la parte actora solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

“1. LA NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, es administrativamente responsable de la totalidad de los daños y perjuicios causados a HÉCTOR JOSÉ, JESÚS ANTONIO VÉLEZ OSPINA y a sus padres JORGE ENRIQUE VÉLEZ HERNÁNDEZ y LENY OSPINA DE HERNÁNDEZ, por la privación injusta de la libertad de que fuera objeto por parte de la Justicia Regional, en el periodo comprendido entre el 18 de noviembre de 1992 y el 6 de enero de 1994, así como el perjuicio derivado del error judicial que sólo pudo ser corregido mediante la confirmación de la resolución de preclusión de la intrucción (sic) dictada el 16 de diciembre de 1994.

“2. Como consecuencia de la anterior declaración, condénese a LA NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, al pago de los siguientes conceptos:

“a. Por perjuicios morales a JESÚS ANTONIO VÉLEZ OSPINA, el equivalente en pesos de DOS MIL (2.000) GRAMOS DE ORO, por haber padecido personal y directamente la aflicción que produce la privación injusta de la libertad, la carga del etiquetamiento social, el sometimiento al régimen de detención preventiva y las secuelas de desadaptación social.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232-15.646.

“b. Por perjuicios morales a JORGE ENRIQUE VÉLEZ HERNÁNDEZ y LENY OSPINA DE VÉLEZ, el equivalente en pesos de MIL (1.000) GRAMOS ORO, para cada uno de ellos.

“c. A JORGE ENRIQUE VÉLEZ HERNÁNDEZ y LENY OSPINA DE VÉLEZ, por perjuicios materiales en su modalidad de daño emergente, derivado del pago por la asistencia profesional durante el proceso penal, la suma de UN MILLÓN QUINIENTOS MIL PESOS (\$1.500.000.OO) de ese entonces, que fueron canceladas totalmente. La suma reconocida por este concepto, habrá de calcularse teniendo en cuenta la variación de los índices de precios al consumidor.

“d. A JORGE ENRIQUE VÉLEZ y LENY OSPINA DE VÉLEZ, por perjuicios materiales en su modalidad de daño emergente, los gastos derivados de la asistencia y alimentación que debieron brindar a sus hijos HÉCTOR JOSÉ y JESÚS ANTONIO durante los catorce (14) meses de su injusta detención, en suma no menor de CIENTO SESENTA MIL PESOS MENSUALES (\$160.000.OO), suma que deberá ser actualizada atendiendo la variación de los índices de precios al consumidor.

“3. Si no encontrara el Honorable Tribunal, bases suficientes para efectuar los cálculos de los perjuicios enumerados, solicito comedidamente que éstos sean tasados en la cantidad de CUATRO MIL (4.000) GRAMOS ORO o su equivalente en pesos al momento de la sentencia, de acuerdo a lo establecido en los artículos 4º, 6º y 8º de la Ley 153 de 1887 y el artículo 107 del Código Penal.

“4. LA NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo” (Mayúsculas en original) (Fol. 12 y 13 cuad. 1).

Si bien es cierto que de la lectura inicial de la demanda se podría afirmar que los actores se limitaron a solicitar indemnización por perjuicio moral y material en la modalidad de daño emergente, no se puede desconocer que en el numeral tercero del escrito se indicó que si no se llegaren a establecer las bases suficientes para efectuar la liquidación de los perjuicios, se deberían aplicar los artículos 4, 6 y 8 de la ley 153 de 1887 y el artículo 107 del Código Penal vigente en ese entonces - decreto ley 100 de 1980¹².-

Revisada la normativa indicada por los demandantes, se tiene que el artículo 107 del Código Penal señalaba:

“Indemnización por daño material no valorable pecuniariamente. Si el daño material derivado del hecho punible no pudiere evaluarse pecuniariamente, debido a que no existe dentro del proceso base suficiente para fijarlo por medio de perito, el juez podrá señalar prudencialmente, como indemnización, una suma equivalente, en moneda nacional, hasta de cuatro mil gramos oro.”

Adicionalmente, en el relato de los hechos de la demanda, se indicó:

¹² Decreto derogado por la Ley 599 de 2000.

“Igualmente, se vieron altamente perjudicados en la continuidad de sus actividades económicas, que cumplían como comerciantes de ropa para su distribución a almacenes de la ciudad de Medellín y de otros municipios del departamento.” (Fol. 10 cuad. 1).

De lo anterior, se puede concluir que aún cuando no se solicitó una suma determinada por concepto de perjuicios materiales, de la lectura integral de los hechos y pretensiones de la demanda, es posible colegir que sí existió la petición de los demandantes en este sentido. De otro lado, una postura contraria, formal y exegética, significaría desconocer los poderes de interpretación de la demanda propios del juez, quien desde una perspectiva teleológica y sistemática del libelo demandatorio, puede con criterios de coherencia y racionalidad, relacionar el petitum, los hechos y los fundamentos de derecho del mismo, en el horizonte de asir la quintaesencia de quien acude ante la justicia, en materia de responsabilidad patrimonial.

