

PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Presunción de inocencia / PRESUNCION DE INOCENCIA - Beneficio de la duda / BENEFICIO DE LA DUDA - Privación injusta de la libertad

Como con claridad se desprende del recuento probatorio y argumentativo que, respecto del proceso penal de marras, se viene de realizar, la absolución con la cual se vio favorecido el señor Audy Hernando Forigua Panche se derivó de la aplicación del beneficio de la duda, como consecuencia de la insuficiencia de las pruebas recaudadas para sustentar una condena en su contra. Y es que a pesar de existir elementos de prueba que, al inicio del plenario, podían hacerle aparecer como responsable de la comisión de los ilícitos que se le imputaban, una vez aquellos fueron contrastados con otras probanzas, en la sentencia de primera instancia se mostraron insuficientes —en criterio del sentenciador penal— para arrojar la certeza sobre la autoría del hecho, indispensable para soportar un pronunciamiento condenatorio. No se trata entonces, en el sub lite, de un supuesto de privación de la libertad y posterior absolución motivada por la ausencia absoluta de pruebas en contra del sindicado, sino de un evento en el que la inconsistencia del material probatorio allegado al expediente para alcanzar la certidumbre en punto a la autoría del reato, impuso la aplicación del beneficio de la duda —corolario de la garantía constitucional de la presunción de inocencia— en favor del procesado. Tan es así que el Tribunal Superior de Bogotá, en el pronunciamiento de segunda instancia, no alude a la inexistencia de pruebas en contra del señor Forigua Panche como fundamento del fallo absolutorio, sino que, incluso, se muestra en desacuerdo con la valoración probatoria efectuada por el a quo al restarle eficacia incriminatoria a algunas de las piezas cuyo análisis sirvió de base a la decisión. De hecho, aclara que se abstiene de efectuar un pronunciamiento diverso del realizado por el Juzgado Treinta y Tres Penal del Circuito en relación con la responsabilidad penal del señor Forigua Panche, en consideración a que éste último no apeló la sentencia del a quo, circunstancia que impone la aplicación del principio de reformatio in pejus. En consecuencia, a juicio de la Sala, mal podría aducirse que la medida cautelar de detención preventiva carecía de justificación, pues sin pretender reelaborar, en esta sede, la valoración efectuada en su momento por la jurisdicción penal para decretarla, el solo recuento de presupuestos fácticos que hasta aquí se ha llevado a cabo da cuenta de que existían elementos suficientes para considerar razonable el disponer la privación de la libertad del señor Forigua Panche, con el lleno de los requisitos legales exigidos por el artículo 388 del entonces vigente Código de Procedimiento Penal. Cosa distinta es que, como resultado del debate probatorio y de la valoración que del mismo se efectúa en la sentencia, a la luz de la normatividad aplicable, se concluyera que no resultaba suficiente para estructurar un fallo condenatorio.

FF: ARTICULO 388 DEL ENTONCES VIGENTE CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

PRIVACION DE LA LIBERTAD - Responsabilidad del Estado / PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Evolución jurisprudencial / PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Error judicial. Primera etapa / PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Supuestos del artículo 414 de Código de Procedimiento Penal. Segunda etapa / PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Daño antijurídico. Tercera etapa

La Sala, en relación con la responsabilidad del Estado derivada de la privación de la libertad de las personas, no ha sostenido un criterio uniforme. En efecto, la interpretación y aplicación del artículo 414 de Código de Procedimiento Penal -

Decreto ley 2700 de 1991, ya derogado pero aún aplicable a casos ocurridos durante su vigencia—, se ha desarrollado en tres distintas direcciones, como se sintetiza a continuación. 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 produciría como consecuencia de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, previa una valoración seria y razonable de las distintas circunstancias del caso. Por manera que, para su deducción —se dijo—, es irrelevante el estudio de la conducta del juez o magistrado, es decir que no interesaba averiguar si aquél actuó o no con culpa o dolo. Más tarde, en una segunda época, la carga procesal para el actor de demostrar el carácter injusto de la detención para obtener indemnización de perjuicios, consistente en probar la existencia de un error de la autoridad jurisdiccional al ordenar la medida privativa de la libertad, fue reducida tan sólo a los casos de detención diferentes a los contemplados en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal porque, en relación con estos últimos, se estimó que en los tres eventos allí señalados la ley calificó que se estaba en presencia de una detención injusta y que, por lo tanto, surgía para el Estado la obligación de reparar los perjuicios con ella causados. Por último, se ha venido sosteniendo el carácter injusto de los tres casos de detención que preveía el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal y que, por consiguiente, frente a la reclamación de perjuicios fundada en alguno de los tres supuestos consignados en dicho precepto, resulta indiferente establecer si en la providencia que ordenó la privación de la libertad se incurrió o no en error judicial, por cuanto lo que compromete la responsabilidad del Estado —se dijo— 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 soportarlo. Nota de Relatoría: Ver referente a la PRIMERA ETAPA Sentencia del 30 de junio de 1994, expediente número 9734; sobre SEGUNDA ETAPA Sentencia del 17 de noviembre de 1995, expediente número 8666; sobre TERCERA ETAPA sentencia número 13.606; y Sentencia del 14 de marzo de 2002, expediente número 12.076.

FF: CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ARTICULO 414; DECRETO LEY 2700 DE 1991

DETENCION PREVENTIVA - Medida de aseguramiento. Indicio grave / MEDIDA DE ASEGURAMIENTO - Detención preventiva. Indicio grave / INDICIO GRAVE - Detención preventiva

Y es que de acuerdo con lo preceptuado por el antes citado artículo 388 del Código de Procedimiento Penal, podía imponerse la medida de aseguramiento de detención preventiva cuando obrare, en contra del sindicado, un indicio grave de responsabilidad. Era posible, entonces, que se ordenare la detención preventiva de una persona, con pleno acatamiento de las exigencias legales y, no obstante, concluirse con posterioridad, en el curso del proceso y atendiendo a otros elementos de prueba, que se daba alguna de las hipótesis previstas por el artículo 414 del mismo Código —esto es, que el hecho no existió, no era constitutivo de delito, o el acusado no lo había cometido— o, simplemente, que no pudo desvirtuarse con toda certeza la presunción de inocencia que protege al ciudadano, razón por la cual la duda debía resolverse en su favor y se imponía el fallo absolutorio. Se estaría, en estos casos, ante la necesidad de diferenciar entre una decisión legal —la que ordena la detención preventiva— pero que a la postre se revela equivocada, pues si bien se trata de una situación en que la ley autoriza, con el propósito de proteger a la colectividad y garantizar el cumplimiento de una sentencia eventualmente condenatoria, la vulneración del

derecho fundamental a la libertad aunque no se encuentre demostrada la responsabilidad del sindicato, cuando esta demostración termina por no producirse y la decisión, por el contrario, es absoluta, el error en que se incurre salta a la vista y debe, entonces, pasar a analizarse si se ha producido un daño antijurídico.

FF: CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ARTICULOS 388, 414

LIBERTAD PERSONAL - Carga pública / CARGA PUBLICA - Libertad personal / LIBERTAD PERSONAL - Derecho fundamental / CARGA PUBLICA - Noción

Esta Corporación ha sostenido que a los asociados corresponde soportar la carga pública que implica participar, por voluntad de la autoridad, en una investigación. Sin embargo, ahora la Sala considera oportuno recoger expresiones en virtud de las cuales algunos sectores de la comunidad jurídica han llegado a sostener, sin matiz alguno, que el verse privado de la libertad ocasionalmente es una carga pública que los ciudadanos deben soportar con estoicismo. Definitivamente no puede ser así. Lo cierto es que cualquiera que sea la escala de valores que individualmente se defiende, la libertad personal ocupa un lugar de primer orden en una sociedad que se precie de ser justa y democrática. Por consiguiente, mal puede afirmarse que experimentar la pérdida de un ingrediente fundamental para la realización de todo proyecto de vida, pueda considerarse como una carga pública normal, inherente al hecho de vivir dentro de una comunidad jurídicamente organizada y a la circunstancia de ser un sujeto solidario. Si se quiere ser coherente con el postulado de acuerdo con el cual, en un Estado Social y Democrático de Derecho la persona —junto con todo lo que a ella es inherente— ocupa un lugar central, es la razón de la existencia de aquél y a su servicio se hallan todas las instituciones que se integran en el aparato estatal, carece de asidero jurídico sostener que los individuos deban soportar toda suerte de sacrificios, sin compensación alguna, por la única razón de que resultan necesarios para posibilitar el adecuado ejercicio de sus funciones por las autoridades públicas. La afirmación contraria sólo es posible en el seno de una organización estatal en la que la persona —con todos sus atributos y calidades— deviene instrumento, sacrificable, reductible y prescindible, siempre que ello se estime necesario en aras de lograr lo que conviene al Estado, es decir, en un modelo de convivencia en el que la prevalencia de un —desde esta perspectiva, mal entendido— interés general, puede justificar el desproporcionado sacrificio del interés particular —incluida la esfera de derechos fundamentales del individuo— sin ningún tipo de compensación. Y es que si bien es cierto que en el ordenamiento jurídico colombiano la prevalencia del interés general constituye uno de los principios fundantes del Estado —a veces del artículo 1º in fine de la Constitución Política—, no lo es menos que el artículo 2º de la propia Carta eleva a la categoría de fin esencial de la organización estatal la protección de todas las personas residentes en Colombia en sus derechos y libertades. Ello implica que la procura o la materialización del interés general, no puede llevarse a cabo avasallando inopinada e irrestrictamente las libertades individuales, pues en la medida en que la salvaguarda de éstas forma parte, igualmente, del contenido teleológico esencial con el que la Norma Fundamental programa y limita la actividad de los distintos órganos del Estado, esa protección de los derechos y libertades también acaba por convertirse en parte del interés general.

DAÑO ANTIJURIDICO - Concepto / CARGA PUBLICA - Daño antijurídico / PRIVACION DE LA LIBERTAD - Daño antijurídico / PRIVACION DE LA LIBERTAD - Carga pública

Entre las consideraciones acerca de la naturaleza del daño antijurídico se ha sostenido que, en cada caso, ha de corresponder al juez determinar si el daño va más allá de lo que, normalmente y sin compensación alguna, debe soportar una persona por el hecho de vivir en una comunidad jurídicamente organizada y comportarse como un sujeto solidario. En ese orden de ideas, no pocas veces se ha concluido que constituye daño antijurídico aquel que se experimenta en el ámbito puramente material, por vía de ejemplo, cuando se devalúa un bien inmueble por la proximidad de un puente vehicular que ha sido construido y puesto en funcionamiento para el bienestar de toda la colectividad. Considera la Sala, de todas formas y como líneas atrás se ha apuntado, que no es posible generalizar y que, en cada caso concreto, corresponderá al juez determinar si la privación de la libertad fue más allá de lo que razonablemente debe un ciudadano soportar para contribuir a la recta Administración de Justicia. Lo que no se estima jurídicamente viable, sin embargo, es trasladar al administrado el costo de todas las deficiencias o incorrecciones en las que, en ocasiones, pueda incurrir el Estado en ejercicio de su ius puniendi. El umbral de resistencia de los ciudadanos ha de ser mayor cuando se trata de cargas públicas cuya asunción se hace necesaria para garantizar la sostenibilidad de la existencia colectiva, pero deberá analizarse la magnitud de tales cargas con un escrutinio más estricto y comprensivo —siempre desde la perspectiva de la víctima— allí en donde estén involucrados aspectos que tocan en toda su plenitud la esfera de derechos fundamentales del individuo, al punto de, incluso, poder llegar a hacer inviable su proyecto personal de vida, circunstancia que se da, sin asomo de duda, cuando se ha afectado de manera tan intensa —como en el sub lite— una garantía tan cara a la naturaleza humana como lo es el sagrado derecho a la libertad. Por tanto, la centralidad del principio-derecho a la libertad, en el seno de todo Estado constitucional, democrático y de Derecho, lo constituye en verdadero valor fundante de la organización política misma, con incidencia tanto en la concepción de los demás derechos inherentes a la condición humana, como en la configuración de la manera de ser y de proceder de las autoridades públicas. Nota de Relatoría: Ver sentencia del 18 de septiembre de 1997, expediente 11.754, actor Jairo Hernán Martínez Nieves; sentencia de 27 de septiembre de 2000, Radicación 11601, Consejero ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez, actor: Ana Ethel Moncayo de Rojas y otros.

INEXISTENCIA DE PRUEBAS - Beneficio de la duda / BENEFICIO DE LA DUDA - Absolución / PRESUNCION DE INOCENCIA - Privación injusta de la libertad / PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO - Privación injusta de la libertad

La Sala observa que en el presente caso, lejos de haber recuperado el sindicado su libertad porque no existiese elemento alguno demostrativo que obrara en su contra, le benefició que la valoración del acervo probatorio ofreciera serias dudas que debieron ser resueltas en su favor, como quiera que no pudo ser desvirtuada la presunción de inocencia que le amparaba. De manera tal que, en el sub iudice, si bien no se ha configurado cabalmente uno solo de los supuestos contenidos en el artículo 414 del C.P.P., entonces vigente, ello obedeció precisamente al hecho de que la Administración de Justicia ora no desplegó, ora no pudo llevar a buen término los esfuerzos probatorios que pudieran haber conducido a demostrar, en relación con el punible de cuya comisión se inculpaba al aquí demandante, que “el sindicado no lo cometió”. No obstante, en pretérita ocasión la Sala ha procurado deslindar dos situaciones de diversa índole que pueden tener lugar cuando se absuelve a personas que han sido previamente sujetas a medida de aseguramiento, consistente en detención preventiva. Se ha sostenido, en dicha dirección, que unas son las circunstancias en las que a esa decisión absolutoria

se arriba como consecuencia de la ausencia total de pruebas en contra del sindicado —deficiencia probatoria que también afectaría la legalidad de la orden de detención preventiva—, y otras diversas las que tendrían lugar cuando la absolución deriva de la aplicación del beneficio de la duda. La Sala reitera, en el presente caso, los razonamientos que se efectuaran en el pronunciamiento en cita. Exonerar al Estado de responsabilidad por no realizar o culminar las averiguaciones que habrían —probablemente— conducido a la estructuración de la causal de detención preventiva injusta consistente en que el sindicado no cometió el hecho, habiéndose previamente dispuesto su encarcelamiento, constituiría una manifiesta inequidad. Y esa consideración no se modifica por el hecho de que la absolución se haya derivado de la aplicación del multicitado principio “in dubio pro reo”, pues la operatividad del mismo en el sub júdice no provee de justo título —ex post— a una privación de libertad por tan prolongado período, si el resultado del proceso, a su culminación y de cara a la situación de aquí demandante, continuó siendo la misma que ostentaba antes de ser detenido: no pudo desvirtuarse que se trataba de una persona inocente. Adicionalmente, resultaría desde todo punto de vista desproporcionado exigir de un particular que soportase inerte y sin derecho a tipo alguno de compensación —como si se tratase de una carga pública que todos los coasociados debieran asumir en condiciones de igualdad—, el verse privado de la libertad durante aproximadamente dos años, en aras de salvaguardar la eficacia de las decisiones del Estado prestador del servicio público de Administración de Justicia si, una vez desplegada su actividad, esta Rama del Poder Público no consiguió desvirtuar la presunción de inocencia del particular al que inculpaba. La “ley de la ponderación”, o postulado rector del juicio de proporcionalidad en sentido estricto, enseña que el detrimento del derecho o interés jurídico que se hace retroceder, se sacrifica o se afecta en un caso concreto, debe ser correlativo a o ha de corresponderse con el beneficio, la utilidad o el resultado positivo que se obtenga respecto del bien, derecho o interés jurídico que se hace prevalecer, a través de la “regla de precedencia condicionada” que soporta la alternativa de decisión elegida para resolver el supuesto específico. En otros términos, «cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro. Nota de Relatoría: Ver sentencia del 18 de septiembre de 1997, C.P. Dr. Daniel Suárez Hernández, expediente 11.754, actor Jairo Hernán Martínez Nieves.

FF: CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ARTICULO 414

JUICIO DE PROPORCIONALIDAD - Privación injusta de la libertad / COLISION DE DERECHOS - Privación injusta de la libertad / PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Proporcionalidad. Colisión de derechos

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

la libertad durante un lapso aproximado de dos años? Como quiera que la respuesta es claramente negativa, si se tiene en cuenta que la detención preventiva a nada condujo, pues el Estado no pudo desvirtuar la presunción de inocencia que ampara al individuo y en manera alguna se justificó la notable afectación a dichos derechos fundamentales, la medida no satisfizo las exigencias de la referida "ley de la ponderación" y resultó manifiestamente desproporcionada, de manera que supuso un sacrificio especial para el particular, que supera -con mucha diferencia- las molestias o cargas que cualquier individuo ha de asumir por el hecho de vivir en comunidad. No estaba, por tanto, el señor Forigua Panche, en la obligación de soportar los daños que el Estado le irrogó, mismos que deben ser calificados como antijurídicos y cuya configuración determina, consecuentemente, el reconocimiento de la respectiva indemnización de perjuicios.

PERJUICIOS MATERIALES - Privación injusta de la libertad / DAÑO EMERGENTE - Concepto / LUCRO CESANTE - Concepto / DAÑO EMERGENTE PRESENTE - Privación injusta de la libertad / DAÑO EMERGENTE FUTURO - Diferente a lucro cesante

El daño emergente supone, por tanto, una pérdida sufrida, con la consiguiente necesidad —para el afectado— de efectuar un desembolso si lo que quiere es recuperar aquello que se ha perdido. El daño emergente conlleva que algún bien económico salió o saldrá del patrimonio de la víctima. Cosa distinta es que el daño emergente pueda ser tanto presente como futuro, dependiendo del momento en que se haga su valoración. De este modo, el reconocimiento y pago —que la parte actora solicita— de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el momento en que se produce la suspensión del demandante en el ejercicio de sus funciones, no puede catalogarse como una modalidad del daño emergente, sino de lucro cesante. Este último corresponde, entonces, a la ganancia frustrada, a todo bien económico que, si los acontecimientos hubieran seguido su curso normal, habría ingresado ya o lo haría en el futuro, al patrimonio de la víctima. Esto último es lo que ocurre con el no pago de los salarios y prestaciones mientras se prolongó la detención preventiva. De manera que, por tratarse este extremo de un asunto que toca con el rubro del lucro cesante, será abordado inmediatamente después de cuantificar el daño emergente. Empero, lo que sí constituye lucro cesante —como líneas atrás se explicó— son los salarios y prestaciones sociales que el señor Audy Hernando Forigua Panche dejó de percibir como consecuencia de su desvinculación de la Policía Nacional, derivada de la medida cautelar de detención preventiva de la que fue objeto. De la relación de causalidad entre el hecho dañoso —la medida cautelar en mención— y el perjuicio irrogado —la inicial suspensión en el empleo y posterior desvinculación definitiva del mismo, con la consecuente imposibilidad de continuar devengando salarios y prestaciones— no queda la menor duda, pues así se desprende con claridad de la hoja de vida del señor Forigua Panche, remitida con destino a este proceso por la Policía Nacional, en la cual se observa que la causal de retiro del servicio fue, precisamente, "existir en su contra detención preventiva que excede de 60 días", causal de retiro consagrada en la letra l) del artículo 24 del decreto 2247 de 1984, estatuto de personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, vigente para la época en que ocurrieron los hechos.

FF: CODIGO CIVIL ARTICULO 1614

LUCRO CESANTE - Requisitos para ser indemnizable / PERJUICIO INDEMNIZABLE - Cierto / PERJUICIO CIERTO - Indemnizable

El lucro cesante, de la manera como fue calculado por los peritos, no cumple con el requisito uniformemente exigido por la jurisprudencia de esta Corporación, en el sentido de que el perjuicio debe ser cierto, como quiera que el perjuicio eventual no otorga derecho a indemnización. El perjuicio indemnizable, entonces, puede ser actual o futuro, pero, de ningún modo, eventual o hipotético. Para que el perjuicio se considere existente, debe aparecer como la prolongación cierta y directa del estado de cosas producido por el daño, por la actividad dañina realizada por la autoridad pública. Esa demostración del carácter cierto del perjuicio brilla por su ausencia en el experticio de marras. Nota de Relatoría: Ver Nr: En ese sentido pueden verse, entre otros, los pronunciamientos de esta Sección, de 2 de junio de 1994, CP Dr. Julio César Uribe Acosta, actor: Julio César Delgado Ramírez, expediente 8998, o el de 27 de octubre de 1994, CP Dr. Julio César Uribe Acosta, actor Oswaldo Pomar, expediente 9763.

PRUEBA PERICIAL - Valoración / DICTAMEN PERICIAL - Valoración

Cuando la prueba pericial evidencia, como en el sub lite, tal grado de inconsistencia y falta de rigor científico, el juez, dentro de la facultad que le asiste para valorar toda la comunidad probatoria recaudada de conformidad con las reglas de la sana crítica, puede prescindir de tomar en consideración, para fallar, un experticio técnico rodeado de semejantes singularidades. Así se desprende de lo preceptuado por los artículos 237, numeral 6º y 241 —inciso 1º— del Código de Procedimiento Civil. Sólo al juez, en consecuencia, corresponde apreciar cuál es la fuerza de convicción que debe reconocerle al dictamen, sin que esté obligado a aceptarlo cuando no reúna los requisitos legalmente exigidos para su validez y eficacia, habida cuenta que se trata de un elemento de prueba que debe valorarse y no de una función jurisdiccional, que es privativa del juez y, en esa medida, indelegable en los peritos. Una sujeción absoluta, inopinada y acrítica a la pericia, convertiría al juez en un autómatas y a los peritos en verdaderos decisores de la causa. También la mejor doctrina ha sostenido cuanto aquí se viene afirmando en punto a la valoración que el fallador debe realizar de la prueba pericial.

FF: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL ARTICULOS 237, NUMERAL 6 Y 241 INCISO 1

PERJUICIOS MORALES - Presunción / PERJUICIOS MORALES - Privación injusta de la libertad / PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Perjuicios morales

Si bien en el plenario no obran pruebas concretas que acrediten directamente la existencia y entidad de tales sentimientos de tristeza y dolor, la Sala entiende que, con base en las reglas de la experiencia ampliamente reconocidas por la jurisprudencia, ese dolor puede válidamente inferirse en la persona de la víctima del daño antijurídico causado por el Estado, señor Forigua Panche, así como en las de sus padres, hija menor de edad y cónyuge o compañera permanente, razón por la cual, sin que se haga necesario ahondar en mayores argumentaciones, se reconocerá y dispondrá el pago de este rubro del perjuicio a los demandantes.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá D.C. cuatro (4) de diciembre de dos mil seis (2006)

Radicación número: 25000-23-26-000-1994-09817-01(13168)

Actor: AUDY HERNANDO FORIGUA PANCHE Y OTROS

Demandado: NACION-MINISTERIO DE JUSTICIA

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 10 de octubre de 1996, proferida por la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual decidió:

“Primero: Deniéganse las pretensiones procesales.

Segundo: Sin condena en costas.”

I. ANTECEDENTES:

1. La demanda:

Los señores Audy Hernando Forigua Panche, en su propio nombre y en representación de su menor hija Diana Marcela Forigua Góngora, David Forigua Farfán, Ana Delina Panche de Forigua y Marta Mireya Garzón Duarte, en ejercicio de la acción de reparación directa, el 2 de mayo de 1994, presentaron ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca demanda contra La Nación - Ministerio de Justicia y del Derecho y contra el Consejo Superior de la Judicatura, para que fueran declarados responsables de los perjuicios materiales y morales causados por la detención preventiva de que fuera objeto el primero de los nombrados por espacio de dos (2) años, sindicado de los delitos de falsedad ideológica y estafa, proceso en el que finalmente fue absuelto mediante sentencia (fls. 5 a 12 c. ppal.).

2. Los hechos:

El fundamento fáctico expuesto en la demanda fue el siguiente:

2.1. El señor Audy Hernando Forigua Panche ingresó a laborar como civil en la Policía Nacional el 19 de noviembre de 1979. El 31 de octubre de 1989 el Juzgado 54 de Instrucción Penal Militar de la Policía Nacional decretó su detención preventiva, sindicándolo de los punibles de falsedad ideológica y estafa, circunstancia por la cual fue separado del servicio, a partir del 3 de enero de 1990.

2.2. El Juzgado 33 Penal del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 2 de octubre de 1991 —en primera instancia— y posteriormente la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá —en segunda—, en providencia confirmatoria del 2 de marzo de 1992, absolvieron al demandante, decisión ésta última que quedó ejecutoriada el 12 de mayo del mismo año.

2.3. El señor Audy Forigua Panche estuvo privado de la libertad en forma preventiva por un lapso aproximado de dos (2) años, hecho que le generó a los demandantes perjuicios de orden material y moral, por cuanto dicha medida les implicó:

El retiro de la institución policial.

El pago de honorarios a dos profesionales del Derecho.

No poder continuar con sus estudios.

Sufrimiento y dolor por la privación de la libertad (fl. 6, c. ppal.).

3. Actuación de la parte demandada:

No obstante haberse notificado de la demanda el 10 de octubre de 1994, La Nación - Ministerio de Justicia y del Derecho no dio contestación a la misma (fl. 19 cdno. ppal.).

4. Alegatos de conclusión en la primera instancia:

En esta etapa procesal intervinieron tanto la parte demandada como la demandante, quienes lo hicieron en los términos que se resumen a continuación:

4.1. La Nación - Ministerio de Justicia: En el escrito que obra a folios 91 y 92 del cuaderno principal del expediente, solicitó denegar las pretensiones de la demanda, porque de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación sobre el tema de la responsabilidad del Estado por el hecho de la privación de la libertad, ésta no resulta comprometida cuando en el curso de la investigación de un delito existen indicios serios contra la persona sindicada, porque en tales eventos la detención es una carga que todas las personas deben soportar por igual.

Sin embargo, no hizo ninguna aplicación de los antecedentes jurisprudenciales citados al caso objeto de juzgamiento.

4.2. La parte demandante: Partiendo de la premisa de acuerdo con la cual la detención preventiva del señor Audy Hernando Forigua Panche fue injusta, reiteró las súplicas de la demanda (fls. 98 a 101 cdno. ppal.).

Para ello, de una parte, invocó la aplicación de los artículos 414 del Código de Procedimiento Penal vigente para la época de los hechos y 90 de la Constitución Política, dado que el hecho punible imputado a Audy Hernando Forigua Panche no fue cometido por éste, al punto que fue absuelto por la justicia penal; de igual manera, afirmó que la prueba allegada al proceso acredita los daños materiales y morales cuya indemnización se pretende con el ejercicio de la acción.

5. La sentencia de primera instancia.

En la sentencia impugnada (fls. 106 a 122, c. ppal.), en forma preliminar el Tribunal de instancia señaló que el régimen de responsabilidad aplicable en los eventos de detención injusta por aplicación del artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, es el de la falla del servicio.

En ese sentido, el *a quo* hizo especial referencia a los artículos 388 y 414 del Código de Procedimiento Penal hoy derogado, pero vigente al momento de los hechos, disposiciones que, en su orden, se referían a los requisitos sustanciales para dictar medida de aseguramiento "*cuando contra el sindicado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad, con base en las pruebas legalmente*

producidas en el proceso”, de un lado y a la indemnización por privación injusta de la libertad, de otro.

Consideró el *a quo* que la detención decretada en contra de Audy Hernando Forigua Panche se fundó en la existencia de indicios graves en su contra, indicios que si bien posteriormente fueron desvirtuados dentro del proceso penal, en su momento sustentaron que dicha privación de la libertad no tuviera carácter injusto habida cuenta que no se configuraba ninguna de las hipótesis previstas en el artículo 414 del entonces vigente Código de Procedimiento Penal.

Al respecto, sostuvo que la absolución definitiva se fundamentó en la duda y no en los supuestos de hecho establecidos en la norma procesal penal antes citada, por cuanto en las sentencias de primera y segunda instancia no se concluyó que el hecho no existió, o que el sindicado no lo cometió o que la conducta no era constitutiva de hecho punible, sino que el fundamento del fallo absolutorio lo constituyó la duda insalvable que debió decidirse a favor del acusado, razón ésta por la cual el Tribunal denegó las súplicas de la demanda.

6. La impugnación.

La parte actora interpuso y sustentó el recurso de apelación contra la anterior decisión (fls. 123, 132 y 133 c. ppal.), por considerarla inflexible y contraria a los artículos 90 de la Carta Política y 414 del Código de Procedimiento Penal. Luego de transcribir, en lo pertinente, un aparte de la sentencia del 14 de septiembre de 1994 —expediente 9391— proferida por esta Sala, concluyó:

“Con fundamento en todo lo reseñado, sostenemos que el hecho dañoso y la responsabilidad directa es inequívocamente imputable al Estado en cabeza de uno de sus órganos en ejercicio de la administración de justicia, y se desprende la obligación constitucional (art. 90) y legal (C. de P.P., art 414) que nace para éste de reparar los perjuicios causados a mi representado, porque su misión primordial es la de restablecer el equilibrio que debe reinar en la sociedad en los casos en que haya sido vulnerado por el mismo Estado, porque la privación injusta de la libertad impuesta a mi representado no fue causada por dolo o culpa a él imputable, sino por unas pruebas que sólo producen sospechas, pero no responsabilidad penal, por lo que nace obligación de indemnizar, por justicia distributiva, que lleva a compensarlo económicamente” (fl. 133 cdno. ppal.).

7. Alegatos de conclusión.

7.1. La parte actora (fls. 140 y 141 cdno. ppal.), al solicitar la revocatoria del fallo impugnado y en su lugar acceder a las pretensiones de la demanda, reiteró los argumentos expuestos en el escrito de sustentación del recurso de apelación.

7.2. La Nación - Ministerio de Justicia (fls. 142 a 145 cdno. ppal.), pidió la confirmación de la sentencia apelada, por considerar que la privación de la libertad del señor Forigua no puede calificarse de injusta a la luz del artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, pues el motivo de su absolución fue la duda y no causal alguna de las previstas en esa disposición de carácter procesal.

7.3. El Ministerio Público se abstuvo de intervenir en esta etapa procesal.

II. CONSIDERACIONES

1.- El caso objeto de análisis:

En el presente asunto, los actores solicitaron la indemnización de los perjuicios que, a su juicio, les fueron ocasionados por la privación injusta de la libertad del señor Audy Hernando Forigua Panche:

“(...) La Nación - Ministerio de Justicia y del Derecho - Consejo Superior de la Judicatura, en ejercicio de la administración de justicia, incurrió en responsabilidad por daño especial y por rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas, cuando al actuar jurisdiccionalmente causó y ocasionó daños a miembros de la comunidad, de orden material y moral, al consagrarse constitucionalmente el predominio del postulado de la igualdad frente a la ley, que desarrolla el principio de igualdad frente a las cargas públicas.” (fol. 9 c. ppal.).

Al señor Audy Hernando Forigua Panche se le imputó la supuesta comisión de los delitos de falsedad ideológica y estafa, como consecuencia de los hechos acaecidos entre los meses de agosto, septiembre y octubre de 1989, en virtud de los cuales se descubrió, en el departamento de sistemas de la Dirección General de la Policía Nacional, la desclasificación y adulteración del archivo maestro de personal, habiéndose obtenido la producción de cheques, por concepto de sueldos, a favor de agentes que se encontraban fuera de nómina.

Esa medida de detención preventiva finalizó como consecuencia de la absolución que, en sentencia definitiva, se decretó a favor de Audy Hernando

Forigua Panche. Conviene, en este punto de la argumentación, hacer referencia a cuáles fueron los fundamentos tenidos en consideración por el juez penal para proferir dicho pronunciamiento exonerador de responsabilidad respecto del señor Forigua Panche.

Es menester advertir previamente que, mediante auto de fecha 17 de julio de 2003, este Despacho dispuso que se remitiera al presente encuadernamiento copia íntegra y auténtica del proceso penal que motivó la detención preventiva ordenada en contra del señor Audy Forigua Panche, para lo cual se ofició tanto al Juzgado 33 Penal del Circuito de Bogotá, como a la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad (fls. 158 a 160, cdno. ppal.). Sin embargo, toda vez que el expediente respectivo no fue encontrado en el Archivo de la Rama Judicial —constancia a fl. 179, c. ppal.—, devino imposible disponer de dicho elemento de prueba en el plenario, razón por la cual las referencias que a continuación se efectúan a diversas piezas que en su momento obraron en el procedimiento penal en comento, se haga acudiendo a lo expuesto por las sentencias proferidas, en primera instancia, por el Juzgado 33 Penal del Circuito de Bogotá —fls. 8 a 53, cdno. de pruebas— y, en segunda, por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de la misma ciudad —fls. 54 a 69 de idéntico cuaderno.

En efecto, en la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Penal del Circuito de Bogotá, se hace referencia a los siguientes elementos de prueba que podían comprometer la responsabilidad del señor Forigua Panche:

a. La denuncia, ampliación y ratificación de la misma, efectuada por el Mayor Eliécer Larrota, mediante la cual, además de poner en conocimiento y describir, con soportes documentales, los hechos objeto de investigación, manifiesta que

“(...) AUDY FORIGUA fue quien hizo el arreglo del programa y que de ello tenía conocimiento CARLOS LÓPEZ encargado del control de calidad”.

En relación con este elemento de prueba, el propio auto del Juzgado Treinta y Tres sostiene lo siguiente:

“Las versiones rendidas por el Mayor LARROTA, merecen para el Despacho plena credibilidad, pues como se verá a lo largo de esta

providencia, sus atestaciones encuentran respaldo probatorio en la gran cantidad de pruebas aportadas...” (fls. 18-20, c. pruebas).

b. También refiere la sentencia dictada por el Juzgado Treinta y Tres que

“EDGAR OVIDIO CARO PAEZ al folio 98 del primer cuaderno hace saber que es revisor contable de sistemas y que para los meses de septiembre u octubre se encontró una inconsistencia por desclasificación dentro del archivo de personal, razón por la cual en compañía de ALVARO TIBAQUIRÁ fueron en busca del archivo de personal y allí se detectaron nueve personas más vinculadas (...) Manifiesta que la adición y modificación del archivo de personal la hizo AUDY FORIGUA por ser el encargado de conocer los programas de nómina”(fls. 28-29, c. pruebas).

Sin embargo, el Juzgado Treinta y Tres Penal del Circuito de Bogotá, valorando otros elementos de prueba recaudados a lo largo del proceso, concluyó, en relación con el aquí demandante, lo siguiente:

“Al respecto debe predicarse que son varios los aspectos que conducen al Despacho a no tener la certeza de ser el acusado FORIGUA el autor del ilícito mencionado...

(...)

Como se puede observar, no se encuentra nada claro sobre la persona que cometió el delito de Falsedad investigado, pues hasta ahora de las pruebas traídas al proceso lo único que se desprende son dudas acerca del verdadero autor del reato; autoría que bajo las anteriores circunstancias no puede de manera alguna predicarse con certeza de AUDY HERNANDO FORIGUA PANCHE, pues como queda visto por la versión del Mayor LARROTA, su vinculación a esta investigación fue guiada únicamente por sospechas que en el actual momento procesal han sido desvirtuadas, como también lo han sido los indicios que pesaban en su contra y que en pretérita oportunidad fueron calificados de graves y por ello se dictó en su contra Resolución de Acusación” (fl. 42 cdno. 2 - negrillas se adicionan).

Por su parte, en la sentencia de segunda instancia, proferida por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, D.C., se lee lo siguiente en relación con la responsabilidad del señor Forigua Panche (fls. 61-62, c. pruebas):

“Primeramente se revisa la situación de AUDY HERNANDO FORIGUA PANCHE, para afirmarse que si bien es cierto hay la prueba de la adulteración de nóminas, creación de cheques y el natural cobro indebido de las sumas que representaban, no puede afirmarse como lo hace la acusación, teniendo presente que la sentencia exige la plena prueba, que este sindicato hubiera participado en la realización de las alteraciones establecidas, pues de conformidad con el dictamen pericial hay varias posibilidades de generar el fraude conocido pero siempre por persona con elevados conocimientos de sistemas de los cuales carecía

FORIGUA. (...) En síntesis, ante las dudas que emergían del informativo, se absuelve de los cargos”.

“El Juzgado de conocimiento le absolvió, al considerar que **la versión libre en donde admitía su responsabilidad** (fl. 23-6, c. 1) era inexistente pues la prueba no fue practicada por la autoridad competente y con las formalidades del caso; además, porque se estimó que la prueba pericial acerca de la manera como pudo realizarse la alteración de archivos magnéticos no arrojaba resultados concretos y se calificaba allí como inoperantes los pasos que este individuo decía había usado para alterar los archivos. Así las cosas, la prueba se reducía a un indicio de presencia y, conocida la laxitud de las medidas de seguridad en la División de Sistemas, tal indicio bien podía aplicarse a cualquier otro miembro de la anotada dependencia.

Aunque la Sala no considera acertadas las decisiones de eliminar el valor de prueba de la versión (que lo es de indicio como lo precisó el auto calificador de segundo grado, consultando las vigentes corrientes jurisprudenciales) y se interpretó indebidamente el contenido del peritazgo visible a partir del folio 235 del segundo cuaderno principal (allí se precisa que se logró la alteración con la “creación del archivo con el comando BUILD” y tampoco se califica de ineficaz la forma como FORIGUA refiere tuvo lugar la falsificación, sólo que hay aspectos inconsistentes), la verdad es que ante la ausencia de impugnación por sujeto procesal diferente a los acusados, la final decisión de no atribuir responsabilidad penal se mantendrá...” (negrillas y subrayas fuera del texto original, fls. 56- 62, c. pruebas).

Como con claridad se desprende del recuento probatorio y argumentativo que, respecto del proceso penal de marras, se viene de realizar, la absolución con la cual se vio favorecido el señor Audy Hernando Forigua Panche se derivó de la aplicación del beneficio de la duda, como consecuencia de la insuficiencia de las pruebas recaudadas para sustentar una condena en su contra. Y es que a pesar de existir elementos de prueba que, al inicio del plenario, podían hacerle aparecer como responsable de la comisión de los ilícitos que se le imputaban, una vez aquellos fueron contrastados con otras probanzas, en la sentencia de primera instancia se mostraron insuficientes —en criterio del sentenciador penal— para arrojar la certeza sobre la autoría del hecho, indispensable para soportar un pronunciamiento condenatorio. No se trata entonces, en el *sub lite*, de un supuesto de privación de la libertad y posterior absolución motivada por la ausencia absoluta de pruebas en contra del sindicado, sino de un evento en el que la inconsistencia del material probatorio allegado al expediente para alcanzar la certidumbre en punto a la autoría del reato, impuso la aplicación del beneficio de la duda —corolario de la garantía constitucional de la presunción de inocencia— en favor del procesado.

Tan es así que el Tribunal Superior de Bogotá, en el pronunciamiento de segunda instancia, no alude a la inexistencia de pruebas en contra del señor Forigua Panche como fundamento del fallo absolutorio, sino que, incluso, se muestra en desacuerdo con la valoración probatoria efectuada por el *a quo* al restarle eficacia incriminatoria a algunas de las piezas cuyo análisis sirvió de base a la decisión. De hecho, aclara que se abstiene de efectuar un pronunciamiento diverso del realizado por el Juzgado Treinta y Tres Penal del Circuito en relación con la responsabilidad penal del señor Forigua Panche, en consideración a que éste último no apeló la sentencia del *a quo*, circunstancia que impone la aplicación del principio de *reformatio in pejus*.

En consecuencia, a juicio de la Sala, mal podría aducirse que la medida cautelar de detención preventiva carecía de justificación, pues sin pretender reelaborar, en esta sede, la valoración efectuada en su momento por la jurisdicción penal para decretarla, el solo recuento de presupuestos fácticos que hasta aquí se ha llevado a cabo da cuenta de que existían elementos suficientes para considerar razonable el disponer la privación de la libertad del señor Forigua Panche, con el lleno de los requisitos legales exigidos por el artículo 388 del entonces vigente Código de Procedimiento Penal. Cosa distinta es que, como resultado del debate probatorio y de la valoración que del mismo se efectúa en la sentencia, a la luz de la normatividad aplicable, se concluyera que no resultaba suficiente para estructurar un fallo condenatorio.

2.- Lo que se debate.

Teniendo en cuenta el panorama que se ha dejado expuesto, considera la Sala que para desatar el recurso de alzada impetrado contra la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el presente caso, resulta imperativo resolver los siguientes problemas jurídicos:

(i) ¿Puede deducirse responsabilidad del Estado por el hecho de los daños ocasionados a un particular por una decisión mediante la cual se ordena la medida cautelar de detención preventiva dentro de un proceso penal, con el lleno de los requisitos legales, cuando posteriormente el individuo en cuestión resulta absuelto en la sentencia?

(ii) ¿Tiene trascendencia, a efectos de precisar la respuesta al punto anterior en el presente caso, la circunstancia de que la absolución haya tenido lugar como consecuencia de la aplicación del beneficio de la duda en favor del procesado y no que haya sido el resultado de la ausencia total de pruebas en su contra?

Antes de dar respuesta a los anteriores dos cuestionamientos, bien vale la pena referir, muy brevemente, cuál ha sido el tratamiento que ha dispensado esta Corporación a casos en los cuales se debate sobre la responsabilidad del Estado frente a supuestos fácticos como los inherentes al *sub examine*.

3.- Responsabilidad del Estado por la privación de la libertad de las personas.

La Sala, en relación con la responsabilidad del Estado derivada de la privación de la libertad de las personas, no ha sostenido un criterio uniforme. En efecto, la interpretación y aplicación del artículo 414 de Código de Procedimiento Penal —Decreto ley 2700 de 1991, ya derogado pero aún aplicable a casos ocurridos durante su vigencia—, se ha desarrollado en tres distintas direcciones, como se sintetiza a continuación.

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 produciría como consecuencia de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, previa una valoración seria y razonable de las distintas circunstancias del caso. Por manera que, para su deducción —se dijo—, es irrelevante el estudio de la conducta del juez o magistrado, es decir que no interesaba averiguar si aquél actuó o no con culpa o dolo.¹

Más tarde, en una segunda época, la carga procesal para el actor de demostrar el carácter injusto de la detención para obtener indemnización de perjuicios, consistente en probar la existencia de un error de la autoridad jurisdiccional al ordenar la medida privativa de la libertad, fue reducida tan sólo a los casos de detención diferentes a los contemplados en el artículo 414 del

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 30 de junio de 1994, expediente número 9734.

Código de Procedimiento Penal² porque, en relación con estos últimos, se estimó que en los tres eventos allí señalados la ley calificó que se estaba en presencia de una detención injusta y que, por lo tanto, surgía para el Estado la obligación de reparar los perjuicios con ella causados.

Por último, se ha venido sosteniendo el carácter injusto de los tres casos de detención que preveía el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal y que, por consiguiente, frente a la reclamación de perjuicios fundada en alguno de los tres supuestos consignados en dicho precepto, resulta indiferente establecer si en la providencia que ordenó la privación de la libertad se incurrió o no en error judicial, por cuanto lo que compromete la responsabilidad del Estado —se dijo— 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 soportarlo³.

La Sala, recientemente, al analizar los tres casos previstos en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal como hechos generadores de responsabilidad patrimonial del Estado, sostuvo:

“La Sala reitera lo manifestado en la sentencia proferida el día 27 de septiembre de 2001 porque considera que en estos eventos la responsabilidad del Estado existe cuando se ha causado un daño antijurídico por la privación de la libertad de un sujeto que fue absuelto porque nada tuvo que ver con el delito investigado, sin que resulte relevante, generalmente, cualificar la conducta o las providencias de las autoridades encargadas de administrar justicia”⁴.

4.- De la responsabilidad del Estado por los daños derivados de la detención preventiva ordenada con el lleno de los requisitos legales, cuando posteriormente se exime de responsabilidad al sindicado.

² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 17 de noviembre de 1995, expediente número 8666.

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente número 13.606. En dicha providencia, la Sala expresó: *“En la segunda tesis jurisprudencial sobre la responsabilidad del Estado causada en detención preventiva, ‘objetiva o amplia’, se sujeta esta responsabilidad y en cuanto a la conducta imputada a que la persona que ha sido privada de la libertad y que posteriormente ha sido liberada como consecuencia de una decisión de autoridad competente, ésta haya sido fundamentada en que el hecho no ocurrió, o no le es imputable o que no se constituyó conducta punible, sin necesidad de valorar la conducta del juez o de la autoridad que dispuso la detención”*. (negrillas del original, resalta la Sala). Ver recuento jurisprudencial sobre el tema en la decisión del Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 14 de marzo de 2002, expediente número 12.076.

⁴ *Ibíd.*

No escapa a la Sala que unos son los requisitos que el orden jurídico establece que deben constatarse para que la autoridad competente pueda disponer, ajustándose a Derecho, la privación de la libertad de las personas, y otras diversas son las exigencias cuya concurrencia se precisa para que resulte jurídicamente procedente condenarlas mediante sentencia penal. De hecho, puede ocurrir que en un caso concreto hayan estado dados los requisitos para proferir una medida de aseguramiento que afecte la libertad personal del sindicado, sin que finalmente —en el mismo supuesto fáctico— se reúna la totalidad de presupuestos de una condena, situación que, a juicio de la Sala, es la que ha tenido lugar en el *sub lite*.

Y es que de acuerdo con lo preceptuado por el antes citado artículo 388 del Código de Procedimiento Penal, podía imponerse la medida de aseguramiento de detención preventiva cuando obrare, en contra del sindicado, un indicio grave de responsabilidad. Era posible, entonces, que se ordenare la detención preventiva de una persona, con pleno acatamiento de las exigencias legales y, no obstante, concluirse con posterioridad, en el curso del proceso y atendiendo a otros elementos de prueba, que se daba alguna de las hipótesis previstas por el artículo 414 del mismo Código —esto es, que el hecho no existió, no era constitutivo de delito, o el acusado no lo había cometido— o, simplemente, que no pudo desvirtuarse con toda certeza la presunción de inocencia que protege al ciudadano, razón por la cual la duda debía resolverse en su favor y se imponía el fallo absolutorio.

Se estaría, en estos casos, ante la necesidad de diferenciar entre una decisión *legal* —la que ordena la detención preventiva— pero que a la postre se revela *equivocada*, pues si bien se trata de una situación en que la ley autoriza, con el propósito de proteger a la colectividad y garantizar el cumplimiento de una sentencia eventualmente condenatoria, la vulneración del derecho fundamental a la libertad aunque no se encuentre demostrada la responsabilidad del sindicado, cuando esta demostración termina por no producirse y la decisión, por el contrario, es absolutoria, el yerro en que se incurre salta a la vista¹ y debe, entonces, pasar a analizarse si se ha producido un daño antijurídico.

¹ HERNÁNDEZ ENRIQUEZ, Alier Eduardo, «Responsabilidad extracontractual del Estado colombiano», en *Revista "Derechos y Valores"*, Vol. IV, No. 8, diciembre de 2001, Universidad Militar Nueva Granada, Facultad de Derecho, Bogotá, D.C., pp. 39-41.

Esta Corporación ha sostenido que a los asociados corresponde soportar la carga pública que implica participar, por voluntad de la autoridad, en una investigación. Sin embargo, ahora la Sala considera oportuno recoger expresiones en virtud de las cuales algunos sectores de la comunidad jurídica han llegado a sostener, sin matiz alguno, que el verse privado de la libertad ocasionalmente es una carga pública que los ciudadanos deben soportar con estoicismo.

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

La afirmación contraria sólo es posible en el seno de una organización estatal en la que la persona —con todos sus atributos y calidades— deviene instrumento, sacrificable, reductible y prescindible, siempre que ello se estime necesario en aras de lograr lo que conviene al Estado, es decir, en un modelo de convivencia en el que la prevalencia de un —desde esta perspectiva, mal entendido— interés general, puede justificar el desproporcionado sacrificio del interés particular —incluida la esfera de derechos fundamentales del individuo— sin ningún tipo de compensación.

Y es que si bien es cierto que en el ordenamiento jurídico colombiano la prevalencia del interés general constituye uno de los principios fundantes del Estado —a voces del artículo 1º *in fine* de la Constitución Política—, no lo es menos que el artículo 2º de la propia Carta eleva a la categoría de fin esencial de

la organización estatal la protección de todas las personas residentes en Colombia en sus derechos y libertades. Ello implica que la procura o la materialización del interés general, no puede llevarse a cabo avasallando inopinada e irrestrictamente las libertades individuales, pues en la medida en que la salvaguarda de éstas forma parte, igualmente, del contenido teleológico esencial con el que la Norma Fundamental programa y limita la actividad de los distintos órganos del Estado, esa protección de los derechos y libertades también acaba por convertirse en parte del interés general.

De este modo, la tensión entre Estado e Individuo, históricamente siempre presente desde la institucionalización misma del poder que supuso el advenimiento y consolidación del Estado de Derecho —a partir de los primeros lustros del siglo XIX—, paulatinamente fue configurando al aparato estatal, precisamente, respecto de las libertades y los derechos, como «algo más que un instrumento necesario de tutela: es la *condición necesaria* para que los derechos *nazcan* y sean alumbrados como auténticas situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos»². De ahí que los derechos fundamentales se configurasen como límites al poder³ 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 respeto⁴. 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 1798⁵, 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».

Entre las consideraciones acerca de la naturaleza del daño antijurídico se ha sostenido que, en cada caso, ha de corresponder al juez determinar si el daño

² Las cursivas en el texto original. Cfr. FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, traducción de Manuel Martínez Neira, Editorial Trotta- Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1996, p. 46.

³ 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.

⁴ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Introducción*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, D.C., 2003, p. 375.

⁵ Se toma la cita de la transcripción que del texto de la Declaración efectúa FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales...*, cit., p. 139.

va más allá de lo que, normalmente y sin compensación alguna, debe soportar una persona por el hecho de vivir en una comunidad jurídicamente organizada y comportarse como un sujeto solidario. En ese orden de ideas, no pocas veces se ha concluido que constituye daño antijurídico aquel que se experimenta en el ámbito puramente material, por vía de ejemplo, cuando se devalúa un bien inmueble por la proximidad de un puente vehicular que ha sido construido y puesto en funcionamiento para el bienestar de toda la colectividad.

No se entiende entonces con apoyo en qué tipo de argumento no habría de ser catalogado como igualmente antijurídico el daño que sufre quien se ve privado de la libertad —como en el presente caso— durante cerca de dos años y acaba siendo absuelto mediante sentencia judicial. Ciertamente resulta difícil aceptar que, con el fin de satisfacer las necesidades del sistema penal, deba una persona inocente soportar dos años en prisión y que sea posible aducirle, válidamente, que lo ocurrido es una cuestión “normal”, inherente al hecho de ser un buen ciudadano y que su padecimiento no va más allá de lo que es habitualmente exigible a todo individuo, como carga pública derivada del hecho de vivir en sociedad. Admitirlo supondría asumir, con visos de normalidad, la abominación que ello conlleva y dar por convalidado el yerro en el que ha incurrido el sistema de Administración de Justicia del Estado.

Considera la Sala, de todas formas y como líneas atrás se ha apuntado, que no es posible generalizar y que, en cada caso concreto, corresponderá al juez determinar si la privación de la libertad fue más allá de lo que razonablemente debe un ciudadano soportar para contribuir a la recta Administración de Justicia. Lo que no se estima jurídicamente viable, sin embargo, es trasladar al administrado el costo de todas las deficiencias o incorrecciones en las que, en ocasiones, pueda incurrir el Estado en ejercicio de su *ius puniendi*. En relación con la inconveniencia —si no imposibilidad— de verter juicios generales y abstractos en relación con asuntos como el que atrae la atención del presente proveído, ya había expresado esta Corporación lo siguiente:

*«Al respecto, debe reiterarse lo expresado en otras oportunidades, en el sentido de que no cualquier perjuicio causado como consecuencia de una providencia judicial tiene carácter indemnizable. Así, **en cada caso concreto deberá establecerse si el daño sufrido es de tal entidad que el afectado no está en la obligación de soportarlo, y resulta, en consecuencia, antijurídico, sea que tenga causa en una providencia errada o en una providencia ajustada a la ley.**»*

No puede considerarse, en principio, que el Estado deba responder siempre que cause inconvenientes a los particulares, en desarrollo de su función de administrar justicia; en efecto, la ley le permite a los fiscales y jueces adoptar determinadas decisiones, en el curso de los respectivos procesos, en aras de avanzar en el esclarecimiento de la verdad, y los ciudadanos deben soportar algunas de las incomodidades que tales decisiones les causen. Sin embargo, tampoco pueden hacerse afirmaciones categóricas, para suponer que, en determinados casos, será siempre inexistente el daño antijurídico, mucho menos cuando ha habido lugar a la privación de la libertad de una persona, así sea por corto tiempo, dado que se trata de la vulneración de un derecho fundamental, cuya injusticia, al margen de la licitud o ilicitud de la decisión que le sirvió de fundamento, puede hacerse evidente como consecuencia de una decisión definitiva de carácter absolutorio⁶. He aquí la demostración de que la injusticia del perjuicio no se deriva de la ilicitud de la conducta del agente del Estado»⁷ (Subrayas y negrillas fuera del texto original).

El umbral de resistencia de los ciudadanos ha de ser mayor cuando se trata de cargas públicas cuya asunción se hace necesaria para garantizar la sostenibilidad de la existencia colectiva, pero deberá analizarse la magnitud de tales cargas con un escrutinio más estricto y comprensivo —siempre desde la perspectiva de la víctima— allí en donde estén involucrados aspectos que tocan en toda su plenitud la esfera de derechos fundamentales del individuo, al punto de, incluso, poder llegar a hacer inviable su proyecto personal de vida, circunstancia que se da, sin asomo de duda, cuando se ha afectado de manera tan intensa —como en el *sub lite*— una garantía tan cara a la naturaleza humana como lo es el sagrado derecho a la libertad.

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

⁶ Nota de la sentencia citada: Sobre la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad, se pronunció esta Sala en sentencia del 18 de septiembre de 1997, expediente 11.754, actor Jairo Hernán Martínez Nieves, extendiéndola a casos en que la absolución se ha producido por razones distintas a las previstas en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, y concretamente por aplicación del principio *in dubio pro reo*.

⁷ Sección Tercera, sentencia de 27 de septiembre de 2000, Radicación 11601, Consejero ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez, actor: Ana Ethel Moncayo de Rojas y otros.

es, a no dudarlo, el principal rasgo distintivo entre las formas de Estado absolutistas, totalitarias y el Estado de Derecho. En palabras del profesor Antonio Enrique Pérez Luño,

«...una vez superadas las formas estatales absolutistas y totalitarias, en las que se da un status subiectionis en el que no existen libertades, aparece un status libertatis en el que se reconoce un ámbito de autonomía, una esfera de no agresión o injerencia del poder en la actividad de los particulares»⁸.

Por tanto, la centralidad del principio-derecho a la libertad, en el seno de todo Estado constitucional, democrático y de Derecho, lo constituye en verdadero valor fundante de la organización política misma, con incidencia tanto en la concepción de los demás derechos inherentes a la condición humana, como en la configuración de la manera de ser y de proceder de las autoridades públicas. El profesor Peces-Barba Martínez lo hace ver con claridad:

«La libertad es el referente central para fundamentar los derechos y, (...) tanto la igualdad como la seguridad y la solidaridad, tienen que identificarse y definirse en relación con ella (...) esa libertad como forma de convivencia social se diversifica en principios de organización y de interpretación o producción normativa y en derechos fundamentales. Los principios de organización expresan la influencia o son consecuencia de la libertad en la estructura de poder del Estado y de la Administración, y los derechos fundamentales en las atribuciones de éstos a sujetos de derechos (...), con el fin de que puedan realizar por sí mismos los comportamientos en la vida social y en relación con el poder que les conduzcan a la moralidad. El núcleo inicial de la libertad homogeiniza a los principios de organización en cuanto a sus fines, aunque los diversifique en cuanto a los medios.

(...)

La libertad es el referente central, clave de bóveda del fundamento de los derechos humanos, al que apoyan, completan y matizan los otros valores, igualdad, seguridad jurídica y solidaridad. Esa importancia capital deriva de su conexión con los fines últimos del hombre, expresados en la moralidad, y con su posibilidad para ofrecer un ámbito de comunicación para el intercambio de razones sobre los fines y objetivos»⁹ (subraya la Sala).

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.

⁸ PEREZ LÚÑO, Antonio Enrique, *Los derechos fundamentales*, sexta edición, Tecnos, Madrid, 1995, p. 174.

⁹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pp. 217 y 226.

5.- De la distinción entre los supuestos en que se absuelve al imputado por inexistencia de pruebas y aquellos casos en que la exoneración de responsabilidad penal se deriva de la aplicación, en su favor, del beneficio de la duda.

La Sala observa que en el presente caso, lejos de haber recuperado el sindicado su libertad porque no existiese elemento alguno demostrativo que obrara en su contra, le benefició que la valoración del acervo probatorio ofreciera serias dudas que debieron ser resueltas en su favor, como quiera que no pudo ser desvirtuada la presunción de inocencia que le amparaba. De manera tal que, en el *sub judice*, si bien no se ha configurado cabalmente uno solo de los supuestos contenidos en el artículo 414 del C.P.P., entonces vigente, ello obedeció precisamente al hecho de que la Administración de Justicia ora no desplegó, ora no pudo llevar a buen término los esfuerzos probatorios que pudieran haber conducido a demostrar, en relación con el punible de cuya comisión se inculpaba al aquí demandante, que *“el sindicado no lo cometió”*.

No obstante, en pretérita ocasión la Sala ha procurado deslindar dos situaciones de diversa índole que pueden tener lugar cuando se absuelve a personas que han sido previamente sujetas a medida de aseguramiento, consistente en detención preventiva. Se ha sostenido, en dicha dirección, que unas son las circunstancias en las que a esa decisión absolutoria se arriba como consecuencia de la ausencia total de pruebas en contra del sindicado —deficiencia probatoria que también afectaría la legalidad de la orden de detención preventiva—, y otras diversas las que tendrían lugar cuando la absolución deriva de la aplicación del beneficio de la duda. Así pues, frente a un evento de falta de prueba y encarcelamiento por sospecha, se sostuvo¹⁰:

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

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de septiembre de 1997, C.P. Dr. Daniel Suárez Hernández, expediente 11.754, actor Jairo Hernán Martínez Nieves.

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

Y se dice que no se comparten dichas apreciaciones, base de la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle, toda vez que, como se ha observado, **antes que duda, lo que se evidenció durante la investigación, fue ausencia total de prueba incriminatoria para el hoy demandante.** (...) De lo dicho se tiene, que una de las razones por las cuales no se logró dentro de la investigación penal una prueba adecuada de la responsabilidad de los implicados, fue en palabras del propio juez, la pasividad por parte de la fiscalía en dicha labor, circunstancia que justifica aún más la condena que habrá de imponerse, habida consideración de que la acción punitiva del Estado cuya titularidad ostenta impele a éste a adelantar las labores convenientes en materia probatoria que permitan el esclarecimiento de la verdad real.

Lo que no puede aceptarse de ninguna manera es que la falta de actividad probatoria por parte del Estado la tengan que soportar, privados de la libertad los sindicados, cuando precisamente del cumplimiento a cabalidad de dicha función, depende el buen éxito de la investigación, y desde luego solamente con una adecuada prueba, indicio grave de responsabilidad se repite, era procedente la imposición de la medida de aseguramiento.

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

Se observa sí que teniendo presente que la responsabilidad derivada de privación injusta de la libertad es de carácter objetivo, es a la parte demandada, para el caso la Nación - Ministerio de Justicia, a quien correspondía adelantar la labor probatoria que apuntara al acreditamiento de una eventual causal de exoneración, conducta que echa de menos esta corporación, pues ha de repararse en que cuando se le endilga a la Nación la privación de la libertad de una persona, es ella la llamada a acreditar las causales de exoneración» (negritas y subrayas fuera del texto original).

En el pronunciamiento que se acaba de referir, entonces, la responsabilidad del Estado se derivó de la inexistencia de probanza alguna en contra del imputado. Sin embargo, en la misma sentencia, la Sala razonó en torno al otro supuesto al que aquí se ha aludido, esto es, aquél en el cual la absolución

se impone como consecuencia de la aplicación del “*in dubio pro reo*”, en los siguientes términos:

*«En lo que hace a la aplicación en el proceso penal que originó el presente asunto del principio *In dubio pro reo* y la posibilidad de responsabilizar al Estado cuando la absolución es consecuencia de dicha aplicación, cree la Sala que, tal como se manifestó anteriormente, no se trató de duda sino más bien de falta de prueba incriminatoria. Sin embargo **aunque se tratase de dicha hipótesis no debe olvidarse que el presupuesto de la aplicación de tal principio, supone una duda para el juzgador penal, lo cual evidencia, precisamente, la deficiencia de la actuación estatal en la labor probatoria, circunstancia que no puede servir de base, ni por asomo, para la exoneración del Estado por la privación injusta de la libertad**, pues ha de tenerse presente que, como principio fundamental informador de toda la normativa penal, están los de buena fe y de inocencia, los cuales no pueden desvanecerse y mucho menos inobservarse, por una circunstancia meramente probatoria.*

La duda, en materia penal, se traduce en absolución y es ésta precisamente a la luz del art. 414 del C.P.P. la base para el derecho a la reparación. Ya tiene mucho el sindicado con que los jueces que lo investigaron lo califiquen de ‘sospechoso’ y además se diga que fue la duda lo que permitió su absolución, como para que esta sea la razón, que justifique la exoneración del derecho que asiste a quien es privado de la libertad de manera injusta.

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

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

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

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

Adicionalmente, resultaría desde todo punto de vista desproporcionado exigir de un particular que soportase inerme y sin derecho a tipo alguno de compensación —como si se tratase de una carga pública que todos los coasociados debieran asumir en condiciones de igualdad—, el verse privado de la libertad durante aproximadamente dos años, en aras de salvaguardar la eficacia de las decisiones del Estado prestador del servicio público de Administración de Justicia si, una vez desplegada su actividad, esta Rama del Poder Público no consiguió desvirtuar la presunción de inocencia del particular al que inculpaba. La “ley de la ponderación”, o postulado rector del juicio de proporcionalidad en sentido estricto, enseña que el detrimento del derecho o interés jurídico que se hace retroceder, se sacrifica o se afecta en un caso concreto, debe ser correlativo a o ha de corresponderse con el beneficio, la utilidad o el resultado positivo que se obtenga respecto del bien, derecho o interés jurídico que se hace prevalecer, a través de la “regla de precedencia condicionada” que soporta la alternativa de decisión elegida para resolver el supuesto específico. En otros términos, «cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro»¹¹.

En el *sub lite*, la colisión entre bienes e intereses en conflicto —juicio de proporcionalidad— se da de la siguiente manera: de un lado, se tiene el interés general concretado en la eficaz, pronta y cumplida Administración de Justicia; de otro, se encuentra la esfera de los derechos fundamentales, las garantías individuales y los derechos patrimoniales de los cuales es titular el ciudadano Audy Hernando Forigua Panche, afectados con la medida de detención preventiva. Si se admite que la medida cautelar resultaba idónea y necesaria en

¹¹ Cfr. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 161-167; *Vid.*, igualmente, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M., *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2.000.

aras de la consecución del fin al cual apuntaba —la pronta, cumplida y eficaz prestación del servicio público de administrar justicia—, se impone el siguiente cuestionamiento: ¿Justificó la prevalencia de este último fin, interés o principio jurídico, el detrimento sufrido por la libertad personal y demás derechos radicados en cabeza del señor Forigua Panche, los cuales se vieron afectados o sacrificados, al menos parcialmente, como consecuencia de haber sido privado de la libertad durante un lapso aproximado de dos años?

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

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

6. Indemnización de perjuicios.

6.1. Los hechos probados.

En el expediente se encuentra debidamente demostrado lo siguiente:

6.1. Que Audy Hernando Forigua Panche nació el 15 de abril de 1959, y es hijo de David Forigua y Ana Delina Panche —original de su certificado de nacimiento a fl. 4, cuaderno de pruebas—.

2.2. Que David Forigua Farfán y Ana Delina Panche contrajeron matrimonio el día 4 de marzo de 1957 —copia auténtica del registro civil de matrimonio a fl. 3, cuaderno de pruebas—.

2.3. Que Diana Marcela Forigua Góngora, nacida el 17 de diciembre de 1980, es hija de Audy Hernando Forigua Panche y Maria Nohora Góngora Barrero —original de certificado de Registro Civil de Nacimiento a fl. 5, cuaderno de pruebas—.

2.4. Que los señores Rafael Luna Matallana y Helmer Reyes Cabrera declararon, ante Notario, que el señor Audy Hernando Forigua Panche y la señora Martha Mireya Garzón Duarte, conviven en unión libre y bajo el mismo techo, desde siete años antes de la fecha de las mencionadas declaraciones —rendidas el 11 de junio de 1996 —fl. 7, c. pruebas—.

2.5. Que mediante oficio No. 6161-F/OJURI-UARGE, de fecha 26 de mayo de 1995, la jefatura de la Unidad de Archivo General de la Policía Nacional remitió a este expediente la hoja de vida del actor, con No. 161257 (folios 71 a 75, c.2 y todo el cuaderno 3). En ella figuran dos informativos disciplinarios, Nos. 008/89 y 016/88, una diligencia disciplinaria del 17 de abril de 1984 y la constancia de su retiro, producido el 3 de enero de 1990, por existir en su contra detención preventiva que excede 60 días. También se allega la Resolución No. 8306, del 9 de noviembre de 1989, por la cual se suspendió al señor Forigua en el ejercicio de sus funciones y atribuciones como empleado de la Policía Nacional (fl. 72, c. 2), así como la Orden Administrativa de Personal No. 1-005 del 9 de enero de 1990, por la cual se retiró del servicio al actor (fls. 73 a 75, c.2).

2.6. Que se dictó sentencia el 2 de octubre de 1991, por el Juzgado 33 Penal del Circuito de Bogotá, mediante la cual se absolvió al señor Audy Forigua de las imputaciones que se le efectuaban por los punibles de falsedad

en documento público, falsedad ideológica y estafa. En consecuencia, se dispuso dejarle en libertad (fls. 8 a 53, cuaderno de pruebas).

2.7. Que se dictó sentencia de segunda instancia, el 2 de marzo de 1992, por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá D.C., Sala de Decisión Penal, mediante la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto por el defensor de otro de los implicados en el caso, quien resultara condenado. El Tribunal, dentro de las limitaciones que impone el artículo 31 constitucional —en la medida en que establece la imposibilidad de agravar la situación punitiva de los enjuiciados que no recurren el fallo de primera instancia—, revisó la sentencia del a-quo en su totalidad. Respecto del aquí actor, señor Forigua Panche, no sólo mantuvo la absolución decidida por el Juzgado 33, sino que la extendió al delito de falsedad en documento privado, en relación con el cual la situación del acusado no se había resuelto aún (fls. 54 a 69 v., c. de pruebas).

2.8. Que mediante certificación calendada el 23 de octubre de 1992 y expedida por el Director del Programa Profesional de Ingeniería de Sistemas de la Universidad Incca de Colombia, se hace constar que Audy Hernando Forigua Panche se encontraba matriculado en el noveno semestre de la carrera, en el segundo período lectivo del año 1989. Consta que no terminó el semestre, que se retiró y que, posteriormente, en el primer período lectivo de 1992, reingresó, habiendo sido nivelado en el séptimo semestre por ajustes al pensum de la carrera (fl. 6, c. de pruebas).

2.9. Que en certificación del 15 de enero de 1993, expedida por el abogado Bernardo Espinoza Sanabria, consta que éste atendió los intereses procesales del actor dentro del proceso penal No. 4193, adelantado por el Juzgado 33 Penal del Circuito de Bogotá, e iniciado por el Juzgado 40 de Instrucción Criminal, el 30 de noviembre de 1989, por los delitos de falsedad y estafa. Por la prestación de estos servicios, el profesional del Derecho certifica haber recibido la suma de \$350.000,00, el 3 de octubre de 1991 (fl. 1, c. de pruebas).

2.10. Que mediante certificación calendada el 15 de enero de 1993 y suscrita por el abogado Orlando Quijano, se hace constar que éste atendió los intereses procesales del actor ante el juzgado 40 de Instrucción Criminal, en el

año de 1990 y, que por ese concepto, recibió la suma de \$100.000,00 a título de honorarios profesionales (fl. 2, c. de pruebas)

2.11. Que mediante oficio No. 6161-F/OJURI-UARGE, del 2 de junio de 1995, la jefatura de la Unidad de Archivo General de la Policía Nacional certifica el sueldo de un empleado de la Policía Nacional con grado de Adjunto Primero, para los años de 1990 a 1995. Para cuando el actor fue retirado del servicio (1990), devengaba un salario básico de \$42.650,00, con subsidio de alimentación por \$4.100,00 y subsidio de transporte de \$3.797,00. La prima de actividad correspondía al 20% del sueldo básico y el subsidio familiar al 30% por el cónyuge y el 5% por el primer hijo (fls. 76 y 77, c. 2).

2.12. Que en el presente proceso se rindió dictamen pericial el 27 de septiembre de 1995. Los auxiliares de la justicia concluyeron que los perjuicios materiales —daño emergente y lucro cesante— ascienden a la suma de \$42'457.092,24; por concepto de "perjuicios morales objetivados" derivados del impacto psicológico sufrido por el actor al verse retrasado en la culminación de sus estudios universitarios, estimaron un valor de \$ 5'000.000,00 (fls. 78 a 83, c. 2). En el dictamen se hace consistir cada rubro en lo siguiente:

I. *Perjuicios materiales*. El dictamen los calcula entre los años 1994 y 1997.

I.1. *Daño emergente*. Se hace consistir en los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir por el señor Audy Hernando Forigua Panche, entre los años 1994 y 1997, tomando como punto de partida la certificación expedida por el Jefe de la Unidad de Archivo General de la Policía Nacional, sobre el salario correspondiente al cargo de Adjunto Primero, que era el desempeñado por el actor al momento de producirse su desvinculación. El subtotal por este concepto —incluyendo sueldo básico, subsidios de alimentación y de transporte, prima de actividad y auxilio de cesantía, durante los referidos años de 1994, 1995, 1996 y 1997, asciende a la suma de \$ 13.178.340,00.

I.2. *Lucro cesante*. Se hace consistir en los intereses comerciales causados por las cifras correspondientes a los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir por el señor Forigua Panche, anualmente, entre los años 1994 y 1997. El subtotal por este concepto asciende a la suma de \$ 4'405.330,80.

I.3. *Daño emergente*. Este rubro se describe de la siguiente manera:

«El accionante si regularmente hubiera seguido sus estudios universitarios debía graduarse a principios de 1991; es decir, hacerse profesional. Hechas las averiguaciones en la Universidad Incca, terminó su carrera académicamente en diciembre de 1993 y se graduó el 27 de mayo de 1994. Como circunstancias concomitantes que causaron el perjuicio, tenemos: no haber podido graduarse a principios de 1991 (se toma como referencia el mes de mayo), no haber sido ascendido y devengar como profesional en el grado de Especialista Asesor Primero de la Policía Nacional, que le ocasionaron repercusiones económicas; cargo que de acuerdo con el Decreto 2247 de 1984 -(que regía para la fecha de los hechos aquí contraídos)- le correspondía ocupar desde 1991 (junio); es decir, desde esa fecha debía ser ascendido y devengar como profesional en el grado de Especialista Asesor Primero. El perjuicio se evalúa teniendo en cuenta la diferencia salarial entre un Adjunto Primero y un Especialista Asesor Primero en los años de 1991 (desde junio a diciembre) y 1992 hasta el año de 1997».

El subtotal por este concepto asciende a la suma de \$ 18'289.354,00.

I.4. *Lucro cesante*. Este consistiría en los intereses causados, anualmente, por las sumas calculadas por el concepto referido en el punto anterior, a la tasa del 36% anual. El subtotal por este nuevo rubro ascendería a la cifra de \$ 6'584.167,44.

De acuerdo con lo anteriormente sintetizado, el dictamen pericial concluye que el valor total a indemnizar por concepto de perjuicios materiales asciende a la suma de \$ 42'457.092,24.

II. *Perjuicios morales*. Este ítem se hace consistir en:

“El impacto psicológico del retraso en la carrera por el lapso aproximado de dos años y tener que repetir dos semestres ya cursados (el 8º y 9º); perjuicios que se estiman en \$ 5.000.000,00”.

6.2. La indemnización de perjuicios solicitada.

La indemnización de perjuicios fue solicitada y estimada en la demanda de la siguiente manera:

"6o.- La indemnización de los perjuicios causados a favor de AUDY HERNANDO FORIGUA PANCHE, en su condición de lesionado directo; de DIANA MARCELA FORIGUA GONGORA, en su condición de hija menor; de DAVID FORIGUA FARFAN y ANA DELINA PANCHE DE FORIGUA, en sus condiciones de padres del primero de los nombrados y de MARTHA MIREYA GARZÓN DUARTE, en su condición de compañera permanente, es la siguiente:

"ESTIMACION CUANTIFICADA:

"I. Sr. AUDY HERNANDO FORIGUA PANCHE:

"A). Indemnización Causada:

"1. Por Perjuicios Materiales:

"1.1. Daño Emergente:

"a) El Sr. AUDY HERNANDO FORIGUA PANCHE estaba laborando en la Policía Nacional de donde fue retirado por causa de la detención preventiva, devengando un sueldo mensual con el cual se sostenía a sí mismo y velaba por la subsistencia de su compañera permanente y de su menor hija; obligación y derechos que se vieron truncados por dicho hecho, por lo que la entidad demandada deberá resarcir el valor que con la conducta imputada impidió se sirviera personalmente y su familia, resultando, en consecuencia un interés legítimo que permite calificar el perjuicio como cierto y directo.

"Teniendo como base desde la fecha de ocurrencia de la detención preventiva y el consiguiente retiro de la institución donde laboraba hasta la fecha de la sentencia o fallo definitivo, aproximadamente siete (7) años; es decir, 84 meses: \$15'000.000,00.

"b) Pagos de honorarios profesionales: \$450.000,00.

"c) Por razón de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, el daño o perjuicio actual, debe ser reparado en dinero de igual valor, por consiguiente, la suma de \$15'450.000,00 deberá actualizarse de acuerdo con la fórmula de las matemáticas financieras desde la fecha de ocurrencia del hecho y el período transcurrido hasta la fecha del fallo definitivo, aproximadamente 7 años: \$5'562.000,00.

"SUBTOTAL: \$ 21'012.000,00.

"1.2. Lucro Cesante:

"a) Tomando como base la fecha del hecho hasta la fecha de la sentencia: \$4'202.400,00.

"b) Como el dinero que dejó de percibir desde la fecha a que se contrae la detención preventiva y el retiro y la fecha de la sentencia, se produce un interés comercial, resultando del 41.5%: \$1'743.996,00.

"SUBTOTAL: \$5'946.396,oo.

"2. Perjuicios Morales:

"2.1. Objetivados:

"El Sr. AUDY HERNANDO FORIGUA PANCHE, estaba estudiando en la Universidad Incca la carrera profesional de ingeniería de Sistemas y cuando se le dictó el auto de detención preventiva, cursaba noveno (9) semestre, hecho que lo privó de continuar y terminar sus estudios; además los dos años de privación de la libertad lo afectaron hasta el punto que al reiniciar se le ubicó nivelando semestre correspondiéndole reingreso al séptimo semestre, es decir, por el hecho de la administración de justicia se le impidió proseguir y terminar sus estudios profesionales, retrasándose las grandes y positivas esperanzas de hacerse profesional a tiempo y oportunamente. Es daño cierto. Se estiman en \$7'200.000,oo.

"2.2. Subjetivos:

"En ochocientos gramos oro: \$ 7'112.000,oo.

"RESUMEN DE LOS PERJUICIOS:

"Materiales: \$26'958.396,oo

"Morales: \$14'312.000,oo

"Indemnización Total respecto del sr. AUDY HERNANDO FORIGUA PANCHE: \$41'270.396,oo.

"Procede la actualización de los 800 gramos oro al momento de proferirse la sentencia.

"II. Para los padres del señor AUDY HERNANDO FORIGUA PANCHE, su menor hija DIANA MARCELA FORIGUA GÓNGORA y su compañera permanente MARTHA MIREYA GARZÓN DUARTE:

"A) Indemnización Causada:

"1) Por Perjuicios Morales(Subjetivos):

"a) Padres:

"DAVID FORIGUA FARFAN, en 500 gramos oro:
\$4'445.000,oo.

"ANA DELINA PANCHE DE FARFAN, en 500 gramos oro:
\$4'445.000,oo.

"b) Hija menor, DIANA MARCELA FORIGUA GONGORA, en 600 gramos oro: \$5'334.000,oo.

"c) Compañera permanente MARTHA MIREYA GARZÓN DUARTE, en 500 gramos oro: \$4'445.000,oo.

"RESUMEN DE LOS PERJUICIOS:

"Morales: \$18'669.000,00

"Indemnización total para DAVID FORIGUA FARFAN, ANA DELINA PANCHE DE FORIGUA, DIANA MARCELA FORIGUA GONGORA y MARTHA MIREYA GARZÓN DUARTE: \$18'669.000,00..

"Deberá actualizarse el valor de los 500 y 600 gramos oro, respectivamente, al momento de proferirse la sentencia.

"TOTAL PERJUICIOS CAUSADOS APROXIMADAMENTE A LOS ACCIONANTES: \$59'939.396,00. Con la actualización de los gramos oro, como mínimo, el total de los perjuicios a los demandantes asciende a \$70'000.000,00." (fols. 6 a 8, c.1).

6.3. Valoración de las pruebas aportadas y análisis del *petitum* de la demanda en torno a la indemnización de perjuicios.

Procede la Sala, a continuación, a razonar sobre la procedencia de reconocer los perjuicios solicitados en la demanda, a la luz del material probatorio recaudado y, en su caso, a liquidarlos con el propósito de ordenar el pago de las indemnizaciones correspondientes por cada uno de los rubros a que haya lugar, así:

6.3.1. **Perjuicios causados al demandante Audy Hernando Forigua Panche.**

6.3.1.1. *Perjuicios materiales.*

Se solicita reconocer, por cuanto a este rubro respecta, a título de *daño emergente*, la obligación para la accionada de pagar los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir por el señor Forigua Panche desde el momento en que se produjo la detención preventiva y durante un lapso de siete (7) años, que es el que se estimó que duraría el presente proceso. También por concepto de daño emergente, se solicitó ordenar a la demandada el reembolso de los honorarios pagados a los dos abogados que defendieron los intereses del señor Forigua Panche, con ocasión de las actuaciones penales llevadas a cabo en su contra y como resultado de las cuales fue definitivamente absuelto. Las sumas así calculadas deberán —según requiere el actor— actualizarse a la fecha de la sentencia.

Así mismo, a título de *lucro cesante* se reclama el pago de la suma de \$4'202.400,00., que comprende desde “la fecha del hecho hasta la fecha de la sentencia”, pero sin especificar cuál es el concepto del que se deriva esa ganancia o provecho dejado de percibir. Adicionalmente, se reclama que esta suma se adicione con sus correspondientes intereses, a la tasa del 41.5% anual, desde la fecha en que se produce la detención preventiva y el retiro de la Institución Policial, y hasta la fecha de la sentencia.

En relación con estos pedimentos, advierte la Sala que la demanda no conceptúa adecuadamente las nociones de daño emergente y lucro cesante. Éstas se hallan consagradas en el artículo 1614 del Código Civil, a cuyo tenor:

«Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumpliéndola imperfectamente, o retardado su cumplimiento» (subrayas fuera del texto original).

El daño emergente supone, por tanto, una pérdida sufrida, con la consiguiente necesidad —para el afectado— de efectuar un desembolso si lo que quiere es recuperar aquello que se ha perdido. El daño emergente conlleva que algún bien económico salió o saldrá del patrimonio de la víctima. Cosa distinta es que el daño emergente pueda ser tanto presente como futuro, dependiendo del momento en que se haga su valoración. De este modo, el reconocimiento y pago —que la parte actora solicita— de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el momento en que se produce la suspensión del demandante en el ejercicio de sus funciones, no puede catalogarse como una modalidad del daño emergente, sino de lucro cesante. Este último corresponde, entonces, a la ganancia frustrada, a todo bien económico que, si los acontecimientos hubieran seguido su curso normal, habría ingresado ya o lo haría en el futuro, al patrimonio de la víctima. Esto último es lo que ocurre con el no pago de los salarios y prestaciones mientras se prolongó la detención preventiva. De manera que, por tratarse este extremo de un asunto que toca con el rubro del lucro cesante, será abordado inmediatamente después de cuantificar el daño emergente.

Ahora bien, lo que en el *sub júdice* sin duda constituye daño emergente, cierto, directo y, por tanto, indemnizable, son los gastos en que incurrió el aquí demandante para contratar los servicios de dos profesionales del Derecho con el

fin de que defendieran sus intereses en los trámites procesales ante la jurisdicción penal, con ocasión de las sindicaciones de las cuales posteriormente resultó absuelto. Tales gastos se encuentran debidamente acreditados en el expediente, mediante las certificaciones expedidas por los dos abogados en cuestión, que suman un total de \$ 450.000,00. Esta cifra será actualizada aplicando la fórmula utilizada reiteradamente por esta Corporación, de acuerdo con la cual la renta actualizada (Ra) es igual a la renta histórica —los mencionados \$ 450.000—, multiplicada por el índice de precios al consumidor del mes anterior a la sentencia, dividido por el índice de precios al consumidor vigente en el mes del hecho dañino, según las certificaciones del DANE. Como fecha de consolidación de este hecho dañino, se tomará la del fallo absolutorio emitido por el Juzgado Treinta y Tres Penal del Circuito de Bogotá —2 de octubre de 1991—, que es cuando cabe entender que los abogados culminaron su tarea de defensa de los intereses del señor Forigua Panche.

$$\begin{aligned} \text{Ra} = & R (\$ 450.000,00) \text{ índice final - septiembre/2006 (167.85)} \\ & \text{-----} = \$2'910.43400 \\ & \text{índice inicial - octubre/1991 (25.95)} \end{aligned}$$

SUBTOTAL POR CONCEPTO DE DAÑO EMERGENTE: \$2'910.43400.

En cuanto a la cifra cuyo reconocimiento se reclama a título de lucro cesante —\$ 4'202.400,00.—, no se especifica en qué consistió el perjuicio, la ganancia o provecho dejados de percibir por el señor Forigua Panche, como consecuencia de su privación de la libertad y que se traducen en la suma de dinero en cuestión. Tampoco se aportó soporte probatorio alguno de los perjuicios que se cuantifican en la referida cantidad, razón por la cual esta solicitud será desestimada.

Empero, lo que sí constituye lucro cesante —como líneas atrás se explicó— son los salarios y prestaciones sociales que el señor Audy Hernando Forigua Panche dejó de percibir como consecuencia de su desvinculación de la Policía Nacional, derivada de la medida cautelar de detención preventiva de la que fue objeto. De la relación de causalidad entre el hecho dañoso —la medida cautelar en mención— y el perjuicio irrogado —la inicial suspensión en el empleo y posterior desvinculación definitiva del mismo, con la consecuente imposibilidad de continuar devengando salarios y prestaciones— no queda la menor duda, pues

así se desprende con claridad de la hoja de vida del señor Forigua Panche, remitida con destino a este proceso por la Policía Nacional, en la cual se observa —fl. 326— que la causal de retiro del servicio fue, precisamente, “existir en su contra detención preventiva que excede de 60 días”, causal de retiro consagrada en la letra l) del artículo 24 del decreto 2247 de 1984, estatuto de personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, vigente para la época en que ocurrieron los hechos.

Para la cuantificación de este rubro del perjuicio, como también antes se indicó, fue practicado durante el proceso un dictamen pericial en el que, inexplicablemente, se cataloga el rubro del perjuicio del que ahora se ocupa la Sala, como “daño emergente” y, además, el mismo se hace consistir en los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir por el señor Audy Hernando Forigua Panche entre los años 1994 y 1997, tomando como punto de partida la certificación expedida por el Jefe de la Unidad de Archivo General de la Policía Nacional, sobre el salario correspondiente al cargo de Adjunto Primero, que era el desempeñado por el actor al momento de producirse su desvinculación. Por otra parte, lo que el dictamen califica como “lucro cesante”, son los intereses comerciales causados por las cifras correspondientes a los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir por el señor Forigua Panche, anualmente, entre los años 1994 y 1997.

En criterio de la Sala, la referida valoración efectuada en el dictamen pericial no puede ser tenida en cuenta, por las siguientes razones:

a. Como ya se indicó, no se conceptúan ni identifican adecuadamente los rubros de daño emergente y lucro cesante, lo que, de entrada, denota falta de pericia y de competencia técnica por parte de los auxiliares de la justicia.

b. El lucro cesante, de la manera como fue calculado por los peritos, no cumple con el requisito uniformemente exigido por la jurisprudencia de esta Corporación, en el sentido de que el perjuicio debe ser *cierto*, como quiera que el perjuicio eventual no otorga derecho a indemnización. El perjuicio indemnizable, entonces, puede ser actual o futuro, pero, de ningún modo, eventual o hipotético. Para que el perjuicio se considere existente, debe aparecer como la prolongación cierta y directa del estado de cosas

producido por el daño, por la actividad dañina realizada por la autoridad pública¹². Esa demostración del carácter cierto del perjuicio brilla por su ausencia en el experticio de marras.

En primer lugar, no se entiende por qué razón comienza a calcularse el lucro cesante a partir del año 1994, cuando la realidad —suficientemente demostrada en el proceso— es que el señor Forigua Panche fue desvinculado de la Policía Nacional, transitoriamente, el 9 de noviembre de 1989 y de manera definitiva, el 3 de enero de 1990. Pero, en segundo lugar, el dictamen no justifica, con base en ningún criterio técnico, científico o estadístico, por qué razón el período que elige para contabilizar dicho lucro cesante es de siete (7) años ni, muchísimo menos, por qué, a pesar de señalar que los salarios y prestaciones dejados de percibir eran los correspondientes a ese lapso de 7 años, sólo se contabilizan los correspondientes al intervalo 1994-1997.

Tampoco se efectúa esfuerzo argumentativo ni demostrativo alguno para acreditar la relación cierta y directa entre la desvinculación laboral del señor Forigua Panche, producida como consecuencia de su detención preventiva —hecho dañino— y el tantas veces citado período de 7 años por el cual se reclaman los salarios y prestaciones dejados de percibir —perjuicio.

c. Cuando la prueba pericial evidencia, como en el *sub lite*, tal grado de inconsistencia y falta de rigor científico, el juez, dentro de la facultad que le asiste para valorar toda la comunidad probatoria recaudada de conformidad con las reglas de la sana crítica, puede prescindir de tomar en consideración, para fallar, un experticio técnico rodeado de semejantes singularidades. Así se desprende de lo preceptuado por los artículos 237, numeral 6º y 241 —inciso 1º— del Código de Procedimiento Civil, a cuyo tenor:

«Artículo 237. Práctica de la prueba. En la práctica de la peritación se procederá así:

(...)

6. El dictamen debe ser claro, preciso y detallado; en él se explicarán los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados, lo

¹² En ese sentido pueden verse, entre otros, los pronunciamientos de esta Sección, de 2 de junio de 1994, CP Dr. Julio César Uribe Acosta, actor: Julio César Delgado Ramírez, expediente 8998, o el de 27 de octubre de 1994, CP Dr. Julio César Uribe Acosta, actor Oswaldo Pomar, expediente 9763.

mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones».

«Artículo 241. *Apreciación del dictamen. Al apreciar el dictamen se tendrá en cuenta la firmeza, precisión y claridad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso*».

Sólo al juez, en consecuencia, corresponde apreciar cuál es la fuerza de convicción que debe reconocerle al dictamen, sin que esté obligado a aceptarlo cuando no reúna los requisitos legalmente exigidos para su validez y eficacia, habida cuenta que se trata de un elemento de prueba que debe valorarse y no de una función jurisdiccional, que es privativa del juez y, en esa medida, indelegable en los peritos. Una sujeción absoluta, inopinada y acrítica a la pericia, convertiría al juez en un autómatas y a los peritos en verdaderos decisores de la causa. También la mejor doctrina ha sostenido cuanto aquí se viene afirmando en punto a la valoración que el fallador debe realizar de la prueba pericial. En este sentido, explica el profesor Devis Echandía que es necesario que el dictamen reúna una serie de requisitos de fondo o de contenido para poder ser valorado, entre ellos los siguientes:

«f) Que el dictamen esté debidamente fundamentado. Así como el testimonio debe contener la llamada "razón de la ciencia del dicho", en el dictamen debe aparecer el fundamento de sus conclusiones. Si el perito se limita a emitir su concepto, sin explicar las razones que lo condujeron a esas conclusiones, el dictamen carecerá de eficacia probatoria y lo mismo será si sus explicaciones no son claras o aparecen contradictorias o deficientes. Corresponde al juez apreciar este aspecto del dictamen y (...) puede negarse a adoptarlo como prueba si no lo encuentra convincente y, con mayor razón, si lo estima inaceptable.

(...)

g) Que las conclusiones del dictamen sean claras, firmes y consecuencia lógica de sus fundamentos (...) puede ocurrir también que el juez no se encuentre en condiciones de apreciar sus defectos, en cuyo caso tendrá que aceptarla; pero si considera que las conclusiones de los peritos contrarían normas generales de la experiencia o hechos notorios o una presunción de derecho o una cosa juzgada o reglas elementales de la lógica, o que son contradictorias o evidentemente exageradas o inverosímiles, o que no encuentran respaldo suficiente en los fundamentos del dictamen o que están desvirtuadas por otras pruebas de mayor credibilidad, puede rechazarlo...

(...)

h) Que las conclusiones sean convincentes y no parezcan improbables, absurdas o imposibles (...) no basta que las conclusiones sean claras y firmes, como consecuencia lógica de sus fundamentos o motivaciones, porque el perito puede exponer con claridad, firmeza y lógica tesis equivocadas. Si a pesar de esa apariencia, el juez considera que los

hechos afirmados en las conclusiones son improbables, de acuerdo con las reglas generales de la experiencia y con la crítica lógica del dictamen, este no será convincente, ni podrá otorgarle la certeza indispensable para que lo adopte como fundamento exclusivo de su decisión...»¹³ (subraya la Sala).

En consecuencia, la Sala cuantificará el lucro cesante con base en otros elementos de prueba obrantes en el expediente y teniendo en cuenta las exigencias atrás anotadas en orden a disponer la indemnización solamente del perjuicio cierto, no del eventual. Así pues, entiende la Sala que el período durante el cual realmente ha de reconocerse que el señor Forigua Panche dejó de percibir los salarios y prestaciones sociales que devengaba en el cargo de Adjunto Primero en la Policía Nacional, se corresponde con el lapso durante el cual se mantuvo privado de la libertad, más el tiempo que razonablemente tarda un individuo en edad económicamente activa en encontrar trabajo en Colombia, una vez que decide emprender la búsqueda de nuevo empleo.

En cuanto al primero de los datos en cuestión, esto es, el plazo exacto de duración de la privación de la libertad, si bien en el expediente no obra prueba específica que dé cuenta de las fechas de entrada y salida del señor Forigua Panche del centro de reclusión en el que hubiera estado preventivamente detenido, pueden tomarse como base, de un lado, el día de la suspensión en el ejercicio de su empleo en la Policía —que tuvo como causa, precisamente, la detención preventiva—, ocurrida el 9 de noviembre de 1989, y, de otro, la fecha de la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Treinta y Tres Penal del Circuito de Bogotá, en la que se ordenó la puesta en libertad, vale decir, el día 2 de octubre de 1991. Ello implica que el señor Forigua Panche estuvo detenido preventivamente durante un total de 693 días (23.1 meses).

En cuanto al tiempo que, en promedio, suele tardar una persona en edad económicamente activa en encontrar un nuevo puesto de trabajo en Colombia, la Sala se valdrá de la información ofrecida por el Observatorio Laboral y Ocupacional Colombiano, a cargo del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), de acuerdo con la cual dicho período equivale a 35 semanas (8.75 meses)¹⁴.

¹³ DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo segundo, Temis, Bogotá, 2002, pp. 321-326.

¹⁴ Cfr. URIBE G., José Ignacio y GÓMEZ R., Lina Maritza, «Canales de búsqueda de empleo en el mercado laboral colombiano 2003», en *Serie Documentos Laborales y Ocupacionales*, N° 3, Observatorio Laboral y Ocupacional Colombiano, SENA-Dirección General de Empleo y Trabajo, Bogotá, junio de 2005, p. 22.

Lo anterior quiere decir que el señor Audy Hernando Forigua Panche, como consecuencia cierta y directa de la privación de la libertad de que fue objeto, dejó de percibir los salarios y prestaciones sociales correspondientes al cargo de Adjunto Primero en la Policía Nacional, por un total de 31.75 meses.

Por lo que respecta al salario devengado por el señor Forigua Panche al momento de ser desvinculado definitivamente de la Policía Nacional, de acuerdo con la certificación expedida, con destino al proceso, por la jefatura de la Unidad de Archivo General de esa Institución, el salario de un empleado de la misma, con grado de Adjunto Primero, para la fecha en que el actor fue retirado definitivamente del servicio (3 de enero de 1990), se componía de la siguiente forma: un salario básico de \$42.650,00, con subsidio de alimentación por \$4.100,00 y subsidio de transporte de \$3.797,00. La prima de actividad correspondía al 20% del sueldo básico y el subsidio familiar al 30% por el cónyuge y el 5% por el primer hijo (fls. 76 y 77, c. 2). Lo anterior permite concluir que el salario devengado por el señor Audy Hernando Forigua Panche al momento de su retiro definitivo de la Policía Nacional, como consecuencia de encontrarse privado de la libertad, correspondía a la suma de \$ 59.077,00.

Esta cifra deberá ser actualizada aplicando la fórmula utilizada uniformemente por la jurisprudencia de esta Corporación, de acuerdo con la cual la renta actualizada (Ra) es igual a la renta histórica —los mencionados \$ 59.077,00—, multiplicada por el índice de precios al consumidor del mes anterior a la sentencia, dividido por el índice de precios al consumidor vigente en el mes en que ocurre el hecho dañino —noviembre de 1989, mes a partir del cual el señor Forigua Panche dejó de percibir su salario—, conforme a las certificaciones del DANE.

$$\begin{aligned} Ra = R (\$ 59.077,00) & \quad \text{índice final - septiembre/2006 (167.85)} \\ & \quad \text{-----} = \$ 633.915,00 \\ & \quad \text{índice inicial - noviembre/1989 (15.65)} \end{aligned}$$

Una vez actualizado, a la fecha de la sentencia, el valor del salario devengado por el señor Forigua Panche al momento de ser desvinculado del servicio, con el propósito de calcular la indemnización debida —lucro cesante

consolidado—, se aplica la siguiente fórmula, aceptada indubitadamente por la Sala:

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

En donde:

S = suma buscada de la indemnización debida o consolidada;

Ra = renta actualizada;

i = interés legal;

n = número de meses transcurrido entre la fecha del hecho dañino y la fecha de la sentencia.

Aplicando la fórmula al caso concreto, se tiene:

$$S = \$ 633.915.00 \frac{(1+0.004867)^{31,75} - 1}{0.004867} = \$ 21.711.795.00$$

**SUBTOTAL POR CONCEPTO DE INDEMNIZACIÓN DEBIDA O LUCRO
CESANTE CONSOLIDADO: \$ 21.711.795.00**

Por otra parte, también como un componente del daño emergente, en la demanda se aduce que el señor Forigua Panche, al momento de ser privado de la libertad, cursaba la carrera profesional de Ingeniería de Sistemas en la Universidad Incca, encontrándose, en ese momento, en el noveno (9º) semestre, de manera que la detención lo privó de continuar y terminar sus estudios; además, al cabo de los casi dos años de privación de la libertad, cuando reinició su actividad estudiantil se le niveló en el séptimo semestre, con lo cual se retrasaron sus expectativas tanto académicas como laborales. En la demanda, sin explicitar por qué ni con qué soporte probatorio, se valoró el perjuicio correspondiente en la suma de \$7'200.000,00.

En relación con este aspecto, el dictamen pericial —como antes se anotó— estimó que si el accionante hubiera seguido normalmente sus estudios universitarios, se habría graduado a principios del año 1991. Sin embargo, de acuerdo con lo informado con la Universidad Incca, terminó su carrera en diciembre de 1993 y se graduó el 27 de mayo de 1994. Adicionalmente, sostiene

los peritos que como consecuencia de no haberse podido graduar, el aquí demandante, a principios de 1991, no pudo ser ascendido y devengar como profesional en el grado de Especialista Asesor Primero de la Policía Nacional, con el detrimento patrimonial que ello le supuso, pues era ése el cargo que, de acuerdo con el Decreto 2247 de 1984, le correspondía ocupar desde 1991 (junio). De manera que los auxiliares de la justicia valoraron este rubro del perjuicio desde la fecha en que consideraron que el señor Forigua Panche debía ser ascendido —y, por consiguiente, devengar como profesional en el grado de Especialista Asesor Primero—, teniendo en cuenta, entonces, la diferencia salarial entre el cargo de Adjunto Primero y el de Especialista Asesor Primero durante los años de 1991 (desde junio a diciembre) y 1992 hasta 1997. Se concluyó que el subtotal por este concepto ascendería a la suma de \$ 18'289.354,00.

No comparte la Sala los razonamientos del actor, ni de los peritos, en relación con este extremo. De un lado, el perjuicio derivado del pretendido ascenso al que podría haber accedido el señor Forigua Panche dista notablemente de poder ser considerado cierto y directo, por tratarse, más bien, del resultado de una serie de lucubraciones y la plasmación de un cúmulo de expectativas que llevan a catalogar el alegado perjuicio como apenas eventual y, por tanto, de ningún modo indemnizable.

Desde el punto de vista jurídico, nada respalda el aserto de acuerdo con el cual el señor Audy Hernando Forigua Panche tenía derecho o “debía” ser ascendido una vez obtuviese el título profesional de Ingeniero de Sistemas pues, de acuerdo con el régimen del personal civil vinculado a la Policía Nacional vigente en ese momento —Decreto 2247 de 1984—, dicho personal no disfrutaba de la estabilidad relativa y la garantía de ascender en el servicio con base en los criterios del mérito y la capacidad, consecuencias que se derivan de la aplicación de un régimen de carrera administrativa¹⁵. Servidores públicos en empleos como el entonces desempeñado por el señor Forigua Panche —de libre nombramiento y remoción— carecen de garantía alguna de acceso, permanencia y retiro de la

¹⁵ Disponía el artículo 8° del Decreto en mención: “**Exclusión de la Carrera Administrativa y facultad de libre nombramiento y remoción.** Los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional no pertenecen a la Carrera Administrativa y son de libre nombramiento y remoción de las respectivas autoridades nominadoras, incluyendo a quienes se encuentren inscritos en otras carreras o escalafones especiales; en su nombramiento prevalecerá un sistema de selección por méritos, aptitudes e integridad moral”.

función pública, de manera tal que no puede sostenerse que el actor tuviese la certeza de verse beneficiado con un ascenso tan pronto obtuviera el título profesional¹⁶ y, en consecuencia, carece de carácter cierto el perjuicio alegado, pues se trataba de posibilidades meramente eventuales, que carecen de la entidad jurídica indispensable para dar lugar al reconocimiento y pago de indemnización.

En cambio, el que sí puede considerarse un perjuicio cierto y directo, derivado de la privación de libertad de que fue objeto el demandante, sería el daño emergente consistente en todos aquellos gastos en que tuvo que incurrir para culminar su carrera profesional en la Universidad Incca y que resultaran adicionales a los que habría tenido que efectuar de no haberse producido la interrupción en su actividad académica, motivada por la detención preventiva a la que se vio sometido. Tal es el caso, por ejemplo, de la diferencia entre el valor de los semestres que tuvo que pagar al reiniciar sus estudios y el que habría tenido que sufragar en el supuesto de haberlos cursado ininterrumpidamente después del año 1989. No obstante, este rubro no ha sido solicitado en la demanda, ni tampoco hay pruebas que posibiliten su cuantificación en el proceso.

Lo hasta aquí expuesto implica que debe desestimarse la solicitud de reconocimiento del referido ítem del perjuicio material reclamado por el señor Forigua Panche. En consecuencia, la suma total a reconocer, por concepto de perjuicios materiales, al señor Audy Hernando Forigua Panche, es la siguiente:

| | |
|---|--------------------------|
| Subtotal por concepto de daño emergente: | \$ 2'910.434.00 + |
| Subtotal por concepto lucro cesante: | \$ 21'711.795.00. |
| TOTAL PERJUICIOS MATERIALES | \$ 24'622.229.00. |

16 De ello da cuenta la naturaleza claramente discrecional de las facultades atribuidas a la autoridad nominadora para disponer la promoción de los servidores públicos vinculados a la Policía Nacional, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 21 del citado Decreto 2247 de 1984, con lo cual los funcionarios, en este sentido, no gozan más que de meras expectativas. Dispone, el artículo 21 citado, lo siguiente: "Artículo 21. Promociones. Los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, podrán ser promovidos dentro de sus respectivos niveles, cuando exista la vacante y cumplan los siguientes requisitos mínimos:

- Capacidad profesional y buena conducta durante el tiempo de servicios en la categoría a. que pertenece, las cuales se definirán por sus calificaciones anuales,
- Tener tres (3) años de servicio en la respectiva, categoría, como mínimo
- Concepto favorable del Jefe respectivo" (subraya la Sala).

6.3.1.2. *Perjuicios morales.*

En la demanda se reclama el reconocimiento y pago del equivalente en dinero a 800 gramos de oro fino, por concepto de los perjuicios morales causados al señor Audy Hernando Forigua Panche como consecuencia de la honda congoja que le produjo la privación de la libertad de la que fue objeto, la pérdida de su empleo, la interrupción de sus estudios —como la de su entero proyecto de vida— y la forzosa separación de su núcleo familiar, todos efectos causados por la materialización de la medida de aseguramiento de la que fue objeto.

Si bien en el plenario no obran pruebas concretas que acrediten directamente la existencia y entidad de tales sentimientos de tristeza y dolor, la Sala entiende que, con base en las reglas de la experiencia ampliamente reconocidas por la jurisprudencia, ese dolor puede válidamente inferirse en la persona de la víctima del daño antijurídico causado por el Estado, señor Forigua Panche, así como en las de sus padres, hija menor de edad y cónyuge o compañera permanente, razón por la cual, sin que se haga necesario ahondar en mayores argumentaciones, se reconocerá y dispondrá el pago de este rubro del perjuicio a los demandantes, con la salvedad que a continuación se realiza en torno a la compañera permanente del detenido.

De manera que, en relación con el señor Audy Hernando Forigua Panche, se ordenará pagar, en moneda nacional, de acuerdo con los lineamientos trazados por la Sala a partir de la sentencia de 6 de septiembre de 2001¹⁷, el equivalente a 70 salarios mínimos legales mensuales¹⁸. Ello corresponde a la suma de \$ 28.560.000.oo.

6.3.2. **Perjuicios morales causados a David Forigua Farfán, Ana Delina Panche de Farfán, Diana Marcela Forigua Góngora y Martha Mireya Garzón Duarte.**

Con base en el razonamiento que se acaba de efectuar en punto al dolor, la tristeza y la congoja que puede presumirse se derivó para los padres y la hija del señor Audy Hernando Forigua Panche, como consecuencia de la privación de la libertad de la que éste fue objeto, se dispondrá reconocer y ordenar pagar, a

¹⁷ Expedientes acumulados 13.232 y 15.646.

¹⁸ El actor había solicitado —se recuerda—, en el libelo contentivo de la demanda, el equivalente monetario a 800 gramos de oro.

cada uno de ellos, el equivalente a cincuenta (35) salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de perjuicios morales¹⁹. Ello corresponde a la suma de \$ 14.280.000.00, para cada uno.

Sin embargo, en cuanto a la petición de reconocimiento de perjuicios morales para la señora Martha Mireya Garzon Duarte, con el propósito de acreditar su condición de compañera permanente del señor Forigua Panche fueron aportados testimonios recepcionados por un notario, testimonios que no fueron recaudados dentro del plenario y, respecto de los cuales, no tuvo la parte demandada la posibilidad de controvertir. En consecuencia, comparte la Sala lo sostenido, en relación con este extremo, por el *a quo*, de manera que los referidos medios probatorios no pueden valorarse, por no reunir los requisitos de ley, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 299 del Código de Procedimiento Civil, que a la letra dispone:

Artículo 299 C.P.C. «Testimonios ante notarios y alcaldes. Los testimonios para fines no judiciales, se rendirán exclusivamente ante notarios o alcaldes. Igualmente los que tengan fines judiciales y no se pida la citación de la parte contraria; en este caso, el peticionario afirmará bajo juramento, que se considera prestado con la presentación del escrito, que sólo están destinadas a servir de prueba sumaria en determinado asunto para el cual la ley autoriza esta clase de prueba, y sólo tendrán valor para dicho fin».

Por tanto, en la medida en que no se ha demostrado adecuadamente la condición de compañera permanente del señor Forigua Panche, no se ordenará el reconocimiento y pago de perjuicios morales en favor de Martha Mireya Garzón Duarte.

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

¹⁹ En la demanda se había solicitado, por concepto de perjuicios morales, el equivalente a 500 gramos de oro para cada uno de los padres — David Forigua Farfán y Ana Delina Panche de Farfán—, y 600 gramos de oro para la menor hija, Diana Marcela Forigua Góngora.

FALLA:

Primero: Revócase la sentencia apelada, esto es, la proferida el 10 de octubre de 1996 por la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Segundo: Declárase responsable a la Nación-Ministerio del Interior y de Justicia-Consejo Superior de la Judicatura, de los daños causados al ciudadano Audy Hernando Forigua Panche, como consecuencia de la privación de la libertad de que fue objeto, fruto de la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva que se dispuso en su contra y como resultado de la cual permaneció en prisión por un total de 693 días.

Tercero: Condénase a la Nación-Ministerio del Interior y de Justicia-Consejo Superior de la Judicatura, a pagar al señor Audy Hernando Forigua Panche la suma de \$ 2'910.434.00, por concepto de daño emergente.

Cuarto: Condénase a la Nación-Ministerio del Interior y de Justicia-Consejo Superior de la Judicatura, a pagar al señor Audy Hernando Forigua Panche la suma de \$ 21'711.795.00., por concepto de lucro cesante.

Quinto: Condénase a la Nación-Ministerio del Interior y de Justicia-Consejo Superior de la Judicatura, a pagar al señor Audy Hernando Forigua Panche el equivalente a setenta (70) salarios mínimos legales mensuales vigentes, que a la fecha corresponden a la suma de \$ 28.560.000.00., por concepto de perjuicios morales.

Sexto: Condénase a la Nación-Ministerio del Interior y de Justicia-Consejo Superior de la Judicatura, a pagar a los señores David Forigua Farfán, Ana Delina Panche de Farfán y Diana Marcela Forigua Góngora el equivalente a treinta y cinco (35) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a cada uno de ellos, que a la fecha corresponden a la suma de \$14.280.000.00, por concepto de perjuicios morales para cada uno.

Séptimo: Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

Ejecutoriada esta providencia **devuélvase** el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ
Presidente de la Sala

RUTH STELLA CORREA
PALACIO
Con salvamento de voto

ALIERE. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ

FREDY IBARRA MARTÍNEZ

**SALVAMENTO DE VOTO DE LA DRA. RUTH STELLA CORREA
PALACIO**

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá D.C. cuatro (4) de diciembre de dos mil seis (2006)

Radicación número: 25000-23-26-000-1994-09817-01(13168)

Actor: AUDY HERNANDO FORIGUA PANCHE Y OTROS

Demandado: NACION-MINISTERIO DE JUSTICIA