

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., veinte (20) octubre de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 05001-23-31-000-1996-01193-01 (33.413)
Demandante: Tobías de Jesús Giraldo Sánchez y otros
Demandado: Nación- Procuraduría y Fiscalía General de la Nación-
Asunto: Acción de reparación directa

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 5 de junio de 2006, por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en la que se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. En escrito presentado el 8 de julio de 1996, Tobías de Jesús Giraldo Sánchez y Dora Luz Carvajal Álvarez, quienes obran en nombre propio y en representación de los menores: Jhojana Alexandra, Yhonatan Stiven y David Alexander Giraldo Carvajal, actuando por conducto de apoderado judicial, solicitaron que se declarara patrimonial y solidariamente responsables a la Nación- Fiscalía y Procuraduría General de la Nación-, por los daños que les fueron ocasionados, "con la detención arbitraria e injusta, en contra de derecho y la posterior encarcelación del exalcalde TOBÍAS DE JESÚS GIRALDO SÁNCHEZ, ocurrida el 4 de octubre de 1993 por la UNIDAD INVESTIGATIVA DEL C.T.I. SECCIONAL, en el Municipio de San Carlos, Antioquia..." (fl. 19, cdno. 1)¹.

En consecuencia, solicitaron que se condenara a las accionadas a pagar a favor de los demandantes, el equivalente en pesos de 1.000 gramos de oro para cada uno, por perjuicios morales.

¹ El señor Tobías de Jesús Giraldo Sánchez recobró su libertad el 8 de julio de 1994 y la demanda se presentó el 8 de julio de 1996, por lo que aún se encontraba dentro del plazo establecido por el artículo 136, numeral 8º del C.C.A.

Igualmente, pidieron por concepto de lucro cesante a favor del señor Tobías de Jesús Giraldo Sánchez, las sumas que dejó de percibir al haber perdido su trabajo, el cual no pudo recuperar, y a título de daño emergente, los honorarios cancelados al profesional del derecho que asumió su defensa en el proceso penal seguido en su contra.

De otro lado, formularon las siguientes pretensiones por daños a la vida de relación:

“DAÑOS EN LA VIDA MARITAL O LA RELACIÓN DE PAREJA.

“A TOBIÁS DE JESÚS GIRALDO SÁNCHEZ Y DORA LUZ CARVAJAL ÁLVAREZ, debido a las incidencias en su vida íntima y de relación que llevaron a que su relación de esposos se deteriorara hasta la terminación de la misma, como consecuencia de la detención arbitraria y de su reclusión en la cárcel de YARUMO de Itagüí Antioquia por un período de 9 meses, situación que los afectó psicológicamente al igual que a sus tres hijos.

“DAÑOS EN LA VIDA DE RELACIÓN FAMILIAR.

“A JHOJANA ALEXANDRA, YHONATAN STIVEN, DAVID ALEXANDER GIRALDO CARVAJARL (SIC), debido a las incidencias en la vida familiar, que llevaron a que la relación marital de sus padres se acabara y por ende se destruyera su hogar, afectándolos psicológicamente por la inestabilidad emocional que produce en los hijos de la familia la separación de sus padres, afectando su desarrollo y muchas de las veces produciendo desequilibrios psíquicos que afectan el comportamiento de por vida” (fl. 22, cdno. 1).

2. Como fundamento de las pretensiones, expusieron los siguientes hechos:

2.1. El señor Tobías de Jesús Giraldo Sánchez se desempeñó como Alcalde del municipio de San Andrés de Cuerquia (Ant.) en el período comprendido entre 1988 a 1990. Con motivo de la queja formulada por Carlos Eutimio Posada ante la Gobernación de Antioquia, la Procuraduría Primera Regional de Medellín inició una investigación en su contra, formulando pliego de cargos por conductas constitutivas de apropiación de patrimonio público y la violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la celebración de contratos. Señalan los demandantes, que las quejas formuladas por el señor Posada fueron temerarias y obedecían a la animadversión que le tenía por ser su adversario político.

2.2. La procuraduría compulsó copias del proceso disciplinario al Juzgado de Instrucción Criminal, para que investigara las posibles conductas penales que pudo haber cometido el demandante mientras fungió como burgomaestre del municipio mencionado.

2.3. Como consecuencia de lo anterior, la Fiscalía Delegada ante el Juzgado Penal, del Circuito de Ituango (Ant.) expidió orden de captura en su contra, la que se hizo efectiva el 4 de octubre

de 1993, en el corregimiento de Chocó del municipio de San Carlos, en el que ocupaba el cargo de Inspector Departamental de Policía. Al resolver su situación jurídica, la Fiscalía le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva por los delitos de peculado por uso y por apropiación y violación al régimen de incompatibilidades e inhabilidades.

2.4. El demandante solicitó el beneficio de la libertad provisional en varias oportunidades, sin embargo la Fiscalía negó siempre sus peticiones, incluso cuando las mismas tenían como fundamento el vencimiento de términos y en lugar de ello, profirió resolución de acusación por los delitos señalados.

2.5. En providencia del 3 de junio de 1994, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Antioquia revocó la resolución de acusación y precluyó la investigación a favor del demandante, por estar demostrado que no cometió los delitos de peculado por uso y por apropiación y que la acción penal frente al delito de violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades se encontraba prescrita. En consecuencia, ordenó su libertad inmediata y la expedición de copias, para que se investigara disciplinaria y penalmente al Fiscal delegado de Ituango.

2.6. Sin embargo, de manera paralela al proceso penal reseñado, la Fiscalía delegada de Ituango adelantaba en contra del ex- alcalde otra investigación por el delito de peculado, por lo que a pesar de que se había precluido la investigación en el primer proceso, seguía privado de la libertad por cuenta de este último. En el mismo, el abogado defensor del señor Giraldo Sánchez formuló recusación contra el Fiscal, la cual fue aceptada, por lo que el conocimiento de la investigación fue asumido por la Fiscalía Delegada ante el Juzgado Penal del Circuito de Yarumal (Ant.), que en providencia del 7 de julio de 1994 dictó resolución de preclusión, en razón a que el delito no existió, por lo que el 8 de julio siguiente recobró su libertad.

2.7. De allí que el demandante estuvo detenido injustamente por el lapso de 9 meses y fue destituido del cargo que venía ocupando antes de ser capturado, en el que devengaba un salario de \$253.472, suma que destinaba al sostenimiento de su hogar, compuesto por su cónyuge, Dora Luz Carvajal y sus hijos: Jhojana Alexandra, Yhonatan Stiven y David Alexander Giraldo Carvajal. Además fue sancionado con una inhabilidad de dos años para desempeñar cargos públicos y su carrera política e imagen pública se vieron gravemente afectadas, ya que cuando quiso volver al sector público encontró todas las puertas cerradas.

De otro lado, debido al estado de depresión en que entró, comenzaron a surgir inconvenientes en su matrimonio, por lo que terminó separándose de su cónyuge, situación que afectó en gran medida a sus hijos.

2.8. Señalan que la Procuraduría está obligada a responder, toda vez que los funcionarios de esa entidad procedieron a compulsar copias de la investigación disciplinaria a la Fiscalía, pese a que no habían realizado un exhaustivo estudio del material probatorio.

3. La demanda fue admitida mediante auto del 2 de agosto de 1996 y notificada en debida forma a las entidades accionadas y al Ministerio Público.

4. Al contestar la demanda, las entidades accionadas señalaron frente a los hechos que debían ser objeto de prueba y opugnaron las pretensiones, con los siguientes argumentos:

4.1. La Procuraduría General de la Nación, adujo que el daño sufrido por los demandantes, como consecuencia del proceso penal seguido en contra de Tobías de Jesús Giraldo Sánchez, no le era imputable, toda vez que el ejercicio de la potestad disciplinaria es diferente y autónoma de la actividad judicial que despliega la Fiscalía, al punto que la responsabilidad disciplinaria no necesariamente conlleva a la penal.

Con el fin de enervar las pretensiones de la demanda, formuló las excepciones de "inexistencia de causa" y caducidad de la acción, ya que a su juicio habían transcurrido más de dos años desde la fecha en que ocurrieron los hechos que originaron la demanda.

4.2. La Fiscalía General de la Nación señaló que de conformidad con los artículos 250 de la Constitución y 119 y 120 del Código de Procedimiento Penal, es deber de la Fiscalía investigar las conductas punibles y garantizar la comparecencia de los sindicados al proceso. Luego de reseñar brevemente los hechos por los que la parte demandante pretendía atribuirle el daño, entre ellos, los relacionados con la queja formulada por el señor Carlos Eutimio Pino Posada, que originaron la investigación penal, adujo que no era su deber responder por las inculpaciones que se hacían a terceras personas ajenas al ente acusador, pues ante una denuncia era su deber iniciar la respectiva investigación para desentrañar la verdad.

De otro lado, resaltó que en relación al delito de violación al régimen de incompatibilidades e inhabilidades, la investigación se precluyó en razón a que la acción penal había prescrito, por lo que no podía calificarse la detención como injusta. A su vez, arguyó que no había lugar a atribuirle responsabilidad alguna, cuando fue la misma Fiscalía, la que "con fundamento en normas procesales, le concedió el beneficio legal de la prescripción en favor del hoy demandante, absteniéndose de entrar a establecer si había o no méritos para ser condenado por ese punible..." (fl. 57, cdno. 1).

5. En el mismo escrito de contestación, la Fiscalía llamó en garantía al señor Diego Arango Medina, quien para la fecha de los hechos fungía como Fiscal Delegado ante el Juzgado Penal del Circuito de Ituango y tuvo a cargo la investigación penal adelantada en contra de Tobías de Jesús Giraldo Sánchez. El llamamiento fue admitido en auto del 13 de noviembre de 1996, en el que se dispuso citar al llamado y se decretó la suspensión del proceso. Sin embargo, debido a que la notificación no se surtió en ese lapso, se continuó con el trámite del mismo.

6. En proveído del 8 de julio de 1997 se abrió el proceso a pruebas y mediante auto 12 de febrero de 2001 se citó a audiencia de conciliación, la que fracasó por la falta de ánimo conciliatorio de las partes, por lo que el 19 de junio de 2001 se les corrió traslado a éstas y al Ministerio Público para alegar y emitir concepto, respectivamente, etapa en la que se pronunciaron en los siguientes términos:

6.1. La parte demandante realizó un breve recuento de los hechos que originaron la demanda y señaló que el señor Tobías de Jesús Giraldo fue capturado irregularmente y posteriormente fue privado de la libertad, situación que se prolongó en atención a que en reiteradas oportunidades se le negó el beneficio de la libertad provisional. Igualmente, resaltó que como consecuencia de ello su reputación se vio afectada y su carrera política llegó a su fin, además de que su hogar resultó destruido, todo ello, fruto de la persecución de la que fue objeto por parte de sus opositores políticos y la poca imparcialidad y objetividad de la Fiscalía.

6.2. La Fiscalía General de la Nación reiteró los argumentos expuestos al contestar la demanda, según los cuales ante la queja formulada por el señor Eutimio Pino Posada y el proceso disciplinario adelantado por la Procuraduría Regional de Antioquia, era su deber adelantar la investigación correspondiente, a fin de dilucidar si el ex -alcalde había cometido los delitos de peculado por apropiación y por uso y de violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Igualmente, adujo que fue con fundamento en esas dos circunstancias que se impuso la medida de aseguramiento de detención preventiva, toda vez que las mismas constituían un indicio grave de responsabilidad en su contra.

En el anterior orden de ideas, consideró que la detención no fue injusta y señaló que si bien, en principio habían indicios que comprometían la responsabilidad del señor Tobías de Jesús Giraldo Sánchez, posteriormente con la práctica de otras pruebas, los mismos fueron desvirtuados, demostrándose que no se apropió de bienes públicos ni los usó indebidamente, además de que la acción penal por el delito de violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades se encontraba prescrita. En relación a esta última conducta punible arguyó que la conducta del

investigado estuvo precedida de culpa, toda vez que él mismo reconoció que compró varios artículos en el almacén de su cónyuge, actuación que dio origen a las denuncias formuladas en su contra, y si bien, fue absuelto, ello se debió a que la acción se encontraba prescrita y no a que la detención era injusta.

6.3. La Procuraduría General de la Nación insistió en que al compulsar copia del proceso disciplinario adelantado en contra de Tobías de Jesús Girando, actuó en cumplimiento del deber consagrado en los artículos 277 y 278 de la Carta, 3º de la ley 13 de 1984 y 145 de la Constitución de 1886, norma que trajo a colación, pues se encontraba vigente para la fecha de los hechos. Igualmente, reiteró que no debe responder por las fallas en las que pudo haber incurrido la Fiscalía en el proceso penal, ya que la acción disciplinaria es independiente de la penal.

6.3. El Ministerio Público guardó silencio.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El *a quo*, en providencia del 5 de junio de 2006, negó las pretensiones de la demanda. En primer lugar, resolvió la excepción de caducidad formulada por la Procuraduría, la cual no encontró demostrada, en razón a que la decisión que dejó en libertad al demandante se hizo efectiva el 8 de julio de 1994 y la demanda se presentó el 8 de julio de 1996. A continuación, se pronunció sobre la responsabilidad de esta entidad y señaló que no le era imputable el daño, ya que al remitir copia del proceso disciplinario a la Fiscalía, obró con fundamento en el deber consagrado en el artículo 3º de la ley 13 de 1984.

En relación a la responsabilidad endilgada a la Fiscalía, concluyó con fundamento en las providencias proferidas en el proceso penal, que el caso concreto no cabía en los supuestos consagrados en el artículo 414 del decreto 2700 de 1991, pues la detención no fue injusta, sino “razonable y conforme a derecho”, ya que el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para investigar los delitos y a su juicio, la imposición de la medida de aseguramiento se fundamentó en las circunstancias que rodeaban el caso y en las pruebas recaudadas.

De otro lado, manifestó que si bien, la investigación por el delito de violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades culminó con resolución de preclusión debido a que la acción penal estaba prescrita, esa forma de terminación del proceso no está prevista en los supuestos contemplados en el artículo 414 del decreto 2700 de 1991 y en ese orden de ideas, consideró que de no haber operado la prescripción, la imposición de medida hubiera sido justificada.

III. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

1. La parte demandante recurrió el fallo y señaló que contrario a lo concluido por el *a-quo*, el presente caso sí se enmarca en los supuestos contemplados en el artículo 414 del decreto 2700 de 1991, toda vez que el proceso penal seguido en contra de Tobías Giraldo Sánchez fue precluido en razón a que los delitos por los que era investigado no existieron. Igualmente, adujo que en la sentencia recurrida no se analizó lo atinente a la responsabilidad del Estado y se limitó únicamente a poner en evidencia la posibilidad de que el accionante sí incurrió en una de las conductas punibles por las que fue investigado, esto es, la violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, aserto del que dedujo que en relación a ese delito la medida de detención preventiva sí era procedente. Sobre ese mismo tema, señaló que si bien, la investigación adelantada por este hecho punible se precluyó en atención a que la acción penal estaba prescrita, ello no es atribuible al procesado ni a un tercero, sino al Estado mismo y en consecuencia está llamado a responder por los daños ocasionados con su negligencia.

Además, señaló que el análisis realizado en la providencia no tuvo en cuenta la totalidad de los hechos narrados en la demanda, por cuanto el *a quo* trató de manera indistinta los dos procesos penales adelantados en contra del señor Giraldo Sánchez y no analizó en detalle las fallas en las que incurrió el órgano judicial, como por ejemplo la manera tardía en que notificó la decisión por la que se ordenó la libertad inmediata del hoy demandante.

De otro lado, argumentó que si en el proceso penal no se logra demostrar la responsabilidad penal del procesado, se configura una falla en el servicio y finalmente, destacó que los perjuicios morales sufridos por los demandantes se encontraban plenamente acreditados.

2. El recurso se concedió el 20 de septiembre de 2006 y se admitió el 15 de marzo de 2007, luego se corrió traslado a las partes para alegar y al Ministerio Público para

emitir concepto, respectivamente, etapa en la que sólo se pronunció la parte demandante para reiterar los argumentos expuestos en el recurso de apelación, mientras que las entidades demandadas guardaron silencio.

Por su parte, la Procuraduría emitió concepto en el que luego de hacer un recuento de las diferentes posiciones que ha adoptado el Consejo de Estado en materia de responsabilidad por privación injusta de la libertad, solicitó se revocara la sentencia de primera instancia y se declarara patrimonialmente responsable a la Fiscalía General de la Nación, al considerar que esa entidad no fue diligente y no procuró obtener las evidencias que logran desvirtuar la presunción de inocencia que amparaba al demandante.

IV. CONSIDERACIONES

1. La Sala es competente para conocer del asunto en segunda instancia, en razón del recurso de apelación formulado contra la sentencia proferida el 2 de noviembre de 2004 y en atención a la naturaleza del asunto, toda vez que en auto del 9 de septiembre de 2008, Radicado No. 11001-03-26-000-2008-00009-00(IJ), la Sección Tercera del Consejo de Estado se pronunció sobre el tema, y estableció que de los conflictos originados en los hechos de la Administración de Justicia, conocen en primera instancia los Tribunales Administrativos, y en segunda el Consejo de Estado.

2. Previo a abordar el fondo del asunto, es necesario precisar que en relación con las pruebas obrantes en los procesos penales que fueron adelantados por la Fiscalía Delegada ante el Juzgado Penal del Circuito de Ituango (Ant.), por los delitos de peculado por apropiación y por uso indebido, y de violación al Régimen Legal de Inhabilidades e Incompatibilidades², de conformidad con el artículo 174 del Código General del Proceso³, pueden valorarse tanto los

² Remitidos en copia auténtica por la parte demandante, mediante memorial del 11 de julio de 2000 (fl. 1, cdno. anexo No. 1).

³ Conforme a lo expuesto en providencia de unificación del 25 de junio de 2014, el Código General del Proceso ya se encuentra vigente en nuestra jurisdicción, por lo que este aspecto de la controversia debe resolverse a la luz de las normas procesales. Véase:

Como se aprecia, la única lectura válida que se le puede dar al Acuerdo proferido por el Consejo Superior de la Judicatura es que se trata de una norma diseñada exclusivamente para la Jurisdicción Ordinaria y, concretamente, la Civil, pues es la única que hasta la fecha no tiene implementado un sistema de impulso procesal de naturaleza oral.

iv) De otra parte, la Jurisdicción Contencioso Administrativo desde la expedición de la ley 1437 de 2011, ya cuenta con la implementación del sistema mixto –principalmente oral– razón por la que sería inocuo que se negara la entrada en vigencia del C.G.P., a partir del 1º de enero de 2014, en espera de unas condiciones físicas y logísticas que se supone ya deben existir. Y, si bien, se cuenta con falencias y limitaciones físicas y estructurales en la implementación del

medios probatorios documentales como los testimoniales allí practicados, toda vez que de un lado fueron practicadas por la Fiscalía, y del otro, fue solicitada por las demás partes, por lo que se surtió el principio de contradicción.

3. Conforme a las pruebas que fueron practicadas y recaudadas durante el proceso, están demostrados los siguientes hechos:

sistema oral en materia contencioso administrativa, lo cierto es que resulta incuestionable que a partir de la ley 1437 de 2011 entró a regir en esta jurisdicción el esquema procesal mixto –con una predominancia oral– razón por la que se ha hecho una distribución en los despachos judiciales del país entre aquellos encargados de evacuar los procesos del sistema mal denominado “escritural” y el nuevo proceso “oral”.

De modo que, con independencia de que exista una escases de recursos físicos, económicos y de capacitación, no puede negarse que el CPACA entró a regir desde el 2 de julio de 2012, sin que existan argumentos para negar su aplicabilidad al interior de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; por consiguiente, en una lógica *a fortiori*, resultaría paradójico y contradictorio que se admitiera, de un lado, la vigencia del CPACA –con la implementación del sistema oral al interior de la JCA– pero, de otra parte, se negara la vigencia del CGP con fundamento en que el sistema oral no ha sido totalmente implementado.

v) Por otra parte, según el principio del efecto útil de las normas habría que darle la mejor interpretación al numeral 6 del artículo 627 del C.G.P., en aras de evitar que esta jurisdicción tuviera que aplicar una norma de manera progresiva cuando ya se han dispuesto en todo el territorio nacional, al menos en el plano normativo, las exigencias para su aplicación, la cual, por demás, es residual en virtud de las remisiones e integraciones normativas que realiza la ley 1437 de 2011 “CPACA” (v.gr. el artículo 306)³.

[...]

Por consiguiente, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo –que comprende todo el territorio nacional– no ha sido dividida o fraccionada por el legislador para efectos de la entrada en vigencia del Código General del Proceso, así como tampoco lo fue, en su momento, para la implementación de la ley 1437 de 2011; igual circunstancia se predica respecto de la Jurisdicción Arbitral, es decir, en ningún momento se ha establecido gradualidad en la vigencia de esa normativa.

En consecuencia, la Sala unifica su jurisprudencia en relación con la entrada en vigencia de la ley 1564 de 2012, para señalar que su aplicación plena en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, así como en materia arbitral relacionada con temas estatales, es a partir del 1º de enero de 2014, salvo las situaciones que se gobiernen por la norma de transición que se explicará en el acápite a continuación, las cuales se resolverán con la norma vigente al momento en que inició el respectivo trámite.

[...]

“Entonces, según lo analizado, a partir de la entrada en vigencia del Código General del Proceso, esto es, el 1ª de enero de 2014, en los eventos de remisión al Código de Procedimiento Civil, se entenderá que las normas aplicables serán las dispuestas en la nueva legislación procesal.”