Esta postura no ha sido ajena al juez contencioso, como quiera que esta Corporación en pronunciamiento del 16 de julio de 1953, expresó:

“No comparte la Sala este criterio interpretativo de las normas procesales, ceñido estrictamente al rigorismo procedimental. Ciertamente que el actor erró en la cita de las disposiciones legales que podían servir de apoyo a las acciones instauradas, pero la evidencia de esta premisa no puede determinar la consecuencia de orden procesal que se le pretende atribuir. La realización del fenómeno jurídico de la acumulación de acciones no depende de la acertada o errónea enunciación de las normas legales que las consagran, sino de la naturaleza contenido y fines de la demanda y, específicamente, de los actos esenciales de postulación, tales como las súplicas del libelo y los hechos generadores del derecho. Entre aquellos y estos ha de existir una lógica relación de causalidad que, a la vez que determina la índole propia del juicio y las características peculiares de la decisión impetrada, señala la naturaleza, unidad o pluralidad de las acciones con este criterio ha de interpretarse el texto de la demanda, y si en él aparece clara la intención de accionar en determinado sentido sería improcedente, por decir lo menos, atenerse sólo a la cita del articulado legal, corriendo el riesgo de sacrificar el derecho para mantener incólume el imperio de las fórmulas. De acuerdo con principios generales de derecho desarrollados en el artículo 472 del C. de P. C., el objeto de las disposiciones procesales es el de asegurar la efectividad de los derechos reconocidos por las leyes sustantivas. Ese criterio debe orientar en todo momento el pensamiento del juzgador en la adopción de sus decisiones judiciales y en la interpretación de las normas adjetivas, cuya misión esencial es la de poner a la justicia en función actuante. El procedimiento no es un fin en sí mismo, sino un medio para la realización plena del derecho. Invertir artificiosamente los términos de esta relación dialéctica, sería tanto como supeditar lo esencial a lo accesorio y los ideales de equidad a las formas prácticas que se crearon precisamente para darles vida. Hay en derecho un{a} jerarquía de valores jurídicos y una indispensable relación de subordinación y sometimiento de las reglas procesales a los principios normativos superiores. Entre los distintos grados de esa escala no ha de existir paralelismo alguno, sino una continua correspondencia, un mutuo

apoyo y una integración recíproca de factores jurídicos que hagan posible el imperio del derecho. Estas reflexiones elementales cobran mayor fuerza en el campo del derecho público que, por su naturaleza, no se ajusta rigurosamente al simplismo procedimental.”¹³

Así las cosas, se procederá a revisar la liquidación realizada por el Tribunal, para determinar si cumplió con los parámetros jurisprudenciales que sobre liquidación de perjuicios ha establecido la Sala.

En efecto, el *a quo* utilizó los siguientes parámetros:

“...como ya se ha anotado para la liquidación se tendrá en cuenta el salario mínimo, razón por la cual esta deberá hacerse por periodos, dado que durante la detención del actor y su hermano fallecido, existieron en el país tres salarios mínimos, uno vigente hasta el 31 de diciembre de 1992 igual a \$51.720 pesos mensuales, otro que empezó a regir a partir del 1º de enero de 1992, igual a \$65.190 pesos mensuales y un tercero vigente en el país desde el 1 de enero de 1994, igual a \$98.700 pesos mensuales.

“Por lo anterior se tiene que del 18 de noviembre de 1992 hasta el 31 de diciembre del mismo año, transcurrieron 43 días los que liquidados con un salario de \$65.190 pesos mensuales nos da como resultado la suma de \$93.439 pesos.

“En igual sentido, tenemos que del 1º de enero de 1993, al 31 de diciembre del mismo año, transcurrieron 360 días, los cuales liquidados con un salario de \$81.510 pesos, nos da como resultado la suma de 978.120 pesos.

“Así mismo del 1º de enero de 1994 al 6 de enero del mismo año, transcurrieron 5 días, los cuales liquidados con un salario de \$98700 pesos, nos da como resultado la suma de \$16.450 pesos.

“Debe anotarse además que para efectos de la actualización los montos resultantes serán sumados y a este resultado se le aplicará la fórmula de actualización de la renta (ya anotada), en la cual se utilizarán como índice final, el vigente en el país a la fecha de la sentencia, esto es, 118,7875 y como índice inicial el vigente en el país a la fecha de la detención, esto es, 33,02.

“Así las cosas, la suma de dinero dejada de percibir por JESÚS ANTONIO VÉLEZ OSPINA, al igual que se hermano HÉCTOR JOSÉ VÉLEZ OSPINA, es igual a UN MILLÓN OCHENTA Y OCHO MIL NUEVE PESOS M/L (\$1'088.009), la misma que será actualizada con la utilización de la mencionada fórmula...” (Mayúsculas en original) (Fol. 212 y 213 cuad. ppal.).

Ahora bien, respecto al occiso Héctor José Vélez Ospina, se tiene que para el momento de su detención tenía 25 años de edad¹⁴, de allí que, no es posible aplicar la regla de la experiencia, según la cual, si el hijo es menor de 25 años y no tiene relación marital vigente, se presume que convive con sus padres y destina parte de sus ingresos a auxiliarlos económicamente¹⁵.

¹³ Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa, sentencia del 16 de julio de 1959, radicación No. 19590716. C.P. Carlos Gustavo Arrieta.

¹⁴ Conforme el registro civil de nacimiento que obra a folio 55 del cuaderno1.

¹⁵ “...se modifica el criterio jurisprudencial que se tenía en relación con la presunción de manutención de los hijos hasta la mayoría de edad si no se acreditaba la escolaridad, desechando esta distinción, y dando por presumido que la condición de dependencia económica de aquellos respecto de los padres se mantiene hasta la edad de 25 años, con fundamento en los artículos 13 y

No obstante lo anterior, de los testimonios recibidos en el proceso, se demostró que los hermanos Vélez Ospina convivían con sus padres al momento de la detención y que parte de sus ingresos por concepto de compra y venta de mercancía, los destinaban para el sostenimiento de aquéllos, de allí que, se confirmará la condena por este concepto, pero teniendo en cuenta que por concepto de lucro cesante, se liquidará no sólo el período consolidado comprendido entre el 18 de noviembre de 1992 y el 6 de enero de 1994, es decir, el tiempo que estuvieron privados de la libertad el demandante principal y el occiso, sino también el lapso que, según las estadísticas, una persona requiere en Colombia para conseguir trabajo luego de haber obtenido su libertad, o acondicionarse en una actividad laboral.

En efecto, acerca del período a liquidar en eventos de privación injusta de la libertad, la Sala ha sostenido:

“En cuanto al tiempo que, en promedio, suele tardar una persona en edad económicamente activa en encontrar un nuevo puesto de trabajo en Colombia, la Sala se valdrá de la información ofrecida por el Observatorio Laboral y Ocupacional Colombiano, a cargo del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), de acuerdo con la cual dicho período equivale a 35 semanas (8.75 meses)^{16, 17}”

Por lo tanto, si bien Jesús Antonio y Héctor José Vélez Ospina estuvieron privados de la libertad hasta el 6 de enero de 1994, lo cierto es que según los parámetros jurisprudenciales a este período es necesario sumarle el tiempo en que, según los datos oficiales, una persona tarda en conseguir trabajo con posterioridad a su salida de la cárcel.

De otro lado, y como quiera que en el proceso no se acreditó el salario base de la liquidación, esto es, la suma percibida por el demandante principal y su hermano fallecido a título de contraprestación por la actividad de comerciantes que ejercían¹⁸, la Sala tomará el salario mínimo mensual legal vigente para establecer el perjuicio material.

Para Jesús Antonio Vélez Ospina, se liquidará el lucro cesante con aplicación de esta última suma (\$535.600,00), previo incremento del 25% por concepto del correspondiente factor prestacional (\$133.900,00), lo que determina un ingreso base de liquidación de \$669.500,00

45 de la Constitución Política y en consideración además, a las reglas de la experiencia, siempre y cuando se acredite tal dependencia por cualquier medio probatorio.” Sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 4 de octubre de 2007, expediente 16058 y 21.112 acumulados.

¹⁶ Cfr. URIBE G., José Ignacio y GÓMEZ R., Lina Maritza, «Canales de búsqueda de empleo en el mercado laboral colombiano 2003», en *Serie Documentos Laborales y Ocupacionales*, N° 3, Observatorio Laboral y Ocupacional Colombiano, SENA-Dirección General de Empleo y Trabajo, Bogotá, junio de 2005, p. 22.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2006, expediente 13.168, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁸ Respecto a la actividad económica que ejercía el demandante al momento de su detención, obran en el expediente los testimonios de los señores Claudia Janet Soto Ospina, Lia Yamily Roldán de Vásquez y Óscar Darío Londoño Zapata (Fol. 77 y ss cuad. 1) quienes señalaron que Jesús Antonio y Héctor José Vélez Ospina eran comerciantes y se dedicaban al negocio de compra y venta de mercancía de ropa, zapatos y otras mercancías.

Para la liquidación del período consolidado, se aplicará la fórmula matemático - actuarial utilizada por la jurisprudencia. La misma se expresa en los siguientes términos, donde “i” es una constante y “n” corresponde al número de meses transcurridos desde la fecha de los hechos hasta el 6 de octubre de 1994:

$$S = R \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$

$$S = \$669.500,00 \frac{(1+0.004867)^{22,6} - 1}{0.004867}$$

$$\mathbf{S = \$15.953.138,00}$$

Y para los padres del occiso Héctor José Vélez Ospina, se liquidará el lucro cesante con aplicación del salario mínimo legal mensual vigente para el 2011 (\$535.600,00), previo incremento del 25% (\$133.900,00) por concepto del correspondiente factor prestacional (\$669.500,00), descontándole otro 25% de los gastos que el occiso destinaba para sí mismo (\$167.375), lo que determina un ingreso base de liquidación de \$502.125,00, sin embargo, como los padres serán los beneficiarios de la liquidación, esta suma se dividirá entre dos, lo que arroja un resultado de \$251.062,00.

$$S = R \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$

$$S = \$251.062,00 \frac{(1+0.004867)^{22,6} - 1}{0.004867}$$

$$\mathbf{S = \$5.982.414,00}$$

Así las cosas, la indemnización para cada uno de los padres del occiso Héctor José Vélez Ospina, corresponde a \$5.982.414,00.

Por último, se denegará el daño emergente reclamado por concepto de honorarios profesionales de abogado toda vez que no se acreditó su existencia, en atención a que aún cuando la parte actora alega que las actuaciones del letrado están demostradas con el proceso penal allegado al expediente, se debe precisar que para demostrar este específico daño se requiere, prueba que acredite la pérdida económica que se causó con los honorarios cancelados por la representación jurídica de los sindicatos¹⁹, y como quiera que la misma no se allegó al proceso, se rechaza esa puntual censura contenida en la impugnación.

¹⁹ “El artículo 1614 del Código Civil define el daño emergente como “el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento”. En tal virtud, como lo ha sostenido reiteradamente esta Sección, el daño emergente es la pérdida económica que se causa con ocasión de un hecho, acción, omisión u operación administrativa imputable a la entidad demandada que origina el derecho a la reparación. En otras palabras y, en consideración con el principio de reparación integral del daño consagrada en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, solamente puede indemnizarse a título de daño emergente los valores que empobrecieron a la víctima o que debieron sufragarse como consecuencia de la ocurrencia del hecho generador del daño.” Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 12 de diciembre de 2005, expediente 13.558.

“El daño emergente supone, por tanto, una pérdida sufrida, con la consiguiente necesidad —para el afectado— de efectuar un desembolso si lo que quiere es recuperar aquello que se ha perdido. El

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

FALLA:

Primero. Modifícase la sentencia de 16 de febrero de 2001, proferida por el Tribunal Administrativo de Descongestión de Antioquia, Caldas y Chocó.

Segundo. Como consecuencia de lo anterior, **declárase** administrativa y extracontractualmente responsable a la Nación - Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación de los perjuicios causados a los demandantes, señalados en la parte motiva de esta providencia.

Tercero. Condénase a las demandadas, a pagar a los demandantes las siguientes sumas de dinero:

Por concepto de perjuicios morales:

Jesús Antonio Vélez Ospina (afectado) = 70 smlv
Jorge Enrique Vélez Hernández (padre de Jesús Antonio Vélez Ospina) = 40 smlv
Leny Teresa Ospina Giraldo (madre de Jesús Antonio Vélez Ospina) = 40 smlv
Jorge Enrique Vélez Hernández (padre de Héctor José Vélez Ospina) = 40 smlv
Leny Teresa Ospina Giraldo (madre de Héctor José Vélez Ospina) = 40 smlv

Por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante:

Para Jesús Antonio Vélez Ospina la suma de quince millones novecientos cincuenta y tres mil ciento treinta y ocho pesos (\$15.953.138).

Para Jorge Enrique Vélez Hernández, padre de Héctor José Vélez Ospina, la suma de cinco millones novecientos ochenta y dos mil cuatrocientos catorce pesos (\$5.982.414).

Para Leny Teresa Ospina Giraldo madre de Héctor José Vélez Ospina, la suma de cinco millones novecientos ochenta y dos mil cuatrocientos catorce pesos (\$5.982.414).

Cuarto. Deniéganse las demás pretensiones de la demanda.

Quinto. Cúmplase lo dispuesto en esta providencia, en los términos establecidos en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

Sexto. En firme este fallo **devuélvase** el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento y expídanse a la parte actora las copias auténticas con las constancias de las que trata el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase

daño emergente conlleva que algún bien económico salió o saldrá del patrimonio de la víctima." Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2006, expediente 15.351.

Enrique Gil Botero
Presidente

Jaime Orlando Santofimio Gamboa

Olga Valle de De La Hoz

**SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JAIME ORLANDO SANTOFIMIO
GAMBOA**

PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Ultractividad de la ley / DECRETO LEY 2700 DE 1991 - Vigencia relativa temporal / ULTRACTIVIDAD DE LA LEY - Aplicación / ULTRACTIVIDAD DE LA LEY - Aplicación del artículo 14 del Decreto Ley 2700 de 1991 / ULTRACTIVIDAD DE LA LEY - Aplicación de los supuestos del artículo 414 del Código de Procedimiento Penal. Decreto Ley 2700 de 1991. En vigencia de la ley 270 de 1996 / PRINCIPIO TEMPUS REGIT ACTUS - Noción. Definición / PRINCIPIO TEMPUS REGIT ACTUS - Aplicación / ULTRACTIVIDAD DE LA LEY - Precedente jurisprudencial constitucional

Necesidad de aclarar la aplicación del artículo 414 del decreto 2700 de 1991 aún después de la entrada en vigencia de la ley 270 de 1996. La Sala en su precedente señala claramente que los supuestos o hipótesis previstos en el artículo 414 del decreto 2700 de 1991 son aplicables, operando su vigencia relativa temporal, para imputar objetivamente la responsabilidad del Estado con ocasión de la privación injusta de la libertad de una persona, aún con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 270 de 1996. Pero queda la duda que la Sala no avale "una aplicación ultractiva" del artículo 414 del decreto 2700 de 1991 que está derogado, "sino de los supuestos que se regulaban de manera específica en el mismo". Si se reconoce que los hechos ocurridos bajo la vigencia de dicha norma pueden ser encuadrados en los supuestos señalados en la disposición, sería contradictorio plantear que no se avala su aplicación ultractiva, ya que como problema de aplicación de la ley en el tiempo está "íntimamente ligada al principio de que todo hecho, acto o negocio jurídico se rige por la ley vigente al momento de su ocurrencia, realización o celebración. Dentro de la Teoría General del Derecho, es clara la aplicación del principio "Tempus regit actus", que se traduce en que la norma vigente al momento de sucederse los hechos por ella prevista, es la que se aplica a esos hechos, aunque la norma haya sido derogada después. Esto es lo que explica la Teoría del Derecho, la denominada ultractividad de las normas, que son normas derogadas, que se siguen aplicando a los hechos ocurridos durante su vigencia. Este fenómeno se presenta en relación con todas las normas jurídicas, cualquiera que sea su naturaleza: civil, comercial, penal, etc.

NOTA DE RELATORIA: Ultractividad de la ley. Consultar Corte Constitucional, sentencia C-763 de 17 de septiembre de 2002, sentencia C-450 de 1996 y sentencia C-377 de 27 de abril de 2004

PERJUICIOS MORALES - Liquidación / PERJUICIOS MORALES - Aplicación del test de proporcionalidad / ARBITRIO IUDICIS - Ejercicio discrecional del Juez. Criterio del juez según la intensidad del daño / ARBITRIO JUDICIAL - Aplicación de los principios de proporcionalidad y razonabilidad. No es discrecionalidad / TEST DE PROPORCIONALIDAD - Principio de proporcionalidad

Considero que si bien a partir de 2001 la jurisprudencia viene aplicando como criterio de estimación de los perjuicios morales el salario mínimo mensual legal vigente (en una suerte de equivalencia con los gramos oro reconocidos en la primera instancia), no deja de seguir siendo un ejercicio discrecional (arbitrio iudicis) del juez de tasar tales perjuicios, sin lograr, aún, la consolidación de elementos objetivos en los que pueda apuntarse la valoración, estimación y tasación de los mismos, con lo que se responda a los principios de proporcionalidad y razonabilidad con lo que debe operar el juez y, no simplemente sustentarse en la denominada "cierta discrecionalidad". Así mismo, para el reconocimiento y tasación el juez se sujeta al criterio determinante de la intensidad del daño, que usualmente se demuestra con base en las pruebas testimoniales las cuales arrojan una descripción subjetiva de quienes, por la cercanía, conocimiento o amistad deponen en la causa, restando objetividad a la determinación de dicha variable, cuya complejidad en una sociedad articulada, plural y heterogénea exige la consideración de mínimos objetivos para la tasación proporcional, ponderada y adecuada de los perjuicios morales, sin que se constituya en tarifa judicial o, se pretenda el establecimiento de una tarifa legal.

LIQUIDACION DE PERJUICIOS MORALES - Aplicación del test de proporcionalidad / TEST DE PROPORCIONALIDAD - Fundamento. Principio de proporcionalidad / PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - Comprende tres subprincipios. Idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto. Precedente jurisprudencial constitucional

El fundamento de este test no es otro que el principio de proporcionalidad, según el precedente jurisprudencial constitucional dicho principio comprende tres sub principios que son aplicables al mencionado test: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto. En cuanto al primero, esto es, la idoneidad, debe decirse que la indemnización del perjuicio debe estar orientada a contribuir a la obtención de una indemnización que se corresponda con criterios como intensidad del dolor, alcance y dosificación de la incapacidad. En cuanto al segundo, esto es la necesidad, la indemnización del perjuicio debe ser lo más benigna posible con el grado de afectación que se logre revelar en él o los individuos y que contribuyan a alcanzar el objetivo de dejarlos indemnes. Finalmente, en cuanto al tercero, esto es la proporcionalidad en estricto sentido, con el test se busca que se compensen razonable y ponderadamente los sufrimientos y sacrificios que implica para la víctima (víctimas) la ocurrencia del daño y su desdoblamiento.

PRIVACION DE LA LIBERTAD - Medida de aseguramiento / MEDIDA DE ASEGURAMIENTO - Cumplimiento de los presupuestos para la imposición de la medida de aseguramiento / IUS PUNENDI DEL ESTADO - Ejercicio pleno y ordinario / DETENCION PREVENTIVA DE LA LIBERTAD - Medida de aseguramiento / PRIVACION DE LA LIBERTAD - No fue injusta

Se cumplieron los presupuestos para la imposición de la medida de aseguramiento. No se corroboró la ocurrencia de una privación injusta, sino el

ejercicio pleno y ordinario del ius puniendi del Estado. En el caso concreto no hay duda que la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva ordenada contra los señores Jesús Antonio y Héctor José Vélez Ospina no fue injusta, en los términos de los supuestos establecidos en el mencionado artículo 414 del decreto ley 2700 de 1991, por cuanto para el caso en concreto se cumplió con lo establecido en el artículo 388 del Decreto 2700 de 1991, luego, la actuación o actividad desplegada por la Fiscalía en la fase de investigación e instrucción del proceso penal se correspondió con el ejercicio del ius puniendi del Estado, con la exigencia de un indicio grave de responsabilidad y con la diligencia debida para el esclarecimiento probatorio de la comisión de delitos que, como los asociados a la conformación de grupos armados ilegales y porte ilegal de armas de uso privativo de las fuerzas armadas (artículo segundo del Decreto 1194 de 1989, artículos 1° y 2° del Decreto 3664 de 1986, adoptado como legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991), imponen a las autoridades la utilización del mayor rigor probatorio, no la perfección, y de todos los medios disponibles para lograr la identificación y vinculación de las complejas e intrincadas redes que se construyen alrededor de este tipo de ilícitos. Por lo anterior, se reunieron los requisitos legales y procesales para proferir medida de aseguramiento consistente en detención preventiva de la libertad, sin que pueda considerarse dicha decisión como una actuación grosera y flagrante en que se hayan quebrado los criterios establecidos en la ley procesal.

IMPOSICION DE LA MEDIDA DE DETENCION PREVENTIVA - Legalidad / DETENCION PREVENTIVA - Basada en indicios serios

Además de lo anterior, y tratándose de delitos que tipificados para la época de su ocurrencia en el Código Penal de 1980, la decisión de la Fiscalía al momento de proferir la Resolución de Acusación se ajustó al procedimiento penal, ya que por los punibles de conformación de grupos armados ilegales y porte ilegal de armas de uso privativo de las fuerzas armadas, no procedía libertad provisional, condena de ejecución condicional o libertad condicional, por lo que se imponía legalmente la detención preventiva. Con base en lo anterior, debe decirse que la detención producto de la investigación e instrucción penal adelantada por la Fiscalía Regional delegada ante Medellín contra los demandantes, sí se fundó en un indicio serio para imponer la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, convirtiendo a ésta en una carga que proporcionalmente debía ser soportada por los sindicados, y bien como lo ha señalado el precedente de la Sala, si en el mismo proceso se llega al final a absolver, esto no es indicativo “de que hubo algo indebido en la detención”. Así pues, existían elementos suficientes para “considerar razonable” la decisión de privar de la libertad a los procesados, sin que esto constituya reelaboración alguna de la valoración probatoria efectuada por la jurisdicción penal.

DETENCION PREVENTIVA - Decisión legal equivocada / DECISION ABSOLUTORIA - Análisis del daño antijurídico / FUNDAMENTO DE LA INDEMNIZACION - No está en la ilegalidad de la conducta, sino en la ocurrencia e imputación de un daño antijurídico. Precedente jurisprudencial

Se reitera, que es necesario distinguir entre la decisión legal que ordena la detención preventiva, que luego se cuestiona como equivocada, y la decisión absolutoria, siempre que el error salte a la vista, debiendo analizarse si se produjo el daño antijurídico reclamado por los demandantes y es imputable a la entidad demandada. No debe olvidarse, como el precedente de la Sala lo señala, que el fundamento de la indemnización no está en la ilegalidad de la conducta, sino que si hay lugar a la ocurrencia e imputación de un daño antijurídico. Con otras

palabras, que se produzca un daño anormal y que se grave de manera excepcional a los demandantes, lo que no quedó demostrado a tenor de las decisiones proferidas por los Fiscales, por el contrario sería necesario ordenar la revisión de la actuación realizada por el Fiscal Regional Delegado de Medellín. Y pese a que el daño antijurídico se estableció, se demostró que la entidad demandada adoptó la decisión de imponer la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva a los demandantes, en ejercicio legítimo de los poderes reconocidos al Estado, respecto de lo cual tanto los demandantes, como toda persona está obligada a asumirlo como una carga pública soportable.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., veintidós (22) de junio de dos mil once (2011)

Radicación número: 05001-23-25-000-1996-02630-01(20713)

Actor: JESUS ANTONIO VELEZ OSPINA Y OTROS

Demandado: NACION-FISCALIA GENERAL DE LA NACION Y RAMA JUDICIAL-

SALVAMENTO DE VOTO

Con el respeto y consideración, manifiesto que me aparto de la decisión tomada por la Sala en sentencia de 22 de junio de 2011, que modificó la sentencia proferida por la Sala Quinta del Tribunal de Descongestión de Antioquia, Caldas y Chocó el 16 de febrero de 2001de 2000, en la que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

Necesidad de aclarar la aplicación del artículo 414 del decreto 2700 de 1991 aún después de la entrada en vigencia de la ley 270 de 1996.

La Sala en su precedente señala claramente que los supuestos o hipótesis previstos en el artículo 414 del decreto 2700 de 1991 son aplicables, operando su vigencia relativa temporal, para imputar objetivamente la responsabilidad del

Estado con ocasión de la privación injusta de la libertad de una persona, aún con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 270 de 1996²⁰.

Pero queda la duda que la Sala no avale “una aplicación ultractiva” del artículo 414 del decreto 2700 de 1991 que está derogado, “sino de los supuestos que se regulaban de manera específica en el mismo”. Si se reconoce que los hechos ocurridos bajo la vigencia de dicha norma pueden ser encuadrados en los supuestos señalados en la disposición, sería contradictorio plantear que no se avala su aplicación ultractiva, ya que como problema de aplicación de la ley en el tiempo está “íntimamente ligada al principio de que todo hecho, acto o negocio jurídico se rige por la ley vigente al momento de su ocurrencia, realización o celebración. Dentro de la Teoría General del Derecho, es clara la aplicación del principio "Tempus regit actus", que se traduce en que la norma vigente al momento de sucederse los hechos por ella prevista, es la que se aplica a esos hechos, aunque la norma haya sido derogada después. Esto es lo que explica la Teoría del Derecho, la denominada ultractividad de las normas, que son normas derogadas, que se siguen aplicando a los hechos ocurridos durante su vigencia. Este fenómeno se presenta en relación con todas las normas jurídicas, cualquiera que sea su naturaleza: civil, comercial, penal, etc”²¹.

En ese sentido, el precedente jurisprudencial constitucional ha señalado,

“... en relación con la ultraactividad de la ley, los conflictos en torno a la aplicación de la ley en el tiempo surgen cuando los efectos de una norma derogada se proyectan con posterioridad a su desaparición, respecto de hechos acaecidos durante su vigencia. En estricto sentido, la norma derogada no estaría produciendo efectos por fuera de su ámbito temporal de vigencia, porque los mismos, en este evento, se predicen a un supuesto de hecho que ocurrió antes de que fuera derogada. En este sentido, en la Sentencia C-329 de 2001 se hace notar cómo los efectos jurídicos de una norma se producen en el momento en el que se atribuye la consecuencia normativa a la conducta establecida en su supuesto de hecho, independientemente de la oportunidad en la que ello sea declarado por la autoridad judicial. Habría que agregar entonces que para que pueda hablarse de ultraactividad de la ley en relación con hechos acaecidos durante su vigencia, es necesario que tales hechos no se hayan agotado para el momento de la derogatoria de la ley. Puede tratarse, por ejemplo, de hechos continuados, de tal manera que, iniciados bajo la vigencia de una ley, se concluyen cuando la misma ya ha sido derogada, o de casos en los cuales no obstante que el hecho se ha producido bajo la vigencia de una ley

²⁰ Sentencias de 4 de diciembre de 2006, expediente: 13.168 y de 2 de mayo de 2001, expediente: 15.463, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

²¹ Corte Constitucional, Sentencias C-763 de 17 de septiembre de 2002; C-450 de 1996.

*la atribución de la consecuencia normativa no es instantánea, y se produce con posterioridad, bajo la vigencia de otra ley*²².

Luego, si la premisa es que los supuestos consagrados en el mencionado artículo 414 del C.P.P., son aplicables para determinar el encuadramiento de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, sin duda lo que se está manifestando es el fenómeno de la ultractividad puesto que se entiende que sigue produciendo efectos posteriores y sobrevive para casos en concreto.

Test de proporcionalidad

Considero que si bien a partir de 2001 la jurisprudencia viene aplicando como criterio de estimación de los perjuicios morales el salario mínimo mensual legal vigente (en una suerte de equivalencia con los gramos oro reconocidos en la primera instancia), no deja de seguir siendo un ejercicio discrecional (arbitrio iudicis) del juez de tasar tales perjuicios, sin lograr, aún, la consolidación de elementos objetivos en los que pueda apuntarse la valoración, estimación y tasación de los mismos, con lo que se responda a los principios de proporcionalidad y razonabilidad con lo que debe operar el juez y, no simplemente sustentarse en la denominada “cierta discrecionalidad”.

Así mismo, para el reconocimiento y tasación el juez se sujeta al criterio determinante de la intensidad del daño, que usualmente se demuestra con base en las pruebas testimoniales las cuales arrojan una descripción subjetiva de quienes, por la cercanía, conocimiento o amistad deponen en la causa, restando objetividad a la determinación de dicha variable, cuya complejidad en una sociedad articulada, plural y heterogénea exige la consideración de mínimos objetivos para la tasación proporcional, ponderada y adecuada de los perjuicios morales, sin que se constituya en tarifa judicial o, se pretenda el establecimiento de una tarifa legal.

De acuerdo con lo anterior, se emplea un test de proporcionalidad para la liquidación de los perjuicios morales. El fundamento de este test no es otro que el

²² Corte Constitucional, Sentencia C-377 de 27 de abril de 2004.

principio de proporcionalidad, según el precedente jurisprudencial constitucional dicho principio comprende tres sub principios que son aplicables al mencionado test: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto.

En cuanto al primero, esto es, la idoneidad, debe decirse que la indemnización del perjuicio debe estar orientada a contribuir a la obtención de una indemnización que se corresponda con criterios como intensidad del dolor, alcance y dosificación de la incapacidad.

En cuanto al segundo, esto es la necesidad, la indemnización del perjuicio debe ser lo más benigna posible con el grado de afectación que se logre revelar en él o los individuos y que contribuyan a alcanzar el objetivo de dejarlos indemnes.

Finalmente, en cuanto al tercero, esto es la proporcionalidad en estricto sentido, con el test se busca que se compensen razonable y ponderadamente los sufrimientos y sacrificios que implica para la víctima (víctimas) la ocurrencia del daño y su desdoblamiento.

Se cumplieron los presupuestos para la imposición de la medida de aseguramiento. No se corroboró la ocurrencia de una privación injusta, sino el ejercicio pleno y ordinario del *ius puniendi* del Estado.

En el caso concreto no hay duda que la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva ordenada contra los señores Jesús Antonio y Héctor José Vélez Ospina no fue injusta, en los términos de los supuestos establecidos en el mencionado artículo 414 del decreto ley 2700 de 1991, por cuanto para el caso en concreto se cumplió con lo establecido en el artículo 388 del Decreto 2700 de 1991²³, luego, la actuación o actividad desplegada por la Fiscalía en la fase de investigación e instrucción del proceso penal se correspondió con el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, con la exigencia de un indicio grave de responsabilidad y con la diligencia debida para el esclarecimiento probatorio de la comisión de delitos que, como los asociados a la conformación de grupos armados ilegales y porte ilegal de armas de uso privativo de las fuerzas armadas (artículo segundo

²³ Artículo 388: *Requisitos sustanciales. Son medidas de aseguramiento para los imputables, la conminación, la caución, la prohibición de salir del país, la detención domiciliaria y la detención preventiva, las cuales se aplicarán cuando contra del sindicado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad, con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso. En los delitos de competencia de los jueces regionales sólo procede como medida de aseguramiento, la detención preventiva.*

del Decreto 1194 de 1989, artículos 1° y 2° del Decreto 3664 de 1986, adoptado como legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991), imponen a las autoridades la utilización del mayor rigor probatorio, no la perfección, y de todos los medios disponibles para lograr la identificación y vinculación de las complejas e intrincadas redes que se construyen alrededor de este tipo de ilícitos.

Por lo anterior, se reunieron los requisitos legales y procesales para proferir medida de aseguramiento consistente en detención preventiva de la libertad, sin que pueda considerarse dicha decisión como una actuación grosera y flagrante en que se hayan quebrado los criterios establecidos en la ley procesal.

Además de lo anterior, y tratándose de delitos que tipificados para la época de su ocurrencia en el Código Penal de 1980, la decisión de la Fiscalía al momento de proferir la Resolución de Acusación se ajustó al procedimiento penal, ya que por los punibles de conformación de grupos armados ilegales y porte ilegal de armas de uso privativo de las fuerzas armadas, no procedía libertad provisional, condena de ejecución condicional o libertad condicional, por lo que se imponía legalmente la detención preventiva.

Con base en lo anterior, debe decirse que la detención producto de la investigación e instrucción penal adelantada por la Fiscalía Regional delegada ante Medellín contra los demandantes, sí se fundó en un indicio serio para imponer la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, convirtiendo a ésta en una carga que proporcionalmente debía ser soportada por los sindicados, y bien como lo ha señalado el precedente de la Sala, si en el mismo proceso se llega al final a absolver, esto no es indicativo “de que hubo algo indebido en la detención”. Así pues, existían elementos suficientes para “considerar razonable” la decisión de privar de la libertad a los procesados, sin que esto constituya reelaboración alguna de la valoración probatoria efectuada por la jurisdicción penal.

Así mismo, se reitera, que es necesario distinguir entre la decisión legal que ordena la detención preventiva, que luego se cuestiona como equivocada, y la decisión absolutoria, siempre que el error salte a la vista, debiendo analizarse si se produjo el daño antijurídico reclamado por los demandantes y es imputable a la entidad demandada. En ese sentido, el precedente de la Sala advierte:

“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... 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”.

No debe olvidarse, como el precedente de la Sala lo señala, que el fundamento de la indemnización no está en la ilegalidad de la conducta, sino que si hay lugar a la ocurrencia e imputación de un daño antijurídico. Con otras palabras, que se produzca un daño anormal y que se grave de manera excepcional a los demandantes, lo que no quedó demostrado a tenor de las decisiones proferidas por los Fiscales, por el contrario sería necesario ordenar la revisión de la actuación realizada por el Fiscal Regional Delegado de Medellín.

Y pese a que el daño antijurídico se estableció, se demostró que la entidad demandada adoptó la decisión de imponer la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva a los demandantes, en ejercicio legítimo de los poderes reconocidos al Estado, respecto de lo cual tanto los demandantes, como toda persona está obligada a asumirlo como una carga pública soportable.

En este sentido dejo presentada mi aclaración de voto.

Fecha ut supra

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA