



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA
SUBSECCION A**

Consejero Ponente: HERNÁN ANDRADE RINCÓN

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de agosto de dos mil quince (2015)

**Radicación: 250002326000200700543 01 (39.950)
Actor: ELCIDA MOLINA MENDEZ Y OTROS
Demandado: NACION - FISCALIA GENERAL DE LA NACION
Asunto: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 25 de agosto de 2010 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.- LA DEMANDA¹

Mediante escrito presentado el 2 de septiembre de 2005², por intermedio de apoderado judicial, los señores Elcida Molina Méndez, Marco Tulio Santander Rolón, Elsy Liliana Santander Molina, Jenny Adriana Santander

¹ Folios 161 a 175 del cuaderno principal.

² Folio 161 del cuaderno principal.



Radicación No. 250002326000200700543 01 (39.950)

Molina, Hugo Alirio, Rosa, Ana Francisca y Bertha Molina Méndez interpusieron demanda en ejercicio de la acción de reparación directa en contra de la Nación – Fiscalía General de la Nación, con el fin de que se declarara su responsabilidad administrativa por la totalidad de los daños y perjuicios que le fueron causados con motivo de la privación injusta de la libertad a la que fue sometida la primera de las mencionadas.

Solicitaron los demandantes, consecuentemente, que se reconociera a su favor por concepto de indemnización de perjuicios morales una suma equivalente a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno.

Pidieron en la demanda, asimismo, se reconociera a su favor, por concepto de indemnización de perjuicios por “*el daño a la vida en relación*”, una suma equivalente a dos mil (2000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno.

Finalmente, se pidió en la demanda, se reconociera a favor de Elcida Molina Méndez, por concepto de indemnización de perjuicios materiales, en la modalidad de daño emergente, una suma global de \$100'000.000 y, por concepto de lucro cesante, una suma global de \$ 80'000.000.

Como **fundamentos de hecho** de sus pretensiones narró la demanda, en síntesis, que en su condición de Fiscal Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito de Cúcuta, la señora Elcida Molina Méndez resolvió el trámite de la apelación dentro del proceso penal No. 49.323 que seguía la Fiscalía Séptima de Vida de Cúcuta contra los señores Alvaro Esquivel Cárdenas y otros por el presunto delito de tráfico de emigrantes, procedimiento dentro del cual emitió la Resolución No. 252 de 31 de diciembre de 2002 por medio de la cual revocó las medidas de aseguramiento que pesaban en contra de los procesados, ordenando su libertad inmediata.



Radicación No. 250002326000200700543 01 (39.950)

Expuso el libelo, que mediante Resolución de 27 de marzo de 2003 la Unidad de Fiscalías Delegada ante la Corte Suprema de Justicia ordenó la apertura de investigación formal en contra de la señora Elcida Molina Méndez por los presuntos delitos de prevaricato por acción, al considerar que la Resolución No. 252 de 31 de diciembre de 2002 por ella proferida, era contraria al ordenamiento jurídico y, de prevaricato por omisión, por no haber adoptado las medidas correccionales contra el apoderado de los sindicatos por haber faltado al respecto a la señora fiscal de primera instancia.

Según la demanda, la situación jurídica de la señora Elcida Molina Méndez fue resuelta por resolución de 3 de septiembre de 2003, providencia que además de ordenar la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en su contra, la sustituyó por detención domiciliaria y ordenó la suspensión de su cargo como Fiscal Delegada ante el Tribunal Superior de Cúcuta.

Así mismo, dice el libelo que la señora Elcida Molina Méndez fue efectivamente suspendida de su cargo mediante Resolución No. 0619 de 3 de septiembre de 2003 en cumplimiento de la orden emitida por el funcionario encargado de la instrucción.

Señaló la demanda, asimismo, que mediante proveído de 28 de noviembre de 2003 la Unidad de Fiscalías Delegada ante la Corte Suprema de Justicia profirió resolución de acusación en contra de la señora Molina Méndez como presunta responsable del delito de prevaricato por acción.

Finalmente, se manifestó que la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia de 25 de agosto de 2004 absolvió de toda responsabilidad a la señora Elcida Molina Méndez, al considerar que la conducta que se le endilgaba no se enmarcaba dentro de la descripción típica del delito por



Radicación No. 250002326000200700543 01 (39.950)

el cual se investigó, pues la Resolución No. 252 de 31 de diciembre de 2002 que había proferido no era manifiestamente contraria a la ley, pues los argumentos en ella contenidos no fueron arbitrarios en tanto su análisis fáctico y jurídico tenía asidero en el expediente penal.

La demanda así presentada fue admitida mediante auto del 14 de octubre de 2005³ y se ordenó su notificación a la Fiscalía General de la Nación y al Ministerio Público.

Al contestar la demanda la Fiscalía General de la Nación se opuso a todas y cada una de sus pretensiones⁴. Indicó, en síntesis, que la actuación de la Fiscalía General de la Nación se había surtido de conformidad con la Constitución Política y las disposiciones sustanciales y procedimentales vigentes para la época de los hechos, procedimiento del cual no es ajustado a derecho predicar un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, así como tampoco alguna clase de error y, por lo mismo, no se puede hablar de una privación injusta de la libertad.

Adujo que no se presentó falla del servicio de la Fiscalía General de la Nación, pues tan sólo puso en funcionamiento el aparato judicial teniendo en cuenta la gravedad del delito investigado. Asimismo afirmó que no se presentó daño antijurídico porque la investigación de un delito, cuando medien indicios serios sobre su responsabilidad, es una carga que todas las personas están en el deber jurídico de soportar.

Propuso como excepciones las de *“Falta de interés en la causa por pasiva al proferir la medida de aseguramiento, al definir la situación jurídica con medida de aseguramiento sustituida con detención domiciliaria y la calificación de la instrucción con acusación y absolver a la sindicada de la*

³ Folios 181 a 182 del cuaderno principal.

⁴ Folios 185 a 195 del cuaderno principal.



Radicación No. 250002326000200700543 01 (39.950)

causa” e “Ineptitud sustantiva de la demanda por ausencia de nexo causal al investigar la comisión de una probable conducta punible”.

Mediante auto de 28 de septiembre de 2006⁵ el Tribunal Administrativo de Cundinamarca abrió el proceso a pruebas y, una vez concluyó el período probatorio, mediante providencia de 26 de mayo de 2010⁶ corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto de fondo.

La parte demandante reiteró los argumentos expuestos en la demanda y manifestó que la Fiscalía General de la Nación no sólo violó todas las normas sustanciales relacionadas con la apertura de una investigación, como lo demostró la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia de 25 de agosto de 2004 al considerar que nunca existió el delito de prevaricato por acción, sino también la Constitución Política, al desatender los fines y objetivos de la detención preventiva, en tanto consideró que la actora era un peligro para la sociedad, sin atender a sus condiciones personales y familiares, lo que finalmente demostró que no se daban los presupuestos formales ni materiales para privar a la actora de su derecho fundamental a la libertad.

Alegó, asimismo, que con la medida restrictiva de su libertad, la Fiscalía violó los derechos de la actora a la integridad física y espiritual, la estabilidad laboral, su honra y al buen nombre, pues a través de los medios de comunicación se la estigmatizó como una delincuente⁷.

En su concepto, el Ministerio Público, luego de referirse a los hechos materia de proceso y al acervo probatorio recaudado, solicitó que se accediera a las pretensiones contenidas en la demanda, pues con las

⁵ Folios 300 a 301 del cuaderno principal.

⁶ Folio 354 del cuaderno principal.

⁷ Folios 382 a 413 del cuaderno principal.



Radicación No. 250002326000200700543 01 (39.950)

providencias penales se demostró que la sindicada resultó absuelta de los cargos elevados en su contra por cuanto la conducta que se le endilgaba no se encontraba tipificada como delito, situación que se enmarca en uno de los supuestos del artículo 414 del C.P.P.

Adicionalmente, adujo que en el presente caso pese a encontrarse estructurados los presupuestos de la responsabilidad de que trata el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, la indemnización de perjuicios tal como se encuentra solicitada en la demanda resulta desproporcionada, pues además de desconocer los criterios establecidos por el Consejo de Estado en tratándose del reconocimiento de perjuicios morales, en materia de perjuicios derivados del daño a la vida de relación, no se encuentra acreditado en el expediente que alguno de los demandantes diferente a la señora Elcida Molina Méndez, hubiera perdido su trabajo, ni debieron cambiar su lugar de residencia o que fueran objeto de exclusión social⁸.

La Fiscalía General de la Nación guardó silencio en esta etapa procesal

3. LA SENTENCIA APELADA⁹

Cumplido el trámite legal correspondiente, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, profirió sentencia el 25 de agosto de 2010, oportunidad en la cual negó las pretensiones de la demanda.

Para arribar a tal decisión, el juzgador de primera instancia consideró, básicamente, que el expediente penal allegado con la demanda fue presentado en copia simple, lo que no se ajustó al rigor de las exigencias establecidas por los artículos 115, 253 y 254 del C.P.C., razón por la cual –

⁸ Folios 356 a 381 del cuaderno principal.

⁹ Folios 415 a 427 del cuaderno del Consejo de Estado.



Radicación No. 250002326000200700543 01 (39.950)

estimó-, carecen de valor probatorio y, en consecuencia, no ofrecen ningún grado de certeza frente a los hechos que se pretenden acreditar.

4. EL RECURSO Y EL TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA.

Inconforme con la decisión, la parte demandante la recurrió en apelación; con providencia del 13 de octubre de 2010¹⁰ fue concedido el recurso por el *a quo* y admitido por esta Corporación por auto del 27 de enero de 2011¹¹.

En el escrito de sustentación del recurso, la parte actora manifestó su discrepancia para con el fallo de primera instancia al considerar que las pruebas y especialmente los documentos aportados al proceso son conducentes, útiles y pertinentes, los cuales deben ser considerados por el juez de segunda instancia como medio idóneo de prueba, pues al contrario de lo expuesto por el *a quo* cada folio del proceso penal cuenta con el sello y la firma de la secretaría de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, al mismo tiempo que no fueron controvertidos por la contraparte ni tachados de falsos en ninguna oportunidad procesal.

Indico, también, que el delito de prevaricato por acción que le fue imputado a la señora Elcida Molina Méndez jamás fue cometido por ella, como lo determinó la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en providencia de 25 de agosto de 2004 que la absolvió por atipicidad de la conducta, supuesto que se enmarca dentro de los supuestos del artículo 414 del C.P.P y que hacen procedente en consecuencia la declaratoria de responsabilidad en cabeza de la Fiscalía General de la Nación¹².

.- Posteriormente, mediante providencia de 13 de mayo de 2011¹³ se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para

¹⁰ Folios 466 a 467 del cuaderno del Consejo de Estado.

¹¹ Folio 470 del cuaderno del Consejo de Estado.

¹² Folios 429 a 462 del cuaderno del Consejo de Estado.

¹³ Folio 474 del cuaderno del Consejo de Estado.



Radicación No. 250002326000200700543 01 (39.950)

que rindiera su concepto de fondo, oportunidad en la que intervino la Fiscalía General de la Nación para manifestar su conformidad con la sentencia de primera instancia, al considerar las copias simples no se encuentran ajustadas a derecho para que puedan servir de soporte a las pretensiones contenidas en la demanda y, por tanto, en estas condiciones la privación injusta de la libertad que dijo haber sufrido la señora Elcida Molina Méndez no se encontraba demostrada¹⁴.

En sus alegatos finales la parte demandante se pronunció replicando todos los argumentos consignados en el recurso de apelación¹⁵.

El Ministerio público guardó silencio en esta etapa procesal.

La Sala, al no encontrar causal de nulidad alguna que pudiera invalidar lo actuado, procede a resolver de fondo el presente asunto sometido a su conocimiento.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. COMPETENCIA.

La Sala es competente para conocer del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, el 25 de agosto de 2010, toda vez que, de conformidad con el artículo 73 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia y con el auto proferido por la Sala Plena Contenciosa de esta

¹⁴ Folios 475 a 477 del cuaderno del Consejo de Estado.

¹⁵ Folios 489 a 515 del cuaderno principal.



Radicación No. 250002326000200700543 01 (39.950)

Corporación el 9 de septiembre de 2008, de las acciones de reparación directa relacionadas con el ejercicio de la administración de justicia conocen, en primera instancia, los Tribunales Administrativos y, en segunda instancia, el Consejo de Estado¹⁶, sin tener en cuenta la cuantía del proceso.

2. EL EJERCICIO OPORTUNO DE LA ACCIÓN.

De conformidad con lo previsto en el artículo 136 del C.C.A., la acción de reparación directa deberá instaurarse dentro de los dos años contados a partir del día siguiente *“del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajos públicos”*.

En cuanto a la oportunidad para formular la presente acción indemnizatoria, advierte la Sala que el daño por cuya indemnización se demandó -según se indicó-, devino de la privación injusta de la libertad de la cual fue objeto la señora Elcida Molina Méndez dentro de un proceso penal adelantado en su contra.

Ahora bien, para determinar el momento en el cual ha de efectuarse el cómputo del término de caducidad de la acción de reparación directa para el caso concreto, la Sala tendrá como punto de referencia el día de 25 de agosto de 2004¹⁷, fecha en la que quedó ejecutoriada la providencia a través de la cual la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia resolvió absolver a la señora Elcida Molina Méndez de toda responsabilidad penal por el delito de prevaricato por acción, razón por la cual, por haberse interpuesto la demanda el 2 de septiembre de

¹⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de 9 de septiembre de 2008, expediente No. 2008 00009 M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁷ Folios 111 a 149 del cuaderno principal.



Radicación No. 250002326000200700543 01 (39.950)

2005¹⁸, se impone concluir que la misma se interpuso dentro de los 2 años que establece el numeral 8º del artículo 136 del C.C.A.

3. CUESTION PREVIA. LAS PRUEBAS APORTADAS AL PROCESO EN COPIA SIMPLE.

Las pruebas documentales fueron aportadas al proceso en copia simple, en las que se observa en cada folio un sello de la Secretaría de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la cual se indicó: “Las anteriores son copias auténticas tomadas de los originales que están en el proceso No. V-21841”, fundamento utilizado por el *a quo* para negar las pretensiones de la demanda, al considerar que para su autorización no había mediado previa orden del juez como lo exige el artículo 524 del C.P.C, no obstante, se valorarán para los propósitos de esta decisión, de acuerdo al criterio de unificación establecido por la Sala Plena de la Sección Tercera en cuanto al valor probatorio de las copias simples, según el cual es preciso tener en cuenta que las partes en el curso procesal aceptaron que los documentos fueran tenidos en cuenta y coincidieron en la valoración de los mismos en forma recíproca, pues no fueron tachados ni al momento de arrimarlos al plenario ni durante el transcurso del debate procesal, circunstancia que permite aceptar que dichas copias tienen vocación de ser valoradas, pues lo contrario lleva a que se desconozcan el principio constitucional de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal y el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia.

Lo anterior se fijó en la sentencia del 28 de agosto de 2013 de Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, de conformidad con las siguientes consideraciones, que vale la pena destacar:

En otros términos, a la luz de la Constitución Política negar las pretensiones en un proceso en el cual los documentos en copia simple aportados por las partes han obrado a lo largo de la

¹⁸ Folio 161 del cuaderno principal.



Radicación No. 250002326000200700543 01 (39.950)

actuación, implicaría afectar –de modo significativo e injustificado- el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, así como el acceso efectivo a la administración de justicia (arts. 228 y 229 C.P).

[...]

Entonces, la formalidad o solemnidad vinculantes en el tema y el objeto de la prueba se mantienen incólumes, sin que se pretenda desconocer en esta ocasión su carácter obligatorio en virtud de la respectiva exigencia legal. La unificación consiste, por lo tanto, en la valoración de las copias simples que han integrado el proceso y, en consecuencia, se ha surtido el principio de contradicción y defensa de los sujetos procesales ya que pudieron tacharlas de falsas o controvertir su contenido.

Por consiguiente, la Sala valorará los documentos allegados en copia simple contentivos de las actuaciones penales surtidas en el proceso adelantado contra Rubén Darío Silva Alzate”.¹⁹

4. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO DERIVADA DE LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD.

Previo a analizar los supuestos de responsabilidad aplicables al caso concreto, resulta necesario precisar que la demanda de la referencia tiene por objeto la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado por razón de la privación injusta de la libertad a la cual fue sometida la señora Elcida Molina Méndez, desde el 3 de septiembre de 2003 y el 25 de agosto de 2004, de manera tal que se evidencia que los hechos que se someten a conocimiento de la Sala deben ser analizados con base en la **Ley 270 de 7 de marzo de 1996.**

En este sentido, procede comenzar por la alusión al artículo 65 de la Ley 270, cuyo tenor literal es el siguiente:

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera –en pleno-, sentencia de agosto 28 de 2013, rad. 25.022, C.P. Enrique Gil Botero



Radicación No. 250002326000200700543 01 (39.950)

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

En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad”.

Respecto de la norma legal transcrita, la Sala ha considerado que su interpretación no se agota con la declaración de la responsabilidad del Estado por detención injusta, cuando ésta sea ilegal o arbitraria. En reiterada jurisprudencia²⁰, se ha determinado que las hipótesis de responsabilidad objetiva por detención injusta, mantienen vigencia para resolver, de la misma forma, la responsabilidad del Estado derivada de privaciones de la libertad, es decir que después de la entrada en vigencia de la Ley 270 de 1996, cuando una persona privada de la libertad sea absuelta, se configura un evento de detención injusta. Lo anterior en virtud de la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado prevista en el artículo 90 de la Constitución Política; en ese sentido, la Sala mediante sentencia del 2 de mayo de 2007, precisó:

“Como corolario de lo anterior, ha de entenderse que la hipótesis precisada por el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, en la cual procede la declaratoria de la responsabilidad extracontractual del Estado por detención injusta, en los términos en que dicho carácter injusto ha sido también concretado por la Corte Constitucional en el aparte de la sentencia C-03[7] de 1996 en el que se analiza la exequibilidad del proyecto del aludido artículo 68 —y que se traduce en una de las diversas modalidades o eventualidades que pueden generar responsabilidad del Estado por falla del servicio de Administración de Justicia—, esa hipótesis así precisada no excluye la posibilidad de que tenga lugar el reconocimiento de otros casos en los que el Estado deba ser

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias proferidas el dos de mayo de 2007, expediente: 15.463, actor: Adielia Molina Torres y otros y el 26 de marzo de 2008, expediente 16.902, actor: Jorge Gabriel Morales y otros, ambas con ponencia del Consejero, Doctor Mauricio Fajardo Gómez.



Radicación No. 250002326000200700543 01 (39.950)

declarado responsable por el hecho de haber dispuesto la privación de la libertad de un individuo dentro del curso de una investigación penal, siempre que en ellos se haya producido un daño antijurídico en los términos del artículo 90 de la Constitución Política.

“Tal es la interpretación a la que conducen no sólo las incuestionables superioridad y preeminencia que le corresponden al citado canon constitucional, sino también una hermenéutica armónica y sistemática de los comentados preceptos de la misma Ley 270 de 1996, así como los razonamientos plasmados por la propia Corte Constitucional en la sentencia C-03[7] de 1997, mediante la cual los encontró ajustados a la Carta Fundamental. En consecuencia, los demás supuestos en los cuales el juez de lo contencioso administrativo ha encontrado que la privación de la libertad ordenada por autoridad competente ha conducido a la producción de daños antijurídicos, con arraigo directamente en el artículo 90 de la Carta, tienen igualmente asidero tanto en la regulación que de este ámbito de la responsabilidad estatal efectúa la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, como en la jurisprudencia de la Corte Constitucional relacionada con este asunto. De manera que aquellas hipótesis en las cuales la evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado —a la que se hizo referencia en apartado precedente— ha determinado que concurren las exigencias del artículo 90 de la Constitución para declarar la responsabilidad estatal por el hecho de la Administración de Justicia al proferir medidas de aseguramiento privativas de la libertad, mantienen su aplicabilidad tras la entrada en vigor de la Ley 270 de 1996”²¹.

Ahora bien, la Sala en relación con la responsabilidad del Estado derivada de la privación de la libertad de las personas, dispuesta como medida de aseguramiento dentro de un proceso penal, no ha sostenido un criterio uniforme cuando se ha ocupado de interpretar y aplicar el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal²². En efecto, la jurisprudencia se ha

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del dos de mayo de 2001, expediente: 15.463, actor: Adielia Molina Torres y otros, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

²² El tenor literal del precepto en cuestión es el siguiente: “Artículo 414. Indemnización por privación injusta de la libertad. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios. Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave”.



Radicación No. 250002326000200700543 01 (39.950)

desarrollado en cuatro distintas direcciones, como en anteriores oportunidades se ha puesto de presente²³.

En una primera etapa la Sala sostuvo que la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad de las personas se fundamentaba en el error judicial que se produce como consecuencia de la violación del deber que tiene toda autoridad judicial de proferir sus resoluciones conforme a Derecho, previa una valoración seria y razonable de las distintas circunstancias del caso y sin que resultare relevante el estudio de la conducta del juez o magistrado a efecto de establecer si la misma estuvo caracterizada por la culpa o el dolo²⁴. Bajo este criterio, la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva se tenía como una carga que todas las personas tenían el deber de soportar²⁵.