Esta posición fue reiterada íntegramente, en auto proferido por la Sala de lo Contencioso Administrativo, el 12 de agosto de 2014.³

3.1. De conformidad con el oficio No. 98024 del 24 de enero de 1998, suscrito por Luz Dary Sierra Obregón, directora de la cárcel Yarumito, el señor Tobías de Jesús Giraldo Sánchez, estuvo detenido en ese establecimiento, desde el 4 de octubre de 1993, por cuenta de la Unidad de Fiscalía de Ituango. El 9 de junio de 1994, esa dependencia lo dejó por cuenta de la Unidad Seccional de Fiscales de Yarumal (Ant.) y finalmente, recobró la libertad el 8 de julio del mismo año (fl. 105, cdno. 1).

3.2. En relación a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que sobrevino la detención del señor Giraldo Sánchez, con fundamento en las pruebas recaudas en el proceso, está acreditado que fue vinculado a dos procesos penales diferentes, ambos por los delitos de peculado por uso indebido y apropiación y violación al Régimen Legal de Inhabilidades e Incompatibilidades, los cuales estuvieron a cargo de la Fiscalía delegada ante el Juez Penal del Circuito de Ituango. Para una mayor comprensión, se analizarán las actuaciones surtidas en cada uno de ellos por separado:

3.2.1. Proceso Penal No. 1, radicado bajo el No. 2.803. Se destacan las siguientes piezas procesales:

- Queja formulada por Carlos Eutimio Pino Posada ante la Gobernación de Antioquia, contra el señor Tobías de Jesús Giraldo Sánchez, en la que señaló que éste había incurrido en las siguientes conductas: i) abandono del cargo; ii) uso de uno de los vehículos oficiales para ir de paseo a su pueblo natal, San Carlos (Ant); iii) apropiarse de bienes y dineros públicos; iv) nombrar a uno de sus Secretarios como concejal durante tres días; v) violación al Régimen Legal de Inhabilidades e Incompatibilidades, por adquirir algunos artículos para la celebración del día del niño en el almacén de su cónyuge; vi) sus funcionarios permanecen en constante estado de embriaguez y vii) despido injustificado de los conductores de las volquetas del municipio, sin previa indemnización (fl. 7, cdno. anexo 2).

- Auto del 20 de octubre de 1989, en el que la Procuraduría Primera Regional de Medellín declaró abierta la investigación formal contra el ex- alcalde, con el fin de determinar si había incurrido en las conductas señaladas en la denuncia formulada por el señor Pino Posada (fl. 39, cdno. anexo 2).

- Pliego de cargos 001 A del 5 de enero de 1990 (fls. 55-57, cdno. anexo 2).

- Proveído del 21 de abril de 1993, mediante el cual la Fiscalía Seccional de Ituango libró orden de captura contra Tobías de Jesús Sánchez Giraldo. En el mismo se advierte que inicialmente fue citado para rendir indagatoria pero no compareció (fl. 128, cdno. anexo 2).
- Escrito del 26 de abril de 1993, rubricado por el SS. Efraín Cortés, comandante de la Subestación de Policía de San Andrés, según el cual no se ha dado con el paradero del denunciado, por lo que no ha sido posible capturarlo (fl. 129). En vista de ello, la Fiscalía ordenó emplazarlo el 12 de mayo de 1993 (fl. 130, cdno. 2).
- Resolución del 27 de mayo de 1993, en virtud de la cual el sindicado fue declarado persona ausente (fl. 133, cdno. anexo No. 2).
- Providencia del 9 de septiembre de 1993, en la que se resolvió la situación jurídica del señor Giraldo Sánchez, imponiéndole medida de aseguramiento de detención preventiva. En la misma se explicó que la investigación penal tuvo origen en el proceso disciplinario que se le adelantó por la Procuraduría Primera Regional de Medellín, en la cual se ordenó compulsar copias a la Fiscalía. Véase:

“La Procuraduría Primera Regional de Medellín concretamente la doctora ALMA ALICIA PELÁEZ MEJÍA, mediante oficio nro. 033 de enero 11 de 1990, y con fundamento en el pliego de cargos nro. 001-A suscrito el 5 de enero de 1990 por la Procuraduría Regional y teniéndose como base la queja formulada por el señor CARLOS EUTIMIO PINO POSADA dirigida al señor Gobernador de ese entonces del departamento de Antioquia y el acta de visita al funcionario investigado por el doctor CLIMACO MARTÍNEZ CORTÉS, vista a fs. 10 y 37 del proceso; ordena compulsar copias del expediente disciplinario radicado bajo el nro. 08866 para luego remitirlo a este Despacho antes Juzgado de Instrucción Criminal, para que se investigue penalmente al burgomaestre de ese entonces de San Andrés de Cuerquia Ant., señor TOBÍAS DE JESÚS GIRALDO SÁNCHEZ por los delitos de peculado por apropiación, peculado por uso y violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades en que pudo haber incurrido en el desempeño de sus funciones como primera autoridad civil del mencionado municipio que fue en el período de 1988 a 1990” (fls. 138 y 139, cdno. anexo 2).

El decreto de la medida de aseguramiento de detención preventiva se fundamentó en los siguientes elementos de convicción: i) el pliego de cargos formulado por la Procuraduría Primero Regional; ii) los testimonios de Ruth Marina Valencia, Álvaro Alonso Valencia Henao y Franklin de J. Galeano Pineda; y iii) las órdenes de baja y alta, alusivas a la donación de 11 tubos de concreto.

La Fiscalía esgrimió las siguientes consideraciones:

“En el pliego de cargos que le da traslado la Procuraduría Primera Regional al sindicado Giraldo Sánchez, fs. 58 y ss., explica la norma que disciplinariamente infringió el burgomaestre y aporta las pruebas testimonial y documental que da cuenta de ello, que fue la utilización de la volqueta de placas OK5142, marca Dodge y perteneciente al municipio de San Andrés, trasladándose con un personal subalterno de su Despacho a los municipios de San Carlos su tierra natal, San Rafael y Guadalupe y la piedra del Peñol en son de paseo durante los días 14, 15 y 16 de agosto de 1988, y como única tarea oficial de ese desplazamiento, consistió en el transporte de las llantas y angeo desde Medellín a su sede. Penalmente también se encuentra demostrado en el plenario este hecho con los testimonios de RUTH MARINA VALENCIA MUÑOZ fs. 16 y 17, donde se infiere que salieron un domingo 14 o 15 de agosto de 1988 fecha en que coincidían con un puente, saliendo como a la una de la tarde, iban Blanca Luz Mazo, Mara Monsalve, Carlos Puerta, Hilda Amparo Mazo, Carlos Ariel Jaramillo, Pedro Chavarría entre otros como fueron el Alcalde y la esposa (...) Con estos viajes realizados en la volqueta oficial en son de paseo el alcalde infringió el artículo 134 del C. Penal, que contempla el peculado por uso.

“Otro hecho ilícito que fue cometido por el señor Alcalde lo describe la procuraduría primera Regional en que celebró un contrato con el almacén de su cónyuge, señora LUZ DORA CARVAJAL, utilizando como testaferro para hacer efectivas las cuentas ante el municipio a la empleada temporal del almacén, CECILIA MARLENY CHAVARRÍA, ya que con motivo dela (sic) celebración del niño en el año 1988 se adquirió en su almacén objetos destinados para esa fiesta, tal como lo refieren las declaraciones de RUTH MARINA VALENCIA MUÑOZ (fs. 15 y 16), y el acta de visita especial realizada en la alcaldía de esa localidad, obrante a fs. 12, 13 y 14, como también las copias de las órdenes de altas (...) violando con ello lo establecido en el artículo 144 del C. Penal. Violación del Régimen Legal de Inhabilidades e Incompatibilidades (...)

“Tal como lo dejan entrever las declaraciones de Álvaro Alonso Valencia Henao (fs. 8), Ruth Marina Valencia Muñoz (fs. 15 y 16), y Franklin de J. Galeano Pineda (fs. 17 y 18), así como las órdenes de baja y alta del folio 24, once (11) tubos de concreto de 24 pulgadas de diámetro que había sido donado por el ingeniero Luis Hernán Cano, perteneciente a la Secretaría de Obras Públicas Departamentales, se hicieron aparecer como suministradas por el señor Francisco Luis Arias, a razón de (\$5.200.00) para cada uno con fecha de 3 de septiembre de 1988, elementos que fueron empleados en el alcantarillado de la Vereda “El Recreo_”, destinación en que sí coinciden los referidos documentos y los dichos de los testigos antes nombrados, que aseveran que se trataba de una donación del municipio. Apropiándose el sindicado GIRALDO SÁNCHEZ de la suma de (\$57.200.00) como lo demuestra la copia de alta de fs. 24. Incurriendo así en el delito de peculado por apropiación (...)

“Dado el material probatorio obrante en el proceso, que se ha analizado anteriormente, SE reúnen a cabalidad los requisitos sustanciales que para proferir medida de aseguramiento establece el artículo 388 del C. de P. Penal (...)” -fs. 139-140, cdno. anexo 2-

- El señor Tobías de Jesús Giraldo fue capturado el 4 de octubre de 1993 en el corregimiento del Chocó del municipio de San Carlos (Ant.), como consta en el informe No. 1443 del C.T.I., calendado esa fecha (fl. 144, cdno. anexo 2), y fue trasladado a la cárcel Yarumito de Itagüí (Ant.)- fl. 143, cdno. anexo 2-

- En memorial del 22 de octubre de 1993, el abogado defensor del accionante, solicitó la preclusión de la investigación, o en subsidio el beneficio de la libertad provisional, con el argumento de que en su contra ya cursaban un proceso disciplinario y uno fiscal por los mismos hechos (fls. 145-146). A su vez, pidió la expedición de la orden para consignar los perjuicios correspondientes al delito de peculado. Las dos primeras peticiones fueron negadas por la Fiscalía en proveído del 25 de octubre de 1993, con fundamento en las siguientes razones:

“La investigación realizada por la Contraloría indagó básicamente sobre la doble facturación de los once (11) tubos arribando a la conclusión de que era una simple coincidencia y por lo tanto cerró la investigación.

“No es suficiente para la Fiscalía la decisión de la Contraloría entre otros aspectos porque no fue muy profunda a diferencia de la Procuraduría que sí auscultó en detalle.

(...)

“La Fiscalía ahondará en la investigación y para eso se solicitará copia auténtica de las investigaciones, y ya se comisionó con el fin de recepcionar el testimonio de FRANCISCO LUIS ARIAS CADAVID.

“Es cierto que la Procuraduría Delegada para la Contratación Administrativa revocó la resolución por medio de la cual se pedía la destitución pero únicamente por fallas de forma y no de fondo, pues se debía haber investigado las faltas por separado y en cumplimiento de esta providencia se procedió a formular los cargos por separado y nuevamente se decidió pidiendo la destitución, lo que fue modificado por el Superior sancionado con quince (15) días de suspensión, no porque no fuera responsable de los cargos, sino porque el implicado no reporta antecedentes disciplinarios.

“Las copias aportadas por el memorialista antes que demostrar que el procesado no es responsable da mayor claridad sobre esta, sobre todo si tenemos en cuenta los resultados de la investigación disciplinaria de Procuraduría.

“No se está violando el principio NON BIS IN IDEM al adelantar este proceso penal que es sustancialmente diferente a las otras dos investigaciones administrativas que son de carácter disciplinario y fiscal, por lo tanto las sanciones pueden ser varias. Una cosa es la facultad punitiva del Estado ejercida a través de la Fiscalía y otra la disciplinaria y Fiscal. Por lo tanto no se decretará la preclusión de la investigación, y se le aclara al señor Defensor que la cesación de procedimiento opera en la etapa del juicio.

“La petición subsidiaria de libertad condicional, la interpreta la fiscalía como libertad provisional, por cuanto la primera opera para los condenados. En la actualidad no favorece al procesado ninguna de las causales del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal y está prohibida por el artículo 417, numeral 4º” (fls. 238-239).

Finalmente, se accedió a la petición relacionada con la expedición orden para consignar el monto de los perjuicios correspondientes al delito de peculado, para lo cual se nombró un perito, a fin de que realizara el respectivo avalúo y a renglón seguido señaló

que “una vez el valor resultante sea consignado se resolverá sobre la libertad provisional” (fl. 234, cdno. anexo 2).

- El demandante fue oído en diligencia de indagatoria el 29 de octubre de 1993 (fls. 236-240).

- El 20 de diciembre de 1993, el sindicato consignó la suma de \$291.540, por concepto de pago de perjuicios, y a través de su apoderado judicial entregó el respectivo título a la Fiscalía, como se informó en las constancias secretariales visibles a fl. 284 vto. del proceso (cdno. anexo 2). A su vez, en memorial del 7 de diciembre de 1993, especificó que al pagar la suma mencionada, en ningún momento estaba asintiendo o confesando los delitos que se le imputaban y sólo realizaba el pago para acceder al beneficio de la libertad provisional.

- Mediante resolución del 23 de diciembre de 1993, la Fiscalía denegó la solicitud de libertad provisional, bajo las siguientes consideraciones:

“El sindicato argumenta que tiene derecho a la libertad con fundamento en el ordinal 8º del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal que fue modificado por el artículo 55 de la ley 81 de este año. Efectivamente, esta norma consagra el derecho del inculcado a su libertad provisional cuando sea juzgado por el hecho punible del peculado por apropiación reintegre lo apropiado, perdido o extraviado o su valor. **Pero hay que tener en cuenta que esta norma es restrictiva pues concretamente hace referencia a ‘los eventos del inciso primero del artículo 139 del Código Penal’.** En el caso presente el auto de septiembre 9 del presente año por medio del cual se definió la situación jurídica del señor Giraldo Sánchez se profirió en su contra medida de aseguramiento por los delitos de peculado por apropiación (art. 133 c.p.), peculado por uso (art. 134 c.p.) y violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades (art. 144 c.p.) – Negrillas de la Sala-

(...)

“Tanto es así, que en la referencia del memorial por medio de la cual el sindicato solicita la libertad, rotula: ‘DELITO: Peculado y otro’. **Es decir que el pago realizado por el imputado Giraldo Sánchez no amerita la conseción (sic) de la libertad provisional por que el proceso que se le sigue y en razón del cual se halla detenido no es solo por el delito de peculado por apropiación sino por un concurso de hechos punibles contra la administración pública”** (fls. 285-286, cdno. anexo 2, negrillas de la Sala).

- El 14 de enero de 1994 se decretó el cierre de la investigación y el 1 de abril de 1994, el defensor del detenido solicitó a su favor el beneficio de la libertad, con

fundamento en el artículo 415, numeral 4º del decreto 2700 de 1991, es decir por vencimiento de términos (fl. 300, cdno. anexo 2).

- El 11 de abril de 1994, la Fiscalía profirió resolución de acusación contra el imputado, por los delitos de peculado por apropiación, peculado por uso y violación al Régimen Legal de Inhabilidades e Incompatibilidades. La decisión se fundamentó en los siguientes argumentos:

“Con respecto al viaje realizado diversas localidades del oriente antioqueño y a la ciudad de Medellín, el mismo sindicato admite que dicho viaje sí existió pero que fue una misión de carácter oficial, pues en dicho viaje se transportó desde Medellín hacia San Andrés diez rollos de malla y seis llantas para la volqueta del municipio. Además, que había sido invitado por los Alcaldes de San Carlos y El Peñol para intercambio de experiencias administrativas. Que él no organizó el paseo, sino que algunos empleados de la Alcaldía al enterarse de que él iba a viajar a su pueblo natal aprovecharon la oportunidad para darse el paseo.

“La realización del viaje a la tierra natal del alcalde es algo incuestionable lo mismo que a él concurrieron muchos empleados municipales y algunos particulares como la esposa de burgomaestre y sus hijos y el señor Tiberio Mazo Mazo. En cuanto a que se trataba de un viaje cecarácter (sic) oficial por el solo hecho de que en Medellín se cargaron unos pocos elementos para la administración municipal es una explicación inane porque fuera de los sitios señalados por el sindicato como lugar de su encuentro con otros colegas alcaldes se tiene probado que los viajeros de la volqueta del Municipio de San Andrés estuvieron en la Piedra del Peño (sic) en el aeropuerto José María Córdoba de Rionegro y en los municipios de San Rafael y Guatapé (...)

“Estas pruebas son contundentes para demostrar que el desplazamiento de la volqueta con placas OK 51-42 de propiedad del Municipio de San Andrés a San Carlos y otros municipios del oriente Antioqueño los días 13, 14, 15 y 16 de agosto de 1988 fue un verdadero paseo, porque si el señor Alcalde Tobías de Jesús Giraldo Sánchez iba a atender una invitación de sus colegas burgomaestres no tenía porque llevar ocho o diez personas consigo. Y si el fin traer de Medellín algunos elementos para el municipio sería un viaje que se podría haber hecho en un solo día.

“En cuanto al hecho punible de peculado por apropiación se tiene que el denunciante Eutimio Pino Posada da cuenta que el ingeniero jefe del Departamento donó unos tubos para cobertura de una obra y dichos tubos fueron cobrados al erario municipal. El ingeniero Luis Hernán Cano Arango quien para ese entonces se desempeñaba al servicio del Departamento en conservación de vías en el norte de Antioquia, declara que sí recuerda haber autorizado la donación de unos tubos al municipio de San Andrés, aunque no recuerda la cantidad. Que dichos tubos estaban destinados para el barrio El Recreo y que cuando posteriormente pasópor (sic) allí, vio que estaban colocando unos tuvos (sic) y no se dio cuenta si eran o no los mismos que el Departamento había donado (...)

“Las pruebas que se dejan transcritas son suficientes para deducir que si bien no hubo falsedad de hacer aparecer los tubos regalados por la Administración departamental como comprados a un particular, tal como lo afirma el denunciante Eutimio Pino Posada, sí hubo una irregularidad administrativa con respecto a esos tubos, porque

salta a la vista que queda la duda acerca de si los tubos que se utilizaron (sic) en el alcantarillado del barrio El Recreo fueron los donados por la Secretaría de Obras Públicas Departamentales, qué se hizo con los que le fueron comprados al ingeniero Francisco Luis Arias Carvajal? O viceversa. De todas maneras hubo una apropiación indebida" (fls. 303-306, cdno. anexo 2).

Respecto al hecho punible de violación al Régimen Legal de Inhabilidades de Incompatibilidades la Fiscalía se basó en las siguientes pruebas: i) denuncia formulada por el señor Eutimio Pino Posada; ii) testimonios de los señores Ruth Marina Valencia Muñoz, Consuelo de Jesús Restrepo Muñoz, Fernando Antonio Correa, Cecilia Marleny Chavarría Chavarría y Rafael Jaramillo Muñoz; iii) órdenes de alta de los objetos comprados. Con fundamento en las mismas concluyó:

"Como se ha visto, los testigos al hacer referencia al establecimiento comercial hablan del almacén de doña Dora Luz Carvajal, esposa del burgomaestre Tobías de Jesús Giraldo Sánchez. En las órdenes de alta relacionados con los objetos comprados en dicho almacén se hace aparecer como si fuera de propiedad de la señora Cecilia Marleny Chavarría Chavarría. Al respecto la señora esposa del sindicado, Dora Luz Carvajal explica que originalmente se formó una sociedad de señoras que se dedicaban a confección de prendas de vestir y consiguieron local para esa especie de microempresa. Que varias de las señoras se retiraron al poco tiempo y el negocio se transformó en almacén quedando a cargo de la señora Marleny Chavarría. Entonces la señora Carvajal se asoció con ella y comenzaron la explotación de dicho establecimiento comercial ejerciendo esta última como administradora y Marleny lo administraba cuando ella viajaba a Medellín a adquirir surtido. Esta señora en su declaración reitera ahincadamente que su esposo no tiene almacén, ni parte en el suyo, pero sí es clara al expresar que con motivo de la fiesta del niño 'él, o sea mi esposo adquirió los juguetes para dar a los niños de nuestro almacén (...)

"Por su parte la señora Cecilia Marleny Chavarría Chavarría cuenta en forma coincidente la tal historia del establecimiento comercial (...)

"Pero este hecho que la señora Cecilia Marleny Chavarría haya sido copropietaria del mencionado almacén es algo que no está plenamente establecido. El señor Jairo Alfredo Vásquez Giraldo testifica que compró el establecimiento comercial y realizó la transacción con los esposos Tobías Giraldo y Dora Luz Carvajal y que en dicho negocio nunca se mencionó que la señora Cecilia Marleny Chavarría tuviera parte en el almacén y ninguna intervención tuvo en la negociación. Este declarante concluye que la señora Marleny nunca apareció como socia del almacén, y de lo que se dio cuenta era que (era) muy amiga de los esposos Giraldo Carvajal" (fls. 307 y 308, cdno. anexo 2).

En consecuencia de lo anterior, el demandante continuó privado de la libertad, en atención a la sanción establecida para los hechos punibles por los que fue acusado.

- Mediante providencia del 12 de abril de 1994, la Fiscalía se pronunció sobre la solicitud de libertad provisional que por vencimiento de términos había formulado

el enjuiciado en memorial del 1º de abril pasado, la cual negó con los siguientes argumentos:

“El señor Giraldo Sánchez fue privado de su libertad en el corregimiento de El Chocó del municipio de San Carlos el día 4 de octubre de 1993. **Es decir, que realmente lleva más de ciento veinte días de privación efectiva de la libertad, término que establece el ordinal 4º del artículo 55 de la ley 81 de 1993 que reformó el artículo 415 del Código de Procedimiento Penal como causal de libertad provisional para cuando transcurrido ese tiempo no se haya calificado el mérito de la instrucción.**

“Pero el inciso segundo de ese ordinal 4º del artículo 55 de la ley 81 de 1993 establece que esa causal de libertad provisional no se aplicará cuando el mérito de la instrucción no hubiere sido calificado por causas atribuibles al sindicado o a su defensor. **En el presente caso el defensor oficioso que antes representaba los intereses del sindicado en forma reiterada ha estado formulando solicitudes de libertad con argumentos carentes de lógica jurídica. Además, el mismo procurador judicial del imputado solicitó el avalúo de los presuntos perjuicios ocasionados al municipio de San Andrés de Cuerquia con el fin de reintegrar el dinero y acogerse a la causal de libertad provisional del ordinal 8º del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal vigente para esa época. En vista de que en esta población existen pocas personas con amplios conocimientos en materia de transporte y repuestos para automotores el avalúo sólo pudo hacerse después de un (sic) mes de la solicitud (Negrillas de la Sala).**

“Por otro lado, el artículo 397 del Código de Procedimiento Penal en su ordinal 2º establece que procede la detención preventiva cuando el delito que se imputa al sindicado tenga prevista una pena de prisión cuyo mínima sea o exceda de dos años. Y sin necesidad de hacer alusión a los demás delitos que se atribuyen al señor Giraldo Sánchez para constituir el concurso de hechos punibles el peculado por apropiación tipificado en el artículo 133 del estatuto penal tiene señalada una pena de prisión de dos a diez años. Además, este delito de peculado por apropiación está incluido en la lista que establece el ordinal 4º del artículo 417 del Código de Procedimiento Penal entre las prohibiciones de libertad provisional, en el caso (sic) fundamentarse en el numeral primero del artículo 415 ibídem” (fls. 312-313, cdno. anexo 2).

- El 21 de abril de 1994, el detenido interpuso recurso de apelación contra la resolución acusatoria (fl. 316) y en memorial del 25 de abril de 1994, solicitó se concediera el mismo y manifestó que renunciaba al resto del término que le quedaba en virtud de la impugnación (fl. 321, anexo 2). En proveído del 25 de abril de 1994 la Fiscalía resolvió no acceder a la solicitud formulada en relación a la renuncia de los términos, en razón a que las demás partes no habían renunciado a ellos y en consecuencia les corrió traslado del recurso (fl. 321 vto, cdno. anexo 2).

- El recurso fue conocido por la Unidad de Fiscales delegados ante los Tribunales Superiores de Antioquia y Medellín, que en providencia del 3 de junio de 1994, revocó la

resolución de acusación y precluyó la investigación y ordenó la libertad inmediata de Tobías de Jesús Giraldo Sánchez y dispuso la devolución de la suma de dinero por él consignada en el título del 22 de diciembre de 1993 (fls. 325 y ss.). La decisión se fundamentó en las siguientes razones:

-

"Injustamente (no sabemos si en forma arbitraria) se halla privado de su libertad desde el cuatro de Octubre de la pasada anualidad el ex –alcalde de SAN ANDRÉS DE CUERQUIA señor TOBÍAS DE JESÚS GIRALDO SÁNCHEZ, sindicado de Peculado por apropiación así como de peculado por Uso y violación al artículo 144 del código penal, según queja que presentara CARLOS EUTIMIO PINO POSADA. **Y se dice lo anterior, porque a pesar de cinco peticiones de libertad para GIRALDO SÁNCHEZ (FLIOS 181, 327, 346, 359 Y 362) siempre han sido negadas por el señor Fiscal Delegado ante el Juzgado Penal del Circuito de ITUANGO** (Negrillas de la Sala).

"Pero el expediente ha llegado a este Despacho en virtud a lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 19 de la Ley 81 de 1993 que modificara el 125 del Código de Procedimiento Penal, esto es, por el recurso de Apelación interpuesto por el señor Defensor contra la Resolución Acusatoria calendada el once de Abril y proferida por el mencionado funcionario (fs. 386). Y a pesar de que allí renuncia al traslado que le correspondía (como único apelante), el señor Fiscal se lo negó por motivos que anota a folios 386 vto. y ordenó que se corriera traslado por cinco días a quienes apelaron. En nuestro concepto tenía razón el impugnante y basta dar traslado a los no recurrentes.

"TOBÍAS DE JESÚS fue elegido popularmente como primer Alcalde de SAN ANDRÉS DE CUERQUIA y tomó posesión del cargo en junio de mil novecientos ochenta y ocho. CARLOS EUTIMIO PINO lo sindicó de haberse apropiado de cerca de cincuenta y siete mil pesos, valor de unos tubos cuando en realidad habían sido regalados por el Departamento. Lo acusa igualmente de haber realizado un paseo a su tierra natal (SAN CARLOS) en la volquete (sic) del Municipio, en compañía de varios empleados de la Administración y por último que incurrió en Violación del Régimen Legal de Inhabilitaciones e Incompatibilidades consagrado en el artículo 144 del código penal, pues que en el almacén de su esposa, adquirió algunos obsequios con motivo de la fiesta del Niño en el año citado.

"Se queja el denunciante de que el sindicado a pesar de que los tubos utilizados en una obra del sector o vereda denominado EL RECREO, habían sido donados por el Departamento, fueron cobrados por la Administración Municipal a cargo de TOBÍAS DE JESÚS. **Esta situación no se ajusta a la realidad como tuvieron oportunidad de aclararlo tanto la Contraloría Departamental como la Procuraduría Administrativa de este Departamento. Además, testimonialmente con las versiones de quien hizo la donación, de quien vendió similar cantidad de estos artículos al conductor de la volquete (sic) del municipio que transportó tanto los unos como los otros, de quien los vendió y de quien los instaló en la obra** (Negrillas de la Sala).

"En efecto, de la declaración del señor NESTOR EMILIO ORREGO VILLA, por la época de los hechos oficial adscrito al citado Municipio nos indica en qué sector fueron instalados los tubos donados por el Departamento de Antioquia y en donde los que se compraron al señor contratista que los fabricaba en la quebrada LA MIRANDA del

mismo distrito. Señala además que no le correspondió colocar los llevados de SAN JOSÉ DE LOS MILAGROS que eran de los regalados por el Departamento, pero sí los que compraron.

"De la versión suministrada por el señor JOSÉ RAMÓN AREIZA MUÑOZ, conductor de la volquere (sic) oficial se desprende que le correspondió viajar al municipio de SAN CARLOS en el famoso paseo y transportar tubos tanto de SAN PEDRO DE LOS MILAGROS como de la quebrada LA MIRANDA, de este lugar precisamente hizo varios viajes.

"El señor FRANCISCO LUIS ARIAS CARVAJAL, depone bajo la gravedad del juramento a folios 325 (ya lo había hecho ante la Contraloría Departamental fs. 194) y nos ratifica allí que realmente vendió los mencionados tubos y además regaló algunos averiados. El valor de tales dispositivos fue cercano a los cincuenta y siete mil pesos por el cual firmó la cuenta y recibo de pago, lo que sucedió en el sótano de la Gobernación en la ALPUJARRA en esta ciudad de MEDELLÍN.

"Mediante auto 113 de la CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DE ANTIOQUIA, ordenó el archivo de las diligencias adelantadas por este motivo, puesto que no hubo cuestionamiento alguno para el funcionario investigado (...)

(...)

"Y un visitador de la PROCURADURÍA en asocio del señor PERSONERO del lugar y del oficial de albañilería que le correspondió realizar la obra, practicó inspección a la vereda EL RECREO y pudo comprobar que la red del alcantarillado no comprende solamente el tramo que cubren los once (11) tubos de concreto de 24 pulgadas de diámetro, sino aproximadamente 350 metros (folios. 201).

"Se necesaria (sic) más claridad sobre este punto? Sin embargo el funcionario que profiere la Resolución Acusatoria a folios 368 argumenta en el sentido de que queda la duda pues que si los tubos utilizados en EL RECREO fueron los donados por el Departamento 'qué se hizo con los que fueron comprados al ingeniero FRANCISCO LUIS ARIAS CARVAJAL o viceversa. De todas maneras hubo una apropiación indebida...' como si no fuera al Estado al que obliga demostrarle al indagado esa indebida apropiación. Se podrá proferir acusación con esa duda, si la ley le está exigiendo, como requisito sustancial de tal decisión, que está demostrada la ocurrencia del hecho? (Negrillas de la Sala).

"En nuestro criterio tienen razón los defensores del procesado en sus jurídicas alegaciones en las oportunidades en que lo hicieron intentado obtener la liberación de GIRALDO SÁNCHEZ y la preclusión de la instrucción por este aspecto. Por ello se dará aplicación a lo dispuesto en el artículo 36 del Código de Procedimiento Penal (Negrillas de la Sala).

"Y qué decir del cargo por uso indebido de la volquete (sic) del municipio, cuando en días festivos y uno hábil que luego de [ilegible] el sindicato y varios empleados de su administración se trasladaron a SAN CARLOS, EL PEÑOL y otros municipios del oriente del Departamento por invitación de los Alcaldes? Pues que **fueron los empleados y no el Alcalde o su esposa quienes organizaron el viaje, hicieron los respectivos aportes para los gastos incluyendo gasolina y además en el Municipio de EL PEÑOL las autoridades tanquearon el vehículo.** Agréguese a lo anterior que en esta ciudad de MEDELLÍN se adquirieron llantas para el automotor y

otros enseres los cuales se transportaron en el mismo de regreso a SAN ANDRÉS DE CUERQUIA (Negrillas de la Sala).

"A folios 217 JESÚS ARCESIO BOTERO alcalde EL PEÑOL certifica juradamente que sí invitó al sindicato GIRALDO SÁNCHEZ a su distrito a que conociera su proyecto de construcción de vivienda por autogestión o autoconstrucción que ha servido de modelo, especialmente ante el INURBE. El señor Burgomaestre de ANDES pero de SAN CARLOS para el año de mil novecientos ochenta y ocho dice que cree haber invitado a TOBÍAS DE JESÚS, pues que siempre acostumbraba hacerlo con sus colegas (folios 216).

(...)

"Resulta difícil por decir lo menos, definir el uso indebido como para configurar violación al artículo 134 del C. Penal en el caso denunciado pues si era invitado por los alcaldes de los distritos visitados en uno de los cuales suministraron combustible y también se canceló con aportes de los paseantes, cómo proferir resolución acusatoria por los asuntos tan nimios pues recuérdese como también se transportó mercancía para el municipio desde esta ciudad y que además viajaba en el vehículo del señor burgomaestre? En esta circunstancias (sic), no estando claramente demostrado el mal uso, lo más aconsejable es optar por la alternativa consagrada en el artículo 441 del código adjetivo penal y hacer justicia, así sea un poco tardía al indagado GIRALDO SÁNCHEZ. Se revocará entonces la decisión recurrida y en su lugar se proferirá PRECLUSIÓN DE LA INSTRUCCIÓN (Negrillas de la Sala).

"Nos queda por analizar el tercer cargo deducido en contra de TOBÍAS DE JESÚS y que como lo admite su defensor oficioso a folios 358 es el único que podría configurarse. **Pero qué ocurre? Que la acción penal se halla prescrita si se siete (tiene) en cuenta que tal hecho se cometió, en el evento de configurarse, en mil novecientos ochenta y ocho y la sanción máxima imponible para los infractores del artículo 144 es la de cinco años de arresto, tiempo que por lógica se superó en la pasada anualidad.** Ello, al tenor de lo preceptuado en la disposición legal antes mencionado (sic) y en el artículo 80 del Código Penal. Y, cumplido el factor objetivo, el Estado pierde toda competencia para entrar en disquisiciones de si se configuró o no dicha violación a la Ley Penal, no le queda otra alternativa que declarar tal fenómeno jurídico. Se precluirá también la instrucción con respecto a este ilícito por la causal señalada (Negrillas de la Sala).

"Para el Despacho es tan clara la situación antes analizada que creemos innecesario entrar a estudiar los planteamientos del señor Defensor recurrente, desde luego serios y jurídicos a quien en definitiva le debe el indagado no se prolongue más esta ya larga privación de su libertad, la que a lo mejor habría cesado de haberse recurrido las decisiones donde se le denegó tal beneficio. Se atenderá sí su insinuación de que el señor Fiscal pudo incurrir en conductas disciplinarias y penalmente y por ello se ordenará compulsar copias para que sea investigado en ambas circunstancias y como prueba de la realidad procesal vivida, se expedirá copia de su escrito, pues allí está reflejada la misma (Negrillas de la Sala).

"En efecto, en escrito de folios 181 el defensor oficioso impetra la libertad de GIRALDO SÁNCHEZ y en caso de ser necesario la orden para consignar el monto del Peculado. La Fiscalía negó lo primero y procediendo a nombrar un perito que determinara el monto de los perjuicios que debían ser indemnizados, los que se fijaron en doscientos

noventa y un mil quinientos cuarenta pesos (folios 317). Conociendo lo anterior, el propio GIRALDO SÁNCHEZ solicita orden de consignación pero agregando que ello en ningún momento significa que esté confesando los delitos que se le imputan, lo hace sólo para optar su libertad provisional (fs. 346), **pero el citado funcionario a folios 348 expone que ello no es suficiente pues el proceso que se le sigue y por el cual se halla detenido 'no es solo por el delito de Peculado por apropiación sino por un concurso de hechos punibles contra la administración pública'. Sinceramente, no existen comentarios. Tal decisión está calendada el 23 de diciembre. Y a folios 374 al resolver otra petición de excarcelación formulada por el señor defensor contractual y por vencimiento de términos con fecha doce de abril, el señor Fiscal la niega, aunque admite que no se calificó el mérito sumarial oportunamente, pero porque '... el defensor oficioso que antes representaba los intereses del sindicato en forma reiterada ha estado formulando solicitudes de libertad con argumentos carentes de lógica jurídica...' Para el suscrito, los que adolecen de esta falla, son los del funcionario que profirió la resolución impugnada.** Y qué decir de la forma cómo se capturó al ex – alcalde? Pues que los empleados que suscriben el informe de folios 169 del cuatro de octubre del año pasado se trasladaron al municipio de SAN CARLOS concretamente a la Inspección Departamento de Policía del Corregimiento de CHOCÓ y procedieron a su aprehensión pero según informa el señor Secretario de Gobierno Departamental sólo un mes después se le suspendió en el cargo, sin derecho a remuneración hasta la culminación de la etapa investigativa que se adelanta en contra de la Fiscalía (fs. 289 y ss.). En fin, son conductas que los funcionarios competentes esclarecerán en razón de las investigaciones que deberán adelantarse en contra del doctor DIEGO ARANGO MEDINA, nos limitamos a un examen somero” (fls. 325-340, cdno. anexo 2, negrillas de la Sala).

Como consecuencia de lo anterior, mediante oficio No. 650 del 3 de junio de 1994, la Unidad de Seccional de Fiscales delegados ante el Tribunales Superiores de Distrito, solicitó al Director de la Cárcel de Yarumito, dejar en libertad al señor Tobías de Jesús Giraldo Sánchez, y advirtió que a partir de esa fecha, el procesado quedaba por cuenta de la Fiscalía de Ituango, donde era requerido por otras diligencias (fl. 399, cdno. anexo 1).

3.2.2. En efecto, de manera paralela al proceso que se acaba de reseñar, la Fiscalía Seccional de Ituango adelantó otro en contra del ex- alcalde, por los delitos de peculado por uso y por apropiación y celebración de contratos sin el cumplimiento de los requisitos legales, radicado bajo el No. 504⁴. Al respecto sólo obran las siguientes piezas procesales:

- Proveído del 9 de junio de 1994, en virtud del cual la Fiscalía delegada ante el Juzgado Penal del Circuito de Ituango, aceptó la recusación interpuesta por el señor Tobías de Jesús Giraldo Sánchez y en consecuencia se declaró impedido para seguir conociendo del proceso, motivo por el cual lo remitió a la Unidad de Fiscalías de Yarumal (Ant.). De esta providencia se infiere lo siguiente:

⁴ Así se señaló en la providencia del 9 de junio de 2004, proferida por la Unidad Única de Fiscalía de Ituango.

i) El proceso se originó en la denuncia formulada por el señor Leonardo Molina Robledo, visitador Fiscal de la Contraloría General de Antioquia.

ii) Al resolver la situación jurídica se decretó medida de aseguramiento de detención preventiva en contra de Giraldo Sánchez, decisión que fue impugnada.

iii) El abogado defensor del detenido formuló recusación contra el Fiscal Seccional de Ituango, en razón a que había dejado vencer los términos establecidos por la ley.

- Resolución del 7 de julio de 1994, por medio de la cual la Unidad Seccional de Fiscalía de Yarumal precluyó el proceso adelantado en contra del señor Giraldo Sánchez y revocó la medida de aseguramiento impuesta en su contra. Según se infiere de esta providencia, la investigación tuvo como objeto los hechos ocurridos en los meses de noviembre y diciembre de 1986, en los que éste, en su calidad de Alcalde de San Andrés de Cuerquia, realizó negocios con los señores María Matilde Chavarría de Zapata y Carlos Arturo Correa Molina, que consistieron en la compra por parte del Municipio, de dos esquinas situadas en la denominada "Calle Vieja", ambas por la suma de \$100.000. Según la Contraloría, la inversión total en la casa de la señora Chavarría de Zapata fue de \$127.465,50, cantidad de la que se restan \$8.285,25, correspondientes a materiales reutilizados, quedando un total de \$119.180,25, suma que presuntamente, el demandante invirtió de manera ilegal en la reconstrucción de la vivienda de la mencionada, ya que el precio de la negociación era de \$100.000.

Para precluir la investigación, la Fiscalía se basó en los testimonios de María Matilde Chavarría, Carlos Arturo Correa Molina, Luis Alfonso Osorio Osorio, Jesús Evangelista Carvajal Sánchez y Rodolfo Callejas Ossa. En relación a los delitos de violación al Régimen Legal de Inhabilidades e Incompatibilidades y peculado por destinación oficial diferente, señaló que la acción penal ya se encontraba prescrita, y respecto al delito de peculado por apropiación, concluyó que el mismo no había ocurrido, por las siguientes razones:

"En la totalidad de \$127.465,502 se incluyó la demolición y reconstrucción de diez metros cuadrados del muro en la propiedad de doña MATILDE, por valor de \$1.189,50 y \$31.150,00 respectivamente, que dan un total de \$32.339,50 que según la negociación era obligación de la Administración Municipal: 'Me contaba cien mil pesos

y la pieza que me tumbaba me la reconstruía nuevamente aparte de los cien mil pesos...' (V. versión de doma MATILDE a fls. 9).

"Indica lo anterior que la Administración se comprometía a pagar la suma de CIEN MIL PESOS en efectivo, más la demolición y reconstrucción del muro.

"Entonces si los \$19.180,25 invertidos de más en la propiedad de dicha señora, no se tuvieron en cuenta o no se descontaron los \$32.3398,50 de la demolición y reconstrucción del muro y que como ya vimos era obligación de la Alcaldía, no sólo no hay excedente, sino un faltante en favor de la señora MATILDE CHAVARRÍA, resultante de restar de los \$32.339,50, los \$19.180,25 y que es de \$13.159,25, siendo así no habría peculado".

4. Conforme al recaudo probatorio, está demostrado el daño antijurídico, que consistió en la privación de la libertad a la que fue sometido el señor Tobías de Jesús Giraldo Sánchez, entre el 4 de octubre de 1993- fecha en la que fue capturado- y el 8 de julio de 1994, cuando recobró su libertad para un total de 9 mes y 4 días-.

Está plenamente acreditado que la detención de Giraldo Sánchez fue consecuencia de dos procesos seguidos en su contra por la Fiscalía Seccional de Ituango, ambos por los delitos de peculado por uso y apropiación y violación al Régimen Legal de Inhabilidades e Incompatibilidades. El primero de ellos tuvo origen en la queja formulada ante la Gobernación de Antioquia por el señor Carlos Eutimio Pino Posada y la subsecuente investigación disciplinaria que adelantó la Procuraduría Primera Regional de Medellín, de la cual se remitieron las copias a la Fiscalía, y fue en virtud de esta investigación que fue capturado. A continuación, se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva y pese a que solicitó el beneficio de la libertad provisional en dos ocasiones, la primera por vencimiento de términos, y la segunda por haber cancelado los perjuicios derivados del delito de peculado, la Fiscalía denegó esta solicitud y profirió resolución de acusación en su contra. Finalmente, la Unidad de Fiscales delegada ante el Tribunal, revocó la acusación y precluyó la investigación, al encontrarse acreditado que las conductas punibles de peculado no existieron y en relación a la violación al Régimen de Inhabilidades e Incompatibilidades, la acción penal se encontraba prescrita, situaciones todas que fueron producto de una falla en el servicio, como se explicará más adelante.

Sobre el segundo proceso, se advierte que el material probatorio recaudado es más escaso, pues sólo se allegaron dos piezas procesales, sin embargo, de las mismas se colige que la investigación se inició a partir la denuncia presentada por el señor Leonardo Molina Robledo, visitador Fiscal de la Contraloría General de Antioquia y que inicialmente estuvo en manos de la Fiscalía Seccional de Ituango, y al resolver la situación jurídica impuso medida de aseguramiento en su contra. Sin embargo, el abogado defensor del señor Tobías Giraldo, formuló recusación contra esta Fiscalía, la cual fue aceptada, por lo que el conocimiento del proceso fue asumido

por la Fiscalía Seccional de Yarumal, que revocó la medida de aseguramiento y precluyó la investigación, en atención a que la acción penal se encontraba prescrita respecto de los delitos de peculado por destinación oficial diferente y violación al Régimen Legal de Inhabilidades e Incompatibilidades, y en relación al delito de peculado por apropiación, debido a que el hecho no existió. En este caso, también se advierte la existencia de una clara falla en el servicio por parte de la Fiscalía, lo que también se explicará en los párrafos subsiguientes.

4.1. 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 Corporación⁵:

En los eventos en los que la privación de la libertad se produjo en vigencia del derogado decreto – ley 2700 de 1991 (CPP), al margen de la abrogación de esa codificación, es necesario aplicar las reglas contenidas en la misma para determinar si el régimen que rige conforme al artículo 414 es objetivo o subjetivo, debido a que ese precepto contenía y regulaba la responsabilidad patrimonial del Estado. Por consiguiente, si la absolución o la preclusión se producía porque: i) el hecho no existió, ii) el sindicado no lo cometió, o iii) la conducta no constituía hecho punible el régimen aplicable, por expresa disposición legal, es el objetivo, mientras que si la libertad se concedía por cualquier otra causa se imponía el estudio de la responsabilidad desde una perspectiva subjetiva (v.gr. la acción penal estaba prescrita, no se cumplían con los requisitos de la medida de aseguramiento, entre otros factores).

Así mismo, con el esquema del artículo 414 del decreto – ley 2700 de 1991, se aceptó la posibilidad de estudiar, bajo la perspectiva objetiva, el escenario en que la libertad se produce en aplicación del principio constitucional del *in dubio pro reo*. En efecto, en sentencia de 4 de diciembre de 2006, se precisó *in extenso*⁶:

“No obstante, en pretérita ocasión la Sala ha procurado deslindar dos situaciones de diversa índole que pueden tener lugar cuando se absuelve a personas que

⁵ 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.

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006, exp. 13168, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

han sido previamente sujetas a medida de aseguramiento, consistente en detención preventiva. Se ha sostenido, en dicha dirección, que unas son las circunstancias en las que a esa decisión absolutoria se arriba como consecuencia de la ausencia total de pruebas en contra del sindicado —deficiencia probatoria que también afectaría la legalidad de la orden de detención preventiva—, y otras diversas las que tendrían lugar cuando la absolución deriva de la aplicación del beneficio de la duda. Así pues, frente a un evento de falta de prueba y encarcelamiento por sospecha, se sostuvo⁷:

«En lo que hace a los motivos por los cuales el hoy demandante obtuvo absolución respecto del cargo que por homicidio se le formuló, de las anteriores providencias se extrae que la razón fundamental por la cual se produjo dicha decisión se contrajo a la falta de prueba que permitiera incriminar a dicho sujeto procesal. Analizado el contenido de la valoración probatoria allegada al presente proceso se observa, que (...) ninguna prueba que lo incriminara directamente como autor material de dicho delito. Por el contrario, se constató, la inexistencia en toda la investigación de prueba directa que incriminara a los acusados.

“En este orden de ideas y sin mayores análisis de la propia percepción probatoria inequívocamente expresada por el juzgador penal, se echa de menos la justificación para la privación de la libertad del hoy demandante, pues del contenido de la providencia de primera instancia se concluye que lejos de la existencia de indicio de responsabilidad, el hoy demandante fue vinculado al proceso sobre la base de un testimonio del cual no surgía ni por asomo el indicio requerido a más de que adoleció de notorias deficiencias como acaba de verse.

“Y se dice que no se comparten dichas apreciaciones, base de la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle, toda vez que, como se ha observado, **antes que duda, lo que se evidenció durante la investigación, fue ausencia total de prueba incriminatoria para el hoy demandante.** (...) De lo dicho se tiene, que 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.

“La Sala no pasa por alto la afirmación contenida en la providencia del Tribunal Nacional que hizo suya el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en el sentido de que la conducta de los implicados no aparecería limpia de toda ‘sospecha’, pues entiende, que frente a la legislación procesal penal colombiana, **la sospecha no existe y mucho menos justifica la privación de la libertad de una persona.**

“Se observa sí que teniendo presente que la responsabilidad derivada de privación injusta de la libertad es de carácter objetivo, es a la parte demandada, para el caso la Nación - Ministerio de Justicia, a quien correspondía

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de septiembre de 1997, C.P. Dr. Daniel Suárez Hernández, expediente 11.754, actor Jairo Hernán Martínez Nieves.

adelantar la labor probatoria que apuntara al acreditamiento de una eventual causal de exoneración, conducta que echa de menos esta corporación, pues ha de repararse en que cuando se le endilga a la Nación la privación de la libertad de una persona, es ella la llamada a acreditar las causales de exoneración» (negritas y subrayas fuera del texto original).

“En el pronunciamiento que se acaba de referir, entonces, la responsabilidad del Estado se derivó de la inexistencia de probanza alguna en contra del imputado. Sin embargo, en la misma sentencia, la Sala razonó en torno al otro supuesto al que aquí se ha aludido, esto es, aquél en el cual la absolución se impone como consecuencia de la aplicación del “*in dubio pro reo*”, en los siguientes términos:

«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, tal como se manifestó anteriormente, no se trató de duda sino más bien de falta de prueba incriminatoria. Sin embargo **aunque se tratase 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. Ya tiene mucho el sindicado con que los jueces que lo investigaron lo califiquen de ‘sospechoso’ y además se diga que fue la duda lo que permitió su absolución, como para que esta sea la razón, que justifique la exoneración del derecho que asiste a quien es privado de la libertad de manera injusta.

“Entiéndase que lo injusto se opone al valor justicia, por lo cual perfectamente puede sostenerse que en punto del derecho fundamental de la libertad de las personas, la necesaria protección que ha de brindarse al sindicado, no puede caer en el vacío mediante un mal entendimiento y utilización de las medidas de aseguramiento.

“Ante todo la garantía constitucional del derecho a la libertad y por supuesto, la aplicación cabal del principio de inocencia. La duda es un aspecto eminentemente técnico que atañe a la aplicación, por defecto de prueba, del principio *In dubio pro reo*. Pero lo que **si debe quedar claro en el presente asunto es que ni la sospecha ni la duda justifican en un Estado social de Derecho la privación de las personas,** pues se reitera, por encima de estos aspectos aparece la filosofía garantística del proceso penal que ha de prevalecer. Aquí, como se ha observado, sobre la base de una duda o de una mal llamada sospecha que encontrarían soporte en un testimonio desacreditado, se mantuvo privado de la libertad por espacio de más de tres años al demandante, para final pero justicieramente otorgársele la libertad previa absolución» (negritas y cursiva fuera del texto original).

“La Sala reitera, en el presente caso, los razonamientos que se efectuaran en el pronunciamiento en cita. Exonerar al Estado de responsabilidad por no realizar o culminar las averiguaciones que habrían —probablemente— conducido a la estructuración de la causal de detención preventiva injusta consistente en que el sindicado no cometió el hecho, habiéndose previamente dispuesto su encarcelamiento, constituiría una manifiesta inequidad. Y esa consideración no se

modifica por el hecho de que la absolución se haya derivado de la aplicación del multicitado principio "*in dubio pro reo*", pues la operatividad del mismo en el *sub júdice* no provee de justo título —*ex post*— a una privación de libertad por tan prolongado período, si el resultado del proceso, a su culminación y de cara a la situación de aquí demandante, continuó siendo la misma que ostentaba antes de ser detenido: no pudo desvirtuarse que se trataba de una persona inocente.

“Adicionalmente, resultaría desde todo punto de vista desproporcionado exigir de un particular que soportase inerme y sin derecho a tipo alguno de compensación —como si se tratase de una carga pública que todos los coasociados debieran asumir en condiciones de igualdad—, el verse privado de la libertad durante aproximadamente dos años, en aras de salvaguardar la eficacia de las decisiones del Estado prestador del servicio público de Administración de Justicia si, una vez desplegada su actividad, esta Rama del Poder Público no consiguió desvirtuar la presunción de inocencia del particular al que inculpaba. La “ley de la ponderación”, o postulado rector del juicio de proporcionalidad en sentido estricto, enseña que el detrimento del derecho o interés jurídico que se hace retroceder, se sacrifica o se afecta en un caso concreto, debe ser correlativo a o ha de corresponderse con el beneficio, la utilidad o el resultado positivo que se obtenga respecto del bien, derecho o interés jurídico que se hace prevalecer, a través de la “regla de precedencia condicionada” que soporta la alternativa de decisión elegida para resolver el supuesto específico. En otros términos, «cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro»⁸.

“En el *sub lite*, la colisión entre bienes e intereses en conflicto —juicio de proporcionalidad— se da de la siguiente manera: de un lado, se tiene el interés general concretado en la eficaz, pronta y cumplida Administración de Justicia; de otro, se encuentra la esfera de los derechos fundamentales, las garantías individuales y los derechos patrimoniales de los cuales es titular el ciudadano Audy Hernando Forigua Panche, afectados con la medida de detención preventiva. Si se admite que la medida cautelar resultaba idónea y necesaria en aras de la consecución del fin al cual apuntaba —la pronta, cumplida y eficaz prestación del servicio público de administrar justicia—, se impone el siguiente cuestionamiento: ¿Justificó la prevalencia de este último fin, interés o principio jurídico, el detrimento sufrido por la libertad personal y demás derechos radicados en cabeza del señor Forigua Panche, los cuales se vieron afectados o sacrificados, al menos parcialmente, como consecuencia de haber sido privado de la libertad durante un lapso aproximado de dos años?

“Como quiera (sic) que la respuesta es claramente negativa, si se tiene en cuenta que la detención preventiva a nada condujo, pues el Estado no pudo desvirtuar la presunción de inocencia que ampara al individuo y en manera alguna se justificó la notable afectación a dichos derechos fundamentales, la medida no satisfizo las exigencias de la referida “ley de la ponderación” y resultó manifiestamente desproporcionada, de manera que supuso un sacrificio especial para el particular, que supera —con mucha diferencia— las molestias o cargas que cualquier individuo ha de asumir por el hecho de vivir en comunidad. No estaba, por tanto, el señor Forigua Panche, en la obligación de soportar los daños que el Estado le irrogó, mismos que deben ser calificados como

⁸ Cfr. ALEXYS, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 161-167; *Vid.*, igualmente, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M., *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2.000.

antijurídicos y cuya configuración determina, consecuentemente, el reconocimiento de la respectiva indemnización de perjuicios.

“No corresponde al actor, en casos como el presente, acreditar nada más allá de los conocidos elementos que configuran la declaración de responsabilidad: actuación del Estado, daños irrogados y nexo de causalidad entre aquella y éstos. Los tres aludidos extremos se encuentran suficientemente acreditados en el expediente, de lo cual se dará cuenta a continuación. En cambio, es al accionado a quien corresponde demostrar, mediante pruebas legal y regularmente traídas al proceso, si se ha dado algún supuesto de hecho en virtud del cual pueda entenderse configurada una causal de exoneración, fuerza mayor, hecho de un tercero o culpa exclusiva y determinante de la víctima. Y ocurre que ninguna de estas eximentes ha sido acreditada en el plenario.” (negrillas y subrayado del original).

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), al margen de la derogatoria de la disposición, han continuado rigiéndose por una perspectiva objetiva de responsabilidad. En consecuencia, el régimen aplicable para definir si la privación de la libertad fue injusta en estos tres supuestos es el objetivo, inclusive con posterioridad a la ley 270 de 1996, en los términos precisados por la jurisprudencia de la Corporación⁹.

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

⁹ Sobre el particular, consultar la sentencia del 4 de diciembre de 2006, expediente 13.168, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

específica en el mismo. No quiere significar, entonces, que la Corporación esté modificando los efectos en el tiempo de una norma que se encuentra claramente abrogada. No obstante, en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, por ser una institución donde rige el principio *iura novit curia*, es posible que el juez adopte o acoja supuestos de responsabilidad objetiva o subjetiva, lo cual dependerá del fundamento en que se soporte la misma.

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

Lo anterior, lejos de suponer una aplicación ultractiva del derogado artículo 414 del decreto ley 2700 de 1991, implica el reconocimiento de que en esos supuestos resulta de sobremanera injustificado imponer al administrado la carga de acreditar que la administración pública incurrió en una falla del servicio. Por el contrario, la fuerza y contundencia de los motivos que generan la absolución en este tipo de circunstancias (el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o el hecho no constituía conducta punible), refuerza la idea de que bajo esas premisas impera un esquema objetivo de responsabilidad en el que la autoridad judicial que impuso la medida de aseguramiento no puede exonerarse del deber de reparar con la acreditación de que su comportamiento fue diligente o cuidadoso.

ii) Cuando se absuelva a la persona sindicada, en aplicación del *in dubio pro reo*¹⁰ -*strictu sensu*-, de conformidad con los planteamientos contenidos en las sentencias

¹⁰ "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.

proferidas en los procesos números 13.168 (2006)¹¹ y 15.463 (2007)¹², 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 absolucón 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–¹³, 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 comoquiera 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 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 libertad¹⁴, razón por la que en estos eventos no se desprende una falla del servicio, sino una responsabilidad de naturaleza objetiva

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2006, M.P. Mauricio Fajardo Gómez

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de mayo de 2007, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹³ "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." FERRAJOLI, Lüigi "Derecho y Razón", Ed. Trotta, Pág. 151- 152.

¹⁴ "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.

fundamentada en el rompimiento de las cargas, 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."*¹⁵

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.

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

¹⁵ BOBBIO, Norberto en el prólogo del libro "Derecho y Razón" de Luigi Ferrajoli, Ed. Trotta, 2001, pág. 14.

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 trate 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."¹⁶

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 arbitraria¹⁷.

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

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de septiembre de 1997, exp. 11.754, M.P. Daniel Suárez Hernández.

¹⁷ "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.

de lo Contencioso Administrativo valore el grado de subjetividad con que se actuó en el caso concreto.

iv) Como se aprecia, en cada evento específico 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, comoquiera 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 hipótesis que desborden ese concreto y particular marco conceptual, deberán ser definidas y desatadas a partir de la verificación de una falla del servicio en cabeza del aparato estatal.

Además, no sobra recordar que en aquellos eventos en que no obstante la causal de absolución penal permitiera enmarcar el estudio de la responsabilidad patrimonial bajo un régimen de carácter objetivo pero en el proceso contencioso administrativo quedó acreditada la existencia de una falla del servicio, se impone la declaratoria de la misma en aras de emitir un juicio de reproche y, de paso, permitir a la administración que, identificada la irregularidad cometida, analice la conveniencia de iniciar la acción de repetición contra los funcionarios que dieron origen a la condena pecuniaria.

No significa lo anterior que la Sala esté fijando un régimen subjetivo de responsabilidad en materia de privación injusta de la libertad sino que, se insiste, la perspectiva objetiva o subjetiva (culpabilística) dependerá en cada caso concreto de los motivos de absolución o preclusión criminal; no obstante, cuando la falla del servicio sea evidente y palmaria en el proceso contencioso será imprescindible advertir su existencia y, por lo

tanto, acoger la responsabilidad sin ambages por esa circunstancia, tal y como ocurrió en la sentencia de 14 de abril de 2010, expediente No. 18960, oportunidad en la que sin importar que al sindicato se le hubiera absuelto porque no cometió el hecho que se le imputaba penalmente, la Sala declaró la falla del servicio en aras de emitir un juicio de valor frente al comportamiento gravemente irregular de la entidad demandada, circunstancia que, en ese caso concreto, motivó que se adoptaran medidas de justicia restaurativa encaminadas inclusive a establecer la verdad de los execrables acontecimientos por los que se inició la instrucción penal que conllevó al demandante a estar privado de manera arbitraria de la libertad.

Esa posibilidad con que cuenta el juez de lo contencioso administrativo no es nada disímil a la aplicación efectiva del principio del *iura novit curia*, que permite al juez de lo contencioso administrativo adecuar el régimen de responsabilidad de conformidad con los lineamientos jurisprudenciales trazados en los precedentes, pero también conforme a los supuestos fácticos establecidos en cada proceso en concreto.

vi) Por último, es pertinente señalar –en esta síntesis o recuento jurisprudencial– que es factible que al margen de que el supuesto de hecho diera origen a la aplicación de un régimen objetivo o subjetivo de responsabilidad, lo cierto es que resulta posible que se acredite una causal eximente que enerve la imputación frente a la administración pública, toda vez que puede operar una fuerza mayor, el hecho determinante y exclusivo de la víctima o de un tercero.¹⁸

En el caso *sub judice* está demostrado que Tobías de Jesús Giraldo Sánchez, fue privado injustamente de la libertad, lo cual fue consecuencia de las múltiples fallas en las que incurrió la Fiscalía en el curso de las investigaciones. Así se colige sin ambages de la providencia del 3 de junio de 1994, que precluyó la investigación en el proceso No. 2.803. Desde un comienzo, se señala de manera explícita que **“Injustamente** (no sabemos si en forma arbitraria) se halla privado de su libertad desde el cuatro de Octubre de la pasada anualidad el ex –alcalde de SAN ANDRÉS DE CUERQUIA señor TOBÍAS DE JESÚS GIRALDO SÁNCHEZ”. Además, llama la atención el hecho de que la Fiscalía de Ituango haya negado las solicitudes de libertad provisional formuladas por el

¹⁸ Sobre el particular, pueden consultarse los procesos Nos. 27.577, C.P. Olga Mélida Valle de De la Hoz; 15.463, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; 19.565 y 26.736, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; 25.906, 23.514, 23.187 y 30.001, C.P. Olga Mélida Valle de De la Hoz; y 27.463, C.P. Enrique Gil Botero.

demandante, que estaban fundamentadas en el vencimiento de términos y en el hecho de que había pagado la indemnización de los perjuicios causados con el peculado. Las razones aducidas por la Fiscalía en ambos casos son objeto de reproche, pues en relación a la primera solicitud, aunque reconoció que el demandante llevaba privado de la libertad más de 120 días, tiempo permitido por la ley, consideró que ello obedecía a su propia culpa, al haber dilatado el proceso con sus reiteradas solicitudes de libertad, argumento que sólo puede calificarse de arbitrario, pues con estas solicitudes, lejos de obrar de mala fe, el procesado sólo estaba ejerciendo legítimamente su derecho de defensa, pues es más que lógico que un procesado al considerar que se reúnen los requisitos, solicite el beneficio de la libertad provisional, petición que no obedece al ánimo de prolongar el proceso y por ende su detención, sino que obedece al deseo inherente de todo ser humano de ser libre.

En relación a la segunda solicitud, la Fiscalía advirtió que si bien, el señor Giraldo Sánchez había pagado los perjuicios derivados del delito de peculado, no tenía derecho a la libertad provisional, en atención a que uno de los hechos punibles por los cuales se le había impuesto la medida, esto es, la violación al Régimen Legal de Inhabilidades e Incompatibilidades impedía que se le otorgara este beneficio. Sin embargo, olvidó la Fiscalía que para la fecha en que resolvió la solicitud, la acción penal en relación a esta conducta ya se encontraba prescrita, circunstancia que fue puesta de manifiesto en la providencia que precluyó la investigación. En efecto, de las pruebas recaudadas en el proceso penal, está demostrado que el supuesto delito, de haber tenido lugar, ocurrió en el mes de octubre de 1988, como se infiere de las órdenes de baja que obran a folios 26 y ss. del cdno. anexo No. 2 y de acuerdo con el artículo 90 del decreto 100 de 1980- Código Penal vigente para la fecha de los hechos-, la acción penal prescribe "en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de libertad". Según el artículo 144 del mismo cuerpo normativo, la violación al Régimen Legal de Inhabilidades e Incompatibilidades tenía una pena máxima de 5 años, por lo que al tener como punto de partida el mes de octubre de 1988, la acción penal prescribía en el de octubre de 1993. En este orden de ideas, para la fecha en la que la Fiscalía se pronunció sobre esta petición de libertad-, 12 de junio de 1994-, ya se encontraba prescrita la acción, por lo que no podía aducir como razón la existencia de este delito, contrario a ello, su deber era precluir la investigación respecto del mismo, sin embargo, en lugar de ello, profirió resolución de acusación, actuación de la que se deriva la falla

en el servicio. Aceptar el argumento de la Fiscalía equivaldría a cercenar el ejercicio del derecho de defensa del procesado.

Igualmente, llama poderosamente la atención de la Sala, el hecho de que al precluir la investigación, la Fiscalía delegada ante el Tribunal haya ordenado la expedición de copias para que se investigara penal y disciplinariamente al Fiscal de Ituango, lo que permite inferir que en efecto, su actuación fue irregular.

De igual manera, también se presentaron irregularidades en el proceso radicado bajo el No. 504, pues no solo se demostró que el delito de peculado por apropiación no existió, sino que además la acción penal en relación a los delitos de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales y peculado por apropiación oficial diferente, se encontraba prescrita. En efecto, en la providencia del 7 de julio de 1994, en virtud de la cual se precluyó esta investigación se señaló frente a la primera de las conductas punibles mencionadas, que de haberse cometido, tuvo lugar en el mes de noviembre de 1986, y en el artículo 146 del decreto 100 de 1980, se establecía una pena máxima de 3 años, por lo que al tenor de lo explicado en párrafos anteriores, la acción prescribía en noviembre de 1989.

Las anteriores circunstancias dan cuenta de la ligereza y descuido que caracterizaron la actuación de la Fiscalía, quien no sólo prosiguió con el proceso a pesar de que la acción penal se encontraba prescrita, sino que haciendo caso omiso de ello negó todas las solicitudes de libertad formuladas por el prisionero. En este orden de ideas, ante fallas tan prominentes no cabe duda de que la privación de la libertad que padeció el señor Tobías de Jesús Giraldo Sánchez fue injusta y en consecuencia, el daño le es imputable a la Fiscalía General de la Nación, por lo que se le ordenará indemnizar los perjuicios que se encuentren demostrados.

Finalmente, se absolverá a la Procuraduría General de la Nación, toda vez que al remitir copia del proceso disciplinario a la Fiscalía, únicamente estaba actuando en cumplimiento del deber establecido en el artículo 3º de la ley 13 de 1984, que señalaba:

Artículo 3º. OBLIGACION DE DENUNCIAR LAS FALTAS. El empleado público que de cualquiera manera se entere de la ocurrencia de un hecho que pueda llegar a constituir falta disciplinaria imputable a un funcionario, deberá ponerlo en conocimiento de cualquiera de los funcionarios competentes para iniciar la investigación, suministrando todos los datos y documentos de que tuviere noticia.

Si los hechos materia del procedimiento disciplinario pudieran llegar a constituir delitos perseguibles de oficio, quien esté adelantando la investigación los pondrá en conocimiento de la autoridad competente, remitiéndole los elementos probatorios que correspondan.

El incumplimiento de las obligaciones señaladas en este artículo constituye falta grave.

En consecuencia, mal haría la Sala en predicar la existencia de una falla en el servicio, cuando está plenamente demostrado que el Ministerio Público actuó en cumplimiento de su deber legal.

5. De los perjuicios.

5.1. Materiales.

5.1.1. Lucro cesante. Se solicita a favor del señor Tobías de Jesús Giraldo, las sumas que dejó de percibir al perder su empleo como Inspector Departamental de Policía del corregimiento del Chocó, en el municipio de San Carlos (Ant.), el cual no pudo recuperar, debido a que su imagen como servidor público resultó gravemente afectada.

Al respecto, obran las siguientes pruebas:

- Resolución No. 4344 del 3 de noviembre de 1993, en virtud de la cual, el Departamento de Antioquia suspendió del ejercicio del cargo al señor Tobías de Jesús Giraldo Sánchez, sin remuneración, hasta que culminara la investigación penal adelantada en su contra. En la parte considerativa del acto administrativo, se señala que la decisión de suspenderlo se fundamentó en la solicitud que en ese sentido realizó la Fiscalía delegada de Ituango (fl. 243-244, cdno. anexo 2).
- Telegrama del 12 de julio de 1994, en el que se le comunicó al señor Giraldo Sánchez la decisión del Gobernador de Antioquia de declararlo insubsistente (fl. 4, cdno. 1).
- Certificación expedida el 26 de febrero de 1998, según la cual, el último salario del señor Giraldo Sánchez, fue la suma de \$253.472 (fl. 11, cdno. 1).

Conforme a lo anterior, está demostrado que como consecuencia del proceso penal seguido en contra de Giraldo Sánchez, perdió su empleo y no solo eso, si no que de acuerdo con los testimonios recibidos en el proceso, no le fue posible volver a ocupar un cargo público, aspecto sobre el cual se volverá con mayor detalle en los acápite subsiguientes, por lo que sin duda, debe reconocerse a su favor la indemnización de perjuicios por lucro cesante.

Ahora bien, se advierte que por este rubro, se liquidará no sólo el período consolidado comprendido entre el 4 de octubre de 1993 y el 8 de julio de 1994, es decir, el tiempo que estuvo privado de la libertad, sino también por el lapso que, según las estadísticas, requiere una persona 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)¹⁹.²⁰”

Por lo tanto, si bien, Tobías de Jesús Giraldo Sánchez estuvo privado de la libertad hasta el 8 de julio de 1994, en atención a 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 egreso de la cárcel, como ya se dijo, lo cual da un total de 18,15 meses.

Precisado lo anterior, se tiene que según la certificación de la Secretaría de Recursos Humanos del Departamento de Antioquia, antes de ser detenido, el demandante ocupaba el cargo de Inspector de Policía del corregimiento de Chocó, en el que devengaba un salario de \$253.472, suma que será actualizada con fundamento en la siguiente fórmula:

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

Donde:

Ra: Renta actualizada

Rh: Renta a fecha de la liquidación

Índice inicial (noviembre de 1993- fecha en la que fue suspendido del cargo):

Índice final (agosto de 2014- fecha de la sentencia)

Entonces:

$$Ra \ \$253.472 \frac{117,33}{\quad} = \$1.410.140,81$$

¹⁹ 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.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2006, exp. 13168, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

21,09

En este orden de ideas, el salario base de liquidación será \$1.410.140,81, suma a la que debe incrementársele un 25% correspondiente a prestaciones sociales, lo que arroja un resultado de \$1.762.676.

Para calcular el lucro cesante consolidado, se hará uso de la siguiente fórmula:

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

donde:

Ra= Renta actualizada

n= Número de periodos (meses)

i= interés técnico

Entonces:

$$S = \$1.762.676 \frac{(1 + 0,004867)^{18,15} - 1}{0,004867} = \$33.363.400$$

En consecuencia, el monto a reconocer a favor de Tobías de Jesús Giraldo Sánchez, por concepto de lucro cesante, asciende a treinta y tres millones trescientos sesenta y tres mil cuatrocientos pesos (\$33.363.400).

5.1.2. Daño emergente. Se solicita a favor de Tobías de Jesús Girando Sánchez, por concepto de los honorarios profesionales cancelados al profesional del derecho que asumió su defensa en el derecho penal. Sin embargo, pese a estar demostrado que para tal efecto, le otorgó poder al doctor Leonel Urrego Murillo, no se acreditó por ningún medio de prueba el pago de los respectivos honorarios, por esta razón no se reconocerá monto alguno por este concepto.

5.2. Perjuicios inmateriales.

5.2.1. Daño a bienes constitucionales. En la demanda se solicitaron bajo la denominación de "daños en la vida marital o la relación de pareja", a favor de Tobías de Jesús Giraldo Sánchez y Dora Luz Carvajal Álvarez, por la terminación de su relación de convivencia; y "daños en la vida familiar", a favor de Jhojana Alexandra, Yhonatan Stiven y David Alexander Giraldo Carvajal, por la inestabilidad emocional que les produjo la separación de sus padres.

Aunque actualmente la jurisprudencia en torno al reconocimiento de los daños causados a bienes constitucionales se encuentra bien delimitada y es bastante prolífica, en tanto se ha aceptado que pertenecen a una categoría de daños autónoma e independiente, los

antecedentes alrededor de este tópico datan de varios años atrás, aunque claro está, se caracterizaban por la confusión conceptual y cierta timidez, de allí que en algunas ocasiones se incluyeran en los perjuicios morales, dando lugar a un incremento del monto reconocido por éstos, o se trataran bajo la denominación de daños a la vida de relación. Es el caso por ejemplo, de los daños a la honra y a la buen nombre, que en un comienzo daban lugar a elevar el *quantum* del perjuicio moral, como se hizo en sentencia del 27 de julio de 2000, en la que se declaró la responsabilidad patrimonial de la Policía Nacional por la retención ilegal de una ciudadana y además se encontró demostrado que con su actuación, la entidad demandada había afectado sus derechos a la honra y al buen nombre, al publicar en la prensa y los periódicos que la misma se encontraba implicada en un proceso penal por narcotráfico. Al respecto sostuvo:

“Sobre ese punto la Corte Constitucional, en innumerables pronunciamientos, ha manifestado que, en principio, tienen prevalencia los derechos a la intimidad y al buen nombre sobre el derecho a la información, que los primeros son una consecuencia obligada del reconocimiento de la dignidad de la persona humana como valor fundamental y esencial del Estado Social de Derecho.

“También ha expresado que el derecho al buen nombre es esencialmente un derecho de valor porque se construye por el merecimiento de la aceptación social, en otras palabras, gira alrededor de la conducta que observe la persona en el desempeño de su rol dentro de la sociedad, la cual evalúa su comportamiento y sus actuaciones frente a unos patrones de admisión de conductas en el medio social, y al calificarlos reconoce su proceder honesto y correcto ⁽²¹⁾.

(...)

“Respecto del perjuicio moral, de la experiencia humana se presume judicialmente – presunción de hombre – que la víctima, así como los demás demandantes (madre, hijas y hermanos) sufrieron dolor moral.

- **“la víctima directa** porque padeció antijurídicamente la pérdida de su libertad que le limitó el derecho constitucional de locomoción y le lesionó el buen nombre, al publicarse la noticia de haber sido aprehendida por estar vinculada al narcotráfico; y
- **“las víctimas indirectas** (familiares de Dyomar; hija, madre, hermana) porque al ser sus parientes en la primera célula de la familia, de contera padecieron antijurídicamente aflicción los hechos falentes de la Nación.

“Por consiguiente, cuando se atenta contra la honra y el buen nombre de la persona detenida su familia también se afecta.

“Esa afectación en sus grados no es idéntica para todos los demandantes:

- “Es mayor para la víctima directa, señora Dyomar López y
- Es menor para los demás demandantes. Pero como éstos, unos son la progenitora e hijas de aquella y los demás son los hermanos, se reiterará la jurisprudencia sobre el

²¹ Sentencia SU 56 de 16 de febrero de 1995. Actor Rosmery Montoya Salazar y otros.

daño moral, la cual enseña que por el grado de cercanía es mayor la sufrida por los padres y los hijos que la de los hermanos.”²²

Posteriormente, en providencia del 25 de enero de 2001, la Sección se pronunció sobre un caso en el que un ciudadano solicitaba se declarara patrimonialmente al D.A.S., y en consecuencia se le ordenara el pago de perjuicios morales y materiales, por haberlo señalado en los medios de comunicación, como partícipe en los hechos de la masacre de Caloto, aun cuando no había participado parte en los mismos, lo que trajo como consecuencia la violación de su derecho a la honra. En esa oportunidad, no sólo se encontró demostrado que el demandante había sufrido un daño antijurídico que le causó un perjuicio moral, sino que además, la Sala fue más lejos y reconoció la existencia de daños a la vida de relación, por el menoscabo de su honra y buen nombre. Sobre el particular se dijo:

“Ahora bien, en relación con la naturaleza del perjuicio causado, la Sala advierte que se solicitó en la demanda la indemnización de los perjuicios materiales y morales sufridos por el demandante. Encontró el *a quo* demostrado sólo el daño moral sufrido y condenó a la entidad demandada al pago de la suma solicitada, esto es, el valor equivalente a mil gramos de oro.

“Por lo expresado anteriormente, la Sala considera apropiada tal condena; sin embargo, es importante aclarar que, en el presente caso, el demandante sufrió, a más de un daño moral, un daño a la vida de relación, y respecto de la solicitud de indemnización de ambos rubros, bien podía el fallador encontrarla en la demanda, haciendo uso de sus facultades interpretativas. En efecto, aunque en ella sólo se solicita la indemnización del daño extrapatrimonial de carácter moral, al presentarse los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones, se alude no sólo al estado de zozobra, angustia y temor generado en el demandante –que supone la existencia de padecimientos que constituyen, sin duda, afecciones directas a los sentimientos y consideraciones íntimos del ser humano, y que generan, por lo tanto, un típico daño moral–, sino a la necesidad que tuvo, como consecuencia de tal estado, de separarse de su esposa y su hijo recién nacido, cambiando de domicilio durante algún tiempo, así como a la violación de su derecho a la honra. **Estos últimos hechos dan lugar a la existencia de un daño extrapatrimonial diferente del moral, que rebasa la esfera interna del individuo y se sitúa en su vida de relación** (Negrillas de la Sala).

(...)

“(...) la misma publicación generó, para el demandante, una grave afectación extrapatrimonial en su vida exterior (...) Lo anterior implicó, sin duda, una alteración importante de su vida de relación y concretamente de sus relaciones familiares y sociales, que se vieron suspendidas por un período determinado.

(...)

“En lo que atañe a la reparación del perjuicio y tratándose, concretamente, de la vulneración del derecho a la honra, se ha aceptado que ella se realiza mediante la rectificación efectuada por quien distribuyó la información errónea, utilizando los

²² Expediente No. 12.641, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

mismos medios y con una difusión similar. De otra manera, continuará la confusión generada en los destinatarios de la información, quienes mantendrán la duda respecto de la rectitud y honorabilidad de la persona cuyo derecho ha sido vulnerado. Y esta rectificación, como lo ha sostenido la Corte Constitucional, "no equivale a servir de conducto público para que el afectado presente su propia versión sobre lo afirmado... en violación de los derechos constitucionales, pues semejante criterio rompería abruptamente el principio de equidad...".²³

(...)

"Así las cosas, habría sido procedente, en principio, ordenar que la rectificación se efectuara en debida forma, por parte del director del D.A.S.; sin embargo, para efectos de establecer el contenido de la condena por imponer, el juez debe buscar, en cada caso, el mecanismo que, de mejor manera, garantice la reparación del daño causado, y en el que hoy se resuelve, es necesario tomar en consideración que la rectificación debe efectuarse, normalmente, dentro de un período determinado, a fin de garantizar la compensación efectiva del perjuicio, dado que, cuando ha pasado mucho tiempo, el recuerdo de un hecho que ha dejado de ser actual podría tener en la ciudadanía un efecto contraproducente. Los hechos objeto del presente proceso ocurrieron hace casi nueve años, de manera que, en opinión de la Sala, la condena en dinero constituye la solución más apropiada (Negrillas de la Sala)."²⁴

En la sentencia que se viene de citar, no sólo se hizo énfasis en la diferencia entre el daño moral y los perjuicios derivados de la afectación a la honra y el buen nombre, que en este caso se englobaron en el llamado daño a la vida de relación, sino que también se aludió a la forma como debía ser resarcido y se señaló que si bien, lo ideal era que el responsable se retractara de sus difamaciones, debido al paso del tiempo y para evitar una doble victimización, la reparación pecuniaria resultaba ser la más idónea.

Sin embargo, la Sección extendió el compendio de daños inmateriales diferentes a los morales, a otros que no sólo eran los derivados del menoscabo a la honra y el buen nombre. Así por ejemplo, en sentencia del 10 de marzo de 2010, se confirmó la decisión de primera instancia de reconocer daños a la vida de relación a un menor, por el hecho de haber perdido a su padre cuando apenas tenía un año, por considerarse que esta circunstancia incidiría en su desarrollo y estabilidad emocional y en consecuencia, entrañaba una vulneración a los derechos fundamentales del niño y la familia, se dijo:

"5.4. Finalmente, respecto al perjuicio de 'daño a la vida de relación' concedido al hijo del occiso Víctor Julio Barceló Zambrano, la Sala debe aclarar que si bien coincide con los argumentos del Tribunal para otorgar indemnización, no se hace bajo este criterio, en

²³ **Sentencia T-332 del 12 de agosto de 1993.**

²⁴ Expediente No. 11.413, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. El ponente reiteró los mismos argumentos en pronunciamiento del 5 de mayo de 2005, expediente No. 14.022. En igual sentido sobre el incremento de perjuicios por afectación de los derechos a la honra y al buen nombre, pueden consultarse los procesos Nos. 13.745, C.P. Germán Rodríguez Villamizar; 9 de junio de 2010; 19.283, 19.355 y 23.3825, C.P. Enrique Gil Botero.

atención a que no solo se afectó la vida y existencia del menor con la ausencia indefinida de su padre, sino que también se violaron bienes jurídicos de raigambre constitucional que están íntimamente relacionados con el perjuicio a indemnizar.

“En el presente caso, se tiene que el daño causado al menor por la pérdida de su padre, indudablemente vulnera los derechos fundamentales del niño y de la familia²⁵, principios constitucionales que el Estado debe proteger y amparar, en atención a la vulnerabilidad de la población infantil (...)

(...)

“Así las cosas, es incuestionable que la pérdida de un padre afecta gravemente el núcleo familiar de un niño pues genera la privación abrupta e injustificada de la compañía y afecto paternal sin la posibilidad de restablecer esas condiciones ideales para su desarrollo y crecimiento. Esta situación vulnera bienes jurídicos de raigambre constitucional, se reitera, que al estar íntimamente relacionados con el bienestar de los infantes, en el caso específico produjo un daño que debe ser indemnizado.

En consecuencia, como está debidamente demostrado que el entorno familiar del menor y su desarrollo emocional se alteraron por la muerte del padre, y esta afectación se mantendrá durante toda su vida debido a la edad al momento de la ocurrencia del hecho -1 año-, no hay duda que esta situación le cercenó la posibilidad de disfrutar del apoyo, afecto, compañía y cariño paternal por el resto de sus días, de allí que, se confirmarán los perjuicios otorgados por el Tribunal de primera instancia pero por las razones que se vienen de exponer”.²⁶

En las sentencias gemelas de unificación, proferidas el 14 de septiembre de 2011, la Sección Tercera puso fin a la confusión conceptual que existía en torno a los perjuicios inmateriales, equívocamente enmarcados bajo las denominaciones de “daño a la vida de relación”, “alteración a las condiciones de existencia” o “perjuicios fisiológicos”. En los pronunciamientos citados, no sólo se distinguió con claridad el daño a la salud del moral, sino que comenzó a edificarse el concepto de perjuicios inmateriales, en los que se incluían aquellos que excedían la esfera de los morales y el daño a la salud, para dar paso al reconocimiento de otros derechos que constituían un daño autónomo y por lo tanto, debían ser indemnizados. Al respecto se dijo:

“Por lo tanto, cuando el daño tenga origen en una lesión corporal (daño corporal), sólo se podrán reclamar y eventualmente reconocer los siguientes tipos de perjuicios –siempre que estén acreditados en el proceso –:

i) los materiales de daño emergente y lucro cesante;

²⁵ “La familia es ‘institución básica de la sociedad’, en términos del artículo 5º constitucional. Ella es quizá el término intermedio entre la persona y el Estado. Por eso se obliga a los poderes públicos a asumir una protección en tres aspectos: social, económico y jurídico, a saber: social en la medida en que se protege su intimidad (art. 15) y la educación de sus miembros. Económica en cuanto se protege el derecho al trabajo, a la seguridad social, etc. Y jurídica ya que es obvio que de nada serviría la protección familiar si los poderes públicos no impidiesen por medios jurídicos los ataques contra el medio familiar.

“La Constitución en el artículo 44 reconoce como un derecho fundamental de los niños al tener una familia, independientemente de su filiación, sobre la base de la igualdad de los individuos ante la ley.” Sentencia proferida por la Corte Constitucional el 7 de mayo de 1993, expediente T-179.

²⁶ Expediente No. 32.651, C.P. Enrique Gil Botero.

ii) y los inmateriales, correspondientes al moral y a la salud o fisiológico, el primero tendiente a compensar la aflicción o padecimiento desencadenado por el

daño, mientras que el último encaminado a resarcir la pérdida o alteración anatómica o funcional del derecho a la salud y a la integridad corporal²⁷.

“Desde esa perspectiva, se insiste, el daño a la salud comprende toda la órbita psicofísica del sujeto. En consecuencia, la tipología del perjuicio inmaterial se puede sistematizar de la siguiente manera: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); **iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de “daño corporal o afectación a la integridad psicofísica” y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros), siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento, de conformidad con los lineamientos que fije en su momento esta Corporación (Negrillas de la Sala)..**

(...)

En consecuencia, el daño moral satisface la indemnización de la órbita interna y aflictiva del ser humano; el daño a la salud garantiza un resarcimiento más o menos equitativo y objetivo en relación con los efectos que produce un daño que afecta la integridad psicofísica de la persona; **y, por último, será oportuno que se analice la posibilidad por parte de esta Corporación –siempre que los supuestos de cada caso lo permitan– de que se reparen los demás bienes, derechos o intereses jurídicos de la víctima directa o de los perjudicados que logren acreditar efectivamente que padecieron ese daño autónomo e independiente, sin que quede cobijado por la tipología antes delimitada (v.gr. el derecho al buen nombre).** La aplicación de esta tipología del daño garantiza la reparación estática y dinámica del perjuicio, esto es los efectos internos y externos, subjetivos y objetivos, individuales y colectivos que la lesión antijurídica o injusta desencadena en el sujeto y las personas que constituyen su entorno” (Negrillas de la Sala).²⁸

En consonancia con lo anterior, en providencia del 25 de abril de 2012, se ordenaron medidas de justicia restaurativa, por los daños causados a una mujer, que debido a una negligencia médica, debió someterse a una histerectomía, lo que le trajo como consecuencia la imposibilidad de procrear, además de que afectó gravemente su vida sexual. En esta oportunidad, la Sala hizo énfasis en la dignidad de la mujer y sus derechos sobre su salud sexual y reproductiva:

²⁷ “Se está en presencia de un nuevo sistema clasificatorio del daño que acepta la existencia de tres modalidades del mismo: los patrimoniales, los morales y el biológico. Diferenciándose el biológico en cuanto al moral en la medida en que el primero es la lesión en sí misma considerada, y otra diferente, son los sufrimientos, el dolor y los afectos que de dicha lesión se pueden derivar, lo que constituiría el efecto o daño moral; sin embargo, ambos hacen parte del daño no patrimonial, esto es, no susceptible de contenido económico.” GIL Botero, Enrique “Daño Corporal – Daño Biológico – Daño a la vida de relación”, pág. 10.

²⁸ Expedientes Nos. 19.031 y 38.222. C.P. Enrique Gil Botero.

“Se advierte en la apelación una visión que deja de lado los lineamientos modernos del derecho de género, la individualidad de la mujer, su identidad, sus condiciones particulares que lejos de situarla en una posición de desventaja frente a los hombres, debe ser entronizada o al menos estar en nivel de igualdad, son ellas las que, al fin de cuentas, nos dan la vida a todos, tanto a hombres y mujeres. Son ellas quienes con su esfuerzo y dedicación entregan sus hijos e hijas al mundo. **Por esto, el daño que se le causa a la mujer cuando se le afecta su aparato reproductivo no se circunscribe al ámbito sexual, sino que comprende un conjunto de esferas que tocan las fibras más profundas de los campos biológico y psicológico de aquella** (Negrillas de la Sala).

“En consecuencia, el razonamiento de la impugnación desconoce el contenido y alcance de los principios constitucionales de dignidad humana y de libertad, que se ven afectados con el daño antijurídico que sufrió XX. En efecto, respecto del primero es evidente que la persona se entiende como un fin en sí mismo y no como un medio para los fines de los demás²⁹; **de otra parte, la autonomía individual y personal, la decisión voluntaria de definir el número de hijos que se desea procrear, la libre determinación que le asiste a la mujer para decidir sobre su vida sexual y reproductiva, constituye un derecho fundamental sobre el cual una intromisión injustificada deviene inconstitucional y, por lo tanto, reprochable**” (Negrillas de la Sala).³⁰

En sentencia del 1º de noviembre de 2012-Caso “ Relleno Sanitario Doña Juana”, se reconoció indemnización a los habitantes cercanos al Relleno Sanitario Doña Juana, por las lesiones causadas a sus derechos a la intimidad familiar, la educación y a la recreación, con fundamento en los criterios de conexidad y *vis expansiva de los derechos fundamentales*:

“(…) No obstante, aun cuando en este proceso no pueda reclamarse indemnización alguna por la afectación generada por el derrumbe del relleno sanitario a recursos hídricos y al aire, ello no significa que no sea posible para el juez contencioso administrativo pronunciarse, en sede de acción de grupo, **respecto del posible daño que de forma conexas se haya podido causar en derechos fundamentales como la intimidad familiar, la educación y la recreación** de los habitantes de las áreas afectadas con la calamidad ambiental (Negrillas de la Sala).

(…)

En el proceso se encuentra demostrado que el derrumbe del relleno sanitario Doña Juana alteró la calidad del aire a unos niveles que de acuerdo con diferentes estudios y monitorias técnicas no constituían un riesgo para la Salud Humana. Sin embargo, esta conclusión no desmiente el hecho de que la calidad del aire de las áreas afectadas disminuyó ostensiblemente llevando no sólo a los espacios públicos sino al interior de

²⁹ KANT, Emmanuel “Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres”, trad. Manuel García Morentes. Libro virtual que se puede consultar en la siguiente dirección: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01362842104592728687891/index.htm>

³⁰ Expediente No. 21.861, C.P. Enrique Gil Botero.

los hogares aromas fétidos y nauseabundos, los cuales perduraron aproximadamente seis meses lo que generó un cambio en los hábitos de los núcleos familiares. **Se trata así de una injerencia arbitraria atentatoria del derecho a la intimidad, comoquiera que ésta situación trajo como consecuencia: modificación en las costumbres alimenticias (muchos alimentos se dañaban rápidamente), la necesidad de controlar vectores como ratas y moscos y en algunos casos el traslado de residencia (Negrillas de la Sala).**

“De igual forma, está acreditado que la alteración de las condiciones ambientales ocasionó que las actividades que la comunidad acostumbraba a realizar al aire libre y en espacios públicos se disminuyeran significativamente, afectándose el derecho a la recreación y a la libre utilización del tiempo libre (...) (Negrillas de la Sala).

(...)

“Así, como se aprecia, el derecho de la responsabilidad en el último lustro se ha encontrado y acercado con el derecho constitucional, de forma tal que se reconoce la posibilidad de que se indemnice o resarza la afectación a derechos fundamentales considerados en sí mismos, lo cual implica una constitucionalización del derecho de daños, que se aviene al modelo de Estado Social de derecho que es Colombia (...)”³¹ -Negrillas de la Sala-

En sentencia del 13 de febrero de 2013, se reiteró la posibilidad de reconocer perjuicios por daños a la honra y al buen nombre de manera autónoma y se hizo énfasis en que los mismos debían estar plenamente acreditados:

“(...) cualquier factor indemnizatorio deprecado por la configuración del daño (v.gr. perjuicios materiales, inmateriales como daño moral, al honor, al buen nombre, a la familia, etc.) tienen que estar debidamente acreditados en el proceso.

(...)

“Por consiguiente, se denegará la solicitud en relación con el reconocimiento del perjuicio denominado “daño a la vida en relación”, por ser una categoría desechada en la jurisprudencia unificada de esta Sección. De otra parte, se negará la indemnización a “bienes constitucionales autónomos”, ya que de los medios de convicción que fueron arrimados al proceso no se desprende la configuración de esas categorías de perjuicios (Negrillas de la Sala).

En otras palabras, la persistente interacción que se deriva de la constitucionalización del derecho de la responsabilidad desencadena que el juez en vez de reparar las consecuencias externas de un daño, resarza la afectación del derecho constitucional y fundamental que ha sido lesionado, es decir, una reparación en sí misma encaminada, principalmente, a garantizar dos principios constitucionales: i) la dignidad humana y ii) la igualdad en la reparación, esto es, a igual lesión, debe corresponder una igual

³¹ Expediente No. 25000232600019990002 04 y 2000-00003-04, C.P. Enrique Gil Botero.

reparación, salvo las particularidades de cada caso, matiz introducido por la denominada igualdad material, no simplemente formal".³²

Posteriormente, en providencia de unificación del 27 de septiembre de 2013, reiterando los argumentos expuestos en las sentencias traídas a colación, se reconocieron perjuicios por la violación o afectación de bienes o derechos constitucionales (familia y libertad de domicilio y residencia), en un caso de suma gravedad, que se originó en la masacre de tres ciudadanos a manos de miembros del Ejército Nacional, a quienes se encontró penalmente responsables, y que conllevó al desplazamiento forzado de los familiares de las víctimas. En esa oportunidad, la Sección Tercera sostuvo:

"4.2. Perjuicios por violación a bienes o intereses constitucionales

Otro de los aspectos que se censuran en el recurso de apelación, se refiere a la condena decretada por el *a quo* en relación con "otras afectaciones padecidas por los demandantes" –según el escrito de demanda– y que el Tribunal concedió parcialmente a título de "alteración a las condiciones de existencia".

(...)

"Así las cosas, la Sala confirmará la decisión apelada en este tópico, toda vez que al haberse acreditado que el núcleo cercano (padres y hermanos) del occiso Alex Ariol Lopera Díaz, en virtud del daño antijurídico se vieron forzados a adoptar medidas de protección familiar, desplazamiento, etc., **ello significa que los derechos constitucionales a la familia y a la libertad de fijar el domicilio y el arraigo, se vieron seriamente afectados, circunstancia por la que las sumas otorgadas por el a quo, se compadecen con la afectación autónoma de los bienes constitucionales lesionados** por la configuración del daño antijurídico (Negrillas de la Sala).

"Por consiguiente, en atención a la grave violación de los derechos constitucionales a la familia y a la libertad de fijar domicilio y residencia, y por provenir esa afectación de la comisión de un ilícito penal (art. 97 C.P.), se reconocerán a título de reparación las siguientes sumas de dinero (...)"³³

Siguiendo la misma línea, en sentencia del 24 de octubre de 2013, se ordenó el pago de perjuicios por concepto de violación de los bienes constitucionales a la vida, a la familia y a la dignidad, en favor de la compañera permanente y la hija de un policía que perdió la vida en medio de un ataque perpetrado por la guerrilla. En este pronunciamiento, se destacó el papel de la mujer y de los menores de edad en el conflicto armado y las consecuencias nefastas que el mismo tenía en su vida.

³² Expediente No. 25.119, C.P. Enrique Gil Botero. En el mismo sentido, pueden consultarse los procesos No. 25.636, C.P. Enrique Gil Botero, 27.033, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa y 33.806, C.P. Hernán Andrade Rincón.

³³ Expediente No. 36.460, C.P. Enrique Gil Botero.

“Es necesario para la sala, reivindicar el poder de la mujer en la historia del país³⁴ y reconocer que lejos de ser una víctima “victimizada”, la mujer, muy a pesar de las condiciones que le impone la sociedad y el conflicto armado, ha sido ejemplo de valentía y ha resistido con valor las diferentes condiciones a las que el conflicto la ha expuesto y como en muchos casos a través de su cotidianidad ha ayudado a garantizar las mínimas condiciones de vida digna de quienes le rodean sin importar el conflicto³⁵.

(...)

“Por todo lo anteriormente expuesto y en reconocimiento de las mujeres como víctimas del conflicto armado ante **el rompimiento de su estructura familiar³⁶, del dolor al que se vieron sometidas por la pérdida de su compañero, del desarraigo** al que se vieron inmersas al haber tenido que abandonar el Municipio de Barbacoas, tras la toma guerrillera y **por el cambio de rol al que se vieron inmersas ante los actos de violencia del conflicto armado, así como por la función social que desempeñó la señora Liliana Esperanza Zambrano y su hija en el Municipio de Barbacoas;** la Sala encuentra necesario reconocer en la dimensión de los perjuicios inmateriales, y como componente de la reparación integral, la condena a favor de las demandantes de la indemnización por vulneración de los bienes constitucionales y convencionales (Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado) a la vida, a la construcción de una familia y a la dignidad de las mujeres por valor correspondiente a VIENTE (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes para LILIANA ESPERANZA SANCHEZ ROSERO (Negrillas de la Sala).

(...)

“Considera la sala prudente señalar, que estas repercusiones causadas en los niños y niñas víctimas del conflicto armado les deja consecuencias a largo plazo en su

³⁴ La mujer ha participado en múltiples escenarios donde ha existido conflicto, entre ellos el movimiento de independencia en donde la participación de la mujer cumplió un papel no solo de benefactora, sino cumpliendo diversos roles de asistencia, cabe destacar la función de las “juanas” y de las mujeres del socorro Santander quienes participaron activamente en el movimiento de independencia. De igual manera la mujer estuvo presente en la guerra de los mil días y en la época de violencia bipartidista donde fue testigo del rompimiento de su hogares de la forma mas violenta y victima directa de la crueldad.

³⁵ La mujer ha sido activista de los derechos, no solo de su propio genero (como lo fue el movimiento de sufragistas a través del cual se exigía el reconocimiento de los derechos civiles de las mujeres) sino también reivindicado derechos sociales como es el caso de María Cano en los años 20 y de la lucha que lidero en busca del reconocimiento de derechos laborales para los trabajadores.

³⁶ El derecho a la protección de la estructura familiar, y su relación inescindible con los derechos y garantías de la mujer, no sólo encuentra sustento en el artículo 42 de la Carta Política, sino que su protección está reconocido convencionalmente en el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos, cuyo alcance (según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos) “conlleva que el Estado está obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar (Cfr. Opinión Consultiva OC-17, *supra* nota 131, párr. 66; *Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 01 de marzo de 2005. Serie C No. 120, párr. 141, y *Caso Chitay Nech*, *supra* nota 63, párr. 157). Por ende, la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho (Cfr. Opinión Consultiva OC-17, *supra* nota 131, párrs. 71 y 72; y 72; *Caso De la Masacre de las Dos Erres*, *supra* nota 127, párr. 187, y *Caso Chitay Nech y otros*, *supra* nota 63, párr. 157), pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia solo pueden proceder si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales (Cfr. Opinión Consultiva OC-17, *supra* nota 131, párr. 7)”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Gelman vs Uruguay, sentencia de 24 de febrero de 2011, apartado 125.

desarrollo social. Y que este tipo de daños no pueden desconocerse toda vez que los menores son sujetos de especial protección constitucional³⁷, más aun cuando se tienen en cuenta las consecuencias nefastas del conflicto.

“En tal sentido **la sala encuentra probada la vulneración a las garantías de las cuales son titulares los niños con ocasión del conflicto**³⁸. En el caso que nos ocupa de Jessica Liliana es así, por cuanto la menor no solo presencié la toma del municipio de Barbacoas, en donde evidenció la crueldad de la guerra al ver a su padre víctima de múltiples impactos de bala propinados por el grupo insurgente, entre ellos un disparo a corta distancia en la cabeza, el cual le ocasionó la muerte; sino que también ha sido víctima del rompimiento de su estructura familiar,³⁹ como consecuencia de la cual no solo ha sufrido repercusiones ante la desaparición del padre sino de los **daños psicológicos ocasionados en la madre, que tal como lo señala el informe de medicina legal han generado una “relación simbiótica” dañina tanto para la madre como para la hija por la repercusión del dolor y tensión de la primera sobre la menor, llegando a repercutir incluso en su entorno social y escolar**” (Negrillas de la Sala).⁴⁰

Recientemente, en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, la Sección Tercera reiteró los criterios para tasar los perjuicios causados por el daño a bienes constitucionales. Se estableció que en aras de reparar el daño, las medidas de reparación no pecuniarias se privilegiaban frente a las pecuniarias, que se otorgarían en casos excepcionales, cuando las primeras no sean suficientes para resarcir el perjuicio y se concederán sólo en favor de la víctima directa, hasta por un monto de 100 SMLMV y siempre y cuando no hubiere sido indemnizado ya a título de daño a la salud:

³⁷ Teniendo presente que la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959 y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño. Convención sobre los Derechos del Niño, A.G. res. 44/25, anexo, 44 U.N. GAOR Supp. (No. 49) p. 167, ONU Doc. A/44/49 (1989), *entrada en vigor* 2 de septiembre de 1990.

³⁸ Art 38. Ningún niño que no haya cumplido los 15 años de edad deberá participar directamente en hostilidades o ser reclutado por las fuerzas armadas. *Todos los niños afectados por conflictos armados tiene derecho a recibir protección y cuidados especiales.* Art 39. *Es obligación del Estado tomar las medidas apropiadas para que los niños víctimas de la tortura, de conflictos armados, de abandono, de malos tratos o de explotación reciban un tratamiento apropiado, que asegure su recuperación y reintegración social.* (subrayado fuera de texto). Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño.

³⁹ *Recordando* que en la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales, *Convencidos* de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad, *Reconociendo* que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Preámbulo Convención sobre los Derechos del Niño, A.G. res. 44/25, anexo, 44 U.N. GAOR Supp. (No. 49) p. 167, ONU Doc. A/44/49 (1989), *entrada en vigor* 2 de septiembre de 1990.

⁴⁰ Expediente No. 25.981, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

“De acuerdo con la decisión de la Sección de unificar la jurisprudencia en materia de perjuicios inmateriales, se reconocerá de oficio o solicitud de parte, la afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados. La cual procederá siempre y cuando, se encuentre acreditada dentro del proceso su concreción y se precise su reparación integral. Se privilegia la compensación a través de medidas de reparación no pecuniarias a favor de la víctima directa y a su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero(a) permanente y los parientes hasta el 1º de consanguinidad, en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se presumen entre ellos. Debe entenderse comprendida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas “*de crianza*”.

(...)

“En casos excepcionales, cuando las medidas de satisfacción no sean suficientes o posibles para consolidar la reparación integral podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria de hasta 100 SMLMV, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocido con fundamento en el daño a la salud. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño”.⁴¹

Finalmente, en providencia de unificación de la misma fecha, se ordenaron medidas de justicia restaurativa, por la afectación a los derechos a la familia, a la verdad y a un recurso judicial efectivo. Se unificó la jurisprudencia, en relación a las características de los perjuicios derivados de las vulneraciones a bienes convencionales y constitucionalmente amparados y la forma de repararlos:

“15.2. En el caso concreto los actores sufrieron vulneraciones imputables al Estado como consecuencia de la ejecución extrajudicial de sus familiares, señores Heliodoro Zapata Montoya y Alberto Antonio Valle y la desaparición forzada de Félix Antonio Valle Ramírez y José Elías Zapata Montoya. **La Sala pone de presente que de acuerdo con el acervo que sirve de fundamento a las pretensiones, está acreditado que los actores sufrieron perjuicios concretados en la afectación a la familia, a la verdad, a un recurso judicial efectivo y un desplazamiento forzado posterior de algunos actores.**

(...)

15.4. Así, en los casos de perjuicios por vulneraciones o afectaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, se reafirman los criterios contenidos en la sentencia precitada. En esta oportunidad la Sala, para efectos de unificación de la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, precisa:

15.4.1. El daño a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados tiene las siguientes características:

i) Es un **daño inmaterial** que proviene de la vulneración o afectación a derechos contenidos en fuentes normativas diversas: sus causas emanan de vulneraciones o afectaciones a bienes o derechos constitucionales y convencionales. Por lo tanto, es una nueva categoría de daño inmaterial.

⁴¹ Expediente No. 26.251, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

ii) Se trata de **vulneraciones o afectaciones relevantes**, las cuales producen un efecto dañoso, negativo y antijurídico a bienes o derechos constitucionales y convencionales.

iii) Es un daño **autónomo**: no depende de otras categorías de daños, porque no está condicionado a la configuración de otros tradicionalmente reconocidos, como los perjuicios materiales, el daño a la salud y el daño moral, ni depende del agotamiento previo de otros requisitos, ya que su concreción se realiza mediante presupuestos de configuración propios, que se comprueban o acreditan en cada situación fáctica particular.

iv) **La vulneración o afectación relevante puede ser temporal o definitiva**: los efectos del daño se manifiestan en el tiempo, de acuerdo al grado de intensidad de la afectación, esto es, el impedimento para la víctima directa e indirecta de gozar y disfrutar plena y legítimamente de sus derechos constitucionales y convencionales.

15.4.2. La reparación del referido daño abarca los siguientes aspectos:

i) El objetivo de reparar este daño es el de **restablecer plenamente a la víctima en el ejercicio de sus derechos**. La reparación de la víctima está orientada a: *(a)* restaurar plenamente los bienes o derechos constitucionales y convencionales, de manera individual y colectiva; *(b)* lograr no solo que desaparezcan las causas originarias de la lesividad, sino también que la víctima, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas, pueda volver a disfrutar de sus derechos, en lo posible en similares condiciones en las que estuvo antes de que ocurriera el daño; *(c)* propender para que en el futuro la vulneración o afectación a bienes o derechos constitucionales y convencionales no tengan lugar; y *(d)* buscar la realización efectiva de la igualdad sustancial.

ii) La reparación del daño es **dispositiva**: si bien las medidas de reparación de este tipo de daños pueden serlo a petición de parte, también operan de oficio, siempre y cuando aparezca acreditada su existencia.

iii) **La legitimación de las víctimas del daño: se reconoce a la víctima directa de la lesión como a su núcleo familiar más cercano**, esto es, cónyuge o compañero (a) permanente y los parientes hasta el 1º de consanguinidad, incluida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas "*de crianza*", en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se presumen entre ellos.

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

v) Es un daño que **requiere de un presupuesto de declaración**: debe existir una expresa declaración de responsabilidad del Estado por la existencia de un daño a bienes constitucionales y convencionales imputables al mismo, y se deben justificar y especificar las medidas de reparación integral adecuadas y pertinentes al caso, de tal

manera que el Estado ejecute el *debitum iuris*. Las medidas de reparación integral operarán teniendo en cuenta la relevancia del caso y la gravedad de los hechos, todo con el propósito de restablecer la dignidad de las víctimas, reprobando las relevantes violaciones a los derechos humanos y concretar las medidas de garantía de verdad, justicia, reparación, no repetición y las demás definidas por el derecho internacional.

vi) Es un daño frente al cual **se confirme el rol del juez de responsabilidad extracontractual como reparador integral de derechos vulnerados**, sin desconocer que las indemnizaciones que tradicionalmente han venido siendo reconocidas impactan directa o indirectamente en los derechos de las víctimas; sin embargo, en tratándose de vulneraciones o afectaciones relevantes a derechos constitucional y convencionalmente amparados, se impone la necesidad de que el juez acuda a otras medidas, con el fin de reparar plenamente a las víctimas.

15.4.3. En aras de **evitar una doble reparación**, el juez deberá verificar *ex ante*: (a) que se trate de una vulneración o afectación relevante de un bien o derecho constitucional o convencional; (b) que sea antijurídica; (c) que en caso de ordenarse una indemnización excepcional, no esté comprendida dentro de los perjuicios materiales e inmateriales ya reconocidos, y (d) que las medidas de reparación sean correlativas, oportunas, pertinentes y adecuadas al daño generado." (Negrillas de la Sala).⁴²

Conforme a lo anterior, se tiene que no es necesario que la indemnización por el daño derivado de una afectación a un bien constitucional o convencionalmente amparado haya sido solicitada expresamente, pues el Juez, siempre y cuando lo encuentre acreditado, puede y tiene el deber de ordenar su reparación.

Las providencias reseñadas que evidencian la evolución conceptual por la que ha pasado la jurisdicción contenciosa administrativa en materia de derecho de daños, no dejan lugar a dudas de que la afectación a bienes jurídicamente protegidos constituye una nueva categoría de daños que merece ser reparada bajo ciertas condiciones, esto es, no cualquier vulneración dará lugar a ella. Sin embargo, esta evolución no ha sido exclusiva de nuestra jurisdicción, sino que también se ha extendido a la civil ordinaria, lo que obedece a la constitucionalización del derecho, fenómeno que propende por permear de los principios constitucionales a todas las ramas del derecho, sin importar si la misma hace parte de la esfera pública o privada, siendo el derecho de daños uno de las principales muestras de ello. Así, en sentencia reciente del 5 de agosto de 2014, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, ordenó en favor de dos ciudadanos, la indemnización pecuniaria de perjuicios, por el menoscabo de su buen nombre. Si bien, la providencia adolece de algunas imprecisiones conceptuales que ya han sido superadas por la doctrina nacional y foránea y nuestra jurisprudencia, resulta importante traerla a colación, toda vez que en ella se reconoce el daño a bienes constitucionales como una categoría autónoma e independiente en el universo de los daños extra patrimoniales y por ende, claramente diferenciable del daño moral:

⁴² Expediente No. 32.988, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

“La antigua clasificación, por lo demás, limita el daño extrapatrimonial a la esfera interna del sujeto y **deja por fuera de la tutela judicial efectiva las repercusiones sociales del perjuicio no patrimonial, tales como la honra, la dignidad, la libertad y el buen nombre de la persona**, que no dependen de su psiquis o interioridad, ni mucho menos de las consecuencias nocivas que llegue a producir en otros bienes jurídicos de inferior jerarquía (Negrillas de la Sala).

“Desde esta perspectiva, y en contraposición al daño estrictamente patrimonial, **el perjuicio extrapatrimonial no se reduce al tradicional menoscabo moral, pues dentro del conjunto de bienes e intereses jurídicos no patrimoniales que pueden resultar afectados mediante una conducta dolosa o culposa se encuentran comprendidos aquéllos distintos a la aflicción, el dolor, el sufrimiento o la tristeza que padece la víctima. En este contexto, son especies de perjuicio no patrimonial –además del daño moral– el daño a la salud, a la vida de relación, o a bienes jurídicos de especial protección constitucional tales como la libertad, la dignidad, la honra y el buen nombre, que tienen el rango de derechos humanos fundamentales** (Negrillas de la Sala).

“Así fue reconocido por esta Sala en providencia reciente, en la que se dijo que ostentan naturaleza no patrimonial: *“...la vida de relación, la integridad sicosomática, los bienes de la personalidad –verbi gratia, integridad física o mental, libertad, nombre, dignidad, intimidad, honor, imagen, reputación, fama, etc.–, o a la esfera sentimental y afectiva...”* (Sentencia de casación de 18 de septiembre de 2009) [Se subraya]

“Estas subespecies del daño extrapatrimonial no pueden confundirse entre sí, pues cada una de ellas posee su propia fisonomía y peculiaridades que las distinguen de las demás y las hacen merecedoras de tutela jurídica; aunque a menudo suele acontecer que confluyan en un mismo daño por obra de un único hecho lesivo (Negrillas de la Sala).

(...)

“El daño a la vida de relación, por su parte, que en nuestra jurisprudencia ha adquirido un carácter distintivo, ajustado a las particularidades de nuestra realidad social y normativa, fue ampliamente desarrollado en la sentencia de 13 de mayo de 2008, en la que se dejó sentado que *“es una noción que debe ser entendida dentro de los precisos límites y perfiles enunciados, como un daño autónomo que se refleja en la afectación de la actividad social no patrimonial de la persona, vista en sentido amplio, sin que pueda pensarse que se trata de una categoría que absorbe, excluye o descarta el reconocimiento de otras clases de daño –patrimonial o extrapatrimonial– que poseen alcance y contenido disímil, ni confundirlo con éstos, como si se tratara de una inaceptable amalgama de conceptos, puesto que una indebida interpretación conduciría a que no pudiera cumplirse con la reparación integral ordenada por la ley y la equidad...”* (Exp.: 1997-9327-01) [Se subraya]

“Para precisar el significado de esta noción, en el mismo fallo se partió de la jurisprudencia elaborada por el Consejo de Estado sobre esta clase de daño, y en tal sentido se puntualizó cómo éste *“no consiste en la lesión en sí misma, sino en las consecuencias que, en razón de ella, se producen en la vida de relación de quien la sufre...”*. De igual modo se aclaró, con apoyo en la doctrina, que *“el daño a la vida de relación es conceptualmente distinguible del patrimonial y del daño a la salud, y*

puede coincidir con uno u otro, o presentarse cuando ambos están ausentes". (Ibid)

(...)

"Los anteriores referentes jurisprudenciales permiten deducir que el daño a los bienes personalísimos de especial protección constitucional que constituyen derechos humanos fundamentales, no encaja dentro de las categorías tradicionales en que se subdivide el daño extrapatrimonial, por lo que no es admisible forzar esas clases de daño para incluir en ellas una especie autónoma cuya existencia y necesidad de reparación no se pone en duda (Negrillas de la Sala).

"De ahí que el daño no patrimonial se puede presentar de varias maneras, a saber: **i)** mediante la lesión a un sentimiento interior y, por ende, subjetivo (daño moral); **ii)** como privación objetiva de la facultad de realizar actividades cotidianas tales como practicar deportes, escuchar música, asistir a espectáculos, viajar, leer, departir con los amigos o la familia, disfrutar el paisaje, tener relaciones íntimas, etc., (daño a la vida de relación); o, **iii)** como vulneración a los derechos humanos fundamentales como el buen nombre, la propia imagen, la libertad, la privacidad y la dignidad, que gozan de especial protección constitucional.

"Las dos primeras formas de perjuicio han sido amplia y suficientemente desarrolladas por esta Corte. El **menoscabo a los bienes jurídicos personalísimos de relevancia constitucional**, en cambio, aunque se ha enunciado tangencialmente por la jurisprudencia, no ha sido materia de profundización, dado que hasta ahora no se había planteado ese asunto en sede de casación.

"De suerte que es ésta la oportunidad propicia para retomar la línea trazada por la jurisprudencia de la Sala y, especialmente, por las sentencias de 13 de mayo de 2008 (Exp. 1997-09327-01) y de 18 de septiembre de 2009 (Exp. 2005-00406-01), con relación al tema del resarcimiento de las diversas subclases de perjuicios que constituyen el daño a la persona o extrapatrimonial; y, en concreto, respecto de la protección en materia civil de los bienes jurídicos de especial relevancia constitucional".⁴³

Los anteriores razonamientos expuestos por la Corte Suprema de Justicia despejan en esa jurisdicción las dudas que pudieren haber en torno al carácter autónomo del daño a bienes constitucionales. No obstante, es pertinente realizar algunas precisiones. En sus planteamientos, la Corte distingue tres clases de daños extra patrimoniales: i) el daño moral; ii) el daño a la vida de relación y iii) el daño a derechos fundamentales o constitucionales. Sin embargo, deja de lado que la noción de daño a la vida de relación ya ha sido ampliamente superada, como se explicó en párrafos precedentes de este proveído, por tratarse de una categoría abierta y que le abría paso a la indemnización indiscriminada de toda clase de perjuicios. Por lo tanto, se reitera que los daños inmateriales o extra patrimoniales se reducen a tres: i) aquellos que afectan directamente la esfera interna y espiritual del individuo, es decir,

⁴³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Rdo. No. 11001-31-03-003-2003-00660-01, M.P. Ariel Salazar Ramírez.

los morales; ii) los derivados de la afectación psicofísica de la salud, o sea, el daño a la salud; iii) y los relacionados con la afectación directa de bienes convencional y constitucionalmente protegidos. Incluso, es menester precisar que dogmática y ontológicamente el daño a la salud, por recaer sobre un derecho fundamental, está incluido en los daños a bienes constitucionales, sin embargo, debido a su magnitud, las repercusiones que trae para el ser humano y sus características especiales, se le ha asignado una categorización propia y autónoma.

Ahora bien, de la providencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, conviene destacar también las siguientes consideraciones:

“Tal protección, sin embargo, para que sea eficaz, presupone que esta clase de daño guarde correspondencia con los valores del ordenamiento jurídico que le imprimen sentido y coherencia al sistema, **lo que impone la necesidad de delimitar la extensión del resarcimiento; es decir que se debe discernir entre los padecimientos que son dignos de tutela civil y los que deben quedar al margen de ella, pues de lo contrario se corre el riesgo de incurrir en una peligrosa anarquía conceptual que banalice las conquistas de la responsabilidad civil y borre los límites entre lo que es jurídicamente relevante y lo que constituye simples bagatelas** (Negrillas de la Sala).

“7. La atención debe centrarse, entonces, no en la posibilidad de admitir la indemnización del daño a los bienes personalísimos protegidos por la Constitución y por los tratados internacionales que reconocen derechos fundamentales, como categoría autónoma perteneciente al género de los perjuicios extrapatrimoniales – pues su existencia hoy en día no se pone en duda–; sino en **precisar en qué casos resulta viable su concesión, con el fin de evitar un pago doble o exagerado de una misma consecuencia nociva que tiene su causa adecuada en un único evento** (Negrillas de la Sala).

(...)

“El juzgador deberá considerar, en primer lugar, **que no es el desconocimiento de cualquier interés personal el que justifica el resarcimiento integral en los términos del artículo 16 de la Ley 446 de 1998, porque el tipo de daño que se viene analizando solamente se configura cuando se violan ciertos derechos fundamentales que comprometen de modo directo la dignidad**, tales como la libertad, la intimidad personal y familiar, la honra y el buen nombre (Negrillas de la Sala).

“Este daño, entonces, **debe ser de grave entidad o trascendencia, lo que significa que no debe ser insustancial o fútil, pues no es una simple molestia la que constituye el objeto de la tutela civil**. Naturalmente que toda persona, en tanto pertenece a un conglomerado social y se desenvuelve en él, está llamada a soportar desagradados o perturbaciones secundarias ocasionadas por sus congéneres dentro de ciertos límites, no siendo esas incomodidades las que gozan de relevancia para el derecho; pues es claro que prácticamente cualquier contingencia contractual o extracontractual apareja algún tipo de inconvenientes (Negrillas de la Sala).

“De igual **manera el fallador habrá de examinar si el resarcimiento que se**

reclama por concepto de daño a un bien esencial de la personalidad, se halla comprendido en otro rubro susceptible de indemnización, como puede ser el perjuicio patrimonial, el moral, a la salud, o a la vida de relación; a fin de evitar en todo caso un doble resarcimiento de la misma obligación (Negrillas de la Sala).

(...)

“Ello quiere decir que la vulneración a un interés jurídico constitucionalmente resguardado no deja de ser resarcible por el hecho de no tener consecuencias en la afectación de otros bienes como el patrimonio, la vida de relación, o la esfera psíquica o interior del sujeto; y, por el contrario, solo debe negarse su reparación cuando se subsume en otro tipo de perjuicio o se identifica con él, a fin de evitar un pago múltiple de la misma prestación.

“Puede decirse, en síntesis, que existen ciertos parámetros que no constituyen una limitación al libre arbitrio del juzgador, pero que es aconsejable tener en cuenta a fin de evitar que se indemnicen situaciones que no lo merecen. Así, por ejemplo, **hay que evaluar si el hecho lesivo vulnera o no un interés jurídico que goza de especial protección constitucional por estar referido al ámbito de los derechos personalísimos; si ese perjuicio confluye o converge en otro de dimensiones específicas** como el daño patrimonial, el moral, a la salud o a la vida de relación, de tal suerte que se presenten como una misma entidad; o **si, por el contrario, es posible su coexistencia con esos otros tipos de daños por distinguirse claramente de ellos o tener su fuente en circunstancias fácticas diferenciables**; entre otras particularidades imposibles de prever de manera apriorística, dado que solo las peculiaridades de cada caso permiten arribar a la decisión más equitativa y ajustada a derecho” (Negrillas de la Sala).

Los razonamientos que se acaban de traer a colación, reiteran que no es cualquier contingencia o incomodidad el que puede enmarcarse en la categoría de daños a bienes constitucionales, pues un discurso en ese sentido, sólo conduciría a trivializar esta conquista jurídica y conceptual. El derecho fundamental afectado debe comprometer directamente la dignidad humana del damnificado y además, el menoscabo debe estar plenamente demostrado, todo ello con el fin de evitar una doble indemnización, por lo que además es necesario que el Juez verifique que la afectación no se encuentra ya subsumida en alguno de las restantes daños extra patrimoniales.

El fenómeno de la constitucionalización del derecho, se ve más acentuado en nuestro ordenamiento jurídico, comoquiera que el régimen de responsabilidad se encuentra fundamentado en una norma de rango constitucional y además, el legislador no se ha ocupado de este tópico. De allí que, el juez tiene mayor libertad a la hora de configuración en materia de derecho de daños, lo que explica la proliferación de clasificaciones y categorías en ese sentido, que trascienden el daño moral. Sin embargo esta libertad que radica en el juez no es ilimitada, pues la evolución doctrinaria y jurisprudencial han enseñado que los derechos fundamentales deben ser el faro que oriente la labor configuradora del juez, de modo que sólo se tendrán como daños causados a bienes constitucional o convencionalmente protegidos, aquellos que

atenten o vulneren derechos fundamentales consagrados en la Constitución, en la jurisprudencia constitucional y en los tratados internacionales sobre derechos humanos y derechos fundamentales. En este ejercicio también opera como eje orientador el principio de la reparación integral, que señalará al Juez el camino para saber qué debe reparar y cómo y debe hacerlo, es decir, cuáles son los medios idóneos para resarcir el daño.

La reparación entonces, debe obedecer a dos principios: i) la dignidad humana, ii) y la igualdad, es decir, a igual lesión, debe corresponder una misma reparación, advirtiendo que pueden concurrir ciertos matices según las particularidades del caso concreto, e igualmente que el *arbitrio judge* es el instrumento del cual se vale el Juez para determinar el *quantum* de la indemnización, claro está, teniendo en cuenta los parámetros que se han establecido en las providencias de unificación reseñadas.

En el caso *sub judge*, está demostrado que la vida del señor Tobías de Jesús Giraldo Sánchez se vio radicalmente modificada como consecuencia de su injusta detención, ya que no solo su buen nombre y su honra se vieron afectadas, lo que le impidió volver a trabajar en el sector público y acabó con su carrera política, sino que además su familia resultó destruida, pues se separó de su cónyuge, Dora Luz Carvajal Álvarez, lo que lógicamente incidió en su estabilidad emocional. En efecto, todos los declarantes manifestaron al unísono que una vez culminada la investigación y el demandante recobró su libertad, intentó regresar a la vida pública, pero no le fue posible, viendo frustrada todas sus expectativas en ese sentido y además de ello, todos coinciden en el hecho de que antes de que sobreviniera la detención sus relaciones conyugales eran estables y después de este episodio se separó de su esposa. Así por ejemplo, el señor Jesús María Serna manifestó:

“(...) él se pegó la desorganizada horrible, se le desbarató el hogar, la mamá, su señora madre, siendo de una familia demasiado honesta le dio mucho trauma ver a don Tobías en la cárcel y falleció, perdió su empleo cuando lo detuvieron, él era inspector cuando lo detuvieron. En esos días que lo detuvieron, ya comenzó el matrimonio a entrar en alejamiento de amor a raíz de eso (...) Ha sido muy de malas en el trabajo, porque el perjuicio que le ha causado lo ha descontrolado en su camino político, en su conexión con los empleos, ya sin hogar, sin mamá, él a (sic) entrado en una parte moral muy bajita, no ha podido colocarse en ninguna parte” (fls. 115 y 116, cdno. 1)

El señor Jorge Arboleda Arroyave, expuso:

“Hablando de lo social, lo afectó políticamente, porque él era un hombre muy sano y muy derecho en la política y conservaba grandes amistades, con senadores, representantes a la cámara y concejales, no solamente de Medellín, sino de diferentes municipios y era apoyado por diferentes grupos políticos, entre ellos Valencia Cossio. Lo afectó en que sus perseguidores políticos le hacían mala

atmósfera ante los políticos, ante las personas de la zona urbana y los campesinos de varias veredas de San Andrés de Cuerquia. Él perdió algunas amistades de esas y mucho apoyo. En cuanto a la familia, cuando él estuvo en esos problemas de persecuciones y de detención, la familia, sobre todo la esposa se descontrola, se desestabiliza y empieza a cambiar, hasta perderle el afecto a su esposo o cónyuge, yo creo que esa es una de las causas por las cuales perdió su hogar (...) Tobías Giraldo también perdió su empleo como Inspector Departamental de Policía, debido a esa detención injusta y arbitraria. Económicamente perdió todo lo que tenía y moralmente lo afectó tanto, que está destrozado, síquicamente también se vio afectado (...) Concretamente no le he conocido los lugares de empleo o trabajo, en parte no se los he conocido y también me he enterado de que le ha sido difícil conseguir una fuente de empleo y se le ha negado esas posibilidades ." (fls. 120, 121 y 122, cdno. 1).

María Leticia Marín Velásquez, manifestó que el señor Giraldo y su esposa se separaron una vez él recobró su libertad, además que perdió su casa porque no pudo continuar pagando las cuotas del crédito hipotecario (fl. 126, cdno. 1). En igual sentido, la señora María Olga Agudelo de Chavarría, señaló:

"(...) Se que la señora debido a eso lo dejó. Hoy en día se encuentra don TOBÍAS, sin trabajo, sin hogar y sin familia, debido a la detención arbitraria que le hicieron (...) No ha tenido ningún cargo público y carrera política fracasó" (fl. 133, cdno. 1).

Por su parte, la señora Bernarda de Jesús Chavarría Guzmán, expuso:

"(...) Se que el después o cuando estuvo en la cárcel perdió el hogar (...) No ha vuelto a conseguir nada, ningún trabajo, será una sal que él tiene, se ha venido a lanzarse como alcalde y no ha podido ganar otra vez la alcaldía, hasta donde conozco TOBÍAS venía [vendía] leche a unos hogares de Bienestar en San Carlos, para él ver por los hijos" (fl. 167 vto. cdno. 1).

Orfa Libia Marín Echeverri aseveró:

"(...) no tuvo más empleos, y después de que salió de la cárcel se fue a vender leche en San Carlos, ahora no está haciendo nada, ahora se que una hermana de él le ha ayudado (...) Pues que sepa yo, la señora o esposa de él y como al principio vivían tan bueno y se les acabó el dinero, ella ya sufría con los niños y TOBÍAS en la cárcel, dejó los niños por cualquier parte y se fue a vivir con otro, que cuando salí (sic) él de la cárcel y le dejó los hijos a é (...)" (fl. 171, cdno. 1).

En el mismo sentido, obran las declaraciones de Jesús María Serna Tapias (fl. 116) y Tiberio Antonio Mazo Mazo (fl. 165 vto.9).

De acuerdo con lo anterior y conforme a las sentencias que se vienen de reseñar, no sólo se encuentra acreditado el daño a la familia, cuya indemnización fue deprecada en la demanda bajo las denominaciones de "daños a la vida marital" y "daños en la vida familiar", sino que

además está plenamente demostrado que el señor Tobías de Jesús Giraldo Sánchez sufrió un menoscabo en su buen nombre y en su honra, por lo que ese daño debe ser resarcido aun cuando no fue expresamente solicitado. Si bien, en pronunciamientos recientes se señaló que las medidas no pecuniarias prevalecen sobre las pecuniarias, en este caso, la Sala considera que las primeras serían contraproducentes y en lugar de reparar el daño lograrían el efecto contrario, pues, como ya se dijo en párrafos anteriores, aunque lo ideal sería ordenar la rectificación o retractación de las difamaciones hechas en contra del demandante, debido al paso del tiempo, las mismas sólo lograrían revivir un acontecimiento que probablemente la sociedad ya olvidó, lo que iría en desmedro de los intereses de Giraldo Sánchez.

En el anterior orden de ideas, se ordenará a la demandada indemnizar el daño derivado de la vulneración a los derechos a la familia, a la honra y el buen nombre, así:

- El equivalente de 50 SMLMV por daños a la honra y el buen nombre y el equivalente de 50 SMLMV por la vulneración del derecho a la familia, a favor del señor Tobías de Jesús Giraldo Sánchez, para un total de 100 SMLMV por bienes constitucionales.⁴⁴

5.2.2. Perjuicios morales. Solicitan los demandantes el equivalente de 1.000 gramos de oro para cada uno.

Ahora bien, para los eventos en los que el daño consiste en privación injusta de la libertad, en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014⁴⁵ se reiteraron los parámetros establecidos en la providencia de unificación del 28 de agosto de 2013⁴⁶ y se complementan los términos de

⁴⁴ El suscrito advierte que se otorga la indemnización en los términos señalados, en acatamiento de los argumentos expuestos en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, expediente No. 26.251, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sin embargo, desde ya se expresa la disidencia frente a esta posición, por cuanto es innegable que si bien, algunos bienes constitucionales son personalísimos, existen otros cuya afectación repercute no sólo en la víctima directa, sino también en su grupo familiar, como ocurre en el caso *sub judice* con el daño al bien constitucional de la unidad familiar, motivo por el cual me veo precisado a aclarar el voto.

⁴⁵ Expediente No. 36.149, C.P. Hernán Andrade Rincón.

⁴⁶ Expediente No. 25.022, C.P. Enrique Gil Botero. Al respecto se sostuvo:

“La Sala de Sección aprovecha esta oportunidad para advertir la necesidad de unificar criterios a fin de propender por su trato igualitario en punto de reconocimiento y tasación de los perjuicios morales en los supuestos de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, a partir de una fórmula objetiva para determinar los montos indemnizatorios reconocidos en esta tipología de perjuicios.

“Lo anterior, debido a la problemática que se ha suscitado en la jurisprudencia de las Subsecciones por la utilización de metodologías diferentes para la tasación de los perjuicios inmateriales.

“De otro lado, según lo ha reiterado la jurisprudencia del Consejo de Estado, en casos de privación injusta de la libertad hay lugar a inferir que esa situación genera dolor moral,

acuerdo con la evolución jurisprudencial de la Sección Tercera en las condiciones del cuadro que se incorpora a continuación:

angustia y aflicción a las personas que por esas circunstancias hubieren visto afectada o limitada su libertad⁴⁶; en esa línea de pensamiento, se ha considerado que ese dolor moral también se genera en sus seres queridos más cercanos, tal como la Sala lo ha reconocido en diferentes oportunidades⁴⁶, al tiempo, el dolor de los padres es, cuando menos, tan grande como el del hijo que fue privado injustamente de su libertad, cuestión que cabe predicar por igual en relación con el cónyuge, compañera o compañero permanente o los hijos de quien debió soportar directamente la afectación injusta de su derecho fundamental a la libertad⁴⁶.

“Respecto del *quantum* al cual deben ascender estos perjuicios, según la jurisprudencia de la Sala que aquí se reitera y unifica, se encuentra suficientemente establecido que el juez debe tener como fundamento el arbitrio judicial y debe valorar, según su prudente juicio, las circunstancias propias del caso concreto, para efectos de determinar la intensidad de esa afectación, con el fin de calcular las sumas que se deben reconocer por este concepto.

“Con todo y, de nuevo, sin perjuicio de las particularidades de cada caso concreto, la Sala, para efectos de determinar el monto de los perjuicios morales en los eventos de privación injusta de la libertad, estima necesario tener en cuenta, tal como lo ha hecho de manera reiterada e invariable, algunos de los presupuestos o criterios que sirven de referente objetivo a la determinación de su arbitrio, con el fin de eliminar al máximo apreciaciones eminentemente subjetivos y garantizar así, de manera efectiva, el Principio Constitucional y a la vez Derecho Fundamental a la igualdad (artículos 13 y 209 C.P.), propósito para cuya consecución se han utilizado, entre otros: i) el tiempo durante el cual se extendió la privación de la libertad; ii) las condiciones en las cuales se hizo efectiva la privación de la libertad, esto es si se cumplió a través de reclusión en centro carcelario o detención domiciliaria; iii) la gravedad del delito por el cual fue investigado y/o acusado el sindicado; iv) la posición y prestigio social de quien fue privado de la libertad.

“Ahora bien, sin que de manera alguna implique un parámetro inmodificable que deba aplicarse en todos los casos, puesto que se insiste en la necesidad de que en cada proceso se valoren las circunstancias particulares que emergen del respectivo expediente, a manera de sugerencia y como parámetro que pueda orientar la decisión del juez en estos eventos, la Sala formula las siguientes reglas que sirven como guía en la tasación del perjuicio moral de la víctima directa en escenarios de privación injusta de la libertad: i) en los casos en que la privación sea superior a 18 meses, se reconozca la suma de 100 SMMLV; ii) cuando supere los 12 meses y sea inferior a 18 meses, el monto de 90 SMMLV; iii) si excedió los 9 meses y fue inferior a 12 meses, se sugiere el reconocimiento de 80 SMMLV, iv) si fue mayor a 6 meses, pero no rebasó 9 meses hay lugar a fijar como indemnización la suma equivalente a 70 SMMLV, v) de igual forma, en tanto la privación sea superior a 3 meses pero no sea mayor a 6 meses, el valor por concepto de este perjuicio correspondería a 50 SMMLV, vi) si la medida supera 1 mes pero es inferior a 3 meses, se insinúa el reconocimiento de 35 SMMLV, y vii) finalmente, si la detención no supera un mes, la reparación se podrá tasar en el equivalente a 15 SMMLV, todo ello para la víctima directa –se insiste– y para cada uno de sus más cercanos o íntimos allegados.

“Se reitera, los anteriores parámetros objetivos sirven como norte, guía o derrotero a efectos de que se garantice el principio de reparación integral del artículo 16 de la ley 446 de 1998, y los principios de igualdad material y dignidad humana, para lo cual el juez al momento de la valoración del daño moral es preciso que motive con suficiencia las circunstancias de tiempo, modo y lugar por las cuales se reconoce el respectivo perjuicio.”

	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
Reglas para liquidar el perjuicio moral derivado de la privación injusta de la libertad	Víctima directa, cónyuge o compañero (a) permanente y parientes en el 1° de consanguinidad	Parientes en el 2° de consanguinidad	Parientes en el 3° de consanguinidad	Parientes en el 4° de consanguinidad y afines hasta el 2°	Terceros damnificados
Término de privación injusta en meses		50% del Porcentaje de la Víctima directa	35% del Porcentaje de la Víctima directa	25% del Porcentaje de la Víctima directa	15% del Porcentaje de la Víctima directa
	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV
Superior a 18 meses	100	50	35	25	15
Superior a 12 e inferior a 18	90	45	31,5	22,5	13,5
Superior a 9 e inferior a 12	80	40	28	20	12
Superior a 6 e inferior a 9	70	35	24,5	17,5	10,5
Superior a 3 e inferior a 6	50	25	17,5	12,5	7,5
Superior a 1 e inferior a 3	35	17,5	12,25	8,75	5,25
Igual e inferior a 1	15	7,5	5,25	3,75	2,25

Con los certificados expedidos por la Notaría Sexta del Círculo Notarial de Medellín, que obran a folios 3, 5,6 y 7 –cdno.1-, está demostrado que los señores Tobías de Jesús Giraldo Sánchez y Dora Luz Carvajal Álvarez contrajeron matrimonio el 6 de junio de 1981, e igualmente que los menores: David Alexander, Yhonatan Stive y Jhojana Alexandra Giraldo Carvajal, son sus hijos por lo que se presume que se vieron afectados por la injusta detención de su padre y cónyuge.

En consecuencia, demostrada la relación de parentesco y la aflicción que experimentaron los demandantes, se reconocerán los perjuicios morales a favor de todos ellos, los que se tasarán conforme a las pautas de la sentencia de unificación trascrita en apartes precedentes y teniendo en cuenta que el tiempo de privación de la libertad ascendió a 9 meses y 4 días.

Tobías de Jesús Giraldo Sánchez (Privado de la libertad)	80 SMLMV
Dora Luz Carvajal Álvarez (compañera)	80 SMLMV
Jhojana Alexandra Giraldo Carvajal (hija)	80 SMLMV
Yhonatan Stiven Giraldo Carvajal(hijo)	80 SMLMV
David Alexánder Giraldo Carvajal	

6. Régimen de *intereses de mora* que aplica a las conciliaciones y condenas impuestas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo: *regulación de los arts. 177 del CCA⁴⁷ y 195.4 del CPACA⁴⁸.*

⁴⁷ “Art. 177. EFECTIVIDAD DE CONDENAS CONTRA ENTIDADES PÚBLICAS. (...) “Será causal de mala conducta de los funcionarios encargados de ejecutar los presupuestos públicos, pagar las apropiaciones para cumplimiento de condenas más lentamente que el resto. Tales condenas, además, serán ejecutables ante la justicia ordinaria dieciocho (18) meses después de su ejecutoria.

Los arts. 177 del CCA y 195 del CPACA reclaman examinar la manera cómo se aplican a los procesos judiciales, atendiendo a la posibilidad siempre latente de que el condenado incurra en mora de pagar la obligación pecuniaria que adquiere por causa de una sentencia o de un acuerdo conciliatorio. Se trata de la constante procesal que, institución por institución del CPACA, exige precisar la vigencia que tiene cada una de estas dos normas en los procesos judiciales en curso y en los que iniciaron después de su vigencia.

Esencialmente, la problemática consiste en que el art. 177 del CCA establece que la mora en el pago de una condena de una suma líquida de dinero –no otro tipo de condena- causa intereses moratorios equivalentes a la tasa comercial, a partir del primer día de retardo⁴⁹; mientras el art. 195.4 del CPACA establece dos tasas de mora: i) dentro de los 10 primeros meses de retardo se

~~“Las cantidades líquidas reconocidas en tales sentencias devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a su ejecutoria y moratorias después de este término.”~~

“Cumplidos seis (6) meses desde la ejecutoria de la providencia que imponga o liquide una condena o de la que apruebe una conciliación, sin que los beneficiarios hayan acudido ante la entidad responsable para hacerla efectiva, acompañando la documentación exigida para el efecto, cesará la causación de intereses de todo tipo desde entonces hasta cuando se presentare la solicitud en legal forma.

“En asuntos de carácter laboral, cuando se condene a un reintegro y dentro del término de seis meses siguientes a la ejecutoria de la providencia que así lo disponga, éste no pudiere llevarse a cabo por causas imputables al interesado, en adelante cesará la causación de emolumentos de todo tipo.” -Apartes tachados inexecutable-

⁴⁸ “Art. 195. TRÁMITE PARA EL PAGO DE CONDENAS O CONCILIACIONES. El trámite de pago de condenas y conciliaciones se sujetará a las siguientes reglas:

“1. Ejecutoriada la providencia que imponga una condena o apruebe una conciliación cuya contingencia haya sido provisionada en el Fondo de Contingencias, la entidad obligada, en un plazo máximo de diez (10) días, requerirá al Fondo el giro de los recursos para el respectivo pago.

(...)

“3. La entidad obligada deberá realizar el pago efectivo de la condena al beneficiario, dentro de los cinco (5) días siguientes a la recepción de los recursos.

“4. Las sumas de dinero reconocidas en providencias que impongan o liquiden una condena o que aprueben una conciliación, devengarán intereses moratorios a una tasa equivalente al DTF desde su ejecutoria. No obstante, una vez vencido el término de los diez (10) meses de que trata el inciso segundo del artículo [192](#) de este Código o el de los cinco (5) días establecidos en el numeral anterior, lo que ocurra primero, sin que la entidad obligada hubiese realizado el pago efectivo del crédito judicialmente reconocido, las cantidades líquidas adeudadas causarán un interés moratoria a la tasa comercial.

“La ordenación del gasto y la verificación de requisitos de los beneficiarios, radica exclusivamente en cada una de las entidades, sin que implique responsabilidad alguna para las demás entidades que participan en el proceso de pago de las sentencias o conciliaciones, ni para el Fondo de Contingencias. En todo caso, las acciones de repetición a que haya lugar con ocasión de los pagos que se realicen con cargo al Fondo de Contingencias, deberán ser adelantadas por la entidad condenada.

(...)

⁴⁹ Esta norma fue juzgada por la Corte Constitucional, quien la declaró parcialmente inexecutable, mediante la sentencia C-188 de 1999.

paga el DTF; y después de este término el interés corresponde a la tasa comercial⁵⁰. La diferencia es importante, por eso hay que examinar cuál tasa de mora se aplica a cada sentencia que dicta esta jurisdicción.

De atenerse a la regla procesal general de transición, prevista en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887⁵¹, el art. 195.4 aplicaría a los procesos en trámite, a partir de la fecha en que entró en vigencia la nueva ley. Claro está que esa disposición fue modificada por el art. 624 del CGP, que mantuvo esta filosofía, aunque explicó más su aplicación en relación con las distintas etapas procesales que resultan comprometidas cuando entra a regir una norma procesal nueva⁵².

No obstante, lo cierto es que tratándose de los procesos que se tramitan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo el CPACA creó una norma especial de transición procesal, de modo que la anterior no rige esta clase de procesos. El art. 308 estableció la regla inversa: el CPACA no aplica -en ninguno de sus contenidos- a los procesos iniciados antes de su entrada en vigencia; por el contrario, sólo rige los procesos judiciales iniciados en virtud de una demanda presentada después de su vigencia: "... las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior."⁵³

⁵⁰ Esta norma fue juzgada por la Corte Constitucional, quien la declaró inexecutable, mediante la sentencia C-604 de 2012.

⁵¹ "Art. 40. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación."

⁵² "Art. 624. Modifíquese el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, el cual quedará así:

"Artículo 40. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.

"Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtir las notificaciones.

"La competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en el momento de formulación de la demanda con que se promueva, salvo que la ley elimine dicha autoridad".

⁵³ Artículo 308. *Régimen de transición y vigencia*. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.

"Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia.

El efecto práctico de la anterior transición procesal se expresa en que: i) la demanda presentada *antes* de la vigencia del CPACA determina que el proceso que se inició continúa su trámite, hasta culminarlo, conforme al CCA, y ii) la demanda presentada en vigencia del CPACA avanzará, hasta culminar, conforme a las reglas del CPACA. En ambas hipótesis, tanto la primera como la segunda instancia se rigen, integralmente, por el estatuto procesal con que inició el trámite; pero esto no aplica a los *recursos extraordinarios* que se promuevan contra la sentencia dictada en el proceso ordinario, porque son distintos, es decir, no son una parte o instancia más del proceso sobre el cual se ejerce la nueva acción.

También es un efecto propio del sistema de transición que acogió el art. 308, que durante muchos años la jurisdicción de lo contencioso administrativo aplicará, en forma paralela y con la misma intensidad, dos sistemas procesales: el escritural y el oral; aquél regirá hasta que se extingan todos los procesos iniciados conforme al CCA., y éste regirá todo lo iniciado conforme al CPACA. En este contexto, las reglas del CCA no gobiernan ningún aspecto del CPACA, ni siquiera para llenar vacíos o lagunas; ni las del CPACA aplican al CCA, ni siquiera para un propósito similar.

Teniendo en cuenta la idea analizada, la Sala debe clarificar, de entre tantas instituciones que contienen los dos estatutos procesales comentados, de qué manera aplica la regulación de *intereses de mora* por el retardo en el pago de conciliaciones o sentencias de los procesos iniciados antes y después del CPACA. La pregunta cobra interés si se tiene en cuenta que el pasado 29 de abril de 2014 la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado absolvió una inquietud del gobierno sobre esta temática –Concepto No. 2184-, concretamente del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. La Sala expresó que: i) entre el régimen de intereses de mora del CCA y el del CPACA hay diferencias sustanciales en relación con la tasa, ii) entre estos dos mismos regímenes hay diferencias importantes en el plazo para pagar, iii) la actuación por medio de la cual la entidad condenada realiza el pago depende del proceso o actuación judicial que le sirve de causa, iv) la tasa de mora que aplica a una condena no pagada oportunamente es la vigente al momento en que se incurre en ella, y v) la tasa de mora del CPACA aplica a las sentencias dictadas al interior de procesos judiciales iniciados conforme al CCA, siempre que la mora suceda en vigencia de aquél. En particular manifestó la Sala de Consulta:

“Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior.”

“Así las cosas, la Sala concluye que el procedimiento o actuación que se adelante por las entidades estatales para pagar las condenas judiciales o conciliaciones previstas en el artículo 176 del Decreto Ley 01 de 1984 y ahora en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011, no constituyen un procedimiento o actuación administrativa independiente o autónoma respecto al proceso o actuación judicial que dio lugar a su adopción, ni pueden en tal virtud tener un tratamiento separado de la causa real que las motiva.” –pág. 23-
(...)

“La tasa de mora aplicable para créditos judicialmente reconocidos en sentencias condenatorias y conciliaciones debidamente aprobadas por la jurisdicción es la vigente al momento en que se incurre en mora en el pago de las obligaciones dinerarias derivadas de aquellas. En consecuencia, cuando una entidad estatal deba dar cumplimiento a una sentencia proferida o conciliación aprobada con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 (julio 2 de 2012), pero cuya demanda fue interpuesta con anterioridad a esta, debe liquidar el pago con intereses moratorios de acuerdo con las disposiciones de la Ley 1437 de 2011. Igualmente, si el incumplimiento de la referida obligación se inicia antes del tránsito de legislación y se prolonga durante la vigencia de la nueva ley, la pena, esto es, el pago de intereses moratorios, deberá imponerse y liquidarse por separado lo correspondiente a una y otra ley.” –pág 31-

La Sección Tercera, Subsección C, difiere de estas conclusiones y considera que el art. 308 rige plenamente esta situación –la del pago de intereses de mora de sentencias dictadas al amparo del proceso que regula el CCA-, de allí que los procesos cuya demanda se presentó antes de que entrara en vigencia el CPACA incorporan el art. 177 del CCA., como norma que regula el pago de intereses, en caso de retardo en el pago por parte del condenado; mientras que los procesos cuya demanda se presentó después de la entrada en vigencia del CPACA incorporan como norma que regula el pago de intereses, en caso de retardo en el pago de la sentencia por parte del condenado, el art. 195 del CPACA. Las razones que justifican este criterio son las siguientes:

En *primer lugar*, el art. 308 es categórico en prescribir que TODO el régimen que contempla el CPACA -incluye el pago de intereses de mora sobre las condenas impuestas por esta jurisdicción (arts. 192 y 195)- aplica a los procesos iniciados a partir de su entrada en vigencia; de manera que la tasa de interés de mora que aplica a las sentencias no pagadas oportunamente, proferidas en procesos iniciados antes del CPACA -es decir, tramitados conforme al CCA-, es la prevista en el art. 177 del CCA.

El espíritu o sentido de la norma de transición es claro: las disposiciones del CPACA –que incluyen la regulación de los intereses de mora- rigen los procesos nuevos, lo que comprende la sentencia y sus efectos; en cambio, las normas del CCA rigen los procesos anteriores, lo que también incluye la sentencia y sus efectos. Por tanto, si el régimen de intereses de mora es diferencial en ambos estatutos, así mismo se aplicarán según la normativa que rigió el proceso.

En *segundo lugar*, no es prudente combinar o mezclar los regímenes de intereses –lo que sucedería cuando el pago de una sentencia dictada en un proceso regido por el CCA termina cubierta por la norma de intereses del CPACA-, porque esta mixtura no hace parte de la filosofía con que el art. 308 separó las dos normativas. El tema es más simple de enfocar, independientemente de los efectos positivos o negativos que tenga para el deudor que incurre en mora de pagar una sentencia o una conciliación: el nuevo código rige los procesos -incluida la sentencia y sus efectos- cuya demanda se presentó en su vigencia, código que incluye la norma sobre intereses de mora, es decir, la tasa y el tiempo para pagar –art. 195-; y el CCA rige los procesos -incluida la sentencia y sus efectos- cuya demanda se presentó antes de la vigencia del CPACA, código que incluye la norma sobre intereses de mora, es decir, la tasa y el tiempo para pagar –art. 177-.

En *tercer lugar*, el criterio más importante que marca la diferencia entre la Sala de Consulta y esta Subsección de la Sección Tercera, consiste en el reconocimiento que una y otra hace o no de la regla especial de transición procesal que contempla el art. 308. Mientras la Sala de Consulta, para desestimar la aplicación del art. 308, advierte que el art. 38.2 de la Ley 153 de 1887⁵⁴ rige esta problemática, pese a que regula un asunto contractual pero añade que aplica al pago de condenas; esta Sección considera que existiendo norma especial –el art. 308- es innecesario buscar la solución en las reglas generales.

En este sentido, se considera que las reglas previstas en el art. 38 de la Ley 153 no son absolutas, es decir, no rigen indefectiblemente, porque se trata de una ley ordinaria como cualquiera otra –sin desconocer la importancia de su contenido- que bien puede ser excepcionada por el legislador a través de otra ley, como sucedió en este caso. Entonces, la posición de la Sala de Consulta consiste en creer que por el hecho de que la Ley 153 disponga lo que enseña el art. 38.2 entonces esa regla se aplica siempre, como si sobre la misma materia una ley posterior y/o especial no pudiera disponer lo contrario.

No debe olvidarse que la Ley 153 es una Ley; no una norma constitucional ante la cual deban rendirse las demás leyes, como para creer que lo que disponga no pueda luego contrariarlo otra

⁵⁴ “Art. 38. En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

“Exceptúanse de esta disposición:

“1. Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, y

“2. Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo á la ley bajo la cual se hubiere cometido.”

ley. Esto no se comparte, porque si el legislador quisiera variar alguna de las reglas que contiene, de manera general o para un sector concreto, le bastaría hacerlo, como efectivamente lo hizo el CPACA con la transición procesal que creó, y de hecho comprendió muchos temas, entre ellos modificó el sentido que ofrece el art. 40 citado antes.

En conclusión, el art. 308 del CPACA regía este tema, y conforme a él se debe resolver la cuestión. En los términos expresados, Sala concluye que:

i) Los procesos cuya demanda se presentó *antes* de la vigencia del CPACA y cuya sentencia también se dictó *antes*, causan intereses de mora, en caso de retardo en el pago, conforme al art. 177 del CCA, de manera que la entrada en vigencia del CPACA no altera esta circunstancia, por disposición del art. 308.

ii) Los procesos cuya demanda se presentó *antes* de la vigencia del CPACA y cuya sentencia se dicta *después*, causan intereses de mora, en caso de retardo en el pago, conforme al art. 177 del CCA, y la entrada en vigencia del CPACA no altera esta circunstancia, por disposición expresa del art. 308 de este.

iii) Los procesos cuya demanda se presentó en vigencia del CPACA, y desde luego la sentencia se dicta conforme al mismo, causan intereses de mora conforme al art. 195 del CPACA.

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

FALLA:

PRIMERO. REVÓCASE la sentencia del 5 de junio de 2006, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia y en su lugar se dispone:

Absuélvase de responsabilidad a la Nación -Procuraduría General de la Nación.

Declárase patrimonialmente responsable a la Nación- Fiscalía General de la Nación-, por los daños causados a los demandantes como consecuencia de la privación injusta de la libertad que padeció el señor Tobías de Jesús Giraldo Sánchez.

Condénase la Nación- Fiscalía General de la Nación-, a indemnizar los siguientes perjuicios a los demandantes:

Materiales:

- La suma de treinta y tres millones trescientos sesenta y tres mil cuatrocientos pesos (\$33.363.400), para el señor Tobías de Jesús Giraldo Sánchez, a título de lucro cesante.

-

Morales:

Tobías de Jesús Giraldo Sánchez (Privado de la libertad)	80 SMLMV
Dora Luz Carvajal Álvarez (compañera)	80 SMLMV
Jhojana Alexandra Giraldo Carvajal (hija)	80 SMLMV
Yhonatan Stiven Giraldo Carvajal (hijo)	80 SMLMV
David Alexánder Giraldo Carvajal	80 SMLMV

Daños causados a bienes constitucionales:

- El equivalente de 50 SMLMV por daños a la honra y el buen nombre y el equivalente de 50 SMLMV por la vulneración del derecho a la familia, a favor del señor Tobías de Jesús Giraldo Sánchez, para un total de 100 SMLMV por bienes constitucionales

SEGUNDO. Deniégnase las demás pretensiones de la demanda.

TERCERO. No se condena en costas.

CUARTO. Dése cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

QUINTO. Expídanse las copias de que trata el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, y se entregarán a quien ha venido actuando como apoderado.

SEXTO. En firme esta providencia vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase

Enrique Gil Botero
Presidente

Olga Mélida Valle de De la Hoz

Jaime Orlando Santofimio Gamboa