CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN "B"

Consejera Ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Bogotá D. C., cinco (5) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación No.	20001-23-31-000-2008-10273-02 (40581)
Actor:	Orlando Manuel Lobo García y otros
Demandado:	La Nación-Rama Fiscalía General de la Nación/ Ministerio de Defensa-Policía Nacional
Proceso:	Acción de reparación directa

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 18 de marzo de 2010 por el Tribunal Administrativo del Cesar, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones, así:

> *Primero: Absolver de toda responsabilidad a la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.*
>
> *Segunda: Declarar administrativamente responsable a la Nación- Fiscalía General de la Nación, por el daño antijurídico causado al señor Orlando Manuel Lobo García, por la privación injusta de la libertad.*
>
> *Tercero: Condénese como consecuencias de lo anterior, a la Nación-Fiscalía General de la Nación, a pagar por perjuicios morales las siguientes sumas de dinero:*
>
> *-A favor de Orlando Manuel Lobo García, el equivalente a cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de expedición de esta sentencia.*

-A favor de Carmen Teresa García Díaz, en su condición de madre de Orlando Manuel Lobo García, el equivalente a cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de expedición de esta sentencia.

-A favor de Rocío Lobo García, Merly Lobo García, Alfonso Enrique Parejo García, Eris Estella Lobo García y Ever Isidro Lobo García, en su condición de hermanos de Orlando Manuel Lobo García, el equivalente a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de expedición de esta sentencia.

-A favor de Alida Rosa Benjumea Alba, en su condición de compañera permanente de Orlando Manuel Lobo García, el equivalente a quince salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de expedición de esta sentencia.

-A favor de Orlando José Lobo Bentacourt, en su condición de hijo del señor Orlando Manuel Lobo García, el equivalente a veinte (20) salarios mínimos mensuales vigentes a la fecha de expedición de esta sentencia.

Cuarto: Niéguese los perjuicios morales solicitados a favor de Ruth Marina Parejo García, hermanda de la víctima directa, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Quinto: Condénese a la Nación-Fiscalía General de la Nación, a pagar a favor de Orlando Manuel Lobo García, por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, la suma de veinte millones cuatrocientos seis mil novecientos un pesos ($820.406.910).

ANTECEDENTES

1. Pretensiones

El 16 de mayo de 2007, ante los Juzgados Administrativos de Valledupar, Sección Tercera, los señores Orlando Manuel Lobo García, actuando en nombre propio y en representación de sus menor hijo Orlando Manuel Lobo Betancourt; Carmen Teresa García Díaz, Alida Rosa Benjumea Alba, EVER Isidro Lobo García, Eris Estela Lobo García, Rocío Lobo García, Merly Lobo García, Alfonso Enrique Parejo García y Ruth Marina Parejo García a través de apoderado, presentaron demanda de reparación directa contra la Nación-Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y Fiscalía General de la Nación para que se les declare administrativamente responsables por los perjuicios materiales y morales causados a los demandantes con ocasión de la privación injusta de la libertad del primero

de los mencionado. Para el efecto se solicitaron las siguientes declaraciones y condenas:

> *"**PRIMERA**: Que la Nación-Rama Judicial –Fiscalía General de la Nación y solidariamente Ministerio de Defensa-la Policía Nacional son administrativa y patrimonialmente responsables por los perjuicios morales y materiales causados a los actores por la captura ilegal, por la investigación penal, privación injusta de la libertad por más de cinco (5) meses y quince (15) días, desde el día siete (7) de diciembre de 2004 hasta el diecisiete (17) de mayo de 2004 en una supuesta flagrancia que nunca existió, y sin pruebas, resolviéndose su situación jurídica con detención preventiva sin beneficio de exacarcelación por el presunto punible de concierto para delinquir agravado, con providencia de 22 de diciembre de 2004, la Fiscalía Quinta (5) especializada profirió resolución de acusación por el delito de concierto para delinquir agravado, además, desde el mismo siete (7) de diciembre de 2004 se inmovilizó y decomisó ilegalmente por más de seis (6) meses el vehículo Chevrolet, modelo 2000, de servicio público, motor G13B-336821, chasis 9GAEAB35SYB40109, color amarillo, placa UWP-983 que era el taxi en que trabajaba Orlando Manuel Lobo García y que es propiedad de su hermana Rocío Lobo García, que a pesar de hacerse solicitado su entrega fue negada, causando aún mayores daños y perjuicios a la familia de los actores y el abogado defensor de mi defendido en el proceso penal contra la resolución de acusación presenta recurso de apelación, que es considerado por el superior Fiscalía Tercera (3) Delegada ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Valledupar (Cesar), que mediante providencia de fecha diecisiete (17) de mayo de dos mil cinco (2005), por las razones legales allí expuestas, quien ante la captura y privación ilegal de la libertad, revoca la resolución de acusación del inferior precluye la investigación, ordena la libertad del sindicado Orlando Manuel Lobo García y otro, quedando ejecutoriada esta providencia el 31 de mayo de 2005, o sea, que este proceso termina con absolución por falta e inexistencia de pruebas.*
>
> *Segundo: Condénese en consecuencia, a la Nación-Fiscalía General de la Nación a pagar a los accionantes o a quien represente legalmente sus derechos, como reparación o indemnización, los perjuicios de orden material y moral, fisiológicos los estimo así:*
>
> *Perjuicios materiales:*
>
> *Daño emergente:*
>
> *1. La suma de doce millones de pesos ($12.000.000), que fueron cancelados al abogado, por concepto de defensa técnica que se llevó a cabo en todas las instancias judiciales, con el fin de controvertir todas las imputaciones que se hicieron en su contra por el presunto delito de concierto para delinquir agravado, de las que conoció la Fiscalía Quinta (5) Especializada ante el juzgado único del circuito especializado de Valledupar en primera instancia y a la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar en segunda instancia.*
>
> *2. La suma de seiscientos mil pesos ($600.000) que fueron cancelados al abogado que solicitó la entrega del dinero inmovilizado.*
>
> *3. La suma de tres millones de pesos ($300.000.000) por concepto de compra de cama, ($600.000), , colchoneta abanico y transporte de los parientes a las instalaciones de la cárcel judicial con el fin de visitarlo y hacer*

los trámites necesarios relacionados con su libertad por espacio de cinco (5) meses, quince (15) días.

Lucro cesante:

1. La suma de dieciséis millones de pesos ($16.500.000) por concepto de ingresos laborales del señor Orlando Manuel Lobo García discriminados así:

-Ingresos como conductor del taxi de su hermana, seiscientos mil pesos ($600.000) mensuales por cinco (5) meses y quince (15) días, que equivalen a tres millones trescientos mil pesos.

-Ingresos como músico (cajero) Organización Musical Pangue y Panguito dos millones cuatrocientos mil pesos mensuales ($2.400.000) por cinco (5) meses y quince días que equivalen a trece millones doscientos mil pesos ($13.200.000).

2. La suma de quince millones de pesos ($15.000.000) por concepto de ingresos, producto del vehículo de servicio público taxi Chevrolet, modelo 2000 de placas UWP-983 que fue inmovilizado y decomisado por más de seis (6) meses que conducía en uno de los turnos el señor Orlando Manuel Lobo García y que es propiedad de la hermana Rocío Lobo García discriminados así, dos millones quinientos mil pesos ($2.500.000).

Para un total de perjuicios materiales de cuarenta y siete millones cien mil pesos ($47.100.000).

Perjuicios morales:

Primero: A favor de Orlando Manuel Lobo García, y los anteriores mencionados; mayores de edad, actuando en su propio nombre el equivalente en dinero, efectivo a la fecha de la ejecutoria del fallo a la cantidad de cien (100) salarios mínimos legales mensuales para cada uno de los actores, por los perjuicios que se derivan del dolor sufrido por la investigación penal, el escarnio público, privación injusta por más de cinco meses y quince (15) días, desde el siete (7) de diciembre de 2004 que fue capturado ilegalmente hasta el diecisiete (17) de mayo de 2005, de que luego fue objeto el señor Orlando Manuel Lobo García, al ser capturado y luego resolvérsele su situación jurídica con detención preventiva sin beneficio de excarcelación por el delito de concierto para delinquir agravado y habérsele absuelto en el proceso seguido en su contra por parte de la Fiscalía Tercera (3) Delegada ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Valledupar (Cesar) mediante providencia fechada de mayo diecisiete (17) de dos mil cinco (2005) , por las razones legales allí expuestas, además, desde el mismo siete (7) de diciembre de 2004 se inmovilizó y decomisó ilegalmente por más de seis (6) meses el vehículo Chevrolet 9GAEAB35SYB640109, color amarillo, placa UWP-983, que era el taxi en que trabajaba Orlando Manuel Lobo García y que es propiedad de su hermana Rocío Lobo García, que a pesar de haberse solicitado su entrega, fue negada causando aun mayores daños y perjuicios a la familia de los actores.

Segundo: Reconocer a mis poderdantes un interés no inferior al seis por ciento (6%) anual aumentado de acuerdo al incremento promedio que en el mismo periodo haya tenido el índice de precios al consumidor, sobre las sumas que resulte a su favor, desde la fecha en que el fallo deba cumplirse, hasta el día en que el pago se haga en su totalidad.

Tercero: Para la liquidación de los perjuicios, pido que se tengan en cuenta las fórmulas de matemáticas financieras, que para el efecto han reconocido al Honorable Consejo de Estado.

Cuarto: La condena respectiva será actualizada en la forma prevista por el art. 178 del C.C.A y se reajustará tomando como base para la liquidación, variación del índice de precios al consumidor desde la captura ilegal del siete (7) de diciembre de 2004, donde luego el veintidós (22) de diciembre de 2004 se profirió detención preventiva sin beneficio de excarcelación hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que le ponga fin al proceso.

Quinto: La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los arts.176 y 177 del C.C.A.

Sexto: Condenar en costas a las partes demandadas.

2. Fundamentos de hecho

Como fundamento de sus peticiones, los demandantes expusieron los siguientes hechos:

1. El señor Orlando Manuel Lobo García es hijo de la señora Carmen Teresa García Díaz, padre del menor Orlando José Lobo Betancurt, compañero permanente de Alida Rosa Benjumea Alba, hermano de Ever Isidro Lobo García, Eris Estela Lobo García, Ruth Marina Parejo García y Rocío Lobo García esta última que también fue perjudicada, que es la propietaria del vehículo inmovilizado por más de seis meses, que a pesar de haberse solicitado su entrega fue negada causando aún mayores daños y perjuicios a la familia de los actores.

2. El señor Orlando Manuel Lobo García fue capturado ilegalmente el día siete (7) de diciembre del año 2003 en la ciudad de Valledupar (Cesar), por miembros de la Policía Nacional, Seccional-Policía Judicial e investigaciones SIJIN DECES y puesto a disposición de la Fiscalía Cuarta (4ª) especializada en turno de Valledupar (Cesar), quien lo escuchó en indagatoria explicando su conducta frente a la ley e informando que es ajeno totalmente a los cargos imputados y demostrando su inocencia total frente a los mismos.

3. El día veintidós (22) de diciembre del año 2004 la Fiscalía Quinta (5) especializada delegada ante el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Valledupar (Cesar) a quien correspondió por reparto el proceso, mediante providencia profirió resolución de medida de aseguramiento con detención preventiva, sin beneficio de excarcelación contra el señor Orlando Manuel Lobo García por los reatos de concierto para delinquir agravado, detención que tuvo que cumplir este, inicialmente en la Cárcel Judicial, librando en su contra orden de detención con destino al director del establecimiento carcelario.

4. Al calificar el mérito de las sumarias luego del rito procesal, la Fiscalía Quinta (5) Especializada Delegada ante el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Valledupar (Cesar), mediante providencia de fecha veintidós (22) de marzo de 2005 dictó resolución de acusación en contra del señor Orlando Manuel Lobo García como autor del delito ya dicho, tipificado en lo el Código Penal en su libro segundo, título XII, Capítulo Primero, artículo 340, jurídicamente denominados delitos contra la seguridad pública, decisión esta

que fue recurrida por el abogado defensor, al superior, La Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar al resolver apelación, con providencia del 17 de mayo de 2005 revoca la resolución del inferior de fecha 22 de marzo de 2005, donde profirió resolución de acusación contra Orlando Manuel Lobo García, por el presunto punible de concierto para delinquir agravado, precluye la investigación y concede la libertad al señor Orlando Manuel Lobo García, además desde el mismo 7 de diciembre de 2004 se inmovilizó y decomisó ilegalmente por más de seis meses el vehículo Chevrolet, modelo 2000, de servicio públicom motor 613B-336821, chasis 9GAB35SYB640109, color amarillo, Paca UWP-983, que era el taxi en que trabajaba Orlando Manuel Lobo García y que es de propiedad de su hermana Rocío Lobo García, que a pesar de haberse solicitado su entrega, fue negada causanto aun mayores daños y perjuicios a la familia de los actores.

5. La privación efectiva de la libertad del señor Orlando Manuel Lobo García por parte de la Fiscalía Respectiva Delegada no se debió al dolo o culpa grave a él imputable, quien tuvo que cumplirla durante cinco meses y cience días totalmente (sic) en la Cárcel Judicial de Valledupar, coartándole toda la posibilidad de ejercer las labores que desempeñaba y de la cual dependía si sustento diario, así como el de su señora madre, Carmen García Díaz y su hijo, compañera permanente, su hermana Rocío Lobo García, además fue perjudicada con la inmovilización de su vehículo por más de seis meses porque dejó de percibir ingresos que normalmente recibía para su sustento y los suyos, tuvo que endeudarse para contratar un abogado que reclamara su carro e igual que los otros hermanos y su madre sufrir el señalamiento público, descrédito, la deshonra, una serie de privaciones, endeudarse para conseguir el dinero suficiente para pagar la defensa de su hermano y afrontar todas las implicaciones de un proceso penal con un privado de la libertad.

6. El señor Orlando Manuel Lobo García en su condición de ciudadano de bien no tenía por qué soportar esta carga pública del Estado, a través de la Fiscalía General de la Nación y por intermedio de la Fiscalía Delegada Quinta, Especializada, con medida de privación injusta de la libertad, procesamiento penal y orden de captura que de ello derivó.

El sufrimiento y dolor durabte el tiempo de su detención de su señora madre, compañera permanente, hermanos e hijos, produjeron una irrogación de perjuicios que deben ser valorados, atendiendo los principios de reparación integral y equidad, daños que resultan relacionados con la detención preventiva, como se probará en el proceso y, por consiguiente, procede la indemnización de perjuicios a favor de los accionantes.

3. Contestación de la Fiscalía General de la Nación

3.1 Fiscalía General de la Nación

La Fiscalía General de la Nación se opuso a las pretensiones. Manifestó, en primer lugar, que la parte actora se equivoca al estructurar un razonamiento en el que de las premisas de la detención y la posterior preclusión se sigue necesariamente la conclusión de la responsabilidad estatal. Sostuvo que una interpretación de esta naturaleza haría prácticamente inoperante la

institución de la detención preventiva, esencial para el funcionamiento del proceso penal, y menoscabaría notablemente la autonomía de los fiscales y jueces penales.

En relación con lo anterior, destacó que según la jurisprudencia constitucional y la de esta jurisdicción el reconocimiento de responsabildad estatal por privación de la libertad se condiciona a la acreditación de acciones y omisiones *"escandalosamente injurídicas*", o lo que es lo mismo, una actuación grosera, subjetiva y abiertamente contraria a derecho. Fuera de estos supuestos, constitutivos de falla en el servicio, el hecho de la detención no se puede reputar "antijurídico", imponiéndose la conclusión de que no desborda las cargas que corresponde soportar a los ciudadanos.

Adicionalmente, destacó que en el caso concreto, la Fiscalía adoptó la medida de aseguramiento con base en informes de la Policía Judicial Sijin, rendidos bajo la gravedad de juramento, esto es, con base en elementos probatorios que justificaban la adopción de la medida de aseguramiento.

3.2. Policía Nacional

La Policía Nacional se opuso, igualmente, a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra. En primer lugar, señaló que en el caso concreto la *causa petendi* tiene que ver con el error judicial que dio lugar a la privación de la libertad del señor Lobo García, circunstancia que en sí misma excluye la predicación de responsabilidad respecto de la Policía Nacional, ya que ésta no es entidad competente para proferir decisiones sobre la libertad de las personas. En este sentido hay que tener en cuenta que si bien la Policía realizó la captura, la imposición de la medida de aseguramiento correspondió enteramente a la Fiscalía General de la Nación, entidad a la que le correspondía el análisis y ponderación de las pruebas.

Así mismo, resaltó que para que se configure la responsabilidad estatal por privación de la libertad es indispensable que se demuestre una actuación

anormal y manifiestamente arbitraria, requisito que en el caso concreto no se cumple.

Finalmente, se opuso al reconocimiento de los perjuicios materiales relacionados con la incautación del automóvil, por no estar acreditado que este realmente fuese propiedad de la señora Rocío Lobo García y a la estimación del lucro cesante del señor Orlando Manuel Lobo García por parte del contador Jaine (sic) José Maestre Socarrás, puesto que la misma no fue ratificada bajo la gravedad de juramento.

4. Alegatos de conclusión

4.1. Parte actora

En sus alegatos de conclusión la parte actora insistió en el recuento fáctico, insistiendo en la plena acreditación de los hechos que configuran la responsabilidad estatal. Así mismo, se refirió a las consideraciones de la Policía sobre la imposibilidad de imputarle daños que, de probarse, corresponderían únicamente a la Fiscalía General de la Nación. En opinión de la parte actora, si bien estos argumentos son útiles puesto que en ellos implícitamente hay un reconocimiento de responsabilidad de la Fiscalía General, no es procedente eximir por completo a la Policía puesto que a esta *"corresponde una pequeña responsabilidad por su actuar arbitrario".* Señaló, además, que debe ser el juez quien determine qué proporción de la condena se debe imputar a la Policía Nacional.

4.2. Fiscalía General de la Nación

La Fiscalía General de la Nación insistió en que en el caso concreto no hay prueba del error judicial ni de otra forma de actuación manifiestamente arbirtraria, por lo que no cabe predicar la responsabilidad estatal. Más aún, reiteró que la medida de aseguramiento se profirió con base en indicios serios de participación en los delitos imputados, más específicamente, en los informes de la Sijin.

Así mismo, puso de manifiesto que la investigación no se profirió con base en alguna de las causales señaladas en el art. 414 del decreto 2700 de 1991, sino por la falta de certeza sobre su participación. Circunstancia relevante, en su criterio, puesto que con frecuencia la jurisdicción contencioso-administrativa ha negado la procedencia de la declaración de responsabilidad en casos de aplicación del principio in *dubio pro reo.*

5. Trámite procesal

Mediante auto de 30 de octubre de 2008, el Juzgado Tercero Administrativo de Valledupar declaró su falta de competencia funcional para conocer del asunto de la referencia, de conformidad con el art 65 de la Ley 270 de 1996 y remitió el asunto a la oficina judicial del Tribunal Administrativo del Cesar.

El día 18 de diciembre de 2008 el Tribunal Administrativo del Cesar declaró la nulidad de todo lo actuado en el asunto de la referencia y el 2 de abril de 2009 admitió la demanda respecto de la Rama Judicial-Fiscalía General de la Nación, ordenando las notificaciones correspondientes.

6. Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo del Cesar accedió parcialmente a las pretensiones. Señaló que, en el asunto de la referencia, conforme a las pruebas allegadas quedó demostrado que el señor Mena Álvarez fue privado de la libertad entre el 7 de diciembre 2004 y 17 de mayo de 2005, fecha en la cual la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito de Valledupar precluyó la investigación por falta de pruebas. Así mismo, recalcó que la jurisprudencia contencioso-administrativa se ha decantado por un modelo objetivo de responsabilidad que solo admite como excepción la acreditación de la ruptura del nexo causal por hecho de la víctima, circunstancia que no se presenta en el caso concreto.

En lo que corresponde a los perjuicios morales, después de entender acreditadas las relaciones de parentesco señaladas en la demanda, reconoce 40 salarios mínimos mensuales al señor Orlando Manuel Lobo

García y a su madre (c/u); 20 a su hijo y sendas indemnizaciones de 15 smlmv a su compañera permanente y hermanos.

Negó, sin embargo, la indemnización a la demandante Ruth Marina Parejo García, por cuanto en el plenario no obra poder para demandar en su nombre.

Así mismo, reconoció el daño emergente correspondiente a los honorarios del abogado Raúl Alberto Castro Peña.

En lo que tiene que ver con el lucro cesante, lo calculó con base en las fórmulas jurisprudencialmente aceptadas y sobre la base de los ingresos del señor Lobo García, certificados como taxisa y músico vallenato, que constan en certificados por el contador público Jaine José Maestre Socarrás. Negó, en cambio las pretensiones realtivas a los perjuicios causados por la inmovilización del vehículo de servicio público que los actores señalan como propiedad de la señora Rocío Lobo García.

7. **Recurso de apelación**

La Fiscalía General de la Nación impugna la decisión. Señala que el *a quo* aplicó indebidamente el artículo 414 del Decreto 2700 que, para el momento de los hechos (2004) no estaba vigente. Por ende, resultaba improcedente la aplicación del régimen objetivo de responsabilidad en el caso concreto.

Más aún recalca que el caso sublite ha de fallarse según los criterios de los artículos 66 y 67 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia que condicionan la responsabilidad estatal por privación de la libertad a la acreditación de una actuación manifiestamente desviada y arbitraria como causa de la detención, circunstancia que, en su criterio, no se cumple en el caso concreto. De todas maneras, insiste que, incluso aplicando los criterios del art. 414, no hay lugar a la declaración de responsabilidad, toda vez que la absolución se profirió en razón de la duda.

Adicionalmente, se opone a la tasación del daño emergente, que estima incorrectamente fundado en una simple certificación, cuando debió proferirse sobre la base del contrato de prestación de servicios.

Alegaciones finales

8. Alegaciones finales

La Fiscalía General de la Nación insistió en que en el caso concreto resulta improcedente la atribución de responsabilidad estatal por cuanto está acreditado que la medida de aseguramiento se profirió y se mantuvo con fundamento en pruebas legalmente practicadas. Al respecto, señala que el material probatorio que sirvió de respaldo a la adopción de la medida de aseguramiento no se limitó a los informes de la Sijin, aunque tampoco especifica cuáles fueron las demás fuentes y se limita a mencionar que las mismas constan en las decisiones correspondientes.

Así mismo, reiteró que la declaración de responsabilidad estatal por privación de la libertad está necesariamente condicionada a la acreditación de una actuación manifiestamente desviada por parte de las autoridades competentes para decidir sobre la libertad, supuesto que en el caso concreto no se da, por cuanto la medida de aseguramiento se ajustó a las exigencias legales.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Corresponde a la Sala conocer el presente asunto, pues, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia[1], tal como fue entendida por esta Corporación, la segunda instancia en un proceso adelantado en ejercicio de la acción de reparación directa, por hechos de la administración de justicia, debe ser conocida por esta Sección.

[1] *"De las acciones de reparación directa y de repetición de que tratan los artículos anteriores, conocerá de modo privativo la Jurisdicción Contencioso Administrativa conforme al procedimiento ordinario y de acuerdo con las reglas comunes de distribución de competencia entre el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos".*

2. Caducidad de la acción

La jurisprudencia de esta Corporación ha precisado en lo que tiene que ver con los asuntos donde se depreca la responsabilidad de la administración por privación injusta de la libertad, que el término de los dos años para contabilizar la caducidad de la acción de reparación directa se cuenta a partir del día siguiente al de la ejecutoria de la providencia judicial que precluye la investigación o que absuelve al sindicado y le pone fin al proceso[2].

En el *sub lite* se invoca la responsabilidad de la Fiscalía General por los perjuicios materiales y morales causados a los demandantes, con ocasión de la privación de la libertad sufrida por el señor Orlando Manuel Lobo García.

Ahora, conforme a las pruebas allegadas al plenario, resulta acreditado que i) el señor Orlando Manuel Lobo estuvo privado de la libertad en su domicilio entre el 7 de diciembre de 2004 y el 17 de mayo de 2005, fecha en que se precluye la investigación y se libra boleta de libertad. Toda vez que la preclusión de investigación se da en el contexto de una decisión de segunda instancia (apelación a la resolución de acusación), esta se entiende ejecutoriada con la firma del funcionario correspondiente, según lo dispone el art. 187 de la ley 600 de 2000 y, en consecuencia, la demanda, presentada el día 16 de mayo de 2007 debe entenderse oportuna.

3. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si el señor Manuel Orlando Lobo García y los demás demandantes sufrieron daño antijurídico imputable al Estado como consecuencia de la privación de la libertad del primero de los mencionados. Para lo anterior se habrá de examinar, por una parte, si están probados los supuestos fácticos y por otra, si existe prueba de actuación dolosa o gravemente culposa (definida en términos civiles) que justifique la

[2] Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 3 de marzo de 2010, expediente 36473 C.P. Ruth Stella Correa Palacio; auto de 9 de mayo de 2011, expediente 40324 C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

exención de responsabilidad estatal. Finalmente, se examinará la indemnización de perjuicios, bajo el entendido que la competencia de la Sala para efectos de revisión del monto indemnizatorio está limitada por el principio del *non reformatio in pejus*.

4. De la legitimación por activa

La legitimación del señor Orlando Manuel Lobo García para acudir como demandante se colige de las providencias que se señalan a continuación, de igual manera la de su núcleo familiar de los registros civiles aportados con la demanda. A partir de ellos se tiene por cierto que el señor Orlando Manuel es hijo de la señora Carmen Teresa García Díaz hermano de Rocío, Merly, Ever Isidro y Eris Estela Lobo García, Alfonso Enrique Parejo García y padre de Orlando José Lobo Betancur[3] (f. 25-26; 29-42)f. 28) .

No se reconoce, sin embargo, la legitimación en la causa por activa de Ruth Marina Parejo García por cuanto, como lo señaló el *a quo,* no aportó poder para ser representada en el sublite.

En lo que se refiere a la legitimación en la causa de la señora Alida Rosa Benjumea Alba, esta se colige de los siguientes elementos: a) el documento titulado "acta de derechos del capturado", fechado el 7 de diciembre de 2004, el señor Orlando Manuel Lobo García manifiesta que su estado civil es "unión libre" y manifiesta que la persona a quien se debe comunicar su aprehensión es "Alida Benjumea Alba" (f. 12 c. 2), b) Declaración en indagatoria del señor Dagoberto Rodríguez Orozgo ante la Fiscalía Séptima delegada de Valledupar, rendida el 14 de diciembre de 2004, en la que este manifiesta vivir en unión marital de hecho con "Erika Benjumea" y añade que conoce al señor Lobo porque "*es esposo de una hermana de mi mujer"* c) el testimonio rendido por el señor Harold Henry Melo Pinto, quien declaró ante el Tribunal Administrativo del Cesar que el núcleo familiar de señor Lobo García está compuesto, entre otras personas, por su compañera permanente, Alida Benjumea (f. 292, c.1) d) declaración extrajuicio rendida el día 16 de febrero de 2007 por el señor Orlando Manuel Lobo García ante

[3] En la demanda figura el nombre de Orlando José Lobo Betancurt, mientras que tanto en el registro civil y la tarjeta de identidad del demandante se lee Orlando José Lobo Betancur. Para todos los efectos, la Sala entiende que se trata de la misma persona.

la Notaría Primera del Círculo de Valledupar, en la que manifiesta ser *"soltero con unión marital de hecho"* y haber vivido bajo el mismo techo de forma estable y duradera desde hace tres años con la señora Alida Rosa Benjumea Alba (f. 43, c. 1), lo que indica que la relación habría empezado en febrero de 2004. Esta declaración se tendrá en cuenta, a pesar de provenir de uno de los actores, por cuanto concuerda con otros elementos del acervo probatorio mencionados ad supra.

5 De la legitimación por pasiva

La legitimación por pasiva de la Nación-Fiscalía General de la Nación se colige de las resoluciones citadas con antelación las cuales se dispuso la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva y la resolución de acusación en contra del actor. Decisiones causantes del daño invocado en cuanto además de imponerle la medida de aseguramiento se acusó al actor.

6 Hechos probados

6.1 El señor Orlando Manuel Lobo García fue detenido el día 7 de diciembre DE 2004 por la Sijin y puesto ese mismo día a disposición de la Fiscalía General de la Nación. Igualmente, se incautó el automóvil de servicio público conducido por el señor Lobo. En el acta de la diligencia se lee:

> *Respetuosamente y según lo estipulado en el art. 319 del Código de Procedimiento Penal me permito dejar a disposición a los señores, así:*
>
> *-Orlando Manuel Lobo García CC (….), 37 años de edad, natural de Valledupar, estado civil unión libre, estudios bachiller, ocupación, músico y taxista, residente en (….), y los celulares marca Nokia modelo 5126 serie ESN:10614849449, code 05552SAI 166TR 01, Batería Nokia No Type; BMS 2s36B –Un celular marca Samsung sin número de serie, una batería marca Samsung serial TA1C92FS/-2, Target Sincar (sic) No. 57101200404014987*
>
> *Vehículo marca Crevrolet, línea Chevitaxi, tipo Sedan, servicio público, modelo 2000, placas UWP-983, Motor No GL3B-338821, serie y chasis (….) automotor que queda a su disposición en el parqueadero los Guasimos.*
>
> *Con base en las acciones delincuenciales adelantadas por los grupos armados ilegales y el índice de homicidios organizados promovidos y ejecutados por grupos al margen de la ley, donde ha resultado víctima la población civil del municipio de Valledupar, originando con este actuar delictivo homicidios, desapariciones forzadas, extorsiones, desplazamiento*

de la comunidad, situación que ha hecho que la fuerza pública tome acciones mediante (ilegible) investigativas y de inteligencia evaluando y analizando información con el fin de contrarrestar a esos grupos generadores de violencia, como los hechos ocurridos el día 16-09-09, homicidios de (se relaciona una lista de asesinatos cometidos en la ciudad)

(…)

Es así como el día de hoy y mediante información proveniente de fuente humana de alta credibilidad trabajo investigativo de días antes manifestó que una persona con el alias Farid o Faricito se encontraba departiendo con otros ciudadanos en el establecimiento público Billares el Campeón ubicado en la transversal 23 con avenida Fundación esquina, quien es miembro activo, directo y personal de las Autodefensas ilegales que delinquen en este municipio, y es el encargado de sicariar, planear y organizar actos delictivos en esta zona, en compañía de otros integrantes de esa organización al margen de la ley.

Al ser evaluada la información suministrada, coincidiendo con la información que se llevaba funcionarios de esta seccional, se dispusieron organizar un operativo a los antes mencionados, siendo aproximadamente las 16:00 horas del día 06:00 llegamos hasta el establecimiento público Billares El Campeón, ubicado en la transversal 23 con diagonal 21 esquina, barrio los fundadores, logrando identificar a alias Farid o Faricito cuyo verdadero nombre es (...) proceder a capturarlo, es de informar a este despacho que el capturado presenta orden de captura….

Al momento de ser trasladado hasta las instalaciones de la Policía Judicial entró una llamada al celular del aprehendido la cual fue recibida por el intendente Silvera Castro Juan, Jefe de la Unidad de Vida, el emisor se identificó como alias Julián diciéndole que lo esperaba en la carrera cuarta con calle 20 y que estaba con toda la gente y ya tenían ubicado al muñeco para matarlo y que ellos se encontraban en un automóvil chevitaxi, servicio público con placas UWP983, se dedujo inmediatamente que se estaría fraguando nuevamente la muerte de un ciudadano de la ciudad de Valledupar del sector carrera cuarta con calle 28.

Acto seguido nos dirigimos hasta la dirección dada por alias Julian, visualizando en forma inmediata el vehículo de placas 983 el cual estaba estacionado al frente de la vivienda de nomenclatura Cra. 4 No 19c-87, Barrio Santo Domingo, logrando identificar a los sujetos que se encontraban en la terraza del inmueble, es de informar a esa Fiscalía que los arriba relacionados se encuentran en el orden de batalla de las autodefensas ilegales registros llevados por la seccional de inteligencia de la Policía Nacional, como miembros directo y personal de las A.U.C y que son los encargados de organizar y promover los homicidios selectivos en la ciudad.

En razón de lo anterior se procedió a dar captura de los dejados a disposición y a la inmovilización del vehículo antes descrito, siendo trasladados a la Sijin, donde se le dieron a concocer los derechos del capturado.

Al señor Jorge Eliécer Londoño Mira (…) se le incautó un celular marca Nokia (…) en su directoro se le encontró (relación de números telefónicos), Lobo 3114058941….

Analizando este directorio se puede apreciar que los nombres (…) Lobo 3 11 4058941 reposan en el orden de batalla de las autodefensas que delinquen en el departamento del Cesar.

Es de informar a esa Fiscalía que el señor Jorge Eliécer Londoño Mira alias Barranquilla es el encargado de promover y dirigir las extorsiones en el comercio de Valledupar, como almacenes, etc, (…).

Alias Barranquilla es acompañado en todos sus actos delictivos por los hermanos (…) y Orlando Manuel Lobo García, quienes son miembros personales y directos de las AUC que delinquen en esta jurisdicción, así mismo le informó ese despacho que Orlando Manuel Lobo García es el conductor del vehículo de placas UWP, dicho vehículo es utilizado para realizar inteligencia y ubicar las víctimas para posteriormente ubicar a los sicarios y así llevar a cabo los homicidios.

Una vez cometido el hecho el conductor del automóvil recoge al conductor de la motocicleta de esta forma elude a las autoridades que siempre se recibe la información de quien conduce de igual forma le comunico que las placas del automotor presentan cintas reflectivas superpuestas en las letras y numeración que hacen que se pierda la visibilidad de los caracteres de las mismas.

Al señor José Ignacio Rodríguez Orozco se le encontró en su billetera un permiso de porte de un arma de fuego clase revólver, (…) una libreta color dorado en su interior se encuentran registrados los siguientes nombres con su número (…) Lobo 311 4058941.

Al realizarse un análisis a esta agenda se puede apreciar que JJ, Pichi, Raúl, Miguel, Raul son integrantes de las Autodefensas que delinquen en el departamento del Cesar.

Recuerdo a la Fiscalía que las actividades individuales o grupales realizadas por grupos al margen de la ley, que estén encaminadas en todo tiempo y lugar a cumplir con los lineamientos, orientaciones y directrices que ayudan al mantenimiento, conservación y fortalecimiento político militar del grupo al cual pertenecen y según su estructura y modus operandi son siempre tenidos en cuenta como delitos de flagrancia permanente por su continuo y sucesivo accionar encaminados al desestabilizamiento (sic) de las actividades comunes diarias, esporádicas y espontáneas de una comunidad ubicada en el territorio nacional (f. 58, c. c. 2)

6.2. Se sabe que la Fiscalía General de la Nación legalizó la captura el día 8 de diciembre de 2004 y dispuso la vincular al proceso a los capturados, oirlos en indagatoria. Así mismo, ordenó oír la declaración jurada de los policías que intervinieron en el procedimiento (f. 20 y 22, c. 2). También consta que el señor Lobo García rindió indagatoria el día 13 de diciembre siguiente, manifestó no conocer al individuo conocido como “Faricito”, pertenecer a las AUC o emplear el automóvil para patrullar la ciudad de Valledupar con fines delictivos. Manifestó, además que la razón por la que se encontraba con algunos amigos en la peluquería en la que se realizó el

allanamiento no era otra que el deseo de cortarse el pelo (f. 32, c.2). Todos los demás capturados declararon en igual sentido. Igualmente, el policía Wilder Torres reiteró que la razón de la captura radicó en la llamada recibida en el celular de alias Faricito en la que un individuo llamado "Julián", a quien no se pudo identificar, le manifestó que ya tenían ubicado a alguien a quien denominaban "el muñeco" y que lo esperaban en la dirección en la que se realizaba el operativo para matarlo.

6.3. Se sabe que el día 22 de diciembre de 2004 la Fiscalía Quinta Delegada ante Jugado Penal del Circuito Especializado de Valledupar resolvió la situación jurídica del señor Orlando Manuel Lobo García y le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva. En la referida providencia se reitera que la razón fundamental para la detención fue la llamada recibida en el teléfono de alias "Faricito", a quien la Policía atribuía pertenenia a las Autodefensas Unidas de Colombia, de parte de un sujeto identificado como Julián en la que manifestaba que él y otro grupo estaban reunidos en una esquina del barrio los fundadores y a la espera de alguien apodado "el Muñeco" a quien planeaban asesinar.

En sus palabras:

> *En cuanto a la responsabilidad que pudiera derivarse de los procesados de marras ella indiscutiblemente se establece de sus capturas en flagrancia, pues por ahora creemos que sus aprehensiones obedecieron a la entrada de la llamada al celular incautado al capturado Jairo Luis Bermúdez alias Farid o Faricito en el sentido de que un tal Julián aparecido en la pantalla de tal celular, lo esperaba en la dirección a donde capturaron a aquellos con el fin de asesinar al Muñeco, cuya persona lo habían (sic) localizado, pues ellos se desplazaban en el citado taxi.*
>
> *(…)*
>
> *Cada uno de los pocesados rechazó la imputación jurídica formulada pero por ahora no les otrogamos creidbilidad si en cuenta tenemos los elementos con que se les sorprendió, es decir, a alias Barranquilla, con unos manuscritos de nombres que son característicos de los grupos armados al margen de la ley. Y no tanto eso, sino que en el celular incautado se dijo en el informe policivo se le encontró los nombres de Brayan, Chorrio, John Jairo, J.L, Lobo, Medallo y Miguel, situación que fue verificada con la inspección judicial practicada a ese celular con la coadyuvancia del CTI, sujetos que son considerados como integrantes de la autodefensas, pues a han resultado notorios en esta unidad de Fiscalía varios de esos nombres o apodos y esta situación por parte de Jorge Eliecer Londoño, alias Barranquilla, nos indica una identificación con esa organización. Es más, se le sorprendió con un escrito de recibo de $11.000.000 que según criterio*

de la Sijin obedeció a una extorsión. Puede que no sea así, pero al considerárseles integrantes de las autodefensas y a raíz de lo informado con la llamada a Farid se cree y no menos que ese contenido del manuscrito tenga un origen ilícito y así lo informó a la red de cooperantes.

Otra cosa, en el informe policivo se dijo de José Ignacio Rodríguez Orozco, como la persona que con su hermano Dagoberto Rodríguez Orozco y el taxista Orlando Manuel Lobo García, acompañaban a alias Barranquilla en todos sus actos delictivos y siendo que fueron capurados juntos es de creer esa situación. Pues portando Jorge Elicecer y Jose Ignacio esa clase de escritos y tener registrados en su celular sujetos considerados de las autodefensas, resulta por ahora más y no menos aceptar que hacen parte de la organización a la que no son ajenos Dagoberto y Orlando, pues no resulta creíble que a excepción del taxista, se encontrarse en un salón de belleza esperando turno para motilarse cuando bien sabemos que los de la Sijin llegaron hasta allá por lo del mensaje de la llamada (f. 69 a 71 c. 1).

6.4. El día 23 de marzo de 2005, la Fiscalía Delegada Especializada ante el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Valledupar profirió resolución de acusación contra los señores Orlando Manuel Lobo García, Jorge Eliécer Londoño (a quien identifican con el alias de Barranquilla), José Ignacio Rodríguez y Dagoberto Rodríguez.

Las razones fueron similares a las expuestas en la resolución que impuso las medidas de aseguramiento. A saber, que al teléfono de un individuo llamado Farid o Faricito entró una llamada en la que una persona identificaba como Julián le informaba que él y un grupo más estaban reunidos en el taxi que posteriormente le fue incautado al señor Lobo, en una dirección que resultó ser la de una peluquería en la que los sindicados se hallaban, según ellos, cortándose el pelo.

En la resolución también se destaca que las placas del taxi incautado tenía cintas reflectivas que dificultan la identificación de las placas, circunstancia que entendieron indicativa de que el vehículo era usado para actividades de vigilancia a las víctimas. Igualmente desestimó la versión de los capturados, según la cual su preseencia en la peluquería se debía a su interés en un corte de pelo. Además, en la citada decisión se reconoce que no se ha determinado desde qué número móvil se realizó la llamada del sujeto identificado como Julián, pero se asume que es de uno de los cuatro detenidos *"porque de no ser así la policía no ubica el lugar donde los capturaron",* expresión de significado difícil de discernir. Finalmente, se

destaca que algunos de los capturados tienen antecedentes de investigaciones por porte de armas y contrabando (f. 79-84, c. 1).

6.5. Consta que el día 17 de mayo de 2005 la Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal Superior de Valledupar resolvió el recurso de apelación contra la resolución de acusación en el sentido de revocar para, en su lugar, disponer la preclusión de la investigación. La decisión se funda en las siguientes consideraciones:

> *No comparte este despacho el presunto análisis jurídico probatorio que argumenta el a quo en el procesopor las siguientes razones: El sostiene que los fundamentos probatorios que tuvo en cuenta para sustentar la resolución recurrida si la demostración de la ocurrencia del hecho y las capturas en flagrancia de los procesados, mas los testimonios de quienes participaron en el operativo. Veamos si esto es acertado. Así el artículo 345 del Código de Procedimiento Penal sostiene que hay flagrancia cuando " 1.(l)a persona es sorprendida y aprehendida en el momento de cometer la conducta punible. 2. La persona es sorprendida, identificada e individualizada al momento de cometer una conducta punible y es capturada inemdiatamente después por persecusión o voces de auxilio de quienes presencien el hecho. 3. Cuando es sorprendido y capturado con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que momentos antes ha cometido una conducta punible o participado en ella". En la revisión y análisis que hacemos del plenario encontramos que los hoy procesados fueron capturados los cuatro en el mismo lugar y que esta captura se produjo como consecuencia de una llamada que entró al celular de Faricito de parte de Julián quien le informaba que estaba en determinado lugar y que ya tenían listo al muchacho para asesinarlo, demás que se transportaban en el taxi Chévrolet de placas UWP 983, siendo este el objeto que determinó el lugar de su estadía, es decir, los encontraron por el carro. Con fundamento a esta captura de Jorge Eliécer Londoño Mira, alias Barranquilla o Cristian, de José Ignacio Rodríguez, de Dagoberto Rodriguez y de Orlando Manuel Lobo García, el a quo de forma inmediata adecúa este hecho dentro de la prescripciones del artículo 340 del Código Penal que consagra el concierto para delinquir y como si esto fuera poco afirma que fueron capturados en flagrancia.*
>
> *(…)*
>
> *Esta serie de apreciaciones que indudablemente hacen parte integral de la conducta punible de que nos estamos ocupando en el caso concreto, si bien tuvieron indicio de ocurrencia, el acervo probatorio propio para ser demostrado no tuvo la suficiente contundencia para afirmar que los procesados estaba reunidos para cometer delitos, ya que consideramos que si bien la llamada al teléfono de Faricito se produjo, no es menos cierto que al momento de capturar a estos cuatro procesados a ninguno de ellos se les encontró un teléfono con el número que precisamente entró al celular de Faricito, luego podemos concluir sin temor a equívocos de que (sic) no hay certeza de que alguno de ellos hizo tal llamada y lo que más les favorece es que entre ellos no hay nadie que se llame Julián o que le conzcan con el alias de Julián.*

En cuanto a la flagrancia es preciso anotar que si no hay una prueba de que ellos estaban reunidos para cometer ilícitos con menos razón puede hablarse de flagrancia, por ello transcribimos el contenido integral del artículo 345 del Código de Procedimiento Penal y este en el plenario no tiene asidero lógico jurídico.

(…)

La suposición no es más que una opinión que no está fundada en pruebas positivas, ya que suponer es creer, presumir, en fin son hipótesis, conjeturas, presunciones, lo cual no puede tenerse como elemento de juicio para edificar ningún fallo judicial que por sí supone seguirdad y certeza. En el caso que ocupa nuestra atención, no hay medio de prueba que en forma contundente establezca que los sindicados son miembros de las AUC y que se encontraban en el lugar donde fueron aprehendidos cometiendo el delito de asociación para delinquir, es decir, que estaba allí en pro de delinquir, por lo contrario, las dueñas del establecimiento informan evidentemente que estaban allí esperando un turno para arreglarse el cabello.

Los informes policivos solo tienen valor probatorio cuando están respaldados por los medios o circunstancais que por lo menos los hagan creíbles, de lo contrario solo tienen valor de criterios orientadores.

Siempre hemos sostenido que la declaracuón de quienes hagan parte del operativo como miembros de la autoridad represora, llamese DAS, SIJIN, Dijin, no pueden tenerse como elementos que refuercen o den contundencia al informe policivo del cual ellos hacen parte, porque se presume que lo que van a decir en la declaración es lo mismo que dijeron en el informe, entonces, esto no es más que pantomima, un juego poco serio para la administración de justicia. En el caso in examine los elementos indiciarios son suficientes en su momento para proferir la medida detentiva, pero ya para proferir resolución de acusación se requieren mayores elementos de fondo como lo establece el artículo 397 del Código de Procedimiento Penal y estos no se visualizaron en el plenario …(f. 94 y 95, c.2).

6.6. Se sabe que el taxi de marca Chevrolet de placas UWP-983 es de propiedad de la señora Rocío Lobo García (tarjeta de propiedad en a folio 103, c.2; SOAT f. 102, c.3), que fue incautado y puesto a disposición de la Fiscalía General de la Nación el día 7 de diciembre de 2004 (acta de inmovilización a f. 60. C. 2) y que solicitó su devolución. En el plenario obra el poder concedido por la mencionada señora Lobo García sin fecha al abogado José Luis Fernández Olivella para reclamar el automóvil (f. 100, 2.), los memoriales presentados el 11 de febrero y 24 de febrero de 2005 por el mencionado abogado al Fiscal Quinto Especializado de Valledupar, reclamando el automóvil. Así mismo, se sabe que el día 2 de junio del mismo año la Fiscalía Quinta delegada ante el Juzgado Penal especializado de Valledupar ordenó la devolución del vehículo (f. 303, c. 2).

Por otra parte, hay constancia de que la señora Rocío Lobo García derivaba su sustento de los ingresos del referido taxi, tal como lo demuestran las declaraciones extrajuicio de los señores Gustavo Enrique Jiménez y Gustavo Rojas Salazar ante la Notaría Segunda del Círculo de Valledupar (f. 101, c. 2). También reposa en el expediente certificación de la empresa Tele-Taxi de Valledupar, en la que se manifiesta que los ingresos que producía mensualmente el automovil de servicio público incautado ascendían a dos millones quinientos mil pesos (f. 51, c. 2).

5. Análisis del caso concreto

En el asunto de la referencia se invoca porque se declare la responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación por la privación de la libertad sufrida por el señor Orlando Manuel Lobo García, toda vez que la investigación precluyó, esto es, concluyó de modo distinto a la condena.

5.1 De la privación de la libertad

La responsabilidad del Estado por las acciones u omisiones de las autoridades judiciales resulta de la regla general de responsabilidad patrimonial prevista en el artículo 90 de la Carta Política, a cuyo tenor el deber de reparar los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. Disposición desarrollada por la Ley 270 de 1996, en la que se determinaron los supuestos que dan lugar a la responsabilidad patrimonial del Estado, en razón de la administración de justicia, así: ***"ART. 68. PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD****. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios".*

5.1.1. La libertad como principio fundamental

El reconocimiento de la persona como fin en sí mismo, no permite que su libertad sea reducida a la condición de instrumento. El respeto de esta mutua implicación dignidad-libertad, connatural al Estado de Derecho, ha sido puesto de manifiesto en varias ocasiones por la Corte Constitucional la cual, de hecho, ha considerado que la autonomía es uno de los tres

lineamientos fundamentales que hacen parte del objeto de protección del enunciado normativo de la dignidad humana[4].

El principio de libertad y autonomía que, como ya se ha dicho, está inescindiblemente ligado a la dignidad humana, se desarrolla en un amplio catálogo de derechos o libertades fundamentales, dentro de los cuales se ha de destacar, por el momento, la salvaguardia del ejercicio arbitrario de las facultades de detención y ius puniendi, contenida en el art. 28 de la Carta Política que reza:

> *Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.*
>
> *La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley. En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.*

El artículo antedicho comprende por una parte, el reconocimiento de la libertad y, por otra, la aceptación de que ésta puede ser restringida temporalmente (aunque nunca anulada definitivamente, tal como lo sugiere la prohibición de las penas imprescriptibles) en razón de la necesidad social de investigar y sancionar las conductas delictivas. Que el reconocimiento de la libertad física y la previsión de una justicia penal con facultades para restringirla se hallen en la misma norma consitucional no deja de ser significativo y pone de manifiesto que, en el marco del Estado de derecho, el ejecicio de las antedichas facultades no puede entenderse como una prerrogativa omnímoda de las autoridades. Por el contrario, a quien se le confiere la autoridad para restringir la libertad, como salvaguardia del orden social, se lo erige también como garante y guardián de la misma.

---

[4] *"Al tener como punto de vista el objeto de protección del enunciado normativo "dignidad humana", la Sala ha identificado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, tres lineamientos claros y diferenciables: (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones)". (Corte Constitucional, Sentencia T. 881/02. M.P. Eduardo Montealegre Lynett).*

Ahora bien, en tanto ejercida por hombres, la existencia misma de la justicia penal conlleva posibilidad de error, ya sea por falta de rectitud del juzgador o por el hecho simplísimo de que la infalibilidad no es prerrogativa humana. Empero, como la convivencia social sería imposible sin la existencia de la función jurisdiccional, los titulares de ésta última están obligados a adoptar medidas tendientes a i) minimizar los posibles escenarios de privación innecesaria e indebida de la libertad y ii) reparar el daño causado, a quien fue detenido injustamente.

El primero de estos deberes se cumple mediante la sujeción rigurosa a los principios de presunción de incocencia, legalidad, favorabilidad, defensa e *in dubio pro reo,* así como los de necesidad y excepcionalidad de las medidas de aseguramiento en la etapa de investigación. El segundo da lugar a un deber de indemnizar y reparar, al margen de las conductas de las autoridades comprometidas en la imposición de la medida,

Señala al respecto el artículo 90 constitucional:

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

Vale recordar los debates al respecto en la Asamblea Constituyente:

> *Hay varias novedades dentro de este inciso, varias novedades que vale la pena resaltar por la importancia que tiene, el primero: el de que allí se consagra expresamente la figura de la responsabilidad patrimonial del Estado, en una norma de carácter positivo y de jerarquía constitucional, estamos hablando de los daños antijurídicos, y con esto, vale la pena que la comisión lo tenga en cuenta, porque en esta materia puede considerarse que nuestra propuesta es audaz, tradicionalmente, la responsabilidad del Estado, la responsabilidad patrimonial del Estado que han venido construyendo nuestros tribunales, como ya lo mencioné, se ha elaborado a partir del juicio que se hace sobre la conducta del ente público, primero estableciendo que si esa conducta podía calificarse de culpable habría lugar a la responsabilidad, luego se fue tendiendo un tanto más a noción de falla en el servicio, que es la que actualmente prima entre nosotros, la falla en el servicio es toda, pues en términos muy generales, es toda conducta de la administración que sea contraria al cumplimiento de su obligación en los términos establecidos por la Constitución y por la ley, lo que nosotros proponemos es que se desplace el centro de gravedad de la responsabilidad patrimonial del Estado, de la*

> *conducta antijurídica del ente público a la antijuridicidad del daño, de manera que con esto se amplía muchísimo la responsabilidad y no queda cobijado solamente el ente público cuando su conducta ha dado lugar a que se causen unos daños, sino cuando le ha infringido alguno a un particular que no tenga porqué soportar ese daño[5].*

Dado que en el nuevo paradigma constitucional la determinación de la responsabilidad estatal no depende la ilegitimidad de la actuación o culpa del agente estatal que la ejecuta, aspectos propios de la repetición, establecido el daño antijurídico, sino del interrogante sobre qué afectaciones deben ser soportadas y la relación causa a efecto de la medida con la acción u omisión de la administración, determina la responsabilidad. Consderación que, como deviene en claridad de lo antes transcrito, ninguna modificación sufre de cara a la privación de la libertad. Cabe preguntarse, cuándo se está en la obligación se soportar una medida restrictiva de la libertad. Ahora en el marco axiológico de un Estado de derecho, la única respuesta admisible tiene que ver con la consecuencia de una acción libre antecedente, esto es, como medio de contención al delito. Tratándose de una pena efectivamente subsiguiente, la restricción indeseada de la libertad, no entra realmente en pugna con la autonomía y la dignidad del hombre, sino que, de cierto modo, es consecuencia de ellas. Siguiendo a Kant, se puede decir que el delincuente recibe, en forma de coacción, es la contracara de su acción libre de desconocer la ley.

Como se ve, en estos casos, la pena se reputa justa y, con razón, no contradice al principio de dignidad, puesto que no parte de una disposición arbitraria del bien jurídico de la libertad por parte del Estado, sino que, por el contrario, se aviene al delincuente como consecuencia de su autonomía, de modo que, en cierta forma, es exigida por su misma dignidad. No sucede lo mismo cuando la pena o la medida de aseguramiento no pueden correlacionarse de alguna manera, con acto originario de la libertad. En efecto, incluso cuando la privación de la libertad no provenga de la arbitrariedad estatal, pues en el caso concreto se hubiesen seguido sin éxito todas las reglas de la prudencia encaminadas a evitar el error. Esto es así porque negar la injusticia de la detención de quien no es culpable supondría

[5] Colombia, Asamblea Nacional Constituyente, Actas de sesiones de las Comisiones, Art. 90, Sesión Comisión 1, Mayo 6, pág. 4.

asumir que, de alguna manera, la autonomía y el propio ser, por el solo hecho de la investigación, se sujetan a disposición del Estado. Aceptar que el Estado no incurre en injusticia cuando dispone de la libertad de las personas significa, empero, aceptar que la libertad no es derecho y condición preexistente ontológicamente a la asociación sino mera concesión del poder[6]. El todo social es, desde esta perspectiva, el titular de todos los derechos y su gracioso dispensador. Nadie puede reclamar nada al Estado, porque no hay nada anterior a él. Claramente, de ser así se aboga por el absolutismo, no por el estado de derecho.

A riesgo de caer en repeticiones, hay que insistir. La suposición de que el bien social justifique el sacrificio de la libertad del inocente, es en sí misma su instrumentalización en favor de la sociedad, incompatible con afirmación básica del carácter del hombre como fin en sí mismo. Por otra parte, la aceptación de que una persona pueda hallarse efectivamente obligada a soportar la restricción de la libertad, siendo inocente, es claramente incompatible con la afirmación del principio de igualdad que tiene carácter de rector y fundante en toda sociedad. En efecto, cuando se afirma que alguien tiene que soportar eventualmente el sacrificio de sus libertades, como consecuencia de que el error o los fallos del sistema penal son un riesgo necesario para el buen funcionamiento del la sociedad, lo que en realidad encarna es el traslado del "riesgo" del mal funcionamiento de la administración del justicia a algunos en tanto que otros no han de ver jamás limitada su libertad.

Por las razones antedichas, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha abandonado enfáticamente la tesis según la cual, salvo en el caso de desviación manifiesta de la administración judicial, la eventualidad de ser privado de la libertad se encuentra comprendida dentro de las cargas públicas que todo ciudadano debe soportar. Recuérdese en este sentido lo manifestado por esta Corporación en sentencia de 4 de diciembre de 2006:

---

[6] En este sentido vale recordar nuevamente a Kant, quien afirma enfáticamente que "la pena judicial (poena forensis) (…) no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que de imponérsele *sólo porque ha delinquido;*porque el hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitros de otros ni confundido entre los objetos del derecho real" Immanuel Kant, *Metafísica de las Costumbres,* BogotÁ,. Rei Andes, 1995. Pág. 166.

La Sala considera oportuno recoger expresiones en virtud de las cuales algunos sectores de la comunidad jurídica han llegado a sostener, sin matiz alguno, que el verse privado de la libertad ocasionalmente es una carga pública que los ciudadanos deben soportar con estoicismo.

Definitivamente no puede ser así. Lo cierto es que cualquiera que sea la escala de valores que individualmente se defienda, la libertad personal ocupa un lugar de primer orden en una sociedad que se precie de ser justa y democrática. Por consiguiente, mal puede afirmarse que experimentar la pérdida de un ingrediente fundamental para la realización de todo proyecto de vida, pueda considerarse como una carga pública normal, inherente al hecho de vivir dentro de una comunidad jurídicamente organizada y a la circunstancia de ser un sujeto solidario. Si se quiere ser coherente con el postulado de acuerdo con el cual, en un Estado Social y Democrático de Derecho la persona —junto con todo lo que a ella es inherente— ocupa un lugar central, es la razón de la existencia de aquél y a su servicio se hallan todas las instituciones que se integran en el aparato estatal, carece de asidero jurídico sostener que los individuos deban soportar toda suerte de sacrificios, sin compensación alguna, por la única razón de que resultan necesarios para posibilitar el adecuado ejercicio de sus funciones por las autoridades públicas.

La afirmación contraria sólo es posible en el seno de una organización estatal en la que la persona —con todos sus atributos y calidades— deviene instrumento, sacrificable, reductible y prescindible, siempre que ello se estime necesario en aras de lograr lo que conviene al Estado, es decir, en un modelo de convivencia en el que la prevalencia de un —desde esta perspectiva, mal entendido— interés general, puede justificar el desproporcionado sacrificio del interés particular —incluida la esfera de derechos fundamentales del individuo— sin ningún tipo de compensación.
Y es que si bien es cierto que en el ordenamiento jurídico colombiano la prevalencia del interés general constituye uno de los principios fundantes del Estado —a voces del artículo 1º in fine de la Constitución Política—, no lo es menos que el artículo 2º de la propia Carta eleva a la categoría de fin esencial de la organización estatal la protección de todas las personas residentes en Colombia en sus derechos y libertades. Ello implica que la procura o la materialización del interés general, no puede llevarse a cabo avasallando inopinada e irrestrictamente las libertades individuales, pues en la medida en que la salvaguarda de éstas forma parte, igualmente, del contenido teleológico esencial con el que la Norma Fundamental programa y limita la actividad de los distintos órganos del Estado, esa protección de los derechos y libertades también acaba por convertirse en parte del interés general[7]

Se ha de insistir, por lo demás, en que el deber de reparación por privación injusta de la libertad es una exigencia constitucional directa y no derivada por ende de una previsión legal (v.gr. el art. 414 del Decreto 2700 de 1991) o jurisprudencial. Esto no solamente queda patente en el hecho mismo de

[7] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006, radicación número 25000-23-000-1994-09817-01, C.P Mauricio Fajardo Gómez.

que conceptualmente es imposible no excluir a la privación de la libertad del inocente de la categoría conceptual del daño antijurídico, sino también por la consideración de la voluntad del constituyente, a la luz del método histórico de interpretación. En efecto, en los proyectos y ponencias presentados en la Asamblea Nacional Constituyente se advierte una preocupación seria por reparar las consecuencias de la pérdida de la libertad por error judicial. Al respecto es diciente lo manifestado por la constituyente Helena Herrán de Montoya, el día 7 de marzo de 1991, en la exposición de motivos de un artículo cuyo texto es similar en lo sustancial al actual art. 90 de la Constitución:

> *Desde hace ya mucho tiempo en Colombia se admite la responsabilidad del Estado, y la más acogida jurisprudencia y doctrina han hecho ingente esfuerzo interpretavo para hallar el arraigo normativo de esa responsabilidad en el art. 16 de la Carta vigente.*
>
> *Con todo, esa misma jurisprudencia ha descartado de plano la obligación del Estado de salir a garantizar indemnización a quienes han sufrido daños por actos de los jueces, incluso en situaciones tan aberrantes como las que reciben el nombre de error judicial; personas que han padecido el viacrucis de un proceso, el oprobio de la detención en nuestras cárceles, la infamia de una sentencia condenatoria y al cabo del tiempo han probado su inocencia.*
>
> *De ahí que es de capital importancia que desde la Constitución misma se consagre en forma expresa la responsabilidad, extendiéndola a todos los servicios y funciones estatales, pues si quien es víctima, por ejemplo, del atropellamiento ocasionado por un vehículo cuyo conductor es empleado oficial y está ebrio tiene derecho a indemnización y en ello todos concordamos, con mucha mayor razón debe repararse el daño sufrido por quien es víctima del funcionamiento del servicio de justicia.*
>
> *Aunque muchas constituciones traen una norma expresa para el error judicial o para la administración de justicia en general, consideramos más técnico que un solo artículo se consagre la responsabilidad del Estado por todas sus actividades, del modo que se hace por ejemplo, en la Constitución española ("los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos", art. 106 , segundo apartado), y en la uruguaya ("el Estado, los gobiernos departamentales, los entes autónomos, los servicios descentralizados y, en general, todo órgano del Estado, serán civilmente responsables del daño causado a terceros, en la ejecución de los servicios públicos, confiados a su gestión o dirección", art. 24).*
>
> *Es una verdad a gritos que en Colombia reina la impunidad más absoluta. Y sin embargo, cuando se produce una condena, no siempre se logra el acierto y de ahí que nuestra historia judicial registre casos extremadamente dolorosos como relata, entre otros, el profesor Carlos H. Pareja.*

> *Colombia está en deuda con la verdadera justicia, y la presente es la más propicia ocasión para ponerse al día[8]".*

Por lo demás, el art. 94 de la Carta también incorpora al orden constitucional lo enunciado en los tratados y convenios de derecho internacional ratificados por Colombia que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción. Esto no deja de ser significativo, puesto que la reparación de la detención injusta está prescrita por el art. 10 de la Convención Americana de Derecho Humanos y explícitamente reconocida como componente del derecho a la libertad, por el numeral 5 del art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

5.2. Connotaciones jurídicas de la absolución por aplicación del principio *in dubio pro reo*

Toda vez que uno de los argumentos expuestos por la parte demandada tiene que ver con que la sentencia absolutoria fue proferida con base en el principio *in dubio pro reo,* la Sala estima pertinente reiterar su jurisprudencia sobre la irrelevancia que tiene esta circunstancia respecto de la predicación de responsabilidad estatal.

En efecto, si la fuente jurídica de la obligación de reparar a quien ha sido privado de la libertad, por razón distinta a su culpabilidad probada, se deriva de la Constitución misma y los tratados internacionales, y si se ha dicho hasta la saciedad que esta obligación se impone objetivamente sobre el Estado en virtud de las normas descritas, poca relevancia tiene el hecho de que el supuesto del *in dubio pro reo* pueda subsumirse en los tres casos específicamente señalados en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991. En efecto, esta circunstancia solo sería relevante en el supuesto de que el fundamento único y definitivo de la responsabilidad al márgen de la culpa subjetiva se hallase en la norma antes mencionada, tesis coherente con la mentalidad preconstitucional, pero totalmente ajena al panorama jurídico del país después de la Carta de 1991.

[8] Ponencia presentada por la Constituyente Helena Herrán de Montoya el 7 de Marzo de 1991, en Gaceta Constitucional , No. 27, 26 de marzo de 1991, págs.10 y 11.

En efecto, el modelo de responsabilidad estatal previsto en la Constitución de 1991 impide la distinción entre un régimen objetivo de responsabilidad para los tres casos contemplados en el antiguo Código de Procedimiento Penal y uno subjetivo o de “falla probada en el servicio” para el resto de los casos, ya que el art. 90 de la Constitución impone responsabilidad por daño antijurídico imputable, sin otra consideración. Tanto en el caso de las sentencias proferidas en virtud de la duda, como en todos los demás supuestos de daño causado por un agente estatal, las preguntas relevantes para la determinación de si existe o no deber de reparación tiene que ver) con la posibilidad de predicar que el perjudicado tenga el deber de soportar el daño como algo propio y ii) con la acción u omisión del agente estatla en su causación.

Ahora bien, salvo aquellos casos en los que las dudas e indicios de responsabilidad son atribuibles de alguna manera al sindicado (v.gr. uso de mentiras, amenazas comprobadas a las víctimas, etc), no tiene sentido alguno suponer que el acusado tenga que ver condicionada la reparación del daño innegable que supone la pérdida de la libertad, al hecho de que sea posible acreditar plenamente y más allá de toda duda razonable la inocencia. Para empezar, lo anterior supondría que el acusado siempre cuenta con los recursos técnicos y humanos (v.gr. investigadores, laboratorios) para responder con éxito a la acusación. En segundo lugar, aceptar la hipótesis anterior supone que en todos los casos el acusado tiene la posibiliad de probar su inocencia, cuando de una parte no le corresponde y de otra existe toda una serie de hechos cuya prueba negativa es simplemente imposible (v.gr. es imposible probar que jamás se ha tocado indebidamente a una persona). Incluso desde el punto de vista lógico se tiene como hecho inconcuso que las afirmaciones y negaciones indefinidas no pueden ser probados y, por lo tanto, su exigencia es absolutamente carente de sentido. En tercer lugar, la duda es un estado subjetivo del sujeto que enjuicia y, en cuanto tal, constituye un factor totalmente externo al acusado. Las mismas pruebas que llevan a un juez a declarar probada la inocencia pueden ser consideradas por otro meramente constitutivas de duda y no es razonable suponer que el sindicado tenga que verse jurídicamente afectado por esta diferencia que, en más de una ocasión

obedece a los diversos tipos de personalidad de los juzgadores. Sin embargo, la principal y definitiva razón para sostener que los casos de absolución por aplicación del principio *in dubio pro reo* no requieren de la acreditación de actuación manifiestamente desviada de las autoridades, radica en que sostener lo contrario sería manifiestamente lesivo de presunción de inocencia. En efecto, quien sostiene que solamente hay responsabilidad al margen de la culpa en los casos en los que se acredita positivamente la inocencia, implícitamente afirma que, al menos en el campo del derecho de daños, la inocencia debe ser probada o, lo que es lo mismo que persiste una cierta presunción de culpa, cuya desvirtuación corresponde al afectado fundada, así mismo, en una antropología pesimista incompatible con el modelo de estado liberal. Y es que, solo es preciso demostrar la no culpabilidad, cuando se parte de una concepción de la libertad humana como potencia esencialmente desviada y nociva, caso en el cual, lo pertinente no es su garantía (como sucede en cualquiera de los modelos políticos herederos de las revoluciones liberales) sino su contención totalitaria, como sucede, por ejemplo, en la concepción del Estado-Leviathan hobbesiano, diseñado precisamente sobre el infame *homo hominis lupus* (el hombre es lobo para el hombre).

Se ha de destacar que el argumento antedicho ha sido ratificado por sentencia de unificación de 17 de octubre de 2013 en la que se lee:

> *Si se atribuyen y se respetan en casos como el sub judice los alcances que en el sistema jurídico nacional corresponden tanto a la presunción constitucional de inocencia como al principio-valor-derecho fundamental a la libertad —cuya privación cautelar está gobernada por el postulado de la excepcionalidad, según se ha expuesto—, resulta indiferente que el obrar de la Administración de Justicia al proferir la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva y luego absolver de responsabilidad penal al sindicado en aplicación del principio in dubio pro reo, haya sido un proceder ajustado o contrario a Derecho, en el cual resulte identificable, o no, una falla en el servicio, un error judicial o el obrar doloso o gravemente culposo del agente judicial, pues si la víctima no se encuentra en el deber jurídico de soportar el daño que le fue irrogado, devendrá en intrascendente –en todo sentido– que el proceso penal hubiere funcionado correctamente, pues lo cierto será, ante situaciones como la que se deja planteada, que la responsabilidad del Estado deberá declararse porque, aunque con el noble propósito de garantizar la efectividad de varios de los fines que informan el funcionamiento de la Administración de Justicia, se habrá irrogado un daño especial a un individuo.Y se habrá causado un daño especial a la persona preventivamente privada de su libertad y posteriormente absuelta, en la medida en que mientras la causación de ese daño redundará en beneficio*

> *de la colectividad —interesada en el pronto, cumplido y eficaz funcionamiento de la Administración de Justicia, en la comparecencia de los sindicados a los correspondientes procesos penales, en la eficacia de las sentencias penales condenatorias—, sólo habrá afectado de manera perjudicial a quien se vio privado de su libertad, a aquélla persona en quien, infortunadamente, se concretó el carácter excepcional de la detención preventiva y, por tanto, dada semejante ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, esa víctima tendrá derecho al restablecimiento que ampara, prevé y dispone el ordenamiento vigente, en los términos establecidos en el tantas veces aludido artículo 90 constitucional.*[9]

5.3. El dolo o la culpa grave del actor

Dado que en el caso concreto el *a quo* y la parte pasiva, han invocado la culpa grave o dolo del actor es menester examinar esta figura.

Lo primero que se debe aclarar es que si bien el art. 90 impone el deber de reparación del daño antijurídico en términos categóricos, este imperativo puede ser atemperado, en el caso de la privación de la libertad, cuando el juez de lo contencioso administrativo verifique la actuación gravemente culposa o dolosa de quien resultó detenido, caso en el cual los artículos 83 y 95 de la Carta Política impiden el reconocimiento de la indemnización.

Lo anterior significa, por lo tanto, que, previo al reconocimiento de la indemnización por privación injusta de la libertad, es menester que el juez de lo contencioso adminstrativo verifique que la actuación del demandante no fue culposa o gravemente dolosa. Este requisito, vale la pena aclararlo, en modo alguno puede interpretarse como una autorización para revisar "en tercera instancia" la sentencia penal, como bien lo ha señalado la parte apelante. En este sentido, se ha de aceptar como verdad inobjetable que le está vedado al juez de la responsabilidad del Estado pronunciarse sobre el carácter delictivo de los hechos bajo estudio como tampoco reprochar la conducta de la víctima bajo la égida del delito. El juicio que le corresponde adelantar al juez de la reparación, en orden a resolver sobre la obligación de indemnizar el daño derivado de la privación injusta de la libertad, se enmarca en el ilícito civil, construido al amparo de las normas y los principios y valores constitucionales.

[9] Conejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentecia de 17 de octubre de 2013 , rad 52001-23-31-000-1996-07459-01(23354)., C.P Mauricio Fajardo Gómez.

Para entender lo anterior es menester tener en cuenta que el concepto civil de la culpa es sustancialmente diferente al que es propio de ámbito de lo penal. A este respecto vale la pena recordar que mientras en el Código Civil la culpa demanda de una confrontación objetiva con un estándar general, según la situación del agente en un sistema de relaciones jurídicas, el juicio de culpabilidad en sede penal comporta un reproche subjetivo a la conducta particular, con motivaciones particulaes en orden a la realización de la infracción. La culpa penalmente relevante tiene que ver, entonces, con el desconocimiento inexcusable del patrón socialmente aceptado descrito en el tipo que al tiempo que reclama un comportamiento diferente lo considera posible. La diferencia implica que el juicio penal, subordine el reproche a las circunstancias particulares de quien realizó la conducta. Así, mientras que en el ámbito de lo civil bastará acreditar que la actuación impugnada no satisface las exigencias prestablecidas de respeto por el derecho del otro y no abuso del propio y en general el deber de colaboración con la realización de los fines, valores y postulados constitucionales, en el juicio penal se han de ponderar circunstancias particulares, en el marco de la conducta tipificada, con certeza, imputable y contrario al bien jurídico tutelado. Así, mientras que en el ámbito de lo civil el reproche se deriva de un análisis comparativo, en el juicio penal el análisis de la culpa se exige ponderar circunstancias particulares como las pasiones (miedo, ira), el grado de educación, los antecedentes personales, etc.

Lo anterior no quiere decir que el concepto de culpa civil no admita gradaciones. Sin embargo, éstas no se derivan de las características subjetivas del agente, sino de una posición relacional objetiva, esto es, de su situación en el sistema de relaciones jurídicas. La gradación de la culpa general (o civil) ciertamente existe. Pero esta gradación no tiene que ver con el agente, sino con la distinción, preestablecida, entre estándares de prudencia, de los cuales trata el artículo 63 del Código Civil en los siguientes términos:

> *La ley distingue tres especies de culpa o descuido.*
>
> *Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o*

de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios.

Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

A estos parámetros generales, establecidos en el Código Civil, hay que añadir parámetros específicos para determinación de la culpa grave (civil) tratándose de sujetos cualificados. Así, por ejemplo, el enjuiciamiento de la actuación del funcionario público ha de hacerse considerando, además, los parámetros establecidos en la Constitución, en la Ley y en los reglamentos para determinar la conducta en razón de su cargo. Esto es, los artículo 6[10], y 121[11] la Carta Política y los desarrollos legislativos y reglamentarios relativos al ejercicio de la función pública en general y el cargo en particular. En este punto hay que considerar que no se trata de un juicio disciplinario establecido para confrontar la conducta del servidor con el cumplimiento de los fines del servicio, sino el de de valorar el cargo y sus funciones en el contexto de la organización polótica y adminsitrativa así concluir si en funcionario se alejó o adecuó a los a unos cánones preestablecidos.

A lo anteriormente dicho hay que añadir que el análisis del elemento de la culpabilidad, en tanto constitutivo del delito, está subordinado a los límites de la tipicidad. En sede penal no basta, como se dijo anteriormente, demostrar que la voluntad estuvo directa o indirectamente encaminada a una conducta contraria al ordenamiento, sino que hace falta demostrar el desconocimiento de la regla específica respecto del sujeto determinado y

[10] **ARTICULO 6.** Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.
[11] **ARTICULO 121**. Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.

sus particularidades. Es decir, la censura realizada en sede penal tiene que ver con la posibilidad particular de actuación distinta y la intención igualmente particular de no hacerlo. No existe, pues, culpa genérica sino consecuente a la realización del tipo penal. En otras palabras, mientras que en el análisis de la culpa civil resulta irrelevante el direccionamiento de la voluntad, en sede penal, la culpabilidad se identifica con el direccionamiento de la voluntad al ilícito o la negligencia. Lo último siempre que esté previsto.

Cabe precisar que, en el análisis en sede penal se aplica un baremo probatorio exigente en orden a desvirtuar la presunción de inocencia en cuanto principio fundante del Estado de derecho. En sede penal es menester acreditar, más allá de toda duda razonable, que el acusado infringió dolosamente el tipo en cuestión, exigencia, que, como se ha mencionado reiteradamente, no se da en el análisis del ilícito civil.

Sobre este punto, vale recordar lo planteado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto de la diferencia del baremo probatorio requerido para declarar la responsabilidad del Estado frente a la víctima (juicio que versa sobre la culpa aquiliana, que es culpa civil). Se trata de la mayor carga probatoria que, razonablemente, caracteriza al juicio penal:

> *Este Tribunal resalta que la jurisdicción internacional tiene carácter coadyuvante y complementaria y que no desempeña funciones de tribunal de cuarta instancia**. Adicionalmente, recuerda que, a diferencia de un tribunal penal, para establecer que se ha producido una violación de los derechos contemplados en la Convención no es necesario que se pruebe la responsabilidad del Estado más allá de toda duda razonable** ni que se identifique individualmente a los agentes a los cuales se atribuyen los hechos violatorios. Para esta Corte es necesario adquirir la convicción de Casación que se han verificado acciones u omisiones, atribuibles al Estado, que han permitido la perpetración de esas violaciones o que existe una obligación del Estado oncumplida por éste**. En este sentido, para un tribunal internacional los criterios de valoración de la prueba son menos rígidos que en los sistemas legales internos y le es posible evaluar libremente las pruebas" [12].**

Criterio este que ha sido recogido también en la jurisprudencia nacional. Así, por ejemplo, en sentencia de 16 de diciembre de 2015, la Corte Suprema de Justicia advirtió que los fallos condenatorios contra el Estado

[12] Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 14 de noviembre de 2014, Caso Rodríguez Vera y otros (desaparecidos del Palacio de Justicia) vs Colombia.

en sede internacional y contencioso-administrativa por los hechos relativos a las desapariciones forzadas ocurridas tras la toma guerrillera y luego militar del Palacio de Justicia, no comportan *"automáticamente y sin mayor fórmula de juicio"* la declaración de responsabilidad de los procesados por esos hechos en materia penal, debido, en parte, a la diferencia del rigor probatorio exigido en una y otra sede[13].

Valga aclarar que el reconocimiento de un menor baremo probatorio fuera de la jurisdicción penal (o más extensivamente, del ámbito del derecho sancionatorio) no equivale a sostener que en el resto de esferas jurídicas sea menester acreditar efectivamente la inocencia. En efecto, tal postura implicaría la asunción tácita de que la libertad humana es naturalmente desviada y egoísta, de modo que la rectitud de la conducta constituye un supuesto excepcional que debe ser probado. Asunción que resulta de suyo incompatible con el modelo político liberal, que como su nombre lo indica, ve en la libertad un bien juridico digno de protección y no un peligro llamado a ser contenido. Así pues, el reconocimiento de un menor baremo probatorio fuera de los límites del derecho sancionatorio equivale a la aceptación de que, en este ámbito, la culpabilidad requiere que la alternativa contraria carezca casi completo de verosimilitud, en el campo de lo no sancionatorio basta con demostrar que es la opción más plausible, sin que las otras deban ser consideradas, necesariamente, irracionales.

Todas estas razones llevan, dada la separación entre la absolución de responsabilidad penal y la reparación que debe ordenar el juez de la administración, bajo los parámetros de los artículos 90, 83 y 95 de la Carta Política.

5. Consideraciones sobre el caso concreto. Imputabilidad del daño e inexistencia de dolo o culpa grave.

Visto lo anterior, cabe colegir que en el caso concreto la acreditación de que el señor Orlando Manuel Lobo haya sido privado preventivamente de la

[13] Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 16 de diciembre de 2015, SP17466-2015, radicación n° 38957. Magistrado Ponente: Luis Guillermo Salazar Otero.

libertad sin que después se profiriera sentencia condenatoria, esto es, sin que se desvirtuara adecuadamente la presunción de inocencia, tiene aptitud generadora de responsabilidad estatal, salvo que existan elementos adicionales en el plenario que, aun siendo insuficientes para fundar la condena en el plano penal, evidencien una conducta dolosa o gravemente culposa en el plano civil.

En el caso concreto es menester analizar dos conductas. En primer lugar, según el informe policial, reiterado luego por los agentes que intervinieron en la operación, alguien indentificado como Julián llamó al celular de un detenido informando que se encontraba en el taxi del señor Lobo esperando a un sujeto apodado el Muñeco a quien planeaban matar. Dada esta información se podría pensar que, con independencia de que el señor Lobo participara del propósito criminal, el hecho de conducir el taxi desde el que se hizo la llamada implicaría conocimiento de la identidad de alias Julián y sus motivos criminales, no obstante lo cual, se abstuvo de denunciar, continuo prestando el servicio de transporte y no suministró información a las autoridades sobre la existencia de alias Julián. Este último hecho sería relevante, por lo demás, en la medida en que el numeral 6 del art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, integrado a la Constitución vía art. 94, relativiza el deber indemnizatorio en el caso de que el acusado, aún siendo inocente, omita información sobre los hechos fuera de los casos amparados por la garantía contra la autoincriminación del artículo 33.

Resulta, sin embargo, que la existencia misma de la llamada, y más aún, su contenido está insuficientemente acreditada en el plenario. Del hecho de la llamada da cuenta un informe policial que refiere que uno de los agentes la recibió y escuchó que un grupo de personas (que supone estarían adscritas a las AUC) estaba en un taxi esperando a un sujeto identificado como “el muñeco” para asesinarlo. Así mismo, algunos de los miembros de la fuerza pública que participaron en la captura adujeron que la razón de la misma radicó en la llamada. Empero, el informe policial, en sí mismo no tiene mayor valor que el de una denuncia y, como bien lo señaló el fiscal de segunda instancia, los testimonios de los policiales carecen de suficiente

poder de convicción en tanto que, es de esperar que reiteren lo dicho en el informe. Además, si bien la existencia de la llamada podría eventualmente ser un hecho corroborado por más de un agente la razón de la captura no fue la llamada en sí misma sino lo expresado en la misma, contenido del que no puede dar fe más que el agente que sostiene haber recibido la llamada, elemento más que insuficiente para concluir que en el caso concreto los acusados planearan un asesinato o pertenecieran a una organización al margen de la Ley. Cabe resaltar, además, que el mencionado reporte policial no deja claro si la conclusión sobre la supuesta intención criminal del señor "Julián" se deriva de la literalidad de las palabras escuchadas por el agente, o de la interpretación que el mismo hiciera de estas últimas. Más aún, dada la notoria ambigüedad del lenguaje cotidiano, ni siquiera existiendo constancia inequívoca de que "Julián" hubiera expresado la intención de "matar al Muñeco", de tal hecho podría concluirse con certeza la existencia real de un plan criminal.

Por otra parte, información sobre las cintas supuestamente superpuestas a las placas del carro, únicamente aparece en el informe policial, sin estar confirmada en ninguna otra prueba. De especial importancia a este respecto es el hecho de que en acta de inmovilización e inventario del vehículo, en la cual se hace una detallada descripción del mismo no se haga alusión alguna a las referidas cintas (f. 60, c. 2). A lo anterior hay que añadir que la vaguedad del reporte impide hacerse una idea de cómo eran exactamente los elementos que, según el reporte policial impedían la identificación de la placa desde una distancia, y por lo tanto, es imposible discernir si, de existir efectivamente, su uso en el vehículo solo se podría atribuir a una intención de impedir el reconocimiento. Por otra parte, tampoco existen elementos para tener por "gravemente culposa", esto es "equiparable al dolo" esta conducta de la que ni siquiera se tiene plena prueba de su ocurrencia fáctica.

Es necesario reiterar, por otra parte, que del hecho de que el baremo probatorio de la culpa civil no sea tan exigente como el que se predica en la culpa penal, no equivale al desvanecimiento absoluto de la necesidad de

prueba o de la aceptación de la sospecha y la simple conjetura para eximir de responsabilidad por culpa de la víctima.

En este sentido, se ha de concluir que en el caso concreto el daño causado es plenamente imputable a la parte demandada.

6. Liquidación de perjuicios

En el caso concreto, la parte demandada ha solicitado la revisión parcial de la liquidación de perjuicios y, en todo caso, dicho examen sería procedente toda vez que la apelación debe entenderse referida a lo desfavorable, amén de que la impugnación de la declaración de la responsabilidad (y por ende de toda la condena) implícitamente contiene la del monto indemnizatorio, según ha sido reiteradamente aceptado por la jurisprudencia. Todo lo anterior bajo el entendido de que la facultad de revisión no anula el principio de non reformatio in pejus, por lo que será improcedente toda modificación que agrave la situación de la entidad condenada.

6.1. Perjuicios morales

En el caso concreto el a quo reconoció sendas indemnizaciones por valor equivalente a 40 salarios mínimos para la víctima directa y su madre, 20 para su hijo y 15 para sus hermanos y compañera permanente.Ahora bien, la Sala hace notar que, aunque en reciente sentencia de unificación[14] la Sala Plena reiteró criterios jurisprudenciales de indemnización, según los cuales la indemnización correspondiente en el caso concreto debería ser superior (50 smlmv para la víctima directa, su madre, compañera permanente e hijo y 25 para sus hermanos), en el caso concreto es imposible readecuar el monto reconocido en primera instancia, por cuanto ello afectaría la garantía de non reformatio in pejus, razón por la cual se ha de confirmar la condena correspondiente. Por último, se recuerda que los contratos de prestación de servicios no requierne de ninguna formalidad.

[14] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de 28 de agosto de 2014, rad: 68001-23-31-000-2002-02548-01(36149), C.P. Hernán Andrade Rincón.

6.2. Perjuicios materiales

6.2.1. Daño emergente

En lo que tiene que ver con del daño emergente en el proceso, la parte demandada objeta que la condena se haya impuesto con base en la declaración del abogado Raúl Alberto Castro Peña, la cual estima extemporánea y no con base en el contrato de prestación correspondiente. Al respecto hay que aclarar que, en primer lugar, la declaración a la que alude la parte demanda no es otra que el testimonio rendido por el abogado ante el Tribunal Administrativo del Cesar, prueba decretada y practicada oportunamente. En segundo lugar, se destaca que en la misma diligencia, el declarante aportó el contrato de prestación de servicios, en presencia del abogado de la contraparte, quien no lo objetó, por lo que se tendrá por válido.

Teniendo en cuenta lo anterior, procederá a actualizar la suma reconocida en primera instancia suma con base en la fórmula jurisprudencialmente aceptada para tal efecto, esto es:

$$Ra = Rh \ \frac{Ipc\ (f)}{Ipc\ (i)}$$

En donde

Ra = Renta actualizada a establecer
Rh = Renta histórica, es decir $12.367.818 pesos
Ipc(f) = El índice de precios al consumidor a la fecha de la liquidación
Ipc(i) = El índice de precios al consumidor a en marzo de 2010 (fecha de la sentencia de primera instancia)

Al aplicar esta fórmula al caso concreto se obtiene el siguiente resultado

$$Ra = \$12.367.818 \ \frac{28{,}29186}{132{,}77698} = \$15.818.538$$

6.2.1. Lucro Cesante

En cuanto al lucro cesante se refiere, en el plenario obra certificación de la Organización Musical Vallenata Pangue y Panguito donde se refiere que el señor Orlando Manuel Lobo García tocaba la caja dentro en el grupo musical y que por lo mismo tenía ingresos mensuales de $2.400.000 (dos millones cuatrocientos mil pesos) (f. 47, c. 2). Esta certificación, sin embargo, se estima insuficiente para producir certeza por cuanto, por una parte, en la indagatoria rendida en el proceso penal el señor Lobo manifestó que sus ingresos eran de cuatrocientos mil pesos, y, por otra, la certificación está fechada después del fin de la privación de la libertad y redadctada en tiempo verbal presente, sin que conste en parte alguna vinculación anterior a la detención. Finalmente, porque según los testimonios, la ocupación principal del señor Lobo era de taxista, dedicando sus tiempos libres (declaración de Giovanni Enrique Barrios Ramos, f. 162, c.2) a la música.

También se encuentra en el plenario certificación del contador Jaine José Maestre Socarrás, que en su calidad de contador público, segpun la cual devengaba un valor aproximado de $600.000 como taxista. Tal documento no ofrece tampoco credibilidad suficiente, en tanto que la declaración en cuestión no permite indentificar las razones por las que el mencionado profesional conoce los ingresos del señor Lobo y con base en qué criterios los calculó.

Por lo tanto, ya que faltan elementos que permitan colegir la cuantía exacta de los ingresos del señor Lobo García, la Sala modificará la condena por lucro cesante, tomando como base liquidatoria el valor del salario mínimo, aumentado en un 25% correspondiente a prestaciones sociales.

Para la determinación del período de liquidación, la Sala tomará como extremos la fecha de la detención inicial (7 de diciembre de 2004) y del reconocimiento de la libertad provisional (17 de mayo de 2005). No se reconocerán los 8.75 meses que el SENA estima necesarios para el reintegro laboral, por cuanto consta que el automóvil le fue devuelto a la señora Rocío Lobo García el día 2 de junio de 2005, esto es, 16 días después de la preclusión de la investigacion. Por otra parte, el certificado de

la agrupación Vallenata, fechado en junio de 2005, da cuenta de que en ese momento el señor Lobo García seguía vinculado a la misma

La Sala aplicacará, así mismo, la siguiente fórmula para la determinación del lucro cesante:

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

S = Suma a obtener.
Ra = Renta actualizada, es decir, $3.690.343
I = Tasa mensual de interés puro o legal, es decir, 0,004867.
N = 5,29 meses dejados de laborar a causa de la detención injusta.
1 = Es una constante.

Aplicando esta fórmula al caso concreto, la ecuación sería:

$$S = \$\,861.818 \quad \frac{(1 + 0.004867)^{5,29} - 1}{0.004867} \quad = \$4.606.866,$$

6. Costas

En el caso concreto no habrá condena en costas, por cuanto no se cumplen los requisitos para su causación.

En mérito de lo expuesto, **EL CONSEJO DE ESTADO, EN SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN "B"**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

R E S U E L V E

Primero.- MODIFICAR la sentencia proferida el 18 de marzo de 2010 por el Tribunal Administrativo del Cesar

Segundo: DECLARAR la responsabilidad de la Nación- Fiscalía General de la Nación por los perjuicios morales y materiales que derivados de la privación injusta del señor Orlando Manuel Lobo García.

Tercero: CONDENAR a la Nación- Fiscalía General de la Nación a pagar a los demandantes las siguientes sumas, por concepto de daños morales.

A) Orlando Manuel Lobo García, la suma equivalente a 40 smlmv
B) Carmen Teresa García Díaz, la suma equivalente a 40 smlmv.
C) Orlando José Lobo Betancur, la suma equivalente a 20 smlmv.
D) Alida Rosa Benjumea Alba, la suma equivalente a 15 smlmv.
E) Rocío Lobo García, la suma equivalente a 15 smlmv.
F) Merly Lobo García, la suma equivalente a 15 smlmv.
G) Eris Estella Lobo García, la suma equivalente a 15 smlmv.
F) Ever Isidro Lobo García, la suma equivalente a 15 smlmv.
H) Alfonso Lobo Parejo García, la suma equivalente a 15 smlmv.

Cuarto – CONDENAR a la Nación-Fiscalía General de la Nación a pagar al señor Orlando Manuel Lobo García la suma de quince millones ochocientos dieciocho mil quinientos treinta y ocho pesos ($15.818.538), a título de perjuicios materiales en su modalidad de daño emergente, relacionados con el pago de honorarios profesionales al abogado.

Quinto – CONDENAR a la Nación Fiscalía General de la Nación a pagar al señor Orlando Manuel Lobo García la suma de cuatro millones seiscientos seis mil ochocientos sesenta y seis pesos ($4.606.866) a título de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante.

Séptimo- NEGAR las demás pretensiones

Octavo-Todas las comunicaciones que se ordena hacer en esta sentencia serán libradas por el *a quo.*

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Presidenta de la Sala

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Magistrado