Más adelante, en una segunda dirección, se indicó que la carga procesal de demostrar el carácter injusto de la detención con el fin de obtener la indemnización de los correspondientes perjuicios –carga consistente en la necesidad de probar la existencia de un error de la autoridad jurisdiccional al ordenar la medida privativa de la libertad– fue reducida solamente a aquellos casos diferentes de los contemplados en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal²⁶, pues en relación con los tres eventos señalados en esa norma legal se estimó que la ley había calificado de antemano que se estaba en presencia de una detención injusta²⁷, lo cual

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2006, expediente: 13.168; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de mayo de 2007, expediente No. 15.463.

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de junio de 1994, expediente número 9734.

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 25 de julio de 1994, expediente 8.666.

²⁶ Otros casos de detención injusta, distintos de los tres previstos en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, podrían ser, por vía de ejemplo, los siguientes: detención por delitos cuya acción se encuentra prescrita; detención por un delito que la legislación sustrae de tal medida de aseguramiento; detención en un proceso promovido de oficio, cuando el respectivo delito exige querrela de parte para el ejercicio de la acción penal, etc.

²⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 17 de noviembre de 1995, expediente 10.056.



Radicación No. 250002326000200700543 01 (39.950)

se equiparaba a un tipo de responsabilidad objetiva, en la medida en que no era necesario acreditar la existencia de una falla del servicio²⁸.

En una tercera línea, tras reiterar el carácter injusto atribuido por la ley a aquellos casos enmarcados dentro de los tres supuestos previstos en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, la Sala añadió la precisión de acuerdo con la cual el fundamento del compromiso para la responsabilidad del Estado en estos tres supuestos no es la antijuridicidad de la conducta del agente del Estado, sino la antijuridicidad del daño sufrido por la víctima, en tanto que ésta no tiene la obligación jurídica de soportarlo²⁹, reiterando que ello es así independientemente de la legalidad o ilegalidad del acto o de la actuación estatal o de que la conducta del agente del Estado causante del daño hubiere sido dolosa o culposa³⁰.

Finalmente y en un cuarto momento, la Sala amplió la posibilidad de que se pueda declarar la responsabilidad del Estado por el hecho de la detención preventiva de ciudadanos ordenada por autoridad competente a aquellos eventos en los cuales se causa al individuo un daño antijurídico aunque el mismo se derive de la aplicación, dentro del proceso penal respectivo, del principio *in dubio pro reo*, de manera tal que aunque la privación de la libertad se hubiere producido como resultado de la actividad investigativa correctamente adelantada por la autoridad competente e incluso cuando se hubiere proferido la medida de aseguramiento con el lleno de las exigencias legales, lo cierto es que si el imputado no resulta condenado, se abre paso al reconocimiento de la obligación, a cargo del Estado, de indemnizar los perjuicios irrogados al particular, siempre que éste no se encuentre en el deber jurídico de soportarlos –cosa que puede ocurrir, por vía de ejemplo, cuando el hecho

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 12 de diciembre de 1996, expediente 10.229.

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de abril de 2.002, expediente número 13.606.

³⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de septiembre de 2000, expediente 11.601.



Radicación No. 250002326000200700543 01 (39.950)

exclusivo y determinante de la víctima da lugar a que se profiera, en su contra, la medida de aseguramiento³¹—.

Estas últimas tesis han estado fundadas en la primacía de los derechos fundamentales, en la consecuente obligación estatal de garantizar el amparo efectivo de los mismos y en la inviolabilidad de los derechos de los ciudadanos entre los cuales se cuenta, con sumo grado de importancia, el derecho a la libertad. En relación con estos aspectos, la Sala, en sentencia proferida el 4 de diciembre de 2006, precisó:

“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 ...

“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

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del dos (2) de mayo de dos mil siete (2.007); Radicación No.:20001-23-31-000-3423-01; Expediente No. 15.463; Actor: Adielia Molina Torres y otros; Demandado: Nación– Rama Judicial.



Radicación No. 250002326000200700543 01 (39.950)

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 ...

“De ahí que los derechos fundamentales se configurasen como límites al poder³² y que, actualmente, se sostenga sin dubitación que el papel principal del Estado frente a los coasociados se contrae al reconocimiento de los derechos y libertades que les son inherentes y a ofrecer la protección requerida para su preservación y respeto³³. No en vano ya desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, adoptada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1798³⁴, en su artículo 2º, con toda rotundidad, se dejó consignado:

“«Artículo 2. El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión» ...

“Después de la vida, el derecho a la libertad constituye fundamento y presupuesto indispensable para que sea posible el ejercicio de los demás derechos y garantías de los que es titular el individuo. No es gratuito que, en el catálogo de derechos fundamentales contenido en el Capítulo 1 del Título II de la Constitución Política, inmediatamente después de consagrar el derecho a la vida —artículos 11 y 12— se plasme el derecho a la libertad. La garantía de la libertad es, a no dudarlo, el principal rasgo distintivo entre las formas de Estado absolutistas, totalitarias y el Estado de Derecho.

“Todo lo expuesto impone, ineludiblemente, la máxima cautela antes de calificar cualquier limitación a la libertad, como una mera carga pública que los individuos deben soportar por el hecho de vivir en comunidad”.

³² Sobre el punto, véase DE ASIS ROIG, Agustín, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Debate, Madrid, 1992; RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, Joaquín, *La razón de los derechos*, Tecnos, Madrid, 1995.

³³ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Introducción*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, D.C., 2003, p. 375.

³⁴ Se toma la cita de la transcripción que del texto de la Declaración efectúa FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales...*, cit., p. 139.



Radicación No. 250002326000200700543 01 (39.950)

Así las cosas, se tiene que el ordenamiento jurídico colombiano, orientado por la necesidad de garantizar, de manera real y efectiva, los derechos fundamentales de los ciudadanos, no puede escatimar esfuerzos, por tanto no se puede entender que los administrados estén obligados a soportar como una carga pública la privación de la libertad y que, en consecuencia, estén obligados a aceptar como un beneficio o una suerte que posteriormente la medida sea revocada. No, en los eventos en que ello ocurra y se configuren causales como las previstas en el citado artículo 414 del C. de P. C., o incluso cuando se absuelva al detenido por *in dubio pro reo* –sin que opere como eximente de responsabilidad la culpa de la víctima– el Estado está llamado a indemnizar los perjuicios que hubiere causado por razón de la imposición de una medida de detención preventiva que lo hubiere privado del ejercicio del derecho fundamental a la libertad, pues esa es una carga que ningún ciudadano está obligado a soportar por el sólo hecho de vivir en sociedad³⁵.

5. EL CASO CONCRETO.

De conformidad con las pruebas allegadas al proceso, se tiene acreditado que mediante Resolución de 27 de marzo de 2003 la Unidad Delegada ante la Corte Suprema de Justicia decretó la apertura parcial de instrucción contra la señora Elcida Molina Méndez, por delitos contra la Administración Pública.

Como fundamento de dicha decisión se expusieron los siguientes argumentos (se cita el texto tal cual aparece en el expediente):

³⁵ En similares términos puede consultarse, por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 8 de julio de 2009, Exp. 17.517, 25 de febrero del 2009, Exp. 25.508 y del 15 de abril del 2010, Exp. 18.284, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.



Radicación No. 250002326000200700543 01 (39.950)

“En vista de que la actuación hasta ahora surtida es altamente elocuente en lo que hace referencia a la decisión tomada por la Fiscal Primera Delegada ante el Tribunal Superior de Cúcuta, doctora ELCIDA MOLINA MÉNDEZ, en términos del artículo 331 del Código de Procedimiento Penal conviene ordenar el desglose de la actuación respectiva y decretar apertura parcial de instrucción, por delitos contra la Administración Pública.

LOS ANTECEDENTES PRÓXIMOS de estas diligencias se encuentran en la conformación de una comisión investigativa especial, dispuesta el 28 de noviembre de 2002 por el Director Nacional de Fiscalías, con ocasión de posibles actividades ilícitas realizadas por el ex funcionario Richard Maok Riaño al interior de la entidad.

“(…)

“Aquel informativo penal versa sobre las labores desplegadas por detectives del DAS sobre el albergue ilegal de un grupo de ciudadanos extranjeros, chinos para ser precisos, en el Conjunto Residencial “Hacaritama” de esa ciudad. En efecto, el 28 de agosto de 2002 fueron encontrados 23 hombres en el interior de la vivienda de Álvaro Esquivel, funcionario al servicio de la Fiscalía General de la Nación.

De cara al sorprendimiento en flagrancia; a la confesión extrajudicial hecha por la esposa del señor Esquivel; al presunto ofrecimiento de dinero hecho por éste a un agente del DAS; a las malas explicaciones brindadas por los involucrados; al ofrecimiento ilícito de dinero ejecutado y en fin, a un cúmulo de pruebas incriminantes lógica y racionalmente plasmadas por la fiscal instructora, doctora SAIDE CHAHIN DE QUIÑONES, el 16 de septiembre de 2002 les fueron dictadas sendas medidas de aseguramiento de detención preventiva exenta de excarcelación, a los cuatro colombianos vinculados a la pesquisa, en calidad de presuntos copartícipes del delito de Tráfico de migrantes.

Dicho detentivo alcanzó ejecutoria formal en primera instancia. No obstante, más adelante el defensor de Alvaro Esquivel Cárdenas solicitó su revocatoria, pedimento negado mediante proveído del 12 de noviembre de 2002, obra de la aludida doctora Chahín de Quiñones.

“(…)

“El 31 de diciembre de 2002, la fiscal primera delegada ante el Tribunal Superior de Cúcuta, doctora Elcida Molina Méndez, echó atrás la decisión del a quo y, haciendo extensiva la solicitud de la defensa, oficiosamente revocó las medidas asegurativas que pesaban sobre Margarita Rosa Bolado Gálvis y Pedro Elías Esquivel Bolado; respecto de estos últimos ordenó la cancelación de las órdenes de captura en su momento impartidas.

