

DAÑO ANTIJURIDICO - Existencia / PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Responsabilidad del Estado / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Derivada de la administración de justicia / ARTICULO 414 DEL C.P.P. DE 1991 / INDUBIO PRO REO - Régimen de responsabilidad aplicables en cada caso

El daño antijurídico se encuentra establecido, puesto que la señora Martha Elsa Fonseca Pulido estuvo privada de la libertad desde el 19 de octubre de 1993, hasta el 4 de octubre de 1996, fecha esta última en la que se le concedió la libertad provisional, y su absolución formalmente se produjo el 22 de enero de 1997. 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. Los artículos 66 a 69 de la ley 270 de 1996 (Ley Estatutaria de Administración de Justicia), contienen las hipótesis bajo las cuales el Estado puede resultar responsable, a causa de: i) privación injusta de la libertad, ii) error jurisdiccional, o iii) defectuoso funcionamiento de la administración de justicia. Identificado el supuesto de responsabilidad, se deberá determinar el título de imputación aplicable al caso concreto, bien a través de un sistema subjetivo de falla del servicio, o mediante uno de naturaleza objetivo. En eventos de privación injusta de la libertad, se deben tener en cuenta algunos aspectos y parámetros que, en los últimos años, han sido trazados por la jurisprudencia de esta Corporación, criterios que podrían catalogarse en los siguientes términos: i) Las hipótesis establecidas en el artículo 414 del C.P.P. de 1991 (decreto ley 2700) mantienen vigencia para resolver, de manera objetiva, la responsabilidad del Estado derivada de privaciones injustas de la libertad, en las cuales se haya arribado a cualquiera de las conclusiones a las que hace referencia la citada disposición, 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. 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. ii) Cuando se absuelva a la persona sindicada, en aplicación del in dubio pro reo -strictu sensu-, de conformidad con los planteamientos contenidos en las sentencias proferidas en los procesos números 13.168 (2006) y 15.463 (2007), el juez de lo contencioso administrativo deberá constatar siempre, que el aparato jurisdiccional ordinario penal, sí haya aplicado efectivamente esa figura procesal penal que integra el derecho al debido proceso. En otros términos, la responsabilidad de la administración pública derivada de la absolución o su equivalente, con apoyo en la máxima de que la “duda se resuelve a favor del procesado”, se analiza y aplica a través de un régimen objetivo, pero siempre y cuando se logre verificar, fehacientemente, que el juez penal al momento de evaluar el material probatorio – que por cierto necesariamente debe existir con pruebas tanto en contra como a favor del sindicado o acusado–, manejó una duda razonable que le impidió llegar a la plena certeza sobre la materialización y autoría de la conducta punible. En estos supuestos es lógico que el régimen de responsabilidad sea objetivo como quiera que imponerle al demandante la carga de demostrar una falla del servicio sería someterlo a una especie de probatio diabólica, ya que, en estos escenarios el problema es que no se pudo superar la duda razonable que opera como garantía constitucional de la persona, lo que se traduce en la necesidad de reparar el daño que se irrogó con la detención.

IN DUBIO PRO REO - Aplicación para efectos de determinar la responsabilidad del Estado por la privación de la libertad

En efecto, la herramienta del *in dubio pro reo* –*stricto sensu*– opera como bisagra en la tensión que se genera en el poder público –y, concretamente, la represión penal– frente al principio de libertad, para darle prevalencia a este último en aquellos casos en que la duda deviene insuperable. Es decir, con la citada herramienta en su vertiente estricta se hace prevalecer el bien esencial de la libertad, razón por la que en estos eventos no se desprende una falla del servicio, sino una responsabilidad de naturaleza objetiva fundamentada en el rompimiento de las cargas públicas, toda vez que el Estado somete al ciudadano a una situación restrictiva en la que le limita sus garantías públicas para garantizar su comparecencia al proceso, razón por la que se impone el deber resarcitorio sin consideraciones subjetivas. iii) La absolución o preclusión de la investigación que emana de falencias probatorias en la instrucción o juicio penal, traduciría en verdad una falla del servicio que no puede considerarse como una conclusión establecida a partir de la aplicación del mencionado principio del *in dubio pro reo*. Por consiguiente, en estos eventos, es necesario que la parte demandante en el proceso contencioso administrativo de reparación, demuestre, de manera clara, que la privación de la libertad se produjo a partir del error del funcionario, o del sistema, derivado éste de una ausencia probatoria que sustentara la detención preventiva. No es que se sitúe, por capricho, a la persona en un grado mayor de exigencia probatoria, sino que en estos eventos en los cuales la decisión no se refiere a la aplicación del principio de la duda razonable –porque materialmente no hay incertidumbre, en tanto no hay medios probatorios en ninguno de los extremos de la relación procesal–, es necesario demostrar que la medida de aseguramiento fue arbitraria. El anterior planteamiento, lejos de desconocer el principio y valor supremo de la libertad, supone la importancia de decretar la responsabilidad de la entidad pública bajo la perspectiva subjetiva, lo que permitirá eventualmente mejorar las políticas públicas sobre la materia y, de paso, abrir en la medida de las posibilidades la viabilidad a la acción de repetición en contra del funcionario que eventualmente al actuar con dolo o culpa grave desencadenó el daño. Además, no se sitúa con esta hermenéutica a la parte afectada con la privación de la libertad en una situación probatoria en extremo difícil; por el contrario, si la detención fue arbitraria e ilegal, será fácil acreditar esa circunstancia lo que permitirá que el Juez de lo Contencioso Administrativo valore el grado de subjetividad con que se actuó en el caso concreto. iv) Como se aprecia, en cada caso concreto de reparación por privación injusta de la libertad, corresponde determinar a las partes y al operador jurídico en qué supuesto se enmarcó dicha privación, a efectos de tener claridad sobre el título de imputación aplicable al asunto respectivo, como quiera que no toda absolución, preclusión de la investigación, o cesación del procedimiento penal, se deriva de la aplicación del instrumento del *in dubio pro reo*, motivo por el cual, no siempre se deducirá la responsabilidad de la organización pública a través de un régimen de naturaleza objetiva. v) En conclusión, cuando se atribuye la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, existen eventos precisos y específicos en los cuales la jurisprudencia –con fundamento en el principio *iura novit curia*–, ha aceptado la definición de la controversia a través de la aplicación de títulos de imputación de carácter objetivo, en los cuales, la conducta asumida por la administración pública no juega un papel determinante para la atribución del resultado. Por el contrario, las demás situaciones que desborden ese específico marco conceptual, deberán ser definidas y desatadas a partir de la verificación de una falla del servicio en cabeza del aparato estatal.

PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Responsabilidad del Estado / ABSOLUCION DEL PROCESO PENAL - Inexistencia de conducta punible

Por último, la Sala reconoce la existencia de un título jurídico de imputación autónomo, consistente en la posibilidad de demandar la responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho de haber estado vinculada la persona a un proceso penal, al margen de que exista o no privación o restricción efectiva de la libertad, ya que, en estos escenarios, aunado al hecho de la acreditación del daño antijurídico y su real materialización, será posible deprecar la responsabilidad del Estado siempre que se compruebe la existencia de una falla del servicio imputable a la entidad demandada, relacionada con la falta de los presupuestos necesarios para adelantar la respectiva investigación o juicio penal. Trazado el anterior panorama, 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. De acuerdo con las pruebas allegadas al proceso de la referencia, se encuentra demostrado que la señora Martha Elsa Fonseca Pulido estuvo privada de la libertad durante el periodo comprendido entre el 19 de octubre de 1993 y el 4 de octubre de 1996, como presunta autora del delito de estafa. Así mismo, está probado que el proceso penal por el delito mencionado se declaró terminado por absolución, como quiera que, en criterio de la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, la conducta desplegada por la acusada no constituía hecho punible, concretamente, porque no se configuraban los elementos necesarios del tipo penal que se le imputaba, esto es, la estafa. En el caso concreto la preclusión de la investigación a favor de Martha Elsa Fonseca Pulido, es suficiente y torna en inequívoca la aplicación de la consecuencia jurídica de la privación de la libertad, esto es, la declaratoria de responsabilidad de la entidad demanda por enmarcarse la detención en una de los supuestos que estaban consagrados en el ya derogado artículo 414 del C.P.P. de 1991, pero que, no obstante como se precisó, continúan orientando la labor del juez administrativo a la hora de establecer qué circunstancias o situaciones de privación de la libertad se rigen por un régimen objetivo de responsabilidad y cuáles no. Así las cosas, es incuestionable que en el presente caso el título de imputación del daño debe ser el objetivo, conforme a la normatividad señalada, ya que se logró determinar por parte de la justicia penal, que el obrar de la sindicada no configuraba hecho punible, ya que no actuó frente a la querellante de manera torticera o maliciosa, ni recurrió a engaños a la hora de suscribir el contrato de promesa de compra venta. Por consiguiente, se encuentra demostrado que la señora Fonseca Pulido fue privada de la libertad dentro de una investigación penal por un comportamiento que no configuraba conducta punible sino que debía ser definido bajo el marco de la responsabilidad civil, por tratarse del incumplimiento de un negocio jurídico. De otro lado, contrario a lo sostenido a lo largo del proceso por la demandada, la víctima no incurrió en culpa imputable a la misma que le hiciera atribuible total o parcialmente el daño sufrido, en la medida que la renuencia a pagar la caución no puede ser entendida, en términos de la atribución fáctica, el hecho determinante a la hora de la producción de la privación de la libertad de la sindicada. En efecto, en aquellos eventos en que la persona considera ilegítima la existencia en sí misma del proceso penal es posible que su renuencia a la constitución de la caución –al margen de si existían o no recursos para pagarla– no puede ser entendida como la causante del daño, máxime si está acreditado que la investigación, como ocurrió en el caso concreto, estaba fundamentada en la comisión de un punible que efectivamente nunca existió.

CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA - Inexistencia / CONSTITUCION DE CAUCION - Su ausencia no devino de la actuación irregular de la procesada

En ese orden de ideas, el comportamiento de la víctima en el caso sub examine, en términos de la atribución fáctica y jurídica, no resulta relevante para tornar inimputable el daño en cabeza de la administración pública, ni tampoco para reducir la indemnización por cuenta de una posible concurrencia o graduación de culpas. En efecto, la actitud legítima de la abogada Martha Elsa Fonseca al abstenerse de prestar la caución se basó, precisamente, en lo infundado que encontraba el proceso penal que se le seguía por la supuesta comisión del delito de estafa, más aún cuando, se insiste, existían una serie de cargas y deberes que estaban en cabeza de la promitente compradora que no podía ignorar, como era el conocer si pesaban o no gravámenes sobre el inmueble que pretendía adquirir. En consecuencia, en los términos de la teoría de la desobediencia civil, no puede reprochársele a una persona que obró de manera legítima frente a lo que se cataloga como una consecuencia injusta, que se adecúe y obre conforme a la misma; una postura contraria supondría atribuirle el daño a quien precisamente lo padeció, pues es indiscutible que el obrar de la sindicada no fue determinante en la producción del daño antijurídico, y tampoco puede calificarse su actitud como negligente puesto que interpuso de manera oportuna los recursos contra la resolución que le impuso la medida de aseguramiento de detención preventiva, y que en segunda instancia fue sustituida por la detención domiciliaria. En esa línea de pensamiento, resulta de apodíctica verdad que el actuar de Martha Elsa Fonseca Pulido no configuró, en los términos de la imputación objetiva, una culpa exclusiva y determinante de la víctima o acción a propio riesgo, toda vez que el hecho abstenerse y, concretamente, resistirse a pagar la caución impuesta no imponía el deber de realización del daño en su cabeza, sino que, por el contrario, las medidas restrictivas impuestas por el Estado en aras de la tramitación de un proceso penal no salen de su órbita de cuidado; circunstancia distinta hubiera acaecido si la sindicada hubiera sido negligente o desatendida en los términos establecidos en el artículo 70 de la ley 270 de 1996 –LEAJ–, esto es, que hubiera obrado con dolo o culpa grave, o que no hubiere interpuesto los recursos procedentes. Como corolario de lo anterior, la Sala revocará la decisión apelada para, en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda sin que haya lugar a reducción de la condena por una graduación o concurrencia de culpas, toda vez que, tal y como se puntualizó, el comportamiento de la víctima no fue determinante en la producción del daño antijurídico imputable a la entidad demandada, sino que, por el contrario, la privación de la libertad se originó en el proceso penal seguido en contra de Martha Elsa Fonseca, en el que se le absolvió en virtud de que no constituyó hecho punible su actuación.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., nueve (9) de junio de dos mil diez (2010)

Radicación número: 76001-23-31-000-1998-00197-01(19312)

Actor: MARTHA ELSA FONSECA PULIDO

Demandado: NACION-FISCALIA GENERAL DE LA NACION

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 31 de marzo de 2000, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en la que se decidió:

“NEGAR LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA” (fl. 232 cdno. ppal. 2ª instancia - mayúsculas y negrillas del original).

I. ANTECEDENTES

1. Demanda y trámite en primera instancia

1.1. En escrito presentado el 11 de marzo de 1998, Martha Elsa Fonseca Pulido, Alfonso Fonseca Vargas, Ana Pulido Zárate, Janeth Patricia Fonseca Pulido y Nilo Vivas Delgado, 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 fue objeto la primera durante dos años, once meses y dieciséis días (fls. 88 a 99 cdno. ppal.).

En consecuencia, solicitaron que se condenara a la entidad demandada a pagar: i) por concepto de perjuicios morales, el valor equivalente a 2.500 gramos de oro para Martha Elsa Fonseca Pulido, así como 1.000 gramos de oro para cada uno de los demás actores; ii) a título de daño material, los ingresos dejados de percibir por Martha Elsa Fonseca Pulido durante el tiempo que duró la detención domiciliaria, lo que le impidió el ejercicio de su profesión de abogada, ingresos estimados en un millón de pesos mensuales.

En apoyatura de las pretensiones se expusieron, en síntesis, los siguientes hechos (fls. 90 a 93 cdno. ppal.):

1.1.1. Martha Elsa Fonseca, en ejercicio de su profesión de abogada y en calidad de mandataria de Miguel Cabezas, suscribió un contrato de promesa de compraventa sobre un bien de propiedad de este último con la señora Aura Salomé Ramírez de Grijalba, en cuyo clausulado se acordaba, entre otros

aspectos, que el promitente vendedor entregaría los títulos de propiedad completamente saneados al promitente comprador.

1.1.2. Con la firma del documento la promitente compradora entregó la suma de dos millones de pesos.

1.1.3. Sobre el bien prometido en venta pesaba una hipoteca y se adelantaba un proceso ejecutivo en el Juzgado Octavo Civil del Circuito, razón por la que los dineros entregados por la promitente compradora fueron abonados por ella al citado proceso judicial.

1.1.4. No obstante, el bien fue objeto de remate, razón por la que la señora Aura Salomé Ramírez formuló denuncia penal contra Martha Elsa Fonseca Pulido.

1.1.5. Después de practicar algunas pruebas, la Fiscalía 31-1 de la Unidad de Delitos contra el Patrimonio Económico, profirió medida de aseguramiento consistente en caución prendaria por valor de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, por la presunta comisión del delito de estafa.

1.1.6. Como no se prestara la caución prendaria, el Fiscal de conocimiento modificó la medida cautelar, para ordenar la detención preventiva de la sindicada, y librada la orden de captura fue detenida el 19 de octubre de 1993.

1.1.7. Al interponerse recurso de apelación contra la citada decisión, le fue modificada la medida por detención domiciliaria.

1.1.8. El 30 de noviembre de 1993, la Fiscalía 31 profirió resolución de acusación contra Martha Elsa Fonseca Pulido por el delito de estafa.

1.1.9. El apoderado judicial de la señora Fonseca Pulido, para evitar más dilaciones consideró inoportuno interponer recurso de apelación contra la resolución acusatoria, por lo tanto, el proceso fue enviado a los Juzgados Penales del Circuito de Cali, correspondiéndole el conocimiento al Juez Catorce Penal del Circuito, funcionario que absolvió a la procesada.

1.1.10. Definida la impugnación interpuesta por la Fiscalía, la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali confirmó la absolución, al considerar

que en ningún momento la señora Martha Elsa Fonseca Pulido cometió el delito imputado, pues no sólo por el hecho de que en la promesa de compraventa se estableciera una cláusula en relación a que los títulos de propiedad se entregarían saneados, sino que además la consignación que hizo la promitente compradora a órdenes del Juzgado Octavo Civil del Circuito, es demostrativa del conocimiento que tenía del gravamen real que pesaba sobre el bien inmueble.

1.2. El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca admitió la demanda en auto de 3 de abril de 1998 (fls. 8 y 9 cdno. ppal.); en proveído de 6 de agosto de 1999, se abrió el proceso a pruebas (fls. 149 a 151 cdno. ppal.) y, por último, en providencia de 12 de noviembre de 1999, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión (fl. 175 cdno. ppal.). El a quo dispuso notificar la demanda no sólo a la Fiscalía General de la Nación, sino al Director Ejecutivo de Administración Judicial, en los términos del artículo 99 de la ley 270 de 1996.

3. Notificada la demanda, la Fiscalía General de la Nación se opuso a las pretensiones (fls. 118 a 124 cdno. ppal.). En apoyo de su petición, señaló que las medidas cautelares se dictaron conforme a las disposiciones procesales vigentes, motivo por el cual es necesario apreciar en su integridad las circunstancias de tiempo, modo y lugar que fueron evaluadas por el instructor a la hora de proferir las providencias respectivas.

Por su parte, la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial solicitó que se declarara la excepción de inepta demanda por falta de requisitos formales, ya que esa entidad fue vinculada al proceso cuando en el libelo demandatorio no se le hacía ningún tipo de imputaciones. Así mismo, solicitó la negativa de las súplicas formuladas, toda vez que la detención no fue injusta, en los términos exigidos por el artículo 68 de la ley 270 de 1996 –LEAJ–.

2. Decisión de primera instancia

En sentencia de 31 de marzo de 2000, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca desestimó las pretensiones de la demanda. En criterio de la Corporación, en el asunto *sub examine*, la detención de Martha Elsa Fonseca estuvo ajustada a derecho, y existía un indicio grave que permitía proferir la medida de aseguramiento.

Entre otros aspectos, el *a quo*, puntualizó lo siguiente:

“(...) Conforme al artículo 388 del C.P.P. resultan procedentes las medidas de conminación, caución, prohibición de salir del país, la detención domiciliaria y la detención preventiva, para cuya aplicación el juez deberá tener en cuenta que contra el procesado exista por lo menos un indicio grave de responsabilidad, con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso.

“De las pruebas allegadas a la investigación, estima esta Sala de Decisión, que el funcionario de la Fiscalía logró establecer la existencia de un indicio grave.

“Primero, se logró probar que efectivamente se suscribió una promesa de compraventa; hecho confirmado por ambas partes. Pero el punto fundamental y en discusión era establecer si la sindicada, quien actuaba como apoderada de la parte vendedora, dio a conocer o no a la parte compradora, que sobre el inmueble objeto de la promesa de venta pesaba un gravamen hipotecario y la consecuente medida cautelar consistente en el embargo del mismo, la cual, coloca el bien fuera del comercio. Ese es el punto que definiría si se configura o no, el delito de estafa.

“Segundo, los testigos coinciden en afirmar que la parte compradora desconocía tal situación, pero además el documento de promesa de compraventa elaborado por la sindicada, no menciona específicamente, en ningún momento esa situación tan relevante.

“Todo lo anterior, constituye un indicio grave, que faculta al funcionario de la Fiscalía a dictar una medida de aseguramiento, que por la naturaleza del delito, consistió en una caución prendaria.

“Siguiendo con el estudio, el artículo 387 C.P.P. dice: “La detención preventiva procede en los siguientes casos: 6. Cuando el sindicado, injustificadamente no otorga la caución prendaria o juratoria dentro de los tres días siguientes a la notificación del auto que la imponga o del que resuelve el recurso de reposición.”

“En virtud de esa norma, también es procedente la actuación del funcionario de la Fiscalía, al sustituir la medida de aseguramiento consiste en una caución prendaria, por la detención preventiva, ya que como consta en el expediente, encontró el fiscal injustificada la renuencia de la sindicada a cumplir con la imposición judicial.

“Seguidamente, producto del recurso interpuesto por el apoderado de la sindicada contra tal decisión, se le concedió la detención domiciliaria, que la Fiscalía la reduce a la obligación de permanecer en determinado Municipio donde “se haya afincado el imputado por sus vínculos familiares, laborales o sociales.”

“(...) Como se puede observar, el procedimiento seguido, aunque engorroso para la sindicada, terminó resolviendo un problema producto de un profundo estudio que era necesario.

“(...) Concluye la Sala, que si el actuar de los funcionarios hubiese sido abiertamente ilegal, el Juez Catorce Penal del Circuito no hubiera absuelto a la sindicada por duda.

“Además, la privación de la libertad de la sindicada fue ocasionada por ella misma, por dolo o culpa grave, situación que no compete dilucidar a esta Sala.

“Lo cierto es que la Sra. Matha Elsa Fonseca Pulido no se allanó a pagar la caución impuesta, y por tal razón se tuvo que proceder a privarla de su libertad.

“(...)” (fls. 216 a 232 cdno. ppal. 2ª instancia).

3. Recurso de apelación

Inconforme con la decisión, la parte demandante interpuso recurso de apelación (fls. 235 a 238 cdno. ppal. 2ª instancia); éste fue concedido por el *a quo*, en providencia de 15 de septiembre de 2000, y admitido en auto de 22 de enero de 2001 (fls. 241 a 243 y 247 a 248 cdno. ppal. 2ª instancia).

Los fundamentos de la impugnación, fueron formulados a través del siguiente razonamiento:

3.1. La conducta del Fiscal que tuvo a su cargo la investigación no fue correcta, pues a pesar de que la prueba existente determinaba la inexistencia del hecho punible, profirió no sólo medida de aseguramiento, sino también resolución acusatoria contra la sindicada. Además, no analizó en debida forma los elementos estructurales del delito de estafa, ya que, en el caso concreto no se presentó el despliegue de engaño o artificio, ni el error de juicio de quien lo padece.

3.2. De otro lado, al imponer la medida de aseguramiento contra Martha Elsa Fonseca, consistente en la caución prendaria, esa decisión fue apelada y antes de que se resolviera el recurso se modificó por la de detención preventiva.

3.3. El solo hecho de estar sometido a una investigación penal conlleva un perjuicio para el acusado, sino también para las personas allegadas a él, concretamente por la angustia que sobrellevaron durante el prolongado período que duró la investigación.

3.4. De conformidad con el artículo 414 del C.P.P., para que quien demanda tenga derecho a la indemnización se requiere que la detención haya sido injusta. Y se presume injusta la detención preventiva cuando a favor del detenido se dictó sentencia absolutoria definitiva, ejecutoriada, o su equivalente, es decir, cesación del procedimiento o preclusión de la investigación, porque el hecho investigado no existió; el sindicado no lo cometió o porque la conducta no constituía punible.

4. Trámite y alegatos de conclusión en la segunda instancia

En proveído de 22 de febrero de 2001, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para rendir sus alegatos de conclusión (fl. 250 cdno. ppal. 2ª instancia). En esta etapa intervino la demandada para solicitar que se tengan como argumentos los desarrollados en la contestación de la demanda (fl. 252 cdno. ppal. 2ª instancia).

II. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios de la segunda instancia, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el asunto sometido a su consideración, a través del siguiente derrotero: 1) los hechos probados; 2) valoración probatoria y conclusiones, 3) liquidación de perjuicios, y 4) condena en costas.

1. Los hechos probados

Del acervo probatorio allegado al proceso se destaca:

1.1. Obran copias íntegras y auténticas de las principales providencias proferidas en el proceso penal No. 6317 adelantado por la Fiscalía General de la Nación contra Martha Elsa Fonseca Pulido, por la presunta comisión del delito de estafa, medios de convicción que serán valorados porque fueron solicitados por ambas partes, y porque se surtieron con audiencia de las mismas, cumpliendo así las previsiones del artículo 185 del C.P.C. ¹, en relación con la eficacia y valoración de la prueba trasladada.

¹ Artículo 185.- Prueba trasladada. Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica y serán apreciables sin más formalidades, siempre que en el

Del citado cúmulo probatorio, se resaltan los siguientes:

1.1.1. Providencia proferida el 8 de julio de 1993, en la cual se le impuso a la señora Martha Elsa Fonseca Pulido, la siguiente medida de aseguramiento:

“Primero.- DECRETAR MEDIDA DE ASEGURAMIENTO CONSISTENTE EN CAUCIÓN PRENDARIA que define el C.P.P. en su Art. 293 en contra de la doctora MARTA ELSA FONSECA PULIDO, de condiciones civiles conocidas en autos, por el delito de estafa, contemplado en el libro 2º, título XIV, “Delitos contra el Patrimonio Público”, Capítulo III de la Estafa, Art. 356 del C. Penal, consistente en dos (2) salarios mínimos que deberá depositar en el Banco Popular de esta ciudad, a nombre de esta Fiscalía.

“Segundo.- La caución prendaria impuesta, deberá prestarse dentro de los tres (3) días contados a partir de la notificación de la presente providencia, conforme a lo prescrito en el art. 419 C.P.P.

“(...)” (fl. 14 cdno. ppal. – mayúsculas del original).

1.1.2. El 9 de septiembre de 1993, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, resolvió el recurso de apelación interpuesto contra el auto del 8 de julio de ese mismo año, en el sentido de confirmar la medida cautelar impuesta a la sindicada.

1.1.3. Auto del 14 de octubre de 1993, en el que el Fiscal 33 de la Unidad de Delitos contra el Patrimonio Económico de la ciudad de Cali, modificó el numeral 1 de la parte resolutive del proveído del 8 de julio de ese mismo año, decretando la detención preventiva de la señora Martha Elsa Fonseca Pulido.

La apoyatura de la anterior decisión fue la siguiente:

“Mediante resolución calendada en julio ocho (8) del año que transcurre, esta dependencia, al resolver la situación jurídica provisional de la inculpada, profirió en su contra medida de caución prendaria que fue oportunamente recurrida por el procurador de aquella, quien interpuso el recurso de apelación en subsidio del de reposición, pedimento que fue acogido por esta oficina en el interlocutorio de tres (3) de agosto de este año.

proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella.

“Es oportuno indicar, en relación con la anterior situación, que tal actuación procesal, en modo alguno, exoneraba a la procesada de su obligación de cancelar la caución impuesta dentro del término de ley, lo cual hasta el día de hoy, no ha acontecido, a pesar de que la doctora Fonseca Pulido, como se desprende de su injurada (sic), tiene un promedio mensual de ingresos de \$300.000,00, no tiene personas a cargo y no existe motivo que impida el ejercicio de su carrera profesional de abogado.

“(…) Señala el artículo 3978 del C. de P.P.: “La detención preventiva procede en los siguientes casos: 6. Cuando el sindicado, injustificadamente, no otorgue la caución prendaria o juratoria dentro de los tres días siguientes a la notificación del auto que la imponga o del que resuelva el recurso de reposición…” (fls. 23 y 24 cdno. ppal.)

1.1.4. Según da cuenta el informe No. 1890-C 712, suscrito por el Jefe del Grupo de Capturas de la Sijín de Cali, el 19 de octubre de 1993 se capturó a la señora Martha Elsa Fonseca Pulido, y se puso a disposición de la Fiscalía 31 de la Unidad de Delitos contra el Patrimonio Económico (fl. 30 cdno. ppal.).

1.1.5. En proveído del 9 de noviembre de 1993, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, desató la impugnación interpuesta contra la providencia del 14 de octubre de esa anualidad que había modificado la medida de aseguramiento de caución por detención preventiva de la sindicada. El *ad quem*, decidió modificar la decisión del *a quo* y, por lo tanto, determinó:

“**PRIMERO: SUSTITUIR** la medida asegurativa de **DETENCIÓN PREVENTIVA** deducida en contra de la Dra. MARTHA ELSA FONSECA PULIDO, en Resolución del 14 de octubre de 1993 y distinguida con el No. 071, por la **DETENCIÓN DOMICILIARIA**, en manera acorde a lo consignado en la parte motiva de esta resolución.

“Impóngase como **caución** suma equivalente a un salario mínimo legal mensual, que deberá cancelar dentro de los términos que igualmente dejaron expuestos precedentemente.

“**SEGUNDO: LÍBRESE** ante el señor Director de la Cárcel de este Distrito Judicial, la correspondiente orden de excarcelación como consecuencia de la determinación anteriormente anotada.

“**TERCERO: REVÓQUESE** el numeral segundo de la resolución revisada por no ser inherente a la medida asegurativa objeto de la sustitución y confírmese en los demás numerales.

“(…)” (fls. 38 y 39 cdno. ppal. – mayúsculas y negrillas del original).

1.1.6. EL 30 de diciembre de 1994, la Fiscalía 31 de la Unidad de Delitos contra el Patrimonio Económico, profirió resolución de acusación contra la sindicada con fundamento en lo siguiente:

“Pero es que además es pertinente indicar que la obra de la sumariada, se divide en varios engaños: el primero, al involucrar a la señora Ramírez de Grijalba en una negociación condenada al fracaso, ya lo dijimos; pero no contenta con eso, mantiene la trama con la solicitud de dos prórrogas para la firma de la escritura, las que a todas luces, lo sabía, eran estériles e inconducentes; así mismo, se compromete a llevar al notario hasta la casa del vendedor, donde hace esperar a la compradora hasta altas horas de la noche de manera infructuosa; pero hay más, lo que podríamos llamar el tercer acto, les promete otra casa...” (fls. 41 a 50 cdno. ppal.).

1.1.7. Sentencia del 30 de septiembre de 1996, proferida por el Juzgado Catorce Penal del Circuito, en la que se absolvió a la procesada a partir del razonamiento que se transcribe a continuación:

“(...) Atendiendo al texto completo del contrato de promesa de compra venta, en ningún momento el promitente vendedor está asegurando que el inmueble que promete en venta, se encuentra al momento de la firma libre de gravámenes o hipotecas.

“Simplemente, se está comprometiendo a entregar el día de la venta, todos los títulos de propiedad del inmueble debidamente saneados, al igual que se obliga al saneamiento de la venta en todos los casos de la ley, obsérvese, que textualmente, como ya se había transcrito, la cláusula sexta reza.

“... El promitente vendedor se obliga a entregar a la promitente compradora, el día de venta, todos los títulos de propiedad del inmueble, debidamente saneados...”

“Deduciendo por tanto, de esta prueba documental, que el promitente vendedor no engañó al promitente comprador, haciendo constar en el contrato que el inmueble prometido en venta estaba libre de hipotecas o gravámenes, todo lo contrario, uno de los compromisos adquiridos fue entregar todos los títulos de propiedad del inmueble debidamente saneados al momento del otorgamiento de la escritura pública de compra venta, compromiso que podría indicar que al momento de la promesa de venta no se tenían saneados todos los títulos de propiedad, es decir, que podría tener gravámenes.

“(...) Así, todas estas contradicciones de los testigos en comento, sobre el momento que se enteraron de la hipoteca y embargo del inmueble que iban a comprar, frente a la afirmación de la Dra. Fonseca Pulido de que ella sí les informó sobre ello al momento de

celebrar la promesa, y al contenido de la cláusula sexta de dicho contrato, llevan a esta juzgadora a la duda.

“Duda, por cuanto la prueba analizada no conlleva a la certeza de que la Dra. Fonseca Pulido, informó a la promitente compradora de la hipoteca y embargo existentes sobre el inmueble objeto del contrato; o de que no lo hizo, tal como lo sostiene la denunciante y su familia.

“(…) En consecuencia, por todo lo anteriormente expuesto con el único ánimo o intención de acertar jurídicamente convencido de ello, para esta juzgadora los hechos investigados y juzgados no se ajustan o se subordinan al hecho punible de la estafa por el cual se acusó a la Dra. Fonseca Pulido, en la medida en que no existe certeza sobre uno de los elementos integrantes de este tipo penal como son los artificios o engaños, cuya existencia no se pudo demostrar plenamente, puesto que las pruebas dejaron la duda imposible de eliminar, que deberá resolverse a favor de la procesada, profiriendo sentencia absolutoria por cuanto no obra en el proceso el primer requisito que exige el art. 247 del C.P. Penal, para proferir fallo condenatorio.

“(…)” (fls. 51 a 75 cdno. ppal. – subraya del original)

1.1.8. En sentencia del 22 de enero de 1997, la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, confirmó el fallo proferido por el Juez Catorce Penal del Circuito de Cali, con apoyo en el siguiente análisis:

“(…) No se trata de menospreciar los ejemplos de los tratadistas y menos de tener o calificar a la denunciante como presunta mentirosa, pues ella estaba en su legítimo derecho de reclamar. Otra cosa es que no le asista derecho a obtener que bajo los parámetros del derecho penal se le proteja su ignorancia supina, por cuanto tuvo todos los medios para averiguar de qué se trataba y no se puede olvidar que la obligación de la compradora era hacer un estudio de los títulos de dichas propiedades y si no lo hizo, la ley penal no puede entrar a satisfacer las torpezas de los ciudadanos en sus actuaciones y menos tratándose de una representante de un tercero, pues en ningún momento o al menos en autos no aparece prueba alguna que la sindicada haya actuado como sujeto propugnador de un ilícito en calidad de autor intelectual o determinante del presunto timo de que habla la denunciante.

“Así las cosas, encuentra la Sala que la interpretación que dio tanto la Fiscalía como la parte civil, han distorsionado un tanto la realidad procesal al otorgársele el incumplimiento de un contrato de compraventa relacionado en la promesa, pues dentro del plazo estipulado para la realización del pluricitado contrato tuvo conocimiento de la realidad jurídica del inmueble que pretendía comprar y si persistió en él, tampoco existen constancias que haya sido por tretas, ardidés o situaciones que la colocaran en situación

imposible de comprender lo que estaba sucediendo y por ello encuentra la Sala que en ningún momento se dan a cabalidad los elementos estructurales del delito de ESTAFA, y en consecuencia la absolución impartida por el a quo, es jurídica, más no por la duda, sino en razón a las consideraciones antes dadas y por ello habrá de impartírsele confirmación al fallo recurrido.

“(...)” (fls. 78 a 87 cdno. ppal. – mayúsculas del original).

1.1.9. Diligencia del compromiso suscrito por la señora Martha Elsa Fonseca Pulido, el 4 de octubre de 1996, en la que se le concede de libertad provisional como consecuencia de la sentencia absolutoria proferida el 30 de septiembre de 1996, por el Juzgado Catorce Penal del Circuito de Cali (fl. 77 cdno. ppal.).

1.2. A folio 7 del cuaderno principal obra certificación suscrita por Rodrigo Herrera, contador público con tarjeta profesional 29419-T, en la que se hace constar lo siguiente:

“Que la señora, MARTHA ELSA FONSECA PULIDO, identificada con la cédula de ciudadanía No. 31.235.452 de Cali, de profesión abogada según T.P. #15456 M.J. residente en la calle 9 # 10-72 Apto. 502 Tel: (...) de ésta ciudad, devengaba ingresos brutos mensuales de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000,00) MONEDA CORRIENTE, durante los años de 1994 y 1995, provenientes de su actividad profesional.”

1.3. Registros civiles de nacimiento de Martha Elsa y Jeanneth Patricia Fonseca Pulido, donde consta que sus padres son Alfonso Fonseca Vargas y Ana Pulido Zárate (fls. 5 y 6 cdno. ppal.). No obra registro civil de nacimiento ni de matrimonio del señor Nilo Vivas Delgado.

2. Valoración probatoria y conclusiones

El daño antijurídico se encuentra establecido, puesto que la señora Martha Elsa Fonseca Pulido estuvo privada de la libertad desde el 19 de octubre de 1993, hasta el 4 de octubre de 1996, fecha esta última en la que se le concedió la libertad provisional, y su absolución formalmente se produjo el 22 de enero de 1997. 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.

Ahora bien, tratándose del régimen de responsabilidad patrimonial - extracontractual del Estado derivado de la administración de justicia, es necesario reiterar los planteamientos contenidos en diversas sentencias proferidas de manera reciente por esta Corporación²:

Los artículos 66 a 69 de la ley 270 de 1996 (Ley Estatutaria de Administración de Justicia), contienen las hipótesis bajo las cuales el Estado puede resultar responsable, a causa de: i) privación injusta de la libertad, ii) error jurisdiccional, o iii) defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.

Identificado el supuesto de responsabilidad, se deberá determinar el título de imputación aplicable al caso concreto, bien a través de un sistema subjetivo de falla del servicio, o mediante uno de naturaleza objetivo.

En eventos de privación injusta de la libertad, se deben tener en cuenta algunos aspectos y parámetros que, en los últimos años, han sido trazados por la jurisprudencia de esta Corporación, criterios que podrían catalogarse en los siguientes términos:

i) Las hipótesis establecidas en el artículo 414 del C.P.P. de 1991 (decreto ley 2700) mantienen vigencia para resolver, de manera objetiva, la responsabilidad del Estado derivada de privaciones injustas de la libertad, en las cuales se haya arribado a cualquiera de las conclusiones a las que hace referencia la citada disposición, inclusive, con posterioridad a la ley 270 de 1996, en los términos precisados por la jurisprudencia de la Corporación³.

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. 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

² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de abril de 2008, exp. 17.534, M.P. Enrique Gil Botero, sentencia del 4 de diciembre de 2007, exp. 15.498, M.P. Enrique Gil Botero, y Cf. sentencia del 8 de julio de 2009, exp. 17.308, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

³ Sobre el particular, consultar la sentencia de 4 de diciembre de 2006, expediente 13.168, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

cuidadosa.

ii) Cuando se absuelva a la persona sindicada, en aplicación del *in dubio pro reo*⁴ - *strictu sensu*-, de conformidad con los planteamientos contenidos en las sentencias proferidas en los procesos números 13.168 (2006)⁵ y 15.463 (2007)⁶, el juez de lo contencioso administrativo deberá constatar siempre, que el aparato jurisdiccional ordinario penal, sí haya aplicado efectivamente esa figura procesal penal que integra el derecho al debido proceso.

En otros términos, la responsabilidad de la administración pública derivada de la absolución o su equivalente, con apoyo en la máxima de que la “*duda se resuelve a favor del procesado*”, se analiza y aplica a través de un régimen objetivo, pero siempre y cuando se logre verificar, fehacientemente, que el juez penal al momento de evaluar el material probatorio –que por cierto necesariamente debe existir con pruebas tanto en contra como a favor del sindicado o acusado–⁷, manejó una duda razonable que le impidió llegar a la plena certeza sobre la materialización y autoría de la conducta punible.

En estos supuestos es lógico que el régimen de responsabilidad sea objetivo como quiera que imponerle al demandante la carga de demostrar una falla del servicio sería someterlo a una especie de *probatio diabolica*, ya que, en estos escenarios el problema es que no se pudo superar la duda razonable que opera

⁴ “La certeza perseguida por el derecho penal máximo está en que ningún culpable resulte impune, a costa de la incertidumbre de que también algún inocente pueda ser castigado. La certeza perseguida por el derecho penal mínimo está, al contrario, en que ningún inocente sea castigado, a costa de la incertidumbre de que también algún culpable pueda resultar impune. Los dos tipos de certeza y los costes ligados a las incertidumbres correlativas reflejan intereses y opciones políticas contrapuestas: por un lado, la máxima tutela de la certeza pública respecto de las ofensas ocasionadas por los delitos; por otro lado, la máxima tutela de las libertades individuales respecto de las ofensas ocasionadas por las penas arbitrarias... La certeza del derecho penal mínimo de que ningún inocente sea castigado viene garantizada por el principio del *in dubio pro reo*. Este es el fin al que atienden los procesos regulares y sus garantías. Y expresa el sentido de la presunción de no culpabilidad del imputado hasta prueba en contrario: es necesaria la prueba –es decir, la certidumbre, aunque sea subjetiva– no de la inocencia sino de su culpabilidad, sin tolerarse la condena sino exigiéndose la absolución en caso de incertidumbre. La incertidumbre es en realidad resuelta por una presunción legal de inocencia en favor del imputado precisamente porque la única certidumbre que se pretende del proceso afecta a los presupuestos de las condenas y de las penas...” FERRAJOLI, Luigi “Derecho y Razón”, Ed. Trotta, Pág. 106.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006, M.P. Mauricio Fajardo Gómez

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 2 de mayo de 2007, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁷ “Cuando no resultan refutadas ni la hipótesis acusatoria ni las hipótesis en competencia con ella, la duda se resuelve, conforme al principio del *in dubio pro reo*, contra la primera.” *Ibíd.* Pág. 151-152.

como garantía constitucional de la persona, lo que se traduce en la necesidad de reparar el daño que se irrogó con la detención.

En efecto, la herramienta del *in dubio pro reo* –*stricto sensu*– opera como bisagra en la tensión que se genera en el poder público –y, concretamente, la represión penal– frente al principio de libertad, para darle prevalencia a este último en aquellos casos en que la duda deviene insuperable. Es decir, con la citada herramienta en su vertiente estricta se hace prevalecer el bien esencial de la libertad⁸, razón por la que en estos eventos no se desprende una falla del servicio, sino una responsabilidad de naturaleza objetiva fundamentada en el rompimiento de las cargas públicas, toda vez que el Estado somete al ciudadano a una situación restrictiva en la que le limita sus garantías públicas para garantizar su comparecencia al proceso, razón por la que se impone el deber resarcitorio sin consideraciones subjetivas.

Como lo precisó el excelso profesor Norberto Bobbio, “...frente a la gran antítesis entre libertad y poder que domina toda la historia humana –por la que en las relaciones entre individuos y grupos cuanto mayor es la libertad tanto menor es el poder y viceversa–, es buena y por consiguiente deseable y defendible la solución que amplía la esfera de la libertad y restringe la del poder, o, con otras palabras, aquella para la cual el poder debe ser limitado a fin de permitir a cada uno gozar de la máxima libertad compatible con la igual libertad de todos los demás.”⁹

iii) La absolución o preclusión de la investigación que emana de falencias probatorias en la instrucción o juicio penal, traduciría en verdad una falla del servicio que no puede considerarse como una conclusión establecida a partir de la aplicación del mencionado principio del *in dubio pro reo*. Por consiguiente, en estos eventos, es necesario que la parte demandante en el proceso contencioso administrativo de reparación, demuestre, de manera clara, que la privación de la

⁸ “Lo cito sólo para destacar la distinción fundamental entre la definición de libertad como sólo la inexistencia de obstáculos que se opongan a que yo haga lo que quiera (lo cual, presumiblemente, sería compatible con una vida muy estrecha, estrechada por la influencia que ejercerían sobre mí fuerzas personales e impersonales, la educación o las leyes, el amigo o el enemigo, el maestro y el pariente, o inclusive estrechada conscientemente por sí mismo), y la libertad como una gama de posibilidades objetivamente presentes, independientemente de que se les desee o no, aun cuando sea difícil o imposible dar reglas para medir o comparar grados de la misma, o para estimar diferentes situaciones respecto de ella.” BERLIN, Isaiah “De la esperanza y el miedo liberado” en “El estudio adecuado de la humanidad – colección de ensayos”, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2009, pág. 131.

⁹ BOBBIO, Norberto en el prólogo del libro “Derecho y Razón” de Luigi Ferrajoli, Ed. Trotta, 2001, pág. 14.

libertad se produjo a partir del error del funcionario, o del sistema, derivado éste de una ausencia probatoria que sustentara la detención preventiva.

Sobre el particular, la Sala sostuvo:

“Una de las razones por las cuales no se logró dentro de la investigación penal una prueba adecuada de la responsabilidad de los implicados, fue en palabras del propio juez, la pasividad por parte de la fiscalía en dicha labor, circunstancia que justifica aún más la condena que habrá de imponerse, habida consideración de que la acción punitiva del Estado cuya titularidad ostenta impele a éste a adelantar las labores convenientes en materia probatoria que permitan el esclarecimiento de la verdad real. Lo que no puede aceptarse de ninguna manera es que la falta de actividad probatoria por parte del Estado la tengan que soportar, privados de la libertad los sindicados, cuando precisamente del cumplimiento a cabalidad de dicha función, depende el buen éxito de la investigación, y desde luego solamente con una adecuada prueba, indicio grave de responsabilidad se repite, era procedente la imposición de la medida de aseguramiento. Ya se observó que para proferir la medida de aseguramiento de detención la norma procesal penal exige el acreditamiento del indicio grave de responsabilidad, Así las cosas, para la Sala resulta claro que en el presente asunto se configura una privación injusta de la libertad, y así habrá de declararse.

“(…) En lo que hace a la aplicación en el proceso penal que originó el presente asunto del principio In dubio pro reo y la posibilidad de responsabilizar al Estado cuando la absolución es consecuencia de dicha aplicación, cree la Sala que, no se trató de duda sino más bien de falta de prueba incriminatoria, sin embargo aun que se trátase de dicha hipótesis no debe olvidarse que el presupuesto de la aplicación de tal principio, supone una duda para el juzgador penal, lo cual evidencia, precisamente, la deficiencia de la actuación estatal en la labor probatoria, circunstancia que no puede servir de base, ni por asomo, para la exoneración del Estado por la privación injusta de la libertad, pues ha de tenerse presente que, como principio fundamental informador de toda la normativa penal, están los de buena fe y de inocencia, los cuales no pueden desvanecerse y mucho menos inobservarse, por una circunstancia meramente probatoria. La duda, en materia penal, se traduce en absolución y es ésta precisamente a la luz del art. 414 del C.P.P. la base para el derecho a la reparación.”¹⁰

No es que se sitúe, por capricho, a la persona en un grado mayor de exigencia probatoria, sino que en estos eventos en los cuales la decisión no se refiere a la aplicación del principio de la duda razonable –porque materialmente no hay incertidumbre, en tanto no hay medios probatorios en ninguno de los extremos de

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de septiembre de 1997, exp. 11.754, M.P. Daniel Suárez Hernández.

la relación procesal–, es necesario demostrar que la medida de aseguramiento fue arbitraria¹¹.

El anterior planteamiento, lejos de desconocer el principio y valor supremo de la libertad, supone la importancia de decretar la responsabilidad de la entidad pública bajo la perspectiva subjetiva, lo que permitirá eventualmente mejorar las políticas públicas sobre la materia y, de paso, abrir en la medida de las posibilidades la viabilidad a la acción de repetición en contra del funcionario que eventualmente al actuar con dolo o culpa grave desencadenó el daño.

Además, no se sitúa con esta hermenéutica a la parte afectada con la privación de la libertad en una situación probatoria en extremo difícil; por el contrario, si la detención fue arbitraria e ilegal, será fácil acreditar esa circunstancia lo que permitirá que el Juez de lo Contencioso Administrativo valore el grado de subjetividad con que se actuó en el caso concreto.

iv) Como se aprecia, en cada caso concreto de reparación por privación injusta de la libertad, corresponde determinar a las partes y al operador jurídico en qué supuesto se enmarcó dicha privación, a efectos de tener claridad sobre el título de imputación aplicable al asunto respectivo, como quiera que no toda absolucón, preclusión de la investigación, o cesación del procedimiento penal, se deriva de la aplicación del instrumento del *in dubio pro reo*, motivo por el cual, no siempre se deducirá la responsabilidad de la organización pública a través de un régimen de naturaleza objetiva.

v) En conclusión, cuando se atribuye la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, existen eventos precisos y específicos en los cuales la jurisprudencia –con fundamento en el principio *iura novit curia*–, ha aceptado la definición de la controversia a través de la aplicación de títulos de imputación de carácter objetivo, en los cuales, la conducta asumida por la administración pública

¹¹ “Los historiadores de las ideas atribuyen fácilmente a los filósofos y juristas del siglo XVIII el sueño de una sociedad perfecta; pero ha habido también un sueño militar de la sociedad; su referencia fundamental se hallaba no en el estado de naturaleza, sino en los engranajes cuidadosamente subordinados de una máquina, no en el contrato primitivo, sino en las coerciones permanentes, no en los derechos fundamentales, sino en la educación y formación indefinidamente progresivos, no en la voluntad general, sino en la docilidad automática.” FOUCAULT, Michel “Vigilar y Castigar”, Ed. Siglo Veintiuno, 27ª ed., pág. 173. “Como lo muestran los objetos anteriores, la prioridad de la libertad significa que la libertad solamente puede ser restringida en favor de la libertad en sí misma.” RAWLS, John “Teoría de la Justicia”, Ed. Fondo de Cultura Económica, Pág. 273.

no juega un papel determinante para la atribución del resultado. Por el contrario, las demás situaciones que desborden ese específico marco conceptual, deberán ser definidas y desatadas a partir de la verificación de una falla del servicio en cabeza del aparato estatal.

vi) Por último, la Sala reconoce la existencia de un título jurídico de imputación autónomo, consistente en la posibilidad de demandar la responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho de haber estado vinculada la persona a un proceso penal, al margen de que exista o no privación o restricción efectiva de la libertad, ya que, en estos escenarios, aunado al hecho de la acreditación del daño antijurídico y su real materialización, será posible deprecar la responsabilidad del Estado siempre que se compruebe la existencia de una falla del servicio imputable a la entidad demandada, relacionada con la falta de los presupuestos necesarios para adelantar la respectiva investigación o juicio penal¹².

Trazado el anterior panorama, 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.

De acuerdo con las pruebas allegadas al proceso de la referencia, se encuentra demostrado que la señora Martha Elsa Fonseca Pulido estuvo privada de la libertad durante el periodo comprendido entre el 19 de octubre de 1993 y el 4 de octubre de 1996, como presunta autora del delito de estafa. Así mismo, está probado que el proceso penal por el delito mencionado se declaró terminado por absolución, como quiera que, en criterio de la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, la conducta desplegada por la acusada no constituía hecho punible, concretamente, porque no se configuraban los elementos necesarios del tipo penal que se le imputaba, esto es, la estafa.

En el caso concreto la preclusión de la investigación a favor de Martha Elsa Fonseca Pulido, es suficiente y torna en inequívoca la aplicación de la consecuencia jurídica de la privación de la libertad, esto es, la declaratoria de

¹² “¿Quieres acaso perder el proceso? ¿Sabes lo que eso significaría? Significaría sencillamente quedar anulado, al igual que tus parientes o, por lo menos, estos quedarían humillados hasta el suelo. ¡Josef recóbrate! Tu indiferencia me saca de quicio. Al mirarte podría afirmarse la verdad del proverbio: **“Sufrir un proceso es casi haberlo perdido”**” (Se destaca) KAFKA, Franz “Obras completas”, Tomo II, Ed. Teorema, Barcelona, 1983, pág. 559.

responsabilidad de la entidad demanda por enmarcarse la detención en una de los supuestos que estaban consagrados en el ya derogado artículo 414 del C.P.P. de 1991¹³, pero que, no obstante como se precisó, continúan orientando la labor del juez administrativo a la hora de establecer qué circunstancias o situaciones de privación de la libertad se rigen por un régimen objetivo de responsabilidad y cuáles no¹⁴.

Así las cosas, es incuestionable que en el presente caso el título de imputación del daño debe ser el objetivo, conforme a la normatividad señalada, ya que se logró determinar por parte de la justicia penal, que el obrar de la sindicada no configuraba hecho punible, ya que no actuó frente a la querellante de manera torticera o maliciosa, ni recurrió a engaños a la hora de suscribir el contrato de promesa de compra venta. Por consiguiente, se encuentra demostrado que la señora Fonseca Pulido fue privada de la libertad dentro de una investigación penal por un comportamiento que no configuraba conducta punible sino que debía ser definido bajo el marco de la responsabilidad civil, por tratarse del incumplimiento de un negocio jurídico.

De otro lado, contrario a lo sostenido a lo largo del proceso por la demandada, la víctima no incurrió en culpa imputable a la misma que le hiciera atribuible total o parcialmente el daño sufrido, en la medida que la renuencia a pagar la caución no puede ser entendida, en términos de la atribución fáctica, el hecho determinante a la hora de la producción de la privación de la libertad de la sindicada. En efecto, en aquellos eventos en que la persona considera ilegítima la existencia en sí misma del proceso penal es posible que su renuencia a la constitución de la caución –al margen de si existían o no recursos para pagarla– no puede ser entendida como

¹³ "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".

¹⁴ **"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.

la causante del daño, máxime si está acreditado que la investigación, como ocurrió en el caso concreto, estaba fundamentada en la comisión de un punible que efectivamente nunca existió.

En ese orden de ideas, el comportamiento de la víctima en el caso *sub examine*, en términos de la atribución fáctica y jurídica, no resulta relevante para tornar inimputable el daño en cabeza de la administración pública, ni tampoco para reducir la indemnización por cuenta de una posible concurrencia o graduación de culpas. En efecto, la actitud legítima de la abogada Martha Elsa Fonseca al abstenerse de prestar la caución se basó, precisamente, en lo infundado que encontraba el proceso penal que se le seguía por la supuesta comisión del delito de estafa, más aún cuando, se insiste, existían una serie de cargas y deberes que estaban en cabeza de la promitente compradora que no podía ignorar, como era el conocer si pesaban o no gravámenes sobre el inmueble que pretendía adquirir.

En consecuencia, en los términos de la teoría de la desobediencia civil¹⁵, no puede reprochársele a una persona que obró de manera legítima frente a lo que se cataloga como una consecuencia injusta, que se adecúe y obre conforme a la misma; una postura contraria supondría atribuirle el daño a quien precisamente lo padeció, pues es indiscutible que el obrar de la sindicada no fue determinante en la producción del daño antijurídico, y tampoco puede calificarse su actitud como negligente puesto que interpuso de manera oportuna los recursos contra la resolución que le impuso la medida de aseguramiento de detención preventiva, y que en segunda instancia fue sustituida por la detención domiciliaria.

En esa línea de pensamiento, resulta de apodíctica verdad que el actuar de Martha Elsa Fonseca Pulido no configuró, en los términos de la imputación objetiva, una culpa exclusiva y determinante de la víctima o acción a propio riesgo¹⁶, toda vez que el hecho abstenerse y, concretamente, resistirse a pagar la

¹⁵ “Aquellos, quienes a la vez que desaprueban el carácter y las medidas de un gobierno, le entregan su respaldo, son sin duda sus más conscientes soportes y con frecuencia el obstáculo más serio a la reforma.” Cita extraída del texto clásico titulado “Desobediencia Civil” de Henry David Thoreau.

¹⁶ “Se parte del punto de vista de que la vida en sociedad no se regula con base en la determinación de relaciones de causalidad; se forma mediante la delimitación de ámbitos de responsabilidad. La misión de la teoría de la imputación radica en precisar a qué ámbito de competencia puede atribuirse una determinada conducta, porque un suceso puede ser explicado como obra exclusiva de un autor, o como obra exclusiva de la víctima o como obra de ambos, o como un suceso fortuito o accidental. Es decir, “la víctima” también puede ser objeto de imputación... Si al momento de la realización del riesgo es ella [la víctima] quien tiene el deber de evitación del resultado, porque la administración del peligro ha entrado dentro de la órbita exclusiva

caución impuesta no imponía el deber de realización del daño en su cabeza, sino que, por el contrario, las medidas restrictivas impuestas por el Estado en aras de la tramitación de un proceso penal no salen de su órbita de cuidado; circunstancia distinta hubiera acaecido si la sindicada hubiera sido negligente o desatendida en los términos establecidos en el artículo 70 de la ley 270 de 1996 –LEAJ–¹⁷, esto es, que hubiera obrado con dolo o culpa grave, o que no hubiere interpuesto los recursos procedentes.

Como corolario de lo anterior, la Sala revocará la decisión apelada para, en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda sin que haya lugar a reducción de la condena por una graduación o concurrencia de culpas, toda vez que, tal y como se puntualizó, el comportamiento de la víctima no fue determinante en la producción del daño antijurídico imputable a la entidad demandada, sino que, por el contrario, la privación de la libertad se originó en el proceso penal seguido en contra de Martha Elsa Fonseca, en el que se le absolvió en virtud de que no constituyó hecho punible su actuación.

3. Liquidación de perjuicios

Los demandantes, en el marco contenido y extremos fijados en la demanda, solicitaron se accediera a los siguientes perjuicios:

3.1. Morales:

Se deprecaron, por este concepto, 2.500 gramos de oro fino para Martha Elsa Fonseca Pulido, así como 1.000 gramos de oro los demás demandantes.

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

de su competencia, el suceso puede ser explicado como su obra y no como obra de un tercero. En este caso es la víctima quien ha defraudado las expectativas que nacen de su rol..." LÓPEZ, Claudia "Introducción a la imputación objetiva", Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pág. 149 y 150.

¹⁷ "El daño se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley. En estos eventos se exonerará de responsabilidad al Estado."

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 grado¹⁸.

En el presente caso, se decretarán perjuicios morales tasados en salarios mínimos legales mensuales para los demandantes¹⁹, excepto para Nilo Vivas Delgado, quien como se indicó en el acápite de hechos probados de esta providencia no acreditó la condición invocada de cónyuge de Martha Elsa Fonseca Pulido, ni mucho menos la condición de afectado y, por consiguiente, no es posible decretar reparación a su favor porque al no operar la presunción judicial, estaba impelido a demostrar el perjuicio sufrido.

Ahora bien, en la demanda se solicitó a título de perjuicio moral unas sumas que superan el valor de 1.000 gramos de oro; en esas condiciones, habrá lugar a reconocer, por este concepto y con fundamento en el arbitrio judicial, las sumas de dinero establecidas en el cuadro señalado a continuación, para cada uno de los actores, teniendo en cuenta la graduación de culpas a que se hizo referencia en el acápite anterior de este proveído:

MARTHA ELSA FONSECA PULIDO	60 SMMLV
ALFONSO FONSECA VARGAS	30 SMMLV
ANA PULIDO ZÁRATE	30 SMMLV
JANETH PATRICIA FONSECA PULIDO	15 SMMLV

3.2. Perjuicios materiales:

Por concepto de lucro cesante, se liquidará no sólo el período consolidado comprendido entre el 19 de octubre de 1993 y el 4 de octubre de 1996, es decir, el tiempo que estuvo privada de la libertad la demandante principal, sino también el

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232-15.646.

¹⁹ "Una razonable aspiración de la sociedad, es que – como retribución por su obediencia a las leyes, de su sometimiento pacífico a las decisiones jurisdiccionales, de su profundo respeto a la dignidad de quienes ejercen el apostolado de la justicia – se le garantice que sus derechos no podrán ser conculcados, ni por ignorancia, ni por negligencia, ni por arbitrariedad del poder público. Allí reposa el germen de la paz social, la suprema virtud de un auténtico ordenamiento jurídico. Y cuando estos principios se olvidan, empiezan los síntomas del despotismo y la tiranía." LONDOÑO Jiménez, Hernando "De la captura a la excarcelación", Ed. Temis, 1974, Pág. 196 y 197.

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)²⁰.”²¹

Por lo tanto, si bien Martha Elsa Fonseca Pulido estuvo privada de la libertad hasta el 4 de octubre de 1996, 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 se acreditó el salario base de la liquidación, esto es, los ingresos promedios de la señora Fonseca Pulido al momento de su detención –con fundamento en la certificación emitida por su contador público–, la Sala actualizará esa suma a valor presente, para lo que se dará aplicación a la fórmula que se presenta a continuación, tomando como índice inicial el correspondiente al de octubre de 1993, y como índice final, el vigente a la fecha de esta providencia:

$$Ra = Rh \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

$$Ra = Rh (\$1.000.000,00) \quad \text{índice final – abril/2010 (104,29)}$$

²⁰ 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.

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2006, exp. 13168, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

$$\text{-----} = \$5.009.125,00$$

índice inicial – octubre/93 (20,82)

Se liquidará el lucro cesante con aplicación de esta última suma, previo incremento del 25% por concepto del correspondiente factor prestacional, lo que determina un ingreso base de liquidación de: **\$6.261.406,00**

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 la fecha el 4 de junio de 1996:

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

$$S = \$6.261.406,00 \frac{(1+0.004867)^{43,90} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$305.623.581,00$$

4. Condena en costas

Como quiera que el recurso de apelación prosperó, de conformidad con lo reglado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998, la Sala se abstendrá de condenar en costas a las partes del presente proceso, por cuanto no se evidencia que hayan actuado con temeridad o mala fe.

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

F A L L A:

Primero. Revócase la sentencia proferida el 31 de marzo de 2000, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

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

Tercero. Condénase a la Nación – Fiscalía General de la Nación, a pagar a los demandantes las siguientes sumas de dinero:

1) A título de lucro cesante consolidado para Martha Elsa Fonseca Pulido, la suma de trescientos cinco millones seiscientos veintitrés mil quinientos ochenta y un pesos **\$305.623.581,00**

2) Por daño moral, los valores que se determinan a continuación, todos ellos expresados en salarios mínimos mensuales legales vigentes:

MARTHA ELSA FONSECA PULIDO	60 SMMLV
ALFONSO FONSECA VARGAS	30 SMMLV
ANA PULIDO ZÁRATE	30 SMMLV
JANETH PATRICIA FONSECA PULIDO	15 SMMLV

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

RUTH STELLA CORREA PALACIO
Presidenta de la Sala
Con aclaración de voto

GLADYS AGUDELO ORDOÑEZ

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ
Con aclaración de voto

ENRIQUE GIL BOTERO

ACLARACION DE VOTO DE LA DOCTORA RUTH STELLA CORREA PALACIO

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Por privación injusta de la libertad / ARTICULO 414 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL - Interpretación

No obstante, me aparto del fallo en cuanto señala que a las causales de responsabilidad objetiva del Estado por privación injusta de la libertad, previstas en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, esto es, los eventos en los cuales la decisión absolutoria se fundamentara en que el hecho no existió, el sindicato no lo cometió o la conducta no constituía hecho punible, había de agregarse la absolución en aplicación del indubio pro reo –stricto sensu. Como lo manifesté en mi salvamento de voto a las providencias a la cuales se remite el fallo, a mi juicio, el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal vigente al momento de quedar ejecutoriada la sentencia absolutoria en el caso concreto, estaba integrada por dos segmentos normativos, de acuerdo con los cuales quien hubiera estado privado de la libertad y no fuere finalmente condenado, tenía derecho a la reparación de los perjuicios que la medida le hubiere causado: (i) cuando la decisión hubiera sido injusta, y (ii) cuando el sindicado fuera exonerado en sentencia absolutoria definitiva debido a que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o no era constitutivo de hecho punible. Si se aceptara que el artículo 414 del anterior Código de Procedimiento Penal establecía un título de imputación genérico para la indemnización por privación injusta de la libertad, y un tipo privilegiado, que establecía la injusticia de la medida determinada en la absolución por uno de los supuestos señalados en la norma, no podía otorgarse el mismo efecto a ambos títulos, para derivar el derecho a la reparación de la simple constatación de que no se hubiera dictado sentencia condenatoria en contra del procesado. Efecto que, se destaca, sólo podía estar relacionado con el derecho a la indemnización y no con aspectos diferentes como el procedimiento para la reclamación o la autoridad ante la cual ésta debía dirigirse. Por lo tanto, el establecimiento de un título de imputación privilegiado, en el cual el legislador calificó a priori la detención preventiva como injusta, tenía que significar que en los demás supuestos el demandante debía acreditar la injusticia de la medida, que no podía, por lo tanto, derivarse, exclusivamente, del hecho de que no hubiera sido condenado en el proceso. Entenderlo de otra manera implicaría desconocer el principio hermenéutico del “efecto útil”, según el cual el juez está llamado a leer la norma jurídica en el sentido en que produzca efectos. Si se considerara que en todos los casos en que la sentencia o providencia equivalente a la misma fuera absolutoria, la persona que hubiera sido sindicada del delito y sometida a detención preventiva, tenía derecho a la reparación, sin que fuera necesario establecer si la medida fue o no ilegal, errada, arbitraria o injusta, no tendría ningún efecto jurídico el hecho de que la decisión absolutoria se produjera bien con fundamento en que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la

conducta no era constitutiva de hecho punible, o bien con un fundamento diferente.

ARTICULO 414 DEL DECRETO 2700 DE 1991 - Supuestos

En resumen, en mi criterio, el artículo 414 del decreto 2700 de 1991 establecía dos supuestos en relación con el derecho de las personas a obtener la indemnización de los perjuicios que hubieran sufrido como consecuencia de la detención preventiva cuando el proceso culminara con sentencia absolutoria o su equivalente: un primer supuesto, que establecía una responsabilidad objetiva, en los eventos expresamente señalados en la norma, esto es, cuando la decisión absolutoria se adoptara porque en el proceso quedara acreditado que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o el mismo no era punible, y un segundo supuesto que establecía una responsabilidad subjetiva, cuando la detención preventiva fuera injusta, calificación que no podía derivarse simplemente del hecho de que el proceso no culminara con sentencia condenatoria sino de consideraciones diferentes como la ilegitimidad de la medida. Esa ilegitimidad podía derivarse, entre muchos otros eventos: (i) del hecho de que la detención se produjera por delitos cuya acción se encontrara prescrita; (ii) por un delito que la legislación hubiera sustraído de tal medida; (iii) la detención se produjera en un proceso promovido de oficio, cuando el respectivo delito exigiera querrela de parte para el ejercicio de la acción penal; (iv) la medida cautelar se profiriera sin un fundamento legal o razonable, en consideración a las exigencias legales y a la prueba que obraba en el proceso; (v) el juicio sobre su procedencia según los parámetros de la ley no correspondiera con la prueba que obraba en el proceso penal; (vi) se hubiera excedido el plazo razonable; (vii) fuera desproporcionada su duración en consideración al delito de que se trataba, o (viii) la misma no fuera necesaria para el cumplimiento de los requisitos que fundamentaban la medida. Es decir, la medida de aseguramiento de detención preventiva que en principio se podía considerar legal y, por ende, jurídico el daño que ella causaba, dejaba de serlo cuando la misma se revelara innecesaria o excesiva, en otras palabras, porque a pesar de cumplir formalmente con los requisitos para decretarla, por ejemplo, excediera el plazo necesario para adelantar con diligencia una investigación penal. Si contra el procesado se dictaba sentencia absolutoria, con un fundamento diferente a los explícitamente señalados en la primera parte del artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, era necesario demostrar la injusticia de la medida de aseguramiento que se hubiera impuesto. De tal manera que, si bien es cierto que en la evolución jurisprudencial que se adoptó con fundamento en la norma mencionada se terminó por rechazar el criterio de que la detención preventiva fuera una carga que en todos los supuestos debía soportar un ciudadano, tampoco, con base en esa misma norma era posible asegurar que la antijuridicidad del daño quedaba en evidencia por el hecho de que en la investigación penal no se dictara sentencia condenatoria contra el sindicado, pues era necesario demostrar, en los eventos diferentes a los contemplados taxativamente en la norma, que en la providencia misma o en el proceso se incurrió en un error judicial o que la misma decisión se dictó o se mantuvo como consecuencia del anormal funcionamiento de la administración de justicia.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - A la luz del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 / IN DUBIO PRO REO - Debe acreditarse la ilegitimidad de la medida de aseguramiento

Por lo anterior, considero que para que haya lugar a declarar la responsabilidad patrimonial del Estado bajo la égida del artículo 414 del decreto 2700 de 1991, en los eventos en los cuales la absolución se derivaba de la aplicación del principio

de in dubio pro reo, debía acreditarse la ilegitimidad de la medida de aseguramiento, porque tal como lo consideró la Sala en sentencias de 27 de noviembre de 2003, exps. 14.530 y 14.698, los eventos en los cuales la absolución se produjera por duda, no se subsumían en la segunda parte del artículo 414 del C.P.P. pues, “su tenor literal es claro y el Juez Administrativo no puede aplicar un criterio de interpretación extensiva a hipótesis diferentes de las tres expresamente previstas allí; lo que da tanto como afirmar que estos eventos exigían por parte del juez la valoración de la situación específica, a fin de establecer si existía o no un daño antijurídico y fundamento para imputarle al Estado la obligación de indemnizar”. A la luz de lo previsto en el artículo 90 de la Constitución, el derecho a la indemnización en los casos de privación de la libertad no surge de la simple verificación de la inexistencia de sentencia condenatoria, o su equivalente. Por lo tanto, el juicio de proporcionalidad de la medida de aseguramiento no debe reducirse a la verificación de que la persona estuvo privada de la libertad pero que no se profirió en su contra una sentencia condenatoria, porque, precisamente, el Legislador, para la época de ocurrencia de los hechos, había señalado bajo qué requisitos de orden objetivo y subjetivo, dicha medida constituía una carga que el ciudadano estaba en el deber jurídico de soportar, requisitos cuyo incumplimiento generaba, como consecuencia, el deber de reparar los daños que la medida hubiera causado al afectado. En este sentido dejo presentada mi aclaración de voto frente a un criterio que en la sentencia, finalmente, no era relevante, porque en el caso concreto, la parte demandante no tenía la carga de demostrar la ilegitimidad de la detención preventiva sufrida por la señora Martha Elsa Fonseca Pulido, habida consideración de que la decisión penal adoptada en su favor se fundamentó en el hecho de haberse demostrado que la conducta que le fue atribuida no era constitutiva de hecho punible, dado que en la sentencia proferida el 22 de enero de 1997 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, que confirmó la decisión adoptada por el Juzgado Catorce Penal del Circuito de esa misma ciudad, se concluyó que “en ningún momento se dan a cabalidad los elementos estructurales del delito de ESTAFA, y en consecuencia, la absolución impartida por el a quo, es jurídica, más no por la duda”. En esas condiciones, resulta claro que la causal de absolución se enmarca dentro de los supuestos de responsabilidad objetiva establecidos en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., nueve (9) de junio de dos mil diez (2010)

Radicación número: 76001-23-31-000-1998-00197-01(19312)

Actor: MARTHA ELSA FONSECA PULIDO

Demandado: NACION-FISCALIA GENERAL DE LA NACION

ACLARACION DE VOTO

Comparto la decisión tomada por la Sala en sentencia de 9 de junio de 2010, por medio de la cual se revocó aquella proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, el 31 de marzo de 2000 y, en su lugar se condenó patrimonialmente a la Nación – Fiscalía General de la Nación, por los perjuicios causados a los demandantes como consecuencia de la privación injusta de la libertad que sufrió la señora Martha Elsa Fonseca Pulido.

No obstante, me aparto del fallo en cuanto señala que a las causales de responsabilidad objetiva del Estado por privación injusta de la libertad, previstas en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal²², esto es, los eventos en los cuales la decisión absolutoria se fundamentara en que el hecho no existió, el sindicato no lo cometió o la conducta no constituía hecho punible, había de agregarse la absolución en aplicación del *indubio pro reo –stricto sensu*.

Como lo manifesté en mi salvamento de voto a las providencias a la cuales se remite el fallo²³, a mi juicio, el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal vigente al momento de quedar ejecutoriada la sentencia absolutoria en el caso concreto, estaba integrada por dos segmentos normativos, de acuerdo con los cuales quien hubiera estado privado de la libertad y no fuere finalmente condenado, tenía derecho a la reparación de los perjuicios que la medida le hubiere causado: (i) cuando la decisión hubiera sido injusta, y (ii) cuando el sindicado fuera exonerado en sentencia absolutoria definitiva debido a que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o no era constitutivo de hecho punible.

Si se aceptara que el artículo 414 del anterior Código de Procedimiento Penal establecía un título de imputación genérico para la indemnización por privación injusta de la libertad, y un tipo privilegiado, que establecía la injusticia de la medida determinada en la absolución por uno de los supuestos señalados en la norma, no podía otorgarse el mismo efecto a ambos títulos, para derivar el derecho a la

²² El art. 414 del C. de P. P. establece que “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”.

²³ Sentencias 13.168 de 2006 y 15.463 de 2007

reparación de la simple constatación de que no se hubiera dictado sentencia condenatoria en contra del procesado. Efecto que, se destaca, sólo podía estar relacionado con el derecho a la indemnización y no con aspectos diferentes como el procedimiento para la reclamación o la autoridad ante la cual ésta debía dirigirse.

Por lo tanto, el establecimiento de un título de imputación privilegiado, en el cual el legislador calificó *a priori* la detención preventiva como injusta, tenía que significar que en los demás supuestos el demandante debía acreditar la injusticia de la medida, que no podía, por lo tanto, derivarse, exclusivamente, del hecho de que no hubiera sido condenado en el proceso. Entenderlo de otra manera implicaría desconocer el principio hermenéutico del “*efecto útil*”, según el cual el juez está llamado a leer la norma jurídica en el sentido en que produzca efectos.

Si se considerara que en todos los casos en que la sentencia o providencia equivalente a la misma fuera absolutoria, la persona que hubiera sido sindicada del delito y sometida a detención preventiva, tenía derecho a la reparación, sin que fuera necesario establecer si la medida fue o no ilegal, errada, arbitraria o injusta, no tendría ningún efecto jurídico el hecho de que la decisión absolutoria se produjera bien con fundamento en que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no era constitutiva de hecho punible, o bien con un fundamento diferente.

En resumen, en mi criterio, el artículo 414 del decreto 2700 de 1991 establecía dos supuestos en relación con el derecho de las personas a obtener la indemnización de los perjuicios que hubieran sufrido como consecuencia de la detención preventiva cuando el proceso culminara con sentencia absolutoria o su equivalente: un primer supuesto, que establecía una responsabilidad objetiva, en los eventos expresamente señalados en la norma, esto es, cuando la decisión absolutoria se adoptara porque en el proceso quedara acreditado que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o el mismo no era punible, y un segundo supuesto que establecía una responsabilidad subjetiva, cuando la detención preventiva fuera injusta, calificación que no podía derivarse simplemente del hecho de que el proceso no culminara con sentencia condenatoria sino de consideraciones diferentes como la ilegitimidad de la medida.

Esa ilegitimidad podía derivarse, entre muchos otros eventos: (i) del hecho de que la detención se produjera por delitos cuya acción se encontrara prescrita; (ii) por un delito que la legislación hubiera sustraído de tal medida; (iii) la detención se produjera en un proceso promovido de oficio, cuando el respectivo delito exigiera querrela de parte para el ejercicio de la acción penal; (iv) la medida cautelar se profiriera sin un fundamento legal o razonable, en consideración a las exigencias legales y a la prueba que obraba en el proceso; (v) el juicio sobre su procedencia según los parámetros de la ley no correspondiera con la prueba que obraba en el proceso penal; (vi) se hubiera excedido el plazo razonable; (vii) fuera desproporcionada su duración en consideración al delito de que se trataba, o (viii) la misma no fuera necesaria para el cumplimiento de los requisitos que fundamentaban la medida.

Es decir, la medida de aseguramiento de detención preventiva que en principio se podía considerar legal y, por ende, jurídico el daño que ella causaba, dejaba de serlo cuando la misma se revelara innecesaria o excesiva, en otras palabras, porque a pesar de cumplir formalmente con los requisitos para decretarla, por ejemplo, excediera el plazo necesario para adelantar con diligencia una investigación penal.

Si contra el procesado se dictaba sentencia absolutoria, con un fundamento diferente a los explícitamente señalados en la primera parte del artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, era necesario demostrar la injusticia de la medida de aseguramiento que se hubiera impuesto. De tal manera que, si bien es cierto que en la evolución jurisprudencial que se adoptó con fundamento en la norma mencionada se terminó por rechazar el criterio de que la detención preventiva fuera una carga que en todos los supuestos debía soportar un ciudadano, tampoco, con base en esa misma norma era posible asegurar que la antijuridicidad del daño quedaba en evidencia por el hecho de que en la investigación penal no se dictara sentencia condenatoria contra el sindicado, pues era necesario demostrar, en los eventos diferentes a los contemplados taxativamente en la norma, que en la providencia misma o en el proceso se incurrió en un error judicial o que la misma decisión se dictó o se mantuvo como consecuencia del anormal funcionamiento de la administración de justicia.

Por lo anterior, considero que para que haya lugar a declarar la responsabilidad patrimonial del Estado bajo la égida del artículo 414 del decreto 2700 de 1991, en

los eventos en los cuales la absolución se derivaba de la aplicación del principio de *in dubio pro reo*, debía acreditarse la ilegitimidad de la medida de aseguramiento, porque tal como lo consideró la Sala en sentencias de 27 de noviembre de 2003, exps. 14.530 y 14.698, los eventos en los cuales la absolución se produjera por duda, no se subsumían en la segunda parte del artículo 414 del C.P.P. pues, *“su tenor literal es claro y el Juez Administrativo no puede aplicar un criterio de interpretación extensiva a hipótesis diferentes de las tres expresamente previstas allí; lo que da tanto como afirmar que estos eventos exigían por parte del juez la valoración de la situación específica, a fin de establecer si existía o no un daño antijurídico y fundamento para imputarle al Estado la obligación de indemnizar”*.

A la luz de lo previsto en el artículo 90 de la Constitución, el derecho a la indemnización en los casos de privación de la libertad no surge de la simple verificación de la inexistencia de sentencia condenatoria, o su equivalente. Por lo tanto, el juicio de proporcionalidad de la medida de aseguramiento no debe reducirse a la verificación de que la persona estuvo privada de la libertad pero que no se profirió en su contra una sentencia condenatoria, porque, precisamente, el Legislador, para la época de ocurrencia de los hechos, había señalado bajo qué requisitos de orden objetivo y subjetivo, dicha medida constituía una carga que el ciudadano estaba en el deber jurídico de soportar, requisitos cuyo incumplimiento generaba, como consecuencia, el deber de reparar los daños que la medida hubiera causado al afectado.

En este sentido dejo presentada mi aclaración de voto frente a un criterio que en la sentencia, finalmente, no era relevante, porque en el caso concreto, la parte demandante no tenía la carga de demostrar la ilegitimidad de la detención preventiva sufrida por la señora Martha Elsa Fonseca Pulido, habida consideración de que la decisión penal adoptada en su favor se fundamentó en el hecho de haberse demostrado que la conducta que le fue atribuida no era constitutiva de hecho punible, dado que en la sentencia proferida el 22 de enero de 1997 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, que confirmó la decisión adoptada por el Juzgado Catorce Penal del Circuito de esa misma ciudad, se concluyó que *“en ningún momento se dan a cabalidad los elementos estructurales del delito de ESTAFA, y en consecuencia, la absolución impartida por el a quo, es jurídica, más no por la duda”*. En esas condiciones, resulta claro

que la causal de absolución se enmarca dentro de los supuestos de responsabilidad objetiva establecidos en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991.

Fecha *ut supra*.

RUTH STELLA CORREA PALACIO