Aunque la fiscal ante el tribunal “llamó la atención” al abogado Pedro A. Reyes Hernández por los “comentarios injuriosos” contra la doctora Saide Chahín de Quiñones, instándolo a no hacerlo en el futuro, terminó por apadrinar su criterio en el sentido de no encontrarse acreditado qué personas se encargaron de gestionar las diligencias administrativas para el ingreso de los chinos a Colombia, como tampoco las conexiones existentes



Radicación No. 250002326000200700543 01 (39.950)

entre los sindicatos y las autoridades correspondientes; desconocerse si cualquiera de los inculpados tuvo injerencia alguna en el ingreso de los extranjeros a nuestro país; no tenerse conocimiento de conexiones de los inculpados con las personas encargadas de tramitar las visas para salir del territorio patrio; los miembros del DAS no lograron establecer que los 23 extranjeros estuviesen ejecutando actos tendientes a obtener la documentación que les permitiera el egreso del país mediante la obtención de documentos auténticos o falsos, 'pues al observarse el video lo que se constata es el traslado de los extranjeros a varios hoteles de esta ciudad, de donde posteriormente desaparecieron sin que les hubieran podido seguir el rastro los detectives'; los ciudadanos chinos poseían pasaportes, sin que las autoridades competentes hasta el momento hayan podido determinar si se trata de documentos falsos u originales, por falta de un patrón de comparación; la única actividad demostrada en autos, cumplida por los inculpados, ha sido la de colaborar en la permanencia de los extranjeros en Cúcuta, 'bien facilitando los vehículos para el traslado de ellos dentro del perímetro urbano, bien conduciendo los vehículos para llevarlos hasta la casa donde fueron hallados, o hasta los hoteles después de los hechos'; según los extranjeros, los sindicatos no exigieron dinero alguno u otro aprovechamiento ilícito; no está acreditada la existencia de una red internacional de tráfico de personas de nacionalidad china; los forasteros no estaban obligados en este país, sino voluntariamente, por lo que no se puede hablar de constreñimiento ni inducción; la conducta resulta atípica y jurídicamente permitida, puesto que no se amenazó ni puso en peligro de manera efectiva el bien jurídico que protege la ley y "En estas condiciones el Despacho se releva de hacer el análisis de planteamientos del defensor de MARGARITA ROSA BOLADO y de PEDRO ELIAS ESQUIVEL BOLADO, debiéndose en consecuencia revocar en todas sus partes la providencia objeto de recurso.

Un reflexivo escrutinio de la situación planteada lleva a este titular de funciones a discrepar abiertamente no sólo de las irregulares decisiones adoptadas por la doctora ELCIDA MOLINA MÉNDEZ, sino de su laxitud al conformarse con "llamar la atención" al litigante que, según sus propias expresiones, faltara al respeto a la fiscal directora del proceso y recurriera a métodos injuriosos como repudiable práctica en el escenario judicial.

"(...)

"Los argumentos plasmados por la doctora Elcida Molina Méndez en orden a revocar las ponderadas providencias de la fiscal de primer nivel, contrastan, se repite, con las evidencias recogidas por el DAS y la Fiscalía General de la Nación, amén de que son el fruto de cavilaciones sesgadas, verbi gratia cuando reduce ese tipo penal alternativo a dos condicionantes (constreñir e inducir) cuando la verdad es que coexisten los verbos rectores promover, facilitar, financiar y colaborar, modelos comportamentales inexplicablemente desdeñados en ese interlocutorio, pese a que la fiscal de primera instancia previamente efectuara meticoloso y refinado estudio de la situación, complementando sus asertos con meridiana objetividad, producto ése sí, de un cuidadoso estudio del proceso.



Radicación No. 250002326000200700543 01 (39.950)

En suma, la doctora Molina Méndez puso a decir lo que no decía la prueba y elaboró una serie de predicamentos ajenos a la situación real obrante en la foliatura, para terminar enfrentando sus decisiones con lo que establece el artículo 188 del Código Penal, so pretexto de la falta de elementos de juicio para entender que los sindicatos obraron secundum ius, de allí que exista mérito más que suficiente para abrir investigación penal formal, primero, por el delito de Prevaricato por acción que así prevé el artículo 413 del Código Penal:

“(…)

“En segundo término, el despacho percibe eventual compromiso adicional en la referida funcionaria, por un Prevaricato omisivo, puesto que debió adoptar las medidas correccionales u ordenar la compulsa de copias con fines disciplinarios, desde el momento en que aceptara que el abogado litigante defensor utilizó expresiones injuriosas contra la fiscal de primera instancia”³⁶. (Se destaca).

Está demostrado, así mismo, que mediante providencia de 3 de septiembre de 2003 la Unidad de Fiscalías Delegada ante la Corte Suprema de Justicia definió la situación jurídica de la señora Elcida Molina Méndez, imponiéndole medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, como presunta autora responsable del delito de prevaricato por acción y, en la misma providencia, dispuso su suspensión en el ejercicio del cargo de Fiscal Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta y la sustitución de la medida asegurativa por la de detención domiciliaria.

La anterior decisión se fundamentó en los siguientes hechos y consideraciones (se cita el texto tal cual aparece en el expediente):

“(…)

“El dieciséis (16) de septiembre de 2002, la instructora profirió la resolución interlocutoria 116, por la cual definió la situación jurídica de ÁLVARO ESQUIVEL CÁRDENAS y RAFAEL ANTONIO PÉREZ GONZÁLEZ, como presuntos autores responsables por la comisión del delito de tráfico de migrantes, imponiéndoles medida de aseguramiento consistente en detención preventiva sin beneficio de excarcelación.

Con fecha doce (12) de noviembre de 2002, fue expedida la resolución 147 por la cual la fiscal de primera instancia negó la solicitud de revocatoria de

³⁶ Folios 18 a 28 del cuaderno principal.



Radicación No. 250002326000200700543 01 (39.950)

la medida de aseguramiento impuesta contra ÁLVARO ESQUIVEL CÁRDENAS elevada por el titular de su defensa técnica.

El veinte (20) de noviembre de la misma anualidad se profiere la resolución 0150, en la que se definió la situación jurídica de MARGARITA ROSA BOLADO, PEDRO ELIAS ESQUIVEL BOLADO, JULIO CHANG o CHI KUEN LIO o CHANG KWOR KEUNG o CARLOS LÓPEZ y FABIO ESQUIVEL CÁRDENAS, sindicados del delito de Tráfico de migrantes, imponiéndoles medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, sin beneficio de libertad condicional. Tanto la resolución donde se produjo la negativa de la revocatoria de la medida de aseguramiento, como la última en que se impuso la medida cautelar personal para los demás sindicados, fueron apeladas, recursos resueltos en segunda instancia por la ahora sindicada, Dra. ÉLCIDA MOLINA MÉNDEZ, en virtud de interlocutorio 252 calendado el treinta y uno (31) de diciembre de 2002, ordenando revocar las medidas de aseguramiento discernidas por la instructora de primer grado.

“(…)

“A juicio de esta delegada, la Dra. Molina Méndez, conforme se sustentará a lo largo de la presente providencia, incurrió en el delito de Prevaricato por acción al revocar las medidas de aseguramiento impuestas a los señores ÁLVARO ESQUIVEL CÁRDENAS, MARGARITA ROSA BOLADO GALVIS, PEDRO ELÍAS ESQUIVEL BOLADO, RAFAEL ANTONIO PÉREZ GONZÁLEZ, JULIO CHANG Y FABIO ESQUIVEL CÁRDENAS, mediante resolución de segunda instancia 252 del treinta y uno (31) de diciembre de 2002. Se tilda como prevaricadora dicha decisión judicial, por haber contrariado manifiestamente las exigencias contenidas en el artículo 356 del C.P.P.

“(…)

“Con todo lo anteriormente expuesto, es evidente la manifiesta ilegalidad de la decisión de segunda instancia que optó por revocar las medidas de aseguramiento impuestas, por cuanto que la misma se profirió en franca contravía del acervo probatorio existente, desconociendo la entidad cognoscitiva requerida para mantener las medidas cautelares personales impuestas, lo cual permite entrever, a esta altura procesal, que la Dra. ELCIDA MOLINA MÉNDEZ, Fiscal Delegada ante el H. Tribunal Superior de San José de Cúcuta, puede ser tenida como presunta autora responsable por la comisión del punible de Prevaricato por acción”³⁷.

Se tiene establecido, también, que la Directora Seccional Administrativa y Financiera de Cúcuta expidió la Resolución No. 0619 de 3 de septiembre de 2003³⁸, por medio de la cual suspendió a la señora Elcida Molina Méndez en el ejercicio del cargo de Fiscal Delegada ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cúcuta, por solicitud de autoridad judicial,

³⁷ Folios 29 a 74 del cuaderno principal.

³⁸ Folio 76 del cuaderno principal.



Radicación No. 250002326000200700543 01 (39.950)

por haberse proferido en su contra medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, sustituida por detención domiciliaria, como presunta responsable del delito de prevaricato por acción.

Está acreditado, igualmente, que por Resolución No. 02141 de 278 de octubre de 2003, proferida por el Fiscal General de la Nación, se declaró insubsistente a la señora Elcida Molina Méndez – por inhabilidad sobreviniente – del cargo de Fiscal Delegada ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cúcuta³⁹.

De igual forma, se encuentra acreditado que a través de proveído de 28 de noviembre de 2003 la Unidad de Fiscalías Delegada ante la Corte Suprema de Justicia profirió resolución de acusación en contra de la señora Elcida Molina Méndez, a título de presunta autora responsable del delito de prevaricato por acción y precluyó la investigación a su favor por el delito de prevaricato por omisión.

Como fundamento de dicha decisión se expusieron los siguientes argumentos (se cita el texto tal cual aparece en el expediente):

“Ahora bien, en cuanto atañe al segundo de los presupuestos normativos que comportan el prevaricato por acción, esto es, que se haya proferido resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrarios a la ley, se tiene que a la fiscal en comento se le imputa el hecho de producir la decisión calendada el 31 de diciembre de 2002, a través de la cual revocara la providencia del 16 de septiembre de la misma anualidad emitida por la Fiscalía Primera Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de esa ciudad, Unidad de Vida, dentro de la instructiva número 49323, que afectaba con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva sin excarcelación, entre otros, a Alvaro Esquivel Cárdenas, servidor de la Fiscalía General de la Nación, por el delito de Tráfico de migrantes, apartándose de la realidad que arrojaban las probanzas, haciéndole decir a éstas y a la norma aquello que no decían en sustento de la misma, es decir, prevaricó.”

³⁹ Información tomada del Fallo de 29 de septiembre de 2006 expedido por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander que obra a folios 235 a 249 del cuaderno de pruebas No. 3 y que fuera confirmado por el Consejo de Estado mediante providencia de 21 de mayo de 2009, que obra a folios 219 a 233 ibídem.



Radicación No. 250002326000200700543 01 (39.950)

Las pruebas, muy por el contrario de lo expuesto por la cuestionada fiscal ad quem, eran indicativas de que se estaba frente a un punible de Tráfico de migrantes, en la medida que en la casa de Alvaro Esquivel Cárdenas fueron hallados escondidos, veintitrés (23) ciudadanos extranjeros que ingresaron al país de manera clandestina, cuyo único objetivo era traspasar las fronteras patrias con destino a la vecina República de Venezuela, finalidad en la cual se les colaboró abierta y decida, pero ilegalmente, por aquél y su hijo Pedro Elías Esquivel Bolado, recibiendo este último por ello, la suma de cien mil pesos, a más de la intervención tantas veces aludida de Julio Chang, Margarita Rosa Bolado Gálvis y otros.

La manifiesta contrariedad de la resolución que el 31 de diciembre de 2002 suscribiera la doctora Elcida Molina Méndez, radica no sólo en la valoración sesgada que diera a las pruebas, sino al hecho mismo de que, dejó de lado que el tipo penal relativo al Tráfico de migrantes es de índole alternativo, al punto que con una sola de las acciones allí descritas se tiene por consumado, dio en distraer la función propia de su cargo como fiscal de segunda instancia, no es otra que alcanzar el fin noble y altruista de Administrar Justicia, echó mano de argumentos y elementos ajenos a la situación que se planteaba para afirmar que en ese caso en particular no se había demostrado hechos tales como la identidad de las personas que realizaron las gestiones administrativas para lograr el ingreso de los asiáticos al país; las conexiones existentes entre los sindicatos y las autoridades de inmigración colombianas; la participación que tuvieron los sindicatos para que entraran al territorio nacional los ilegales; la conexión existente entre los implicados con las personas que se encargarían de gestionar las visas de los ilegales para ingresar al suelo venezolano; la realización de los actos tendientes a obtener dicha documentación; la autenticidad de los pasaportes por aquéllos exhibidos, etc.

“(…)

Como corolario de lo anotado, dígase que no cabe duda que, muy a pesar de la realidad militante en el expediente seguido contra Alvaro Esquivel Cárdenas y otros, por el delito mencionado, a través de una resolución groseramente apartada de la realidad que mostraban las probanzas, y de la legalidad, la doctora ÉLCIDA MOLINA MÉNDEZ, Fiscal Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, ésta determinó revocar aquellas contentivas de las medidas de aseguramiento impuestas en abierta contradicción con el caudal probatorio allí existente, pese a que llamaba a su confirmación, tópicos todos que permiten pregonar su compromiso penal como presunta autora de la conducta de prevaricato por acción y, por ende, se le acusará por tal apartado.

En cuanto guarda relación con el delito de Prevaricato por omisión, esta Delegada al momento de optar por la apertura de la presente inductiva, apuntó que las conductas punibles a investigar serían las de prevaricato por acción y por omisión, cargos éstos que le fueron imputados a la doctora ÉLCIDA MOLINA MÉNDEZ durante su indagatoria, no así en resolución que



Radicación No. 250002326000200700543 01 (39.950)

definió su situación jurídica, en virtud de se daba imperativo hacerlo por tal concepto"⁴⁰.

Finalmente, se tiene probado que mediante sentencia de 25 de agosto de 2004 la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia resolvió absolver a la señora Elcida Molina Méndez del cargo de prevaricato por acción por el cual fue acusada y en el mismo proveído dispuso su libertad inmediata.

La anterior decisión se fundamentó en los siguientes hechos y consideraciones (se cita el texto tal cual aparece en el expediente):

"(...)

"A la doctora ÉLCIDA MOLINA MÉNDEZ se le acusa del delito de prevaricato por acción, cometido cuando se desempeñaba como Fiscal Primera Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta y en tal condición al conocer en segunda instancia, del recurso de apelación interpuesto contra las resoluciones proferidas por la Fiscalía 7ª Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de esa ciudad el 12 de noviembre de 2002, mediante las cuales no accedió a la revocatoria de la medida de aseguramiento de detención preventiva que había proferido en contra ÁVARO ESQUIVEL CÁRDENAS y RAFAEL ANTONIO PÉREZ GONZÁLEZ y la del 20 de noviembre del mismo año, con la que resolvió con detención preventiva la situación jurídica de MARGARITA ROSA BOLADO GALVIS, PEDRO ELÍAS ESQUIVEL BOLADO, JULIO CHANG y FABIO ESQUIVEL CÁRDENAS como presuntos autores del delito de 'tráfico de migrantes', revocó las decisiones impugnadas.

Es imprescindible aludir, entonces, a la integridad de los medios de información con que contaba la acusada MOLINA MÉNDEZ al desatar los recursos de apelación interpuestos contra las referidas resoluciones, con prescindencia de los ulteriormente allegados, con el fin de establecer si de aquellas pruebas se reunían las exigencias mínimas previstas en el artículo 356 del Código de Procedimiento Penal, para mantener vigente la medida de aseguramiento de detención preventiva en contra los procesados, como probables autores del delito de tráfico de personas y, en general, las circunstancias que rodeaban a la procesada al momento de decidir el asunto, vale decir, si conocía la ilegalidad de su proceder y si cometió libremente la conducta prohibida, con el fin de determinar si su actuar fue manifiestamente contrario a la ley; porque si la disparidad entre la decisión y la norma se afianzó en una postura interpretativa de derecho o derivada de una apreciación autónoma e independiente de las pruebas carecería de relevancia jurídico penal y, por lo tanto, no sería pasible de la ley como

⁴⁰ Folios 78 a 110 del cuaderno principal.



Radicación No. 250002326000200700543 01 (39.950)

autora del delito de prevaricato por acción, como con insistencia lo reclaman la Fiscalía General de la Nación, a través de su Delegado, el Ministerio Público y el Representante de la parte civil.

“(…)

“Del examen de la integridad de los medios válidos de información con que contaba la acusada MOLINA MÉNDEZ al ocuparse de resolver el recurso de apelación interpuesto contra las medidas preventivas, considera la Sala que la resolución del 31 de diciembre de 2002 no se enmarca en la descripción típica del delito de prevaricato por acción, considerando que dicho pronunciamiento no es “manifiestamente contrario a la ley”, debido a que su argumentación no se aprecia como arbitraria o falaz, pues tanto la apreciación de lo fáctico como la evaluación de lo jurídico tiene asidero en el expediente sometido al estudio de la funcionaria de segunda instancia.

“(…)

“Sin que sea preciso ahora resaltar qué tan acertada fue su decisión, lo indicado es advertir que su motivación no estuvo alejada de una razonable interpretación de la ley ni se apoyó en ‘argumentos y elementos ajenos a la situación planteada’, como lo señala la acusación. Del ejercicio dialéctico llevado a cabo por la Fiscal 1ª Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, para arribar a la conclusión de revocar la detención preventiva que restringía la libertad de los procesados, se deduce que ésta se soportó no sólo en la interpretación del ordenamiento jurídico sino en una cabal ponderación del material probatorio, en ejercicio de las facultades que se derivan del artículo 230 Superior, acudiendo a criterios de la sana crítica conforme lo prevé el artículo 238 del Código de Procedimiento Penal.

No otra interpretación surge de la actividad desarrollada por la funcionaria acusada en la resolución del 31 de diciembre de 2002, pues se advierte, que una vez superada la contemplación típica del delito de tráfico de personas descrito en el artículo 188 del Código Penal, modificado por la ley 747 de 2002, en 11 numerales inició el análisis probatorio, aceptando, en primer lugar, la presencia de las 23 personas de nacionalidad china que habían ingresado al territorio colombiano por la frontera con el Ecuador de manera ilegal; sin embargo, frente a ese hecho notorio encuentra una serie de deficiencias probatorias que impedían tener a los procesados como copartícipes del ingreso ilegal de los extranjeros al país, entre las cuales, indicó, que no estaba acreditada la conexión de éstos con los encargados de proveer visas para salir del país con destino a Venezuela; así mismo, señaló que no estaba demostrada la existencia de una red internacional de tráfico de personas como lo aseguraba la funcionaria de primera instancia, más por suposición que por convicción.

“(…)

“Bajo tales consideraciones, concluyó en la inidoneidad de la prueba para mantener vigente la detención preventiva en contra de los procesados como probables autores del delito de tráfico de personas, es más, que si bien estimaba que la conducta reprochada, para ese momento procesal, era atípica, sin embargo, no precluyó instrucción dejando abierta la posibilidad de continuar con la investigación.



Radicación No. 250002326000200700543 01 (39.950)

Es evidente que el conjunto de operaciones intelectuales sobre el acervo probatorio, que realizó la intérprete judicial no tienen, como ya se anotó, las características de manifiesta ilegalidad que le atribuye la acusación.

“(…)

“Así las cosas, surge claro no sólo del conjunto probatorio allegado al proceso, sino de las explicaciones suministrada por la procesada ÉLCIDA MOLINA avaladas por su defensor, que la resolución fue proferida sobre fundamentos legales y probatorios razonables - para ese momento procesal - con el entendimiento de estar obrando de conformidad con el derecho, por lo que es imperativo concluir que sin la conformación del injusto típico y sin la persuasión de que hubiera procedido con conciencia de antijuridicidad, no puede predicarse la responsabilidad penal de la funcionaria judicial acusada”⁴¹.

Valorado en conjunto el material probatorio que antecede, ha de decirse que se encuentra suficientemente acreditado en el presente caso que la señora Elcida Molina Méndez fue procesado penalmente y, como consecuencia de ello, privado de su libertad entre los días 3 de septiembre de 2003 y 25 de agosto de 2004 fecha -esta última- en la que recobró definitivamente su libertad como consecuencia de la absolución de su responsabilidad penal dispuesta por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

De conformidad con las providencias que se dejan transcritas y teniendo en cuenta las consideraciones anteriores respecto del régimen de responsabilidad por la privación injusta de la libertad, ha de concluir la Sala que resulta desde todo punto de vista desproporcionado pretender que se le pueda exigir a la ahora demandante que asuma en forma inerte y como si se tratase de una carga pública, que todos los coasociados debieran asumir en condiciones de igualdad, durante once (11) meses y veintidós (22) días, una privación de su derecho a la libertad en aras de salvaguardar la eficacia de las decisiones del Estado.

⁴¹ Folios 111 a 149 del cuaderno principal.



Radicación No. 250002326000200700543 01 (39.950)

Las circunstancias descritas evidencian que la señora Elcida Molina Méndez fue objeto de medida de aseguramiento consistente en detención preventiva de carácter domiciliaria por haber sido sindicada del delito de prevaricato por acción; sin embargo, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, después de valorar detenidamente el material probatorio allegado al proceso penal, concluyó que no existían pruebas suficientes sobre la responsabilidad penal por la comisión del ilícito por la ahora demandante, toda vez que no se logró demostrar que la conducta desplegada por la sindicada constituía un hecho punible.

Así las cosas, precisa la Sala que de la lectura de las providencias que la absolvieron de toda responsabilidad penal, se evidencia que tal determinación devino de la sencilla pero potísima razón consistente en que no se logró probar y menos establecer la responsabilidad penal de la señora Elcida Molina Méndez, dada la ausencia de pruebas sobre la realización por su parte de la conducta punible por la cual se le investigó y juzgó, postulado aplicado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia para concluir acerca de su absolución del cargo por el cual se la privó de su libertad⁴².

Esta sola circunstancia constituye un evento determinante de privación injusta de la libertad, puesto que antes, durante y después del proceso penal al cual fue vinculada la ahora demandante, siempre mantuvo intacta la presunción constitucional de inocencia que la ampara y que el Estado, a través de la entidad ahora demandada, jamás le desvirtuó.

En consecuencia, no es posible considerar que la señora Elcida Molina Méndez hubiere estado en la obligación de soportar las consecuencias de

⁴² En similar sentido consultar, por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencias del 9 de mayo y 12 de julio de 2012, proferidas dentro de los expedientes Nos. 20.079 y 24.008, ambas con ponencia del Consejero, Dr. Mauricio Fajardo Gómez.



Radicación No. 250002326000200700543 01 (39.950)

la medida cautelar restrictiva de su libertad, en los términos en que en ese entonces le impuso la justicia penal.

Teniendo en cuenta las circunstancias fácticas descritas se impone concluir que no estaba la señora Elcida Molina Méndez en la obligación de soportar el daño que el Estado le irrogó y que, por tanto, debe calificarse como antijurídico, calificación que determina la consecuente obligación para la Administración de resarcir a los demandantes.

Sobre el particular, debe decirse que en casos como este no corresponde a la parte actora acreditar nada más allá de los conocidos elementos que configuran la responsabilidad: actuación del Estado, daño antijurídico e imputación, extremos que se encuentran suficientemente acreditados en el expediente, pues una decisión de la Administración de Justicia, en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, determinó que la señora Elcida Molina Méndez tuviere que padecer la limitación a su libertad durante once (11) meses y veintidós (22) días hasta que se le absolvió de la responsabilidad, por cuanto el delito por el cual se lo investigaba no fue cometido por ella.

En cambio, es a la entidad demandada a la que le correspondía demostrar, mediante pruebas legales y regularmente traídas al proceso, si se había dado algún supuesto de hecho en virtud del cual pudiera entenderse configurada una causal de exoneración, fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero o culpa exclusiva y determinante de la víctima y ocurre que ninguna de estas eximentes ha sido acreditada en el plenario⁴³.

Por lo expuesto, la Sala revocara la sentencia apelada, en cuanto denegó las suplicas de la demanda y, en consecuencia, procederá a estudiar la indemnización de perjuicios solicitados en la demanda.

⁴³ Al respecto ver, por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de julio de 2009, Exp. 17.517 y del 15 de abril de 2010, Exp. 18.284, entre otras.



Radicación No. 250002326000200700543 01 (39.950)

6. INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS.

6.1. PERJUICIOS INMATERIALES. PERJUICIOS MORALES.

Los demandantes solicitaron que por concepto de perjuicios morales se condenara a la demandada al pago del equivalente en pesos a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno.

En cuanto al criterio para liquidar dicho perjuicio por razón de la privación injusta de la libertad, se debe precisar que con base en las máximas de la experiencia y en las pruebas recaudadas, que la señora Elcida Molina Méndez padeció el perjuicio moral por cuya reparación demandó, comoquiera que es propio de la naturaleza humana que toda persona privada injustamente de la libertad, experimente un profundo sufrimiento de angustia, temor, impotencia e inseguridad por causa de dicha situación⁴⁴.

La Sala considera necesario advertir que la restricción de la libertad a la cual fue sometida la señora Elcida Molina Méndez no fue en un centro carcelario pues –bueno es reiterarlo-, fue sustituida por detención domiciliaria, lo cual sin duda reduce las condiciones de severidad de una medida de esa naturaleza; no obstante, la sola circunstancia de estar privado del goce de un derecho fundamental como lo es la libertad en el plano jurídico (libertad de circulación, libertad de fijación de residencia, libertad de escoger profesión u oficio etc.), origina con base en las

⁴⁴ *“Una razonable aspiración de la sociedad, es que –como retribución por su obediencia a las leyes, de su sometimiento pacífico a las decisiones jurisdiccionales, de su profundo respeto a la dignidad de quienes ejercen el apostolado de la justicia- se le garantice que sus derechos no podrán ser conculcados, ni por ignorancia, ni por negligencia, ni por arbitrariedad del poder público. Allí reposa el germen de la paz social, la suprema virtud de un ordenamiento jurídico. Y cuando estos principios se olvidan, empiezan los síntomas del despotismo y la tiranía”.* LONDOÑO Jiménez Hernando. *“De la captura a la excarcelación”*, Ed. Temis, Pag. 196 y 197.



Radicación No. 250002326000200700543 01 (39.950)

máximas de la experiencia, una afección moral que debe ser indemnizada.

Dentro del proceso obran las declaraciones de los señores Elsa Paredes Casadiego⁴⁵ y Cira Elizabeth Vila Casado⁴⁶, quienes manifestaron que la imposición de la medida de aseguramiento en contra de la señora Elcida Molina Méndez causó un gran dolor en la demandante y en sus familiares, pues tuvo que dejar su trabajo, además debió salir del lugar de su residencia y soportar el desprestigio que esa circunstancia le produjo.

Finalmente, debe advertirse que obran en original y copia auténtica los respectivos registros civiles de matrimonio y nacimiento de los demandantes, los cuales dan cuenta de la relación de parentesco existente entre la señora Elcida Molina Méndez y quienes acudieron al proceso en calidad de esposo, hijos y hermanos.

Con fundamento en todo lo anterior, la Sala impondrá por daño moral, a favor de las siguientes personas y por los montos establecidos a continuación:

Elcida Molina Méndez (afectada directa)	80 SMMLV
Marco Tulio Santander Rolón (esposó)	80 SMMLV
Elsy Liliana Santander Molina (hija)	80 SMMLV
Jenny Adriana Santander Molina (hija)	80 SMMLV
Hugo Alirio Molina Méndez (hermano)	40 SMMLV

⁴⁵ Folios 198 a 201 del cuaderno de pruebas.

⁴⁶ Folios 204 a 208 del cuaderno de pruebas.



Radicación No. 250002326000200700543 01 (39.950)

Rosa María Molina Méndez (hermana)	40 SMMLV
Ana Francisca Molina Méndez (hermana)	40 SMMLV
Bertha Molina Méndez (hermana)	40 SMMLV

6.2. DAÑO A LOS BIENES CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDOS.

Los demandantes solicitaron que se reconociera a su favor, por concepto de indemnización de “*perjuicios por el daño a la vida en relación*”, una suma equivalente a dos mil (2000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno.

La Sala considera necesario precisar que mediante sentencia del 19 de julio de 2000 se reformuló el concepto de daño fisiológico por el de daño a la vida de relación, en la cual se sostuvo:

*“[E]l daño extrapatrimonial denominado en los fallos mencionados “**daño a la vida de relación**”, corresponde a un concepto mucho más comprensivo, por lo cual **resulta ciertamente inadecuado el uso de la expresión perjuicio fisiológico**, que, en realidad, no podría ser sinónima de aquélla, ni siquiera en los casos en que este daño extrapatrimonial –distinto del moral– es consecuencia de una lesión física o corporal. Por esta razón, debe la Sala desechar definitivamente su utilización. En efecto, el perjuicio aludido no consiste en la lesión en sí misma, sino en las consecuencias que, en razón de ella, **se producen en la vida de relación de quien la sufre**”⁴⁷ (negrillas adicionales).*

Más adelante, según lo refleja la sentencia proferida el 15 de agosto de 2007⁴⁸, la Sala abandonó dicha denominación y se refirió al perjuicio por la

⁴⁷ Consejo de Estado, sección Tercera, sentencia del 19 de julio de 2000, Exp. 11.842. M.P. Alier Hernández Sección Tercera.

⁴⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia AG-385 de agosto 15 de 2007, actor: Antonio María Ordóñez Sandoval.



Radicación No. 250002326000200700543 01 (39.950)

alteración grave de las condiciones de existencia, en los siguientes términos:

“En esta oportunidad la Sala aprovecha para, en aras de precisión y rigor en la nomenclatura, dejar de lado el nomen que hasta ahora se ha venido utilizando -en ocasiones de manera inadecuada o excesiva- para acudir al concepto de daño por alteración grave de las condiciones de existencia, el cual ofrece mayor amplitud que el anterior y abarca no sólo la relación de la víctima con el mundo exterior, sino, de manera más general, esos cambios bruscos y relevantes a las condiciones de una persona en cuanto tal y como expresión de la libertad y el albedrío atributos esenciales a la dignidad humana principio fundante del Estado Social de Derecho colombiano y de su ordenamiento jurídico, según consagra el artículo 1º de la Constitución Política.

*En la citada sentencia del 19 de julio de 2000 se dijo, refiriéndose al daño a la vida de relación social que “[p]ara designar este tipo de perjuicio, ha acudido la jurisprudencia administrativa francesa a **la expresión alteración de las condiciones de existencia**, que, en principio y por lo expresado anteriormente, **parecería más afortunada**. No obstante, considera la Sala que su utilización puede ser equívoca, en la medida en que, en estricto sentido, **cualquier perjuicio implica, en sí mismo, alteraciones en las condiciones de existencia** de una persona, ya sea que éstas se ubiquen en su patrimonio económico o por fuera de él.”*

Resulta ahora pertinente recoger estos planteamientos para señalar que si bien es cierto que la expresión relativa a la alteración de las condiciones de existencia resulta ser más comprensiva y adecuada, mal podría pensarse, desde la perspectiva de la responsabilidad del Estado, que todo perjuicio, de cualquier carácter y magnitud, comporte necesaria y automáticamente una alteración a las condiciones de existencia jurídicamente relevante.

*Sobre el particular la doctrina ha señalado, precisamente, que “para que se estructure en forma autónoma **el perjuicio de alteración de las condiciones de existencia**, se requerirá de **una connotación calificada en la vida del sujeto**, que en verdad **modifique en modo superlativo sus condiciones habituales**, en **aspectos significativos de la normalidad** que el individuo llevaba y que evidencien efectivamente un trastocamiento de los roles cotidianos, a efectos de que la alteración sea entitativa de un perjuicio autónomo, pues **no cualquier modificación o incomodidad sin solución de continuidad podría llegar***



Radicación No. 250002326000200700543 01 (39.950)

a configurar este perjuicio, se requiere que el mismo tenga significado, sentido y afectación en la vida de quien lo padece”⁴⁹.

Por su parte, en la doctrina francesa se ha considerado que los llamados *troubles dans les conditions d'existence*⁵⁰ pueden entenderse como “una **modificación anormal** del curso de la existencia del demandante, en sus ocupaciones, en sus hábitos o en sus proyectos”⁵¹ o “las modificaciones aportadas al modo de vida de los demandantes por fuera del mismo daño material y del dolor moral”⁵².

El reconocimiento de indemnización por concepto del daño por **alteración grave de las condiciones de existencia** es un rubro del daño inmaterial -que resulta ser plenamente compatible con el reconocimiento del daño moral-, que, desde luego, debe acreditarse en el curso del proceso por quien lo alega y que no se produce por cualquier variación menor, natural o normal de las condiciones de existencia, sino que, por el contrario, solamente se verifica cuando se presenta una alteración anormal y, por supuesto, negativa de tales condiciones”.

Tal como se analizó anteriormente, la Sala había considerado que cuando se trata de lesiones que producen alteraciones que afectan la calidad de vida de las personas, éstas tienen derecho al reconocimiento de una indemnización adicional a la que se reconoce por el perjuicio moral; es decir, el reconocimiento de esta clase de perjuicios inmateriales no debe limitarse a los casos de lesiones corporales que producen alteraciones orgánicas, sino que debe extenderse a todas las situaciones que alteran

⁴⁹ Gil Botero, Enrique. *Temas de responsabilidad extracontractual del Estado*, Ed. Comlibros, Tercera Edición, 2006, p. 98.

⁵⁰ Navia Arroyo Felipe. *Del daño moral al daño fisiológico*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, p. 78.

⁵¹ Chapus René. *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, citado por Juan Carlos Henao, *El Daño, análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 252.

⁵² Paillet Michel. *La Responsabilidad Administrativa*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, o. 278.



Radicación No. 250002326000200700543 01 (39.950)

de manera grave las condiciones habituales o de existencia de las personas⁵³.

Finalmente, la Sala cambió de nuevo la denominación de dicho perjuicio por el de daño a la salud, tal y como lo señaló mediante la providencia de 14 de septiembre de 2011, en la cual se puntualizó lo siguiente:

“Se adopta el concepto de daño a la salud, como perjuicio inmaterial diferente al moral que puede ser solicitado y decretado en los casos en que el daño provenga de una lesión corporal, puesto que el mismo no está encaminado al restablecimiento de la pérdida patrimonial, ni a la compensación por la aflicción o el padecimiento que se genera con aquél, sino que está dirigido a resarcir económicamente –como quiera que empíricamente es imposible– una lesión o alteración a la unidad corporal de la persona, esto es, la afectación del derecho a la salud del individuo”⁵⁴.

Ahora bien, en casos de privación injusta tal perjuicio ha sido reconocido por la Sala en los siguientes términos⁵⁵:

“En el presente asunto resulta evidente que tanto el señor Acasio Hinestroza Cossio como sus familiares sufrieron tanto un daño moral como una alteración grave a sus condiciones de existencia. Las afectaciones que constituyen el primero han sido explicadas y se refieren, especialmente, a la preocupación y al rechazo social que les produjo la vinculación al proceso penal del señor Hinestroza Cossio y la afectación al derecho a la libertad personal de éste, específicamente en cuanto corresponde a su libertad de locomoción y de residencia.

Así pues, resulta evidente que, en este caso, el perjuicio reclamado por los demandantes debe ser indemnizado. Tal razonamiento deriva de entender a la víctima a partir de su dignidad e integridad humanas, que no pueden verse quebrantadas a raíz del daño y que deben permanecer indemnes a pesar de él, para que pueda quedar

⁵³ Cf. Consejo de Estado. Sección Tercera, sentencia de 1 de noviembre de 2007, expediente 16.407, reiterada recientemente en la sentencia del 13 febrero de 2013; exp. 26.030.

⁵⁴ Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Tercera. Sentencia de 14 de septiembre 2011, exp. 19.031, M.P. Enrique Gil Botero.

⁵⁵ Sentencia del 23 de junio de 2011, exp 19.958, reiterada recientemente en la providencia del 14 de marzo de 2013; exp. 45.682



Radicación No. 250002326000200700543 01 (39.950)

en una posición frente a la vida y a las posibilidades que ella le ofrezca, como si el daño no hubiera ocurrido o lo más cercano a una situación tal⁵⁶.

En conclusión, la Sala encuentra demostrado el perjuicio a la alteración grave a las condiciones de existencia por cuanto el hecho de encontrarse privado de la libertad evidentemente alteró su entorno en relación con su esposa, hijos y modificó los aspectos externos de su vida familiar”.

En ese orden de ideas, cabe resaltar que la Sección Tercera del Consejo de Estado ha reconocido que hay lugar a indemnizar o reparar los daños que se ocasionen a los bienes constitucionalmente protegidos, como el caso del derecho a la salud, sin que ello conduzca al desconocimiento de esa evolución Jurisprudencial.

De conformidad con lo anterior, se advierte que la Jurisprudencia de esta Sección ha reconocido la indemnización correspondiente al daño a la salud, precisamente por tratarse de un bien constitucionalmente protegido, el cual se encuentra consagrado en el artículo 49 de la Constitución Política, cuestión que permite precisar que igualmente resulta posible y procedente indemnizar a una persona a la cual el Estado le ha irrogado un daño antijurídico por la afectación de uno o varios de sus bienes constitucionalmente protegidos; en esa medida, la Jurisprudencia en mención dejó sentadas las bases para que cuando aparezca demostrado en el proceso que se han vulnerado otros derechos constitucionalmente tutelados también hay lugar a protegerlos, tal como ya se había hecho en la providencia del 18 de marzo de 2010⁵⁷:

“... 5.4. Finalmente, respecto al perjuicio de ‘daño a la vida de relación’ concedido al hijo del occiso Víctor Julio Barceló Zambrano, la Sala debe aclarar que si bien coincide con los argumentos del

⁵⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 17 de agosto de 2000. Exp: 12.123. Consejero Ponente: Dr. Alier Hernández y del 22 de noviembre de 2001. Exp: 13.121. Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos, entre otras.

⁵⁷ Sentencia del 18 de marzo de 2010, expediente 32.651. M.P. Doctor Enrique Gil Botero.



Radicación No. 250002326000200700543 01 (39.950)

Tribunal para otorgar indemnización, no se hace bajo este criterio, en atención a que **no solo se afectó la vida y existencia del menor con la ausencia indefinida de su padre, sino que también se violaron bienes jurídicos de raigambre constitucional que están íntimamente relacionados con el perjuicio a indemnizar.**

En el presente caso, se tiene que el daño causado al menor por la pérdida de su padre, indudablemente vulnera los derechos fundamentales del niño y de la familia⁵⁸, principios constitucionales que el Estado debe proteger y amparar, en atención a la vulnerabilidad de la población infantil

“

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

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

⁵⁸ “La familia es ‘institución básica de la sociedad’, en términos del artículo 5º constitucional. Ella es quizá el término intermedio entre la persona y el Estado. Por eso se obliga a los poderes públicos a asumir una protección en tres aspectos: social, económico y jurídico, a saber: social en la medida en que se protege su intimidad (art. 15) y la educación de sus miembros. Económica en cuanto se protege el derecho al trabajo, a la seguridad social, etc. Y jurídica ya que es obvio que de nada serviría la protección familiar si los poderes públicos no impidiesen por medios jurídicos los ataques contra el medio familiar.

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



Radicación No. 250002326000200700543 01 (39.950)

En esa misma línea, el 13 de febrero de 2013 ésta Corporación consideró que⁵⁹:

“... En la anterior línea de pensamiento, ya se ha pronunciado la Corporación de manera reiterada. En efecto, en sentencia del 18 de marzo de 2010, radicado 32.651, se reconoció la afectación de derechos de raigambre constitucional de un menor de edad, reconocimiento que en primera instancia se hizo como daño a la vida en relación, lo cual se consideró inapropiado y por ello se centró la afectación en el orden constitucional. En similar sentido, en la sentida del 9 de febrero de 2010, al analizar el buen nombre del demandante se dijo: “(...) Se observa con claridad meridiana la vulneración del bien jurídico constitucional del cual hacen parte los derechos fundamentales al honor, buen nombre y honra (...)”⁶⁰

“

La identificación de derechos constitucionales, como fundamento o apoyo a la indemnización de perjuicios, no es un tópico novedoso en la jurisprudencia del Consejo de Estado, ya que, en dos oportunidades, la Sección Tercera se había referido a la lesión al derecho a la honra como basamento para una indemnización autónoma por el concepto de daño a la vida de relación. De modo que si bien, se hacía consistir la vulneración a esos derechos fundamentales en una expresión de la impertinente categoría de daños denominada “daño a la vida de relación, lo cierto es que se reconocía la importancia del derecho considerado en sí mismo, así como de la lesión que padecía en virtud del daño antijurídico.

“

Como corolario de lo anterior, se tiene que el nuevo paradigma del derecho de daños y, concretamente, el contenido y alcance de la reparación integral del perjuicio atienden al restablecimiento del núcleo esencial de los derechos fundamentales – constitucionales que se ven afectados con el daño antijurídico imputable al Estado, por tal motivo, la reparación debe entender a una constitucionalización en cuanto concierne a la tipología del perjuicio, así como a la naturaleza de las medidas de reparación, en tanto no pueden estar dirigidas única y exclusivamente a entregar sumas de dinero a título de indemnización o compensación, sino que es necesario adoptar medidas de justicia restaurativa cuyo objeto sea la

⁵⁹ Sentencia del 13 de febrero de 2013, exp. 25.119 M.P. Doctor Enrique Gil Botero.

⁶⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 98 de junio de 2010. Rad. 19.283 M.P. Enrique Gil Botero.



Radicación No. 250002326000200700543 01 (39.950)

eficacia de los derechos de los asociados del Estado Social de Derecho ...". (Se destaca)

Así las cosas, al realizar la adaptación correspondiente a la comentada evolución Jurisprudencial, debe entenderse entonces que en cuanto la parte actora solicitó la indemnización por el "*daño a la vida en relación*" según terminología utilizada Jurisprudencialmente para la época en que se presentó la demanda, ello encuadra perfectamente en lo que hoy la Jurisprudencia de esta misma Sala reconoce o identifica como parte de los bienes constitucionalmente protegidos, los cuales evidentemente resultaron afectados en el caso concreto que aquí se examina con la medida impuesta a la ahora demandante, razón por la cual en el *sub lite* se encuentra que dicha vulneración se concretó en punto al artículo 42 de la Constitución Política, el cual hace referencia a la familia, habida cuenta de que durante el tiempo en que la víctima directa del daño estuvo privado del ejercicio de su derecho fundamental a la libertad, se perturbó esa integración con sus familiares.

Así mismo, al estar la víctima directa del daño privado injustamente de su libertad, también se le afectó el libre desarrollo de su personalidad -otro bien constitucionalmente protegido-, por cuanto se le limitó la libertad general de hacer o no hacer lo que a bien hubiere considerado dentro de los límites establecidos por el ordenamiento jurídico.

De conformidad con lo expuesto, al encontrar e identificar los bienes constitucionalmente protegidos que resultaron afectados con la medida impuesta a la ahora demandante, se entiende configurado el daño que en la demanda se solicitó indemnizar, razón por la cual se considera que resulta procedente el reconocimiento de la indemnización correspondiente a tal perjuicio.



Radicación No. 250002326000200700543 01 (39.950)

En ese orden de ideas, en el caso *sub lite* se acreditó que la señora Elcida Molina Méndez fue privada injustamente de su libertad y que tal privación alteró su entorno en relación con su esposo e hijos y modificó los aspectos externos de su vida familiar, razón por la cual la Sala reconocerá la indemnización por dicho perjuicio en la cuantía equivalente a 10 SMLMV, para la señora Elcida Molina Méndez.

Ahora bien, en cuanto al reconocimiento de perjuicios por “el daño en la vida de relación” solicitado en la demanda a favor de los demás actores, la Sala considera que no obra medio de prueba alguno en el expediente que permita tener por acreditado el alegado daño a los bienes constitucionalmente protegidos que se les pudo ocasionar a éstos como consecuencia de la privación injusta de la cual fue víctima su esposa, madre y hermana respectivamente, por consiguiente a ellos no se les realizará reconocimiento alguno por dicho concepto, además de que este tipo de perjuicios se predica estrictamente respecto de la persona afectada.

6.3. PERJUICIOS MATERIALES.

- *Daño emergente.*

En cuanto a los perjuicios materiales ocasionados, la señora Elcida Molina Méndez solicitó que se condenara a la demandada al pago de la suma global de \$40'000.000, por concepto de “honorarios profesionales”, sin embargo, al proceso no se aportó el contrato de prestación de servicios profesionales, así como tampoco certificación del apoderado que asumió su defensa o documento alguno que permita establecer que dicho pago salió de su patrimonio, ni al expediente se allegó el proceso penal en su totalidad – solo las principales providencias -, para analizar el tipo de gestión realizada, motivo por el cual no hay lugar a acceder a su reconocimiento.



Radicación No. 250002326000200700543 01 (39.950)

Adicionalmente, solicitó el reconocimiento de \$ 60'000.000 representados en los gastos en que incurrió la señora Elcida Molina Méndez por razón de su traslado, hospedaje y manutención de la ciudad de Cúcuta a la ciudad de Bogotá, no empero, en el proceso no se acreditó que hubiere incurrido en este tipo de gastos, pues brillan por su ausencia los comprobantes o recibos de pago que así lo permitan tener por demostrado.

Respecto del embargo y secuestro de sus bienes la parte actora aportó junto con la demanda dos certificados de tradición expedidos por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cúcuta⁶¹, que dan cuenta de las anotaciones efectuadas por disposición de la Fiscalía General de la Nación referentes a la prohibición para enajenar unos inmuebles de su propiedad, no obstante, en el expediente no obra elemento de juicio alguno que permita inferir que tales inmuebles iban a ser objeto de venta, arriendo u otro negocio jurídico antes de tal medida restrictiva o que sobre los mismos se tenían serías propuestas en tal sentido.

En lo que hace a la cesación del pago de sus deudas para efectos de procurar su subsistencia mientras duraba el proceso penal, obran en el proceso varias solicitudes dirigidas a diferentes instituciones financieras para que se rectifiquen la información negativa ante las Centrales de Riesgo CIFIN y DATA CREDITO, que por sí solas no explican cuántas deudas dejó de cancelar la señora Elcida Molina Méndez durante la privación de su libertad, ni el tipo de créditos a los que correspondían, falta de claridad que igualmente impide acceder a este tipo de reconocimiento.

- *Lucro cesante.*

Se solicitó en la demanda la suma de \$ 80'000.000, por concepto de los valores dinerarios dejados de percibir por la señora Elcida Molina Méndez a partir del 3 de septiembre de 2003, fecha en la que se produjo su

⁶¹ Folios 177 a 181 del cuaderno de pruebas No. 3.



Radicación No. 250002326000200700543 01 (39.950)

detención domiciliaria y hasta el 25 de agosto de 2004, fecha de la sentencia absolutoria.

Ahora bien, cabe advertir que obra en el plenario la providencia de 29 de septiembre de 2006⁶² proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, por medio de la cual declaró la nulidad de la Resolución No. 02141 de 27 de octubre de 2003 proferida por el Fiscal General de la Nación, la cual declaró insubsistente a la señora Elcida Molina Méndez del Cargo de Fiscal Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, en cuyo numeral tercero condenó a la Fiscalía General de la Nación a reintegrarla al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior jerarquía *“debiéndole cancelar sin solución de continuidad todos los sueldos, primas, vacaciones, reconocimientos, bonificaciones y demás emolumentos dejados de percibir, reconociéndole para todos los efectos legales como tiempo servido el período comprendido entre la fecha en que fue declarado insubsistente el nombramiento de su cargo y la fecha en que fuere reintegrada al mismo cargo o a otro de igual o superior categoría. Estos valores se le cancelarán debidamente indexados...”* proveído que fue confirmado en su totalidad por la Sección Segunda del Consejo de Estado mediante fallo de 21 de mayo de 2009⁶³.

La anterior circunstancia impide el reconocimiento en el presente proceso de los ingresos dejados de percibir y reclamados en la demanda que nos convoca, pues se estaría incurriendo en un doble pago por la misma causa y de contera en un enriquecimiento sin justa causa a favor de la señora Elcida Molina Méndez, no obstante, sí resulta procedente reconocer por concepto de lucro cesante el rubro dejado de percibir entre el día en que fue suspendida de su cargo por orden de la Unidad de Fiscalías Delegada ante la Corte Suprema de Justicia – 3 de septiembre de

⁶² Folios 235 a 249 del cuaderno de pruebas No. 3.

⁶³ Folios 219 a 233 del cuaderno de pruebas No. 3. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P Gerardo Arenas Monsalve, Referencia: 0326-07. Actor: Elcida Molina Méndez.



Radicación No. 250002326000200700543 01 (39.950)

2003 – y el día en que fue declarada insubsistente por orden del Fiscal General de la Nación – 27 de octubre de 2003 -, esto es por espacio de un (1) mes y veinticuatro (24) días, al no obrar en el expediente prueba que indique que durante ese término de suspensión le fuera efectivamente pagado su salario.

Ahora bien, obra en el proceso una constancia de servicios prestados por la señora Elcida Molina Méndez, expedida por la Analista de Oficina de Personal de la Fiscalía General de la Nación⁶⁴, en la cual se hace constar que la señora Molina Méndez percibía mensualmente 2'663.789 por concepto de sueldo y \$ 2'663.789 por concepto de gastos de representación, para un total de \$ 5'327.578, monto que será tomado en cuenta para realizar la correspondiente liquidación de perjuicios.

De conformidad con lo anterior, procederá la Sala a realizar la liquidación de dicho perjuicio. Entonces:

Ingresos de la víctima al momento de su suspensión: \$ 5'327.578

Período a indemnizar: 1.08 meses

Período consolidado: 1.08 meses

Actualización de la base:

$$\begin{array}{r} \text{RA} = 5'327.578 \quad \text{Ind. Final - julio de 2015} \quad (122,30) \\ \hline \text{Ind. inicial - sept. 2003} \quad (75.26) \end{array}$$

$$\text{RA} = \$ 8'657.491,22$$

Para la liquidación del lucro cesante vencido se aplicará la fórmula actuarial adoptada por la Corporación:

⁶⁴ Folio 150 del cuaderno principal.



Radicación No. 250002326000200700543 01 (39.950)

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

Donde:

S = Es la indemnización a obtener.

Ra = Es la renta o base de liquidación que equivale a \$ 8'657.491,22

i= Interés puro o técnico: 0.004867.

n= Número de meses que comprende el período indemnizable, esto es 1.08

Reemplazando, se tiene:

$$S = \$ 8'657.491,22 \frac{(1 + 0.004867)^{1.08} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$9'351.908,8$$

Finalmente, en cuanto al valor dejado de percibir por “concepto del desistimiento de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, a causa de no pago de la bonificación por compensación a 31 de diciembre de 2003 y por no acceder al derecho a la bonificación por gestión judicial, según lo preceptuado en el Decreto 4040 de 2004”, debe decir la Sala que, además de que en el fallo del Tribunal Administrativo de Norte de Santander al que se hizo alusión, se ordenó el pago que por todo concepto dejó de percibir la señora Elcida Molina Méndez en su calidad de funcionaria de la Fiscalía General de la Nación, el desistimiento de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, estaba sujeta en caso de haberse iniciado un proceso en tal sentido, a una condición de incierta ocurrencia, en la medida en que, como bien lo sostuvo el Agente del Ministerio Público, su efectividad dependía no sólo de su situación personal frente a los derecho que otorga el Decreto 4040 de 2004, sino a la decisión del juez



Radicación No. 250002326000200700543 01 (39.950)

de conocimiento cuyo sentido no se puede adivinar con los elementos aportados en este proceso.

7. CONDENA EN COSTAS.

Comoquiera que para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, debido a que ninguna procedió de esa forma en el *sub lite*, no habrá lugar a su imposición.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, el 25 de agosto de 2010.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **DECLARAR** patrimonial y extracontractualmente responsable a la Fiscalía General de la Nación por los perjuicios causados a los demandantes, señalados en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: En consecuencia, **CONDENAR** a la Fiscalía General de la Nación, a pagar las siguientes sumas de dinero:

3.1. Por daño moral, a favor de las siguientes personas y por los montos



Radicación No. 250002326000200700543 01 (39.950)

establecidos a continuación:

Elcida Molina Méndez (afectada directa)	80 SMMLV
Marco Tulio Santander Rolón (esposó)	80 SMMLV
Elsy Liliana Santander Molina (hija)	80 SMMLV
Jenny Adriana Santander Molina (hija)	80 SMMLV
Hugo Alirio Molina Méndez (hermano)	40 SMMLV
Rosa María Molina Méndez (hermana)	40 SMMLV
Ana Francisca Molina Méndez (hermana)	40 SMMLV
Bertha Molina Méndez (hermana)	40 SMMLV

3.2. Por daño a los bienes constitucionalmente protegidos para la señora Elcida Molina Méndez, una suma equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

3.3. Por lucro cesante para la señora Elcida Molina Méndez, la suma de nueve millones trescientos cincuenta y un mil novecientos ocho pesos con ocho centavos (\$ 9'351.908,8).

CUARTO. DENEGAR las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO.- Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del art. 114 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el art. 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.



Radicación No. 250002326000200700543 01 (39.950)

SEXTO.- Las condenas se cumplirán en los términos de los Arts. 176 a 178 del C.C.A.

SEPTIMO.- Sin costas (Art. 55 de la ley 446 de 1998.).

OCTAVO.- Una vez en firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HERNAN ANDRADE RINCON

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA