

## **RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO - Cláusula general de responsabilidad**

El artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA - ARTICULO 90

## **RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO - Presupuestos para su configuración. Imputabilidad**

En la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las "estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas". (...) En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de sí una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante". (...) Dicha formulación no debe suponer, lo que debe remarcar por la Sala, una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva que lleve a un desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a convertir a la responsabilidad extracontractual del Estado como herramienta de aseguramiento universal, teniendo en cuenta que el riesgo, o su creación, no debe llevar a "una responsabilidad objetiva global de la Administración, puesto que no puede considerarse... que su actuación [de la administración pública] sea siempre fuente de riesgos especiales". (...) Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir que sea en un solo título de imputación, la falla en el servicio, en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sustentada en la vulneración de deberes normativos, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho. Así mismo, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede reducirse a su consideración como herramienta destinada solamente a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada. (...) en varias oportunidades, la Sala sostuvo que la responsabilidad del Estado en los casos del artículo 414 del Código de Procedimiento Penal era objetiva o amplia, es decir, que no se requería la existencia de una falla del servicio, y que se configuraba cuando la persona privada de la libertad era absuelta por providencia judicial, sin que hubiese lugar a valorar la conducta de la autoridad que ordenó la detención. Lo anterior, siempre y cuando la persona detenida no hubiera dado lugar a la medida de aseguramiento por dolo o culpa grave, caso en el cual, el hecho exclusivo de la víctima operaría como eximente de responsabilidad.

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre el particular ver sentencias: 25 de julio de 2002, exp. 13744; 19 de agosto de 2004, exp. 15578; 10 de agosto de 2005, exp. 15127 y 1 de marzo de 2006, exp. 16587.

#### **PRIVACION DE LA LIBERTAD Límites constitucionales a su restricción**

La limitación del derecho a la libertad de una persona está condicionada a que exista un mandamiento escrito de autoridad judicial competente; y a que dicha orden se efectúe con las formalidades legales. Además, "toda persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley". (...) la Constitución exige la sujeción al principio de legalidad, esto es, que los motivos por los cuales procede la medida estén previamente definidos en la ley; así como también, los procedimientos a través de los cuales se lleva a cabo. Ahora bien, el poder de configuración legislativa tampoco es absoluto, pues la tarea del legislador está sujeta a los postulados y preceptos superiores, específicamente de los principios de separación de poderes, de razonabilidad y proporcionalidad; y, además, podrá ser objeto de control de constitucionalidad. (...) este conjunto de reglas que deben observar las autoridades judiciales competentes al momento de restringir la libertad personal se establecen para garantizar, entre otras cosas, la existencia de razones jurídicas suficientes que justifiquen la limitación de la libertad; la protección del detenido; la prevención de detenciones arbitrarias y, en general, de cualquier otro evento que pueda producir la vulneración de derechos fundamentales.

#### **MEDIDAS RESTRICTIVAS - Fundamento constitucional. Provisionalidad de la medida**

Las medidas cautelares, entre ellas la detención preventiva, por regla general tienen un carácter provisional o temporal y se encuentran en una relación de estricta sujeción con el principio de legalidad, esto es, se deben decretar bajo el riguroso cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales. (...) el artículo 29 de la Constitución Política, se estableció que las medidas de aseguramiento están sometidas a dos tipos de requisitos. Por una parte, requisitos de tipo formal, esto es, que la medida se adopte mediante providencia interlocutoria que contenga la indicación de los hechos que se investigan, la calificación jurídica y los elementos probatorios que sustentan la adopción de la medida; y en segundo lugar, los requisitos sustanciales, mediante los cuales se exige para su adopción la existencia de por lo menos un indicio grave de responsabilidad, con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso.

#### **RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO - Título de imputación por privación injusta de la libertad / IMPOSICION DE MEDIDA RESTRICTIVA DE LA LIBERTAD - Aplicación de los fines constitucionales y requisitos legales**

Resulta importante señalar que siendo la detención preventiva una medida restrictiva de la libertad personal; y teniendo esta una doble dimensión, como derecho fundamental y como principio orientador de todo el ordenamiento jurídico, resulta indispensable que el funcionario judicial, al momento de decretar una medida de este tipo, no sólo se ciña de manera estricta a los requisitos legales; sino también, que sustente su decisión de acuerdo a los fines constitucionales, pues en un Estado de Derecho, por regla general, la investigación y juzgamiento

de hechos punibles debe llevarse a cabo garantizando la libertad de las personas, y toda limitación a un bien jurídico tan preciado, como lo es la libertad personal, debe tener un carácter absolutamente excepcional.”.

**PERJUICIOS MORALES - Tasación en salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de proferir la sentencia condenatoria**

La sentencia de primera instancia fijó el valor de la indemnización de los perjuicios morales en gramos de oro, la Sala advierte que tendrá en cuenta los criterios vertidos en la sentencia de 6 de septiembre de 2001 (Exps. 13.232 y 15.646), que abandonó el criterio según el cual se consideraba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980 para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicios morales, y en su lugar, estableció que la tasación de dichos perjuicios se fijará en salarios mínimos legales mensuales vigentes por una estimación que responda a la reparación integral y equitativa del daño. Con este razonamiento la Sala perseguía adoptar criterios propios para la tasación del perjuicio moral que obedecieran a lo dispuesto por el Código Contencioso Administrativo, fundamentándose así en el artículo 178 ibídem, según el cual las condenas que se resuelvan mediante sentencias de lo contencioso administrativo deberán efectuarse en sumas líquidas y en moneda legal colombiana, en razón a ello se acogió el reconocimiento de la indemnización por perjuicio moral en salarios mínimos vigentes al momento de la sentencia condenatoria, criterio que solo sería aplicable a situaciones expuestas a la decisión de los jueces con posterioridad a la fecha de su adopción. (...) el mismo artículo 178 contempló que los ajustes de las condenas impuestas por el contencioso sólo podrían determinarse tomando como base el índice de precios al consumidor, o al por mayor, por lo cual la Sala, teniendo en cuenta que la condena impuesta por perjuicios morales a favor de los demandantes no fue objeto de recurso, sólo procederá a indexar el valor reconocido por el a quo, tomando como base el precio del gramo oro a la fecha de la sentencia que impuso la condena y aplicando la siguiente fórmula: (...) (valor gramo oro al momento de la sentencia ...) \* ... (IPC final) / ... (IPC inicial).

**PERJUICIOS MATERIALES - Lucro Cesante / LUCRO CESANTE - Indemnización**

La sentencia de primera instancia reconoció perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante en favor del señor (...) por cuanto encontró acreditado que se desempeñaba como trabajador de una relojería y joyería. Dado que en el expediente no obra prueba alguna de la cuantía de sus ingresos por tal actividad, el Tribunal Administrativo ordenó que se indemnizara con base en el salario mínimo legal mensual vigente por los 3 años, 7 meses y 27 días que permaneció privado de la libertad, entre el 2 de noviembre de 1990 y el 29 de junio de 1994. (...) en virtud de que no se pudo establecer con certeza la cuantía de los ingresos devengados por la víctima en su actividad económica, de conformidad con las reglas de la sana crítica que enseñan que una persona laboralmente activa no podría devengar menos del salario mínimo legal mensual vigente al momento de los hechos.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

## SUBSECCION C

**Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil doce (2012)

**Radicación número: 54001-23-31-000-1996-09890-01(21660)**

**Actor: ELSY DEL SOCORRO IDARRAGA DE DÍAZ Y OTROS**

**Demandado: NACION - MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO Y FISCALIA GENERAL DE LA NACION**

**Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (APELACION SENTENCIA)**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y el Ministerio Público contra la sentencia proferida el 30 de abril de 2001 por el Tribunal Administrativo de Santander, Norte de Santander y Cesar, Sala de Descongestión, sede San Gil, mediante la que se dispuso:

*“PRIMERA: DECLARAR NO PROBADAS las excepción propuestas por la Nación Ministerio de Justicia y del Derecho.*

*SEGUNDA: DECLARAR A LA NACION – FISCALIA GENERAL DE LA NACION administrativamente responsable de los perjuicios recibidos por HÉCTOR MANUEL DÍAZ, ELSY DEL SOCORRO IDÁRRAGA DE DÍAZ, JHAIR FERNANDO DÍAZ IDÁRRAGA, FANNY MARITZA DÍAZ IDÁRRAGA, HERNAN DARIO DÍAZ IDÁRRAGA, YENNY CRISTINA DÍAZ IDÁRRAGA Y JOSE MANUEL DÍAZ IDÁRRAGA, por los perjuicios morales y materiales recibidos con ocasión de la privación injusta de la libertad del señor HÉCTOR MANUEL DÍAZ.”*

*TERCERA: como consecuencia de la anterior declaración CONDENAR A LA NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN a pagar por concepto de perjuicios materiales al señor HÉCTOR MANUEL DÍAZ, los salarios dejados de percibir durante el tiempo que duró privado injustamente de su libertad, en cuantía del salario mínimo legal mensual. Los salarios serán actualizados conforme se señala en la parte motiva de la presente providencia.*

*CUARTA: CONDENAR A LA NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN a pagar por concepto de perjuicios morales al señor HÉCTOR MANUEL DÍAZ el equivalente en pesos colombianos a UN MIL (1.000) GRAMOS ORO FINO. A la señora ELSY DEL SOCORRO IDÁRRAGA DE DÍAZ en su condición de cónyuge, y a JHAIR FERNANDO DÍAZ IDÁRRAGA, FANNY MARITZA DÍAZ IDÁRRAGA, HERNAN DARIO DÍAZ IDÁRRAGA, YENNY CRISTINA DÍAZ IDÁRRAGA Y JOSE MANUEL DÍAZ IDÁRRAGA en su condición de hijos, el equivalente en pesos colombianos a QUINIENTOS (500) GRAMOS ORO FINO. El precio interno del gramo de oro fino será el que certifique el Banco de la República para la fecha de la ejecutoria de esta sentencia, certificación que deberá allegarse con la correspondiente cuenta de cobro.*

QUINTO: Esta condena devengará intereses comerciales y de mora en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.” (Sic).

## ANTECEDENTES

### 1. La demanda

#### 1.1. Presentación de la demanda

La demanda fue presentada el 12 de junio de 1996<sup>1</sup> por ELSY DEL SOCORRO IDÁRRGA y HÉCTOR MANUEL DÍAZ, mayores de edad y en representación legal de sus hijos menores JHAIR FERNANDO, FANNY MARITZA, HERNÁN DARIO, YENNY CRISTINA y JOSÉ MANUEL DÍAZ IDÁRRAGA, mediante apoderado, en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del C.C.A., con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

*“1. Que la NACION COLOMBIANA – MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO – FISCALIA GENERAL DE LA NACION, son administrativamente responsables por todos los daños y perjuicios morales, fisiológicos y materiales objetivados y subjetivados causados a los demandantes ELCY DEL SOCORRO IDARRAGA de DIAZ y el Señor HÉCTOR MANUEL DIAZ y sus menores hijos comunes JHAIR FERNANDO DIAZ IDARRAGA, FANNY MARITZA DIAZ IDARRAGA, HERNAN DARIO DIAZ IDARRAGA, YENNY CRISTINA DIAZ IDARRAGA y JOSE MANUEL DIAZ IDARRAGA, en virtud del daño antijurídico por ellos sufrido derivado de la irregular y prolongada medida de aseguramiento de detención preventiva proferida por la demandada desde el día 02 de noviembre de 1990, manteniendo privado del derecho fundamental de la libertad desde esa fecha al ciudadano HÉCTOR MANUEL DIAZ, hasta el día 28 de junio de 1994.*

*2. Que como consecuencia de la anterior declaración, condénese a la NACION COLOMBIANA – MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO – FISCALIA GENERAL DE LA NACION, a pagarles a los demandantes, debidamente indexados, y como ordena el Código Contencioso Administrativo en sus artículos 176, 177 y 178:*

*2.1 Al Señor HÉCTOR MANUEL DIAZ, por los daños morales sufridos la suma equivalente a UN MIL GRAMOS DE ORO FINO (1.000), al precio que certifique el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de la sentencia.*

*2.2 A los otros demandantes, la señora ELCY DEL SOCORRO IDARRAGA de DIAZ y a los hijos JHAIR FERNANDO DIAZ IDARRAGA, FANNY MARITZA DIAZ IDARRAGA, HERNAN DARIO DIAZ IDARRAGA, YENNY CRISTINA DIAZ IDARRAGA y JOSE MANUEL DIAZ IDARRAGA, por los daños morales sufridos por la detención de su esposo y padre, la suma equivalente a UN MIL RAMOS DE ORO FINO (1.000), al precio en pesos que certifique el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de la sentencia para cada uno de estos demandantes.*

*2.3 Por los daños y perjuicios materiales, que sufrió y sufre, al Seños HÉCTOR MANUEL DIAZ, como daño emergente y lucro cesante, teniendo*

---

<sup>1</sup> Fls. 4 a 28 del C. No. 1

*de presente los ingresos laborales por él antes de ser privado de la libertad, que eran aproximadamente de DOSCIENTOS CINCUENT MIL PESOS MENSUALES , (\$250.000.00) en promedio mensual.*

*2.4 Por los daños materiales a la esposa del Señor HÉCTOR MANUEL DIAZ, Señora ELCY DEL SOCORRO IDARRAGA de DIAZ, a quien se deben reconocer y pagar por lo que gasto en los traslados del municipio de localización del hogar conyugal hasta los sitios donde se encontraba recluido su esposo, teniendo en cuenta que fue trasladado a diversas cárceles y la detención se prolongó por un término aproximado de cuarenta y cuatro meses (44 meses), además que mientras realizaba los viajes contrataba a personas para el cuidado de sus hijos.*

*2.5 A HÉCTOR MANUEL DIAZ, el valor de los perjuicios fisiológicos que sufrió y sufre al no poder realizar necesidades vitales para la vida, además que la hacen agradable, equivalente DOS MIL GRAMOS ORO FINO (2.000), al precio que certifique el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de la sentencia*

*2.6 Los intereses correspondientes a la tasa legal, sobre las cantidades que resulten a favor de los demandantes, desde la fecha en que deba hacerse el pago hasta aquella en que efectivamente se realice, conforme lo señala el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.*

*2.7 Para determinar el valor de los perjuicios morales subjetivos deberá tenerse en cuenta la reiterada jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, relativa a la regulación de dichos perjuicios.*

*2.8 En caso de que en el proceso no quedare establecido el valor de los perjuicios, se ordenará el trámite incidental autorizado en los artículos 135, 136 y 137 del Código de Procedimiento Civil.*

*2.9 Que la NACION COLOMBIANA – MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO – FISCALIA GENERAL DE LA NACION, deben dar cumplimiento a la sentencia que se dicte a instancias de esta demanda, dentro del término ordenado en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.”(Sic).*

## **1.2. Fundamento Fáctico**

Como fundamento de las pretensiones la parte demandante expuso los hechos que la Sala sintetiza así<sup>2</sup>:

**a)** El 2 de noviembre de 1990 el señor HÉCTOR MANUEL DÍAZ fue retenido por Unidades del Ejército Nacional Batallón General Rafael Reyes en el sitio denominado “La Mugrosa” del municipio Cimitarra (Norte de Santander) cuando, en los términos del Informe Oficial del Teniente de la operación, se disponía a secuestrar a unos comerciantes con fines extorsivos.

**b)** El detenido fue puesto a disposición del Juzgado Octavo de Instrucción Criminal, el cual, el día 7 de noviembre de 1990 abrió formalmente investigación contra el señor HÉCTOR MANUEL DÍAZ.

---

<sup>2</sup> Fls. 4 a 12 del C. No. 1.

**c)** El 10 de noviembre de 1990 el Juzgado Dieciséis de Instrucción Criminal avocó conocimiento y profirió medida de aseguramiento de detención preventiva contra el señor HÉCTOR MANUEL DÍAZ. El 16 de noviembre del mismo año se le negó el beneficio de la libertad provisional y, adicionalmente, se ordenó su traslado a la Cárcel de San Gil.

**d)** El 27 de marzo de 1992 el Juzgado Octavo de Instrucción Criminal de Cimitarra (Santander) concedió la libertad provisional al señor HÉCTOR MANUEL DÍAZ, no obstante, el Tribunal de Orden Público resolvió revocar dicha providencia.

**e)** El 6 de junio de 1993 la Fiscalía Regional de Cúcuta declaró la preclusión de la investigación seguida contra HÉCTOR MANUEL DÍAZ y remitió la decisión al superior para que fuera objeto de Consulta. El 23 de septiembre de 1993 la Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Santafé de Bogotá revocó el auto y en su lugar, ordenó continuar con el proceso.

**f)** El 2 de mayo de 1994 la Fiscalía Regional de Cúcuta calificó el mérito de la instrucción con Resolución de Preclusión de la Investigación en favor de HÉCTOR MANUEL DÍAZ por cuanto el sindicado no cometió el hecho que se le imputa, asimismo, sin que existiera sustento legal ordenó que se surtiera el grado de Consulta.

**g)** El procesado interpuso acción de tutela con el objeto de obtener la garantía de sus derechos a la libertad y al debido proceso. El 22 de junio de 1994 el Juzgado Noveno Penal del Circuito resolvió favorablemente las pretensiones y en consecuencia, ordenó la libertad provisional inmediata de HÉCTOR MANUEL DÍAZ.

**h)** El 28 de junio de 1994 la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional decidió confirmar la Resolución de Preclusión de la Investigación por vía de la Consulta.

**i)** Antes de la retención injusta de la libertad, el señor HÉCTOR MANUEL DÍAZ trabajaba como comerciante de joyas y además, era árbitro de fútbol y microfútbol.

### **1.3. Fundamento jurídico de la demanda**

Según se afirma en la demanda, el señor HÉCTOR MANUEL DÍAZ fue capturado por porte ilegal de armas, pues el salvoconducto del arma que llevaba se encontraba vencido. Ahora bien, su situación jurídica fue resuelta mediante medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación; sin embargo, el señor DÍAZ al momento de ser capturado no se encontraba en flagrancia y no existía ninguna prueba de la posible comisión de un hecho punible. En consecuencia, la libertad del aquí demandante jamás debió restringirse, pues su comparecencia al proceso podía garantizarse por otros medios.

Por otra parte, los demandantes sostienen que el Juez Octavo de Instrucción de Cimitarra, mediante auto del 27 de marzo de 1992, puso en libertad provisional al señor HÉCTOR MANUEL DÍAZ, por primera vez, al considerar que habían transcurrido más de 180 días desde el momento de la privación de la libertad sin que se hubiese calificado el mérito del sumario, vulnerándose el numeral 3º del artículo 415 del C.P.P. Así mismo, para el Juez, los hechos por los cuales estaba siendo investigado el señor Díaz (pertenecer a banda de sicarios o tener fines terroristas) no se encontraban probados y tampoco era factible que pudiesen probarse; por esta razón, no resultaba pertinente continuar con la investigación que se adelantaba.

Igualmente, a juicio de la parte demandante, la restricción de la libertad del señor DÍAZ se prorrogó ilegalmente, pues una vez la Fiscalía Regional de Cúcuta dictó resolución de preclusión de la investigación, esto es, el 2 de mayo de 1994, el señor HÉCTOR MANUEL DÍAZ debió ser puesto en libertad de forma inmediata; así, dicha Fiscalía actuó de forma ilegal al someter la libertad del investigado a que la resolución por ella proferida se encontrara en firme y el *ad-quem* resolviera la consulta, circunstancias que son consideradas por los demandantes contrarias al artículo 198 del C.P.P.; y por lo tanto, violatorias del derecho a la libertad personal y al debido proceso.

En definitiva, para los demandantes es claro que desde el inicio de la investigación y durante todo el tiempo que transcurrió mientras esta se llevaba a cabo, las actuaciones de las autoridades judiciales resultaron violatorias de los principios constitucionales de la presunción de inocencia, del debido proceso y del derecho a la libertad personal.

Así las cosas, debido a que la Fiscalía Regional de Cúcuta, mediante auto de 2 de mayo de 1994, decidió **precluir la investigación en atención a que los sindicados no habían cometido el hecho punible que se les imputaba**, los demandantes consideran que se configura la responsabilidad patrimonial en cabeza del Estado (negrilla fuera de texto)

La Sala pone de presente que en la demanda se pide declarar la responsabilidad patrimonial del Estado bajo dos argumentos. En primer lugar, se sostiene que se configura la "CULPA O FALLA DEL SERVICIO", debido a las actuaciones irregulares, arbitrarias y facilistas desplegadas, primero, por la justicia ordinaria de orden público-regional; y después, por la Fiscalía General de la Nación, quien actuó a través de la Fiscalía Regional de Cúcuta. Posteriormente, los demandantes señalan que, al verificarse el numeral 2º del artículo 414 del C.P.P, en el presente caso se configura la responsabilidad objetiva del Estado, motivo por cual resulta irrelevante el estudio de la conducta desplegada por el funcionario judicial.

## **2. Actuación procesal en primera instancia**

### **2.1. Admisión de la demanda**

El Tribunal Administrativo de Norte de Santander mediante providencia del 12 de julio de 1996 admitió la demanda<sup>3</sup>, la cual fue notificada al Procurador Judicial para Asuntos Administrativos del Tribunal el 24 de julio de 1996; al Fiscal General de la Nación por conducto del Director Seccional de la Fiscalía Regional de Cúcuta el 30 de julio de 1996 y al Ministro de Justicia y del Derecho en su condición de Representante Legal de la Nación por conducto del Gobernador de Norte de Santander el 13 de agosto de 1996<sup>4</sup>.

Mediante auto del 29 de abril de 1999<sup>5</sup> el Tribunal Administrativo de Norte de Santander consideró saneada la nulidad del numeral 8 del artículo 140 del C.P.C. sobre la falta de notificación al demandado del auto admisorio de la demanda, en atención a que, no obstante, para la época de la presentación de la demanda ya estaba en vigencia el numeral 8 del artículo 99 de la ley 270 de 1996 que le asigna

---

<sup>3</sup> Fl. 64 del C. No. 1.

<sup>4</sup> Fl. 66 del C. No. 1.

<sup>5</sup> Fl. 195 del C. No. 1.

la representación judicial de la rama judicial a la Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial, ésta no fue vinculada al proceso.

En consecuencia, el 26 de mayo de 1999 se efectúa la notificación personal del auto admisorio de la demanda al Director Ejecutivo de la Rama Judicial.<sup>6</sup>

## 2.2. Contestación de la demanda

**2.2.1.** El Ministerio de Justicia y del Derecho contestó la demanda el 26 de agosto de 1996<sup>7</sup> mediante escrito en el cual se opuso a todas y cada una de las pretensiones, manifestó no constarle unos hechos y tener por ciertos otros. Con fundamento en el artículo 164 del C.C.A., la parte demandada opuso la excepción de indebida representación del Ministerio de Justicia y del Derecho por considerar que, en primer lugar, *“las actuaciones que culminaron con la revocación de la medida de aseguramiento”* no fueron de su órbita y, en segundo término, porque la Fiscalía General de la Nación *“forma parte de la Rama Judicial y tendrá autonomía administrativa y presupuestal”* tal como lo establecen los artículos 249 de la C.P. y 187 del Decreto 2699 de 1991.

No obstante lo anterior, el Ministerio de Justicia y del Derecho manifestó que no es procedente reconocer los perjuicios de la demanda porque *“La investigación de un delito cuando medien indicios serios contra la persona sindicada, es una carga de todas las personas deben soportar por igual. Y la absolución final que puedan estos obtener”* (sic) no legitima, *per se*, el pago de una indemnización.

**2.2.2.** La Fiscalía General de la Nación contestó la demanda el 6 de septiembre de 1996<sup>8</sup> mediante escrito en el cual se opuso a todas y cada una de las pretensiones; y en cuanto a los hechos, manifestó atenerse a lo probado en el proceso.

La entidad demandada sostuvo que las resoluciones contentivas de la medida de aseguramiento y de la calificación del mérito de la instrucción que se expidieron en el proceso penal adelantado contra el señor HÉCTOR MANUEL DÍAZ estuvieron ajustadas a los mandatos del C.P.P., en sus artículos 414 y 441, según los cuales, la medida de aseguramiento procede *“cuando contra el procesado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad, con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso”* y, se dicta resolución de acusación *“cuando esté demostrada la ocurrencia del hecho y exista confesión, testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad o indicios graves, documento, peritación o cualquier otro medio probatorio que comprometa la responsabilidad”*.

Asimismo, la Fiscalía General de la Nación propuso la excepción genérica, es decir, las que se desprendan de los hechos, las pruebas y las normas legales pertinentes.

**2.2.3.** La Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial contestó la demanda el 12 de octubre de 1999<sup>9</sup> mediante escrito en el cual se opuso a todas y cada una de las pretensiones, manifestó no constarle unos hechos y tener por ciertos otros.

El representante de la Rama Judicial sostuvo que *“el hecho de ser detenido cuando se adelanta una investigación en contra cuando existen serios indicios de*

---

<sup>6</sup> Fl. 196 del C. No. 1.

<sup>7</sup> Fls. 69 a 76 del C. No. 1.

<sup>8</sup> Fls. 89 a 93 del C. No. 1.

<sup>9</sup> Fls. 208 a 214 del C. No. 1.

*responsabilidad en la comisión de un delito y los mismos se desvirtúan a lo largo de la investigación, no por desvirtuarlos se está reconociendo responsabilidad del Estado en la detención”.*

### **2.3. Período probatorio**

Por medio de auto del 26 de noviembre de 1996, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander decretó las pruebas solicitadas por las partes<sup>10</sup>.

Las pruebas allegadas y practicadas en el proceso de la referencia son las siguientes:

a) Registro civil de matrimonio de HÉCTOR MANUEL DÍAZ y ELSY DEL SOCORRO IDÁRRAGA IDARRAGA.<sup>11</sup>

b) Registros civiles de nacimiento de JHAIR FERNANDO DÍAZ IDÁRRAGA, FANNY MARITZA DÍAZ IDÁRRAGA, HERNÁN DARIO DÍAZ IDÁRRAGA, YENNY CRISTINA DÍAZ IDÁRRAGA y JOSE MANUEL DÍAZ IDÁRRAGA<sup>12</sup>.

c) Certificado de Matrícula de Persona Natural expedido por la Cámara de Comercio del Magdalena Medio y Nordeste Antioqueño en el cual consta que la señora ELSY IDÁRRAGA es propietaria del establecimiento de comercio Joyería y Relojería Timex<sup>13</sup>.

d) Copia auténtica de la Resolución del día 2 de mayo de 1994 expedida por la Fiscalía Regional de Cúcuta dentro del proceso penal 739 por medio de la cual se calificó el mérito del sumario y se resolvió precluir la investigación por el delito de concierto para delinquir en favor de HÉCTOR MANUEL DÍAZ y otros<sup>14</sup>.

e) Copia auténtica de la Resolución del día 28 de junio de 1994 expedida por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional por medio de la cual se consultó la Resolución del 2 de mayo de 1994 y se resolvió confirmar la decisión en todas sus partes<sup>15</sup>.

f) Copia auténtica de la decisión del Juzgado Noveno Penal del Circuito de Cúcuta de fecha 22 de junio de 1994 por medio de la cual resolvió tutelar los derechos fundamentales a la libertad y el debido proceso del interno HÉCTOR MANUEL DÍAZ, y por consiguiente, ordenó a la Fiscalía Regional que profiriera la preclusión de la investigación otorgarle la libertad provisional inmediata<sup>16</sup>.

g) Documento original contentivo del oficio remitido por la Penitenciaría Nacional de Cúcuta por medio del cual informó que el señor HÉCTOR MANUEL DÍAZ estuvo recluido en ese Centro Carcelario desde el 30 de abril de 1993 hasta el 29 de junio de 1994 cuando obtuvo la libertad<sup>17</sup>.

h) Audiencia de recepción de los testimonios de LIGIA ARENALES MORA y EMILIO MALDONADO realizada el 3 de abril de 1997; y de GUILLERMO VELANDIA BARRERA realizada el día 11 de junio de 1997 quienes declararon

---

<sup>10</sup> Fls. 117 y 118 del C. No. 1.

<sup>11</sup> Fl. 34 del C. No. 1.

<sup>12</sup> Fls. 29 a 33 del C. No. 1.

<sup>13</sup> Fls. 26 a 28 del C. No. 1.

<sup>14</sup> Fls. 36 a 50 del C. No. 1.

<sup>15</sup> Fls. 51 a 54 del C. No. 1.

<sup>16</sup> Fls. 55 a 62 del C. No. 1.

<sup>17</sup> Fl. 120 del C. No. 1.

sobre la situación moral, económica y afectiva en que quedó el señor HÉCTOR MANUEL DÍAZ al salir de la cárcel<sup>18</sup>.

i) Audiencia de recepción del testimonio de GILBERTO MONTOYA ZAPATA realizada el 25 de abril de 1997 quien declaró sobre la actividad económica y los ingresos laborales de HÉCTOR MANUEL DIAZ antes de ser privado de su libertad; asimismo, declaró sobre los perjuicios morales sufrido por su esposa e hijos<sup>19</sup>.

j) Audiencia de recepción de los testimonios de CÁNDIDA ROSA CASTRO AMAYA, HÉCTOR MANUEL SUESCUN SIERRA y LEYDA MONSALVE DIAZ realizada el 29 de mayo de 1997 quienes declararon sobre la actividad económica y los ingresos laborales de HÉCTOR MANUEL DÍAZ antes de ser privado de su libertad; asimismo, declaró sobre los perjuicios morales sufrido por su esposa e hijos<sup>20</sup>.

k) Audiencia de recepción de los testimonios de FREIDON DARIO ABRIL PINILLA y RAFAEL IGNACIO FONSECA LEURO realizada el 16 de julio de 1997 quienes declararon sobre la actividad económica y los ingresos laborales de HÉCTOR MANUEL DÍAZ antes de ser privado de su libertad; asimismo, declararon sobre los perjuicios morales sufrido por su esposa e hijos<sup>21</sup>.

#### **2.4. Audiencia de conciliación y alegatos de conclusión**

El Tribunal Administrativo de Norte de Santander expidió auto por medio del cual declaró fallida la Audiencia de Conciliación celebrada el 17 de mayo de 2000<sup>22</sup>, acto seguido, mediante auto del 30 de junio de 2000, corrió traslado a las partes para alegar en conclusión<sup>23</sup>.

La Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial presentó en tiempo escrito de alegatos de conclusión<sup>24</sup>, en el que ratificó todos y cada uno de los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

La parte actora presentó en tiempo escrito de alegatos de conclusión<sup>25</sup>, en el que solicitó la reparación integral de los perjuicios causados a los demandantes con la privación injusta de la libertad de HÉCTOR MANUEL DÍAZ. El actor fundamentó sus pretensiones en uno de los supuestos de responsabilidad objetiva del Estado contemplados en el artículo 414 del C.P.P., según el cual, cuando una persona es absuelta mediante sentencia definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva, situación que se presentó en el caso concreto porque la Fiscalía Regional de Cúcuta dictó Resolución de Preclusión de la Investigación a favor de HÉCTOR MANUEL DÍAZ por considerar que no cometió el hecho que se le imputaba.

La Fiscalía General de la Nación presentó en tiempo escrito de alegatos de conclusión<sup>26</sup>, en el que reiteró los argumentos esgrimidos en otras instancias procesales y, adicionalmente, sostuvo que en el presente caso no se configuraba

<sup>18</sup> Fls. 127 a 131, y 133 a 134 del C. No. 1.

<sup>19</sup> Fls. 148 y 149 del C. No. 1.

<sup>20</sup> Fls. 165 a 169 del C. No. 1.

<sup>21</sup> Fls. 176 a 181 del C. No. 1.

<sup>22</sup> Fls. 229, 230 y 243 del C. No. 1.

<sup>23</sup> Fl. 247 del C. No. 1.

<sup>24</sup> Fls. 248 a 251 del C. No. 1.

<sup>25</sup> Fls. 252 a 254 del C. No. 1.

<sup>26</sup> Fls. 256 a 270 del C. No. 1.

ninguno de los supuestos de responsabilidad objetiva señalados en el artículo 414 del C.P.P. puesto que la decisión de dictar resolución de preclusión de la investigación a favor de HÉCTOR MANUEL DÍAZ se fundamentó en el principio universal del *in dubio pro reo*, situación en la cual se descarta la posibilidad de reconocer indemnización porque no hay certidumbre acerca de la inocencia del sindicado.

La Procuraduría 23 Judicial para Asuntos Administrativos de Cúcuta rindió concepto<sup>27</sup>, en el que solicitó que se negaran las súplicas de la demanda con fundamento en que el Fiscal Regional de Cúcuta dictó resolución de preclusión de la investigación en razón a las “*dudas, vacíos, contradicciones etc., que no se lograron despejar*” pero que no “*equivale en ningún momento a la declaratoria de inocencia*” (Sic) de HÉCTOR MANUEL DÍAZ, situación que no está contemplada en los supuestos de responsabilidad objetiva del artículo 414 del C.P.P. De otra parte, el Ministerio Público sostuvo que la medida de aseguramiento de detención preventiva practicada en legal forma era una carga que el sindicado estaba en la obligación de soportar.

### 3. Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia del 30 de abril de 2001, el Tribunal Contencioso Administrativo de Santander, Norte de Santander y Cesar, Sala de Descongestión, sede San Gil, resolvió declarar no probadas las excepciones propuestas por los demandados y acceder a las súplicas de la demanda<sup>28</sup>.

En relación con la excepción de “indebida legitimación por pasiva” propuesta por el Ministerio de Justicia, el juez *a quo* consideró que no estaba llamada a prosperar en atención a que si bien el Ministerio no es el legitimado para concurrir a representar a la rama judicial en los procesos en los que sea parte, en virtud de las Leyes 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia y 446 de 1998 ésta función le corresponde a la Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial y a la Fiscalía General de la Nación, quienes en el presente proceso efectivamente concurrieron en defensa de los intereses de la Nación.

Del análisis sobre el fondo del asunto, el Tribunal concluyó que “*En el caso sometido a estudio de la Sala se encuentra que la preclusión que se dio a favor del señor HÉCTOR MANUEL DÍAZ estuvo fundamentada en que no cometió el delito que se le imputaba, por tanto, en criterio de la Sala se configura uno de los casos en que la detención preventiva debe tenerse como injusta y tiene derecho a reclamar de la Nación Colombiana una indemnización por los perjuicios sufridos, máximo, si la alegada duda del señor fiscal no tiene un razonamiento lógico y de radical certeza para invocar la duda*”(Sic).

Así las cosas, el *a quo* se aparta de lo alegado por la Procuraduría 23 Judicial y por la Fiscalía General de la Nación, al señalar que:

*“(...) al no estar sustentada la duda que se plantea en la providencia de confirmación de la preclusión de la investigación a favor del actor, surge con claridad que la conclusión del Fiscal Regional acerca de que el demandante no cometió el delito que se le imputa, contenida en dicha providencia, sí encaja objetivamente dentro de uno de los casos que establece el artículo 414 del C. de P. Penal como susceptibles de ser indemnizados”* (Sic).

---

<sup>27</sup> Fls. 283 a 289 del C. No. 1.

<sup>28</sup> Fls. 322 a 344 del C. Ppal.

#### 4. Recurso de Apelación

El 29 de mayo de 2001 la Procuraduría 23 Judicial para Asuntos Administrativos presentó recurso de apelación contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Santander, Norte de Santander y Cesar del 30 de abril de 2001, asimismo, el 7 de junio de 2001 lo hizo la Fiscalía General de la Nación, y el 20 de junio de 2001 la Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial.

El representante del Ministerio Público<sup>29</sup> solicitó revocar en su totalidad la sentencia objeto del recurso; y en su lugar, denegar las súplicas de la demanda. En opinión del recurrente, *“El Tribunal de Descongestión hace un análisis parcial de las providencias allegadas al proceso, y concluye, que no fue la aplicación del principio in dubio pro reo, es decir, la duda, la que llevó a que Héctor Manuel Díaz recuperara la libertad; sino que esta se fundamentó en que el delito no se cometió”*, lo cual desconoce que en la instrucción reposaban dos pruebas que comprometían la responsabilidad del actor pero que no llevaban a la certeza que se requería para formular resolución de acusación, estas son, el revolver 32 Llama que portaba el sindicado y la posesión de un vehículo Suzuki que había sido hurtado anteriormente. En este orden, no es posible encuadrar los hechos en los supuestos del artículo 414 con el fin de derivar una responsabilidad objetiva del Estado, pues éstos han de analizarse bajo la óptica del error judicial.

La Fiscalía General de la Nación<sup>30</sup> solicitó la revocatoria de la decisión objeto del recurso y se fundamentó en que *“la medida de aseguramiento en contra de HÉCTOR MANUEL DIAZ, jamás fue injusta y la resolución de preclusión de la investigación se adoptó porque no reunía los presupuestos para dictar acusación y no porque estuviera plenamente comprobada la inocencia del demandante”* (sic). En este orden, el recurrente considera que no es posible reconocer la indemnización de perjuicios a favor de los demandantes, pues la decisión del Fiscal no se tomó porque *“se hubiere demostrado fehacientemente una de las hipótesis previstas en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal”*.

La Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial<sup>31</sup> solicitó la revocatoria en todas sus partes de la decisión objeto del recurso, pues en su opinión, el juez *a quo* no tuvo en cuenta que la decisión del Fiscal Regional de Cúcuta de precluir la investigación a favor de HÉCTOR MANUEL DÍAZ se fundamentó en la incertidumbre sobre el grado de culpabilidad.

#### 5. Actuación en segunda instancia

Por medio de auto del 16 de julio de 2001, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander resolvió conceder el recurso de apelación presentado por la parte demandada y la Procuraduría 23 Judicial para Asuntos Administrativos<sup>32</sup>. Mediante auto del 14 de noviembre de 2001 esta Corporación resolvió admitir dicho recurso<sup>33</sup>; y por auto del 20 de febrero de 2002, informó que transcurrido el término para alegar en conclusión y rendir concepto, las partes y el Ministerio Público, respectivamente, guardaron silencio<sup>34</sup>.

---

<sup>29</sup> Fls. 346 a 352 del C. Ppal.

<sup>30</sup> Fls. 355 a 365 del C. Ppal.

<sup>31</sup> Fls. 366 a 370 del C. Ppal.

<sup>32</sup> Fl. 383 del C. Ppal.

<sup>33</sup> Fl. 388 del C. Ppal.

<sup>34</sup> Fl. 391 del C. Ppal.

## CONSIDERACIONES

Con el objeto de resolver el asunto que se somete a consideración de la Sala, por razón del recurso de apelación impetrado contra la decisión del Tribunal Administrativo de Norte de Santander, la Sala procederá a pronunciarse sobre los siguientes puntos: la competencia (punto 1); los hechos probados (punto 2); la legitimación en la causa por pasiva (punto 3); el problema jurídico (4); el daño antijurídico (5); la imputación (punto 6); el caso concreto (punto 7); y la liquidación de perjuicios (punto 8).

### 1. Competencia

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación, toda vez que de conformidad con el artículo 73 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia y el auto proferido por la Sala Plena Contenciosa de esta Corporación el 9 de septiembre de 2008, de las acciones de reparación directa relacionados con el ejercicio de la administración de justicia conocen en primera instancia los Tribunales Administrativos y en segunda instancia el Consejo de Estado<sup>35</sup>.

Al respecto, esta Corporación se ha pronunciado en los siguientes términos:  
*"[L]a regla jurisprudencial conforme a la cual "el conocimiento de los procesos de reparación directa instaurados con invocación de los diversos títulos jurídicos de imputación previstos en la referida Ley Estatutaria de la Administración de Justicia corresponde, en primera instancia, a los Tribunales Administrativos, incluyendo aquellos cuya cuantía sea inferior a la suma equivalente a los 500 SMLMV"<sup>36</sup>, dada su reiterada aplicación por parte de esta Sección, constituye precedente vinculante para todos los funcionarios de la jurisdicción que en aras de garantizar el principio de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima están llamados a observar, en cada caso concreto, en cumplimiento del deber de garantía de los derechos fundamentales de las partes."<sup>37</sup>*

### 2. Hechos probados

**2.1.** Que el 2 de mayo de 1994 la Fiscalía Regional de Cúcuta calificó el mérito de la instrucción con Resolución de Preclusión de la Investigación en favor de HÉCTOR MANUEL DÍAZ por cuanto el sindicado no cometió el hecho que se le imputaba<sup>38</sup>.

**2.2.** Que el 22 de junio de 1994 el Juzgado Noveno Penal del Circuito resolvió tutelar los derechos fundamentales a la libertad y el debido proceso del señor HÉCTOR MANUEL DÍAZ y en consecuencia, ordenó su libertad provisional inmediata<sup>39</sup>.

**2.3.** Que el 28 de junio de 1994 la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional decidió confirmar la Resolución de Preclusión de la Investigación por vía de la Consulta, en la cual sostuvo que *"ante la no existencia de la prueba requerida para*

---

<sup>35</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 9 de septiembre de 2008, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez, Exp. 2008-00009.

<sup>36</sup> *Ibidem*.

<sup>37</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de 9 de diciembre de 2010. C.P. Ruth Stella Correa. Exp. 39085. *Cfr.* Auto de 21 de octubre de 2009. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 36913.

<sup>38</sup> Fls. 36 a 50 del C. No. 1.

<sup>39</sup> Fls. 55 a 62 del C No. 1.

*proferir una resolución de acusación, comparte la decisión sometida a consulta, aclarando que la preclusión aquí decretada en ningún momento equivale a una declaratoria de inocencia de los sindicados, así los efectos sean similares*<sup>40</sup>.

**2.4.** Que antes de la privación de la libertad, el señor HÉCTOR MANUEL DÍAZ trabajaba como comerciante de joyas y, además, era árbitro de fútbol y microfútbol.

Al respecto obra en el expediente el testimonio de GILBERTO ANTONIO MONTOYA ZAPATA quien manifestó que al señor HÉCTOR MANUEL DÍAZ *“lo conocí ahí en el centro comercial “Olaya” en la Joyería “Cromos”, él trabajaba ahí con la señora de él, doña Elcy Idárraga, como relojero y cuando nosotros llegamos al Centro Comercial a trabajar en la Papelería porque la habíamos comprado, ya Héctor estaba ahí en el Centro. (...) No le conocí ninguna otra actividad que la de relojero”* (Sic)<sup>41</sup>.

La señora CÁNDIDA ROSA CASTRO AMAYA manifestó que al señor HÉCTOR MANUEL DÍAZ lo conoció *“(…) aquí en Cimitarra en razón de que él tenía un tallercito de relojería y en varias ocasiones le mandé arreglar joyas, relojes (...) Y para la época de mil novecientos noventa ya conocía al señor HÉCTOR MANUEL, pero no recuerdo desde que fecha lo conocía. Yo en varias ocasiones lo veía en Cimitarra, como árbitro de campeonatos de Fútbol. Mi esposo realizaba eventos de partidos de Fútbol y ahí vine a verlo”* (Sic)<sup>42</sup>.

Igualmente, el señor HÉCTOR MANUEL SUESCÚN SIERRA manifestó que conocía al señor DÍAZ *“(…) más o menos de la época del ochenta y tres al noventa como árbitro y que tenía un pequeño taller de relojería”* (Sic)<sup>43</sup>.

En el mismo sentido declaró la señora LEYDA MONSALVE DÍAZ quien manifestó que el señor HÉCTOR MANUEL DÍAZ *“instaló la joyería en la casa de Libardo Castaño, eso fue como en el año ochenta y siete, y al mismo tiempo era árbitro de partidos de fútbol aquí en Cimitarra”* (Sic)<sup>44</sup>.

El señor FREIDON DARIO ABRIL PINILLA declaró que había conocido al aquí demandante *“(…) en Barbosa como joyero, y era el presidente de árbitros de Barbosa porque yo jugaba fútbol, el salió de acá para Cimitarra o Berrio porque él también tenía unas joyerías allá”* (Sic)<sup>45</sup>.

Finalmente, el señor RAFAEL IGNACIO FONSECA LEURO declaró que HÉCTOR MANUEL DÍAZ *“fue presidente del colegio de árbitros de Barbosa, nos conocimos porque conformamos con él y varios amigos un colegio de árbitros, del cual fue presidente durante el tiempo que estuvo aquí, además se desempeñaba como relojero en la relojería el Danubio, después de dos o tres años de estar ejerciendo como árbitro él se va para la ciudad de Cimitarra, donde también tuve la oportunidad de dirigir varios partidos de Fútbol con él en Cimitarra”* (Sic)<sup>46</sup>.

**2.5.** Que el señor HÉCTOR MANUEL DÍAZ estuvo privado de la libertad desde el 2 de noviembre de 1990 hasta el 29 de junio de 1994.

---

<sup>40</sup> Fls. 51 a 54 del C. No. 1.

<sup>41</sup> Fls. 148 y 149 del C. No. 1.

<sup>42</sup> Fls. 165 y 166 del C. No. 1.

<sup>43</sup> Fls. 167 y 168 del C. No. 1.

<sup>44</sup> Fls. 168 y 169 del C. No. 1.

<sup>45</sup> Fls. 176 y 177 del C. No. 1.

<sup>46</sup> Fls. 179 a 181 del C. No. 1.

Al respecto, obra en el expediente el Oficio de la Penitenciaría Nacional de Cúcuta por medio del cual informó que el señor HÉCTOR MANUEL DÍAZ estuvo recluido en ese Centro Carcelario desde el 30 de abril de 1993 hasta el 29 de junio de 1994, cuando obtuvo la libertad.<sup>47</sup>

Asimismo, la decisión de consulta emitida por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional el 28 de junio de 1994 estableció que *“La investigación es iniciada a raíz del informe 0323 de fecha noviembre 6 de 1.990 suscrito por el Teniente Oscar Cardona Prada, Oficial del Ejército donde deja a disposición del Juez Octavo de Instrucción Criminal de Cimitarra (S.S.) a los sujetos (...) HÉCTOR MANUEL DIAZ, capturados el día 2 de noviembre de 1.990 en el sitio conocido como EL CRUCE vía a Puerto Berrío, área rural del Municipio de Cimitarra”*.<sup>48</sup>

**2.6.** Que del matrimonio entre HÉCTOR MANUEL DÍAZ y ELSY DEL SOCORRO IDÁRRAGA IDÁRRAGA nacieron JHAIR FERNANDO DÍAZ IDÁRRAGA, FANNY MARITZA DÍAZ IDÁRRAGA, HERNÁN DARÍO DÍAZ IDÁRRAGA, YENNY CRISTINA DÍAZ IDÁRRAGA y JOSE MANUEL DÍAZ IDÁRRAGA.

Al respecto obra el registro civil de matrimonio de HÉCTOR MANUEL DÍAZ y ELSY DEL SOCORRO IDÁRRAGA IDÁRRAGA<sup>49</sup>; asimismo, los registros civiles de nacimiento de JHAIR FERNANDO DÍAZ IDÁRRAGA, FANNY MARITZA DÍAZ IDÁRRAGA, HERNÁN DARÍO DÍAZ IDÁRRAGA, YENNY CRISTINA DÍAZ IDÁRRAGA y JOSE MANUEL DÍAZ IDÁRRAGA<sup>50</sup>.

### **3. Legitimación en la causa por pasiva**

De conformidad con el recurso de apelación interpuesto por el representante del Ministerio público en contra de la sentencia de primera instancia, *“el Tribunal de Descongestión no se pronunció sobre la responsabilidad de la NACIÓN – MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO, pues aparece como entidad demandada, notificándosele de la misma, y dentro del término procesal dio contestación e inclusive presentó alegatos de conclusión, lo que en consideración debe llevar a un pronunciamiento final.”*<sup>51</sup>

En relación con la excepción de legitimación en la causa por pasiva alegada por el Ministerio de Justicia, la sentencia de primera instancia señaló que:

*“En cuanto a la excepción de INDEBIDA LEGITIMACIÓN POR PASIVA que propone la Nación – Ministerio de Justicia, en consideración de la Sala no está llamada a prosperar en primer lugar porque el demandado si lo es la NACIÓN y por tanto ésta legitimada para acudir al presente proceso en calidad de demandada, el problema se suscita es sobre quién debe representarla en el presente caso. Con la expedición de la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Justicia, el representante de la Nación en los asuntos de la Rama Judicial, a la cual pertenece la Fiscalía General de la Nación le corresponde a la Dirección Nacional y las Seccionales de la Administración Judicial, según sea el caso. A partir de la expedición de la Ley 446 de 1998 se señaló en forma expresa que en los procesos contencioso administrativos la Nación estará representada, entre otros, por el Fiscal General de la Nación.*

<sup>47</sup> Fl. 120 del C. No. 1.

<sup>48</sup> Fls. 51 y 52 del C. No. 1.

<sup>49</sup> Fl. 34 del C. No. 1.

<sup>50</sup> Fls. 29 a 33 del C. No. 1.

<sup>51</sup> Fl. 352 del C.1.

*En el presente proceso concurrieron en defensa de los intereses de la Nación, originalmente, el Ministerio de Justicia y del Derecho y la Fiscalía General de la Nación, y por vinculación posterior a través del saneamiento de nulidad que tramitó el Despacho Sustanciador, concurrió la Directora Nacional de Administración Judicial, de manera que si bien el Ministerio de Justicia y del Derecho no es el indicado para representar a la Nación en esta clase de procesos, si lo son los demás demandados y por tanto la Nación si está legitimada para concurrir al proceso representada en este caso, a la luz de la normatividad señalada, por parte del Fiscal General de la Nación.”<sup>52</sup>*

Dado lo anterior, en la parte resolutive de la sentencia impugnada, el Tribunal de instancia declaró la responsabilidad administrativa y patrimonial únicamente respecto de la “NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN”, que no de los demás demandados.

Se reitera que en el texto de la demanda se demandó al Ministerio de Justicia y de derecho, así como a la Fiscalía General de la Nación. Sin embargo, mediante auto de 29 de abril de 1999, el Tribunal Administrativo ordenó notificar el auto admisorio al Director Ejecutivo de la Administración Judicial<sup>53</sup>. Así las cosas, dicha entidad participó y ejerció su derecho a la defensa en todas y cada una de las etapas procesales.

Pues bien, en el presente caso, tal como lo estableció el Tribunal de Primera Instancia, no es posible declarar la responsabilidad patrimonial del Ministerio de Justicia por cuanto para la época de presentación de la demanda ésta entidad no ejercía la representación de la Nación – Rama Judicial en virtud de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 270 de 1996.

En efecto, el artículo 149 del Código Contencioso Administrativo estableció que la representación judicial de la Nación- Rama Judicial en las actuaciones adelantadas en virtud de los actos, actuaciones o vías de hechos de sus funcionarios, correspondía al Ministerio de Justicia.

Posteriormente, la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia, artículo 99 numeral 8, estableció que una de las funciones del Director Ejecutivo de la Administración Judicial es la representación de la Nación– Rama Judicial en los procesos judiciales en los que sea parte.

La Ley 446 de 1998, que modificó del artículo 149 del Código Contencioso Administrativo, determinó que cuando la Nación obre como demandante, demandada o interviniente en los procesos contencioso administrativos “*estará representada por el Ministro, Director de Departamento Administrativo, Superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, Fiscal General, Procurador o Contralor o la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho*”.

En este orden, una interpretación armónica e integral del artículo 99 numeral 8 de la Ley 270 de 1996 y del artículo 149 del Código Contencioso Administrativo modificado por la Ley 446 de 1998 permite que la representación judicial de la Nación- Rama Judicial esté a cargo del Director Ejecutivo de la Administración Judicial o del Fiscal General según que el acto o el hecho que se controvierte haya sido proferido o ejecutado por juez o magistrado, o por un fiscal<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> Fls. 330 y 331 del C. 1.

<sup>53</sup> Fl. 195 del C.1.

<sup>54</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 13 de diciembre de 2001, C.P.: Ricardo Hoyos Duque, Exp: 12787.

En un asunto similar, la Sección Tercera estableció lo siguiente:

*“En el caso concreto no hay lugar a discusión sobre la legitimación en causa por pasiva, porque la demanda se dirigió en contra de la Nación, por una actuación judicial a cargo de la Fiscalía General de la Nación. En cuanto al tema de la representación judicial de la parte demandada, se observa que la demanda se notificó al Ministerio de Justicia, cuando para la época de su presentación, ese Ministerio ya no ejercía la representación de la Nación-Rama Judicial, porque ésta había asignada en el artículo 99-8 de la ley 270 de 1996 al Director Ejecutivo de Administración Judicial y en tratándose de la responsabilidad por actos de la Fiscalía General de la Nación, la representación judicial correspondía al Fiscal General de la Nación (arts. 22 y 27 del decreto 2699 de 1991<sup>55</sup>).*

*Esa irregularidad no alcanza a afectar el proceso, habida cuenta de que la demanda se notificó también a la Fiscalía General de la Nación, con lo cual la parte demandada estuvo debidamente representada en el proceso.”<sup>56</sup>*

En tal sentido, la decisión del Tribunal de instancia en relación con la representación judicial de la Nación – Rama Judicial y de la entidad cuya responsabilidad se declaró, resulta acorde con la legislación y jurisprudencia vigente.

#### **4. Problema jurídico**

¿Resultan imputables a la Nación - Fiscalía General de la Nación los daños causados al señor HÉCTOR MANUEL DÍAZ con ocasión de su privación de la libertad en virtud de orden judicial desde el 30 de abril de 1993 hasta el 29 de junio de 1994?

#### **5. Daño antijurídico**

En cuanto al daño antijurídico, el precedente jurisprudencial constitucional señala que:

*“... la antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima. De otro lado, la concepción del daño antijurídico a partir de la consideración de que quien lo sufre no está obligado a soportarlo constituye otra forma de plantear el principio constitucional según el cual, la igualdad frente a las cargas públicas es sustento de la actividad de la administración pública”<sup>57</sup>.*

---

<sup>55</sup> Estas normas en su orden dispusieron que el Fiscal General de la Nación tendría la representación de la entidad frente a las autoridades del poder público y que la Oficina Jurídica tenía dentro de sus funciones, la representación de la Fiscalía mediante poder conferido por el Fiscal General, en los procesos en que ésta fuera demandada. La vigencia de estas normas se prolongó hasta la expedición de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (270/96), en cuyo artículo 99-8, de manera genérica, se atribuyó al Director Ejecutivo de Administración Judicial la función de representar a la Nación-Rama Judicial en los procesos judiciales, disposición modificada en cuanto a la Fiscalía General de la Nación, por cuenta del artículo 49 de la ley 446 de 1998, tal como lo concluyó esta Corporación en sentencia proferida el 13 de diciembre de 2001, Exp: 12.787, C.P.: Ricardo Hoyos Duque.

<sup>56</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 28 de abril de 2005. C.P. Ruth Stella Correa. Rad. 15348.

<sup>57</sup> Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. Así mismo, se considera: “El artículo 90 de la Carta, atendiendo las (sic) construcciones jurisprudenciales, le dio un nuevo enfoque normativo a la

Así pues, el precedente jurisprudencial constitucional ha señalado,

*“La Corte Constitucional ha entendido que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración”<sup>58</sup>.*

De igual manera, la Corte Constitucional ha considerado que el daño antijurídico se encuadra en los “principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución”<sup>59</sup>.

Así mismo, se trata de un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala un “Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana<sup>60</sup>, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos”<sup>61</sup>. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable<sup>62</sup>, anormal<sup>63</sup> y que se trate de una situación jurídicamente protegida<sup>64</sup>.

Pues bien, en el caso concreto, está debidamente demostrado que el señor HÉCTOR MANUEL DÍAZ fue privado de la libertad en virtud de orden judicial desde el 30 de abril de 1993 hasta el 29 de junio de 1994.

Se trata de un daño que el actor, HÉCTOR MANUEL DÍAZ, no estaba llamado a soportar como una carga ordinaria, ni siquiera extraordinaria, en atención al respeto de su dignidad humana y de sus derechos constitucionales a la vida y a la

---

*responsabilidad patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la falla del servicio hasta el daño antijurídico. Ello implica la ampliación del espacio en el que puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal – bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía- sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002.*

<sup>58</sup>Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-918 de 2002. A lo que se agrega: “El artículo 90 de la Constitución Política le suministró un nuevo panorama normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado. En primer lugar porque reguló expresamente una temática que entre nosotros por mucho tiempo estuvo supeditada a la labor hermenéutica de los jueces y que sólo tardíamente había sido regulada por la ley. Y en segundo lugar porque, al ligar la responsabilidad estatal a los fundamentos de la organización política por la que optó el constituyente de 1991, amplió expresamente el ámbito de la responsabilidad estatal haciendo que ella desbordara el límite de la falla del servicio y se enmarcara en el más amplio espacio del daño antijurídico”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002.

<sup>59</sup>Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001.

<sup>60</sup>“El daño debe ser antijurídico, no ya porque la actuación administrativa de que derive sea ilegal, pues, pues en un sistema de responsabilidad objetiva puede no serlo, sino porque se trate de una lesión que el particular perjudicado “no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”. SANCHEZ MORON, Miguel. *Derecho administrativo. Parte general*. 6ª ed. Madrid, Tecnos, 2010, p.925.

<sup>61</sup>Agregándose: “Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirse al juez que, como no le alcanzan sus recursos fiscales, no le condene por ejemplo, por los atentados de la fuerza pública, contra la dignidad de la persona humana”. Sentencia de 9 de febrero de 1995. Exp.9550.

<sup>62</sup>Sentencia de 19 de mayo de 2005. Rad. 2001-01541 AG.

<sup>63</sup> “por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”. Sentencia de 14 de septiembre de 2000. Exp.12166.

<sup>64</sup> Sentencia de 2 de junio de 2005. Rad. 1999-02382 AG.

integridad personal, que es incuestionable en un Estado Social de Derecho<sup>65</sup>. Y no es soportable, porque la privación de la libertad del demandante no comprende una carga u obligación general impuesta por la ley a los ciudadanos, o que deba encuadrarse en una actuación “discrecional de la Administración que se ejerce en términos razonables y proporcionados (por ejemplo, daños causados por la reacción proporcionada de los agentes de la autoridad al disolver una manifestación ilegal o al detener a un presunto delincuente, la pérdida de clientela derivada del cambio de trazado justificado de una carretera, etc.)”<sup>66</sup>; y, tampoco, puede tratarse de una carga soportable teniendo en cuenta que la lesión no es producto de un riesgo normal “derivado de la relación con un servicio público.

Sin embargo, no siendo suficiente constatar la existencia del daño antijurídico, es necesario realizar el correspondiente juicio de imputación, que permita determinar si cabe atribuirlo fáctica y jurídicamente a las entidades demandadas, o si opera alguna de las causales exonerativas de responsabilidad, o se produce un evento de concurrencia de acciones u omisiones en la producción del daño.

## 6. La imputación de la responsabilidad

### 6.1. Presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado

Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización”<sup>67</sup> de la responsabilidad del Estado<sup>68</sup> y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados<sup>69</sup> y de su patrimonio<sup>70</sup>, sin distinguir su condición, situación e

---

<sup>65</sup> “La Corte Constitucional ha entendido que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración [sentencia C-333 de 1996]. Igualmente ha considerado que se ajusta a distintos principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución [sentencia C-832 de 2001]”. Corte Constitucional, sentencia C-038 de 2006.

<sup>66</sup> SANCHEZ MORON, Miguel. *Derecho administrativo. Parte general.*, ob., cit., p.925.

<sup>67</sup> En precedente jurisprudencial constitucional se indica: “El Estado de Derecho se funda en dos grandes axiomas: El principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado. La garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas que en sus actuaciones se sujeten a la ley sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente”. Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

<sup>68</sup> La “responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización”. Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. Postura que fue seguida en la sentencia C-892 de 2001, considerándose que el artículo 90 de la Carta Política “consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos”. Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001.

<sup>69</sup> Derechos e intereses que constitucional o sustancialmente reconocidos “son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado”. ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés. 1ª reimp. México, Fontamara, 2007, p.49.

<sup>70</sup> “La responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico tiene como fundamento un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos”. Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

interés<sup>71</sup>. De esta forma se reivindica el sustento doctrinal según el cual la “acción administrativa se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ella, para algunos, no fuesen reparados, éstos serían sacrificados por la colectividad, sin que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en detrimento de ellos”<sup>72</sup>. Como bien se sostiene en la doctrina,

“La responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad<sup>73</sup>; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público”<sup>74</sup>.

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado<sup>75</sup> tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública<sup>76</sup> tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo<sup>77</sup>.

---

<sup>71</sup> La “razón de ser de las autoridades públicas es defender a todos los ciudadanos y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Omitir tales funciones entraña la responsabilidad institucional y la pérdida de legitimidad. El estado debe utilizar todos los medios disponibles para que el respeto de la vida y derechos sea real y no solo meramente formal”. Sentencia de 26 de enero de 2006, Exp. AG-2001-213. En la doctrina puede verse STARCK, Boris. *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris, 1947.

<sup>72</sup> RIVERO, Jean. *Derecho administrativo*. 9ª ed. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p.293. Puede verse también esta construcción doctrinal en: BERLIA. “Essai sur les fondements de la responsabilité en droit public français”, en *Revue de Droit Public*, 1951, p.685; BÉNOIT, F. “Le régime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique”, en *JurisClasseur Publique*, 1954. T.I, V.178.

<sup>73</sup> “La responsabilidad, a diferencia de la expropiación, no representa un instrumento en manos de la Administración para satisfacer el interés general, una potestad más de las que ésta dispone al llevar a cabo su actividad, sino un mecanismo de garantía destinado a paliar, precisamente, las consecuencias negativas que pueda generar dicha actividad. La responsabilidad, por así decirlo, no constituye una herramienta de actuación de la Administración, sino de reacción, de reparación de los daños por ésta producidos”. MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*. 1ª ed. Madrid, Civitas, 2001, p.120.

<sup>74</sup> MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*., ob., cit., pp.120-121.

<sup>75</sup> “3- Hasta la Constitución de 1991, no existía en la Constitución ni en la ley una cláusula general expresa sobre la responsabilidad patrimonial del Estado. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, en especial, del Consejo de Estado encontraron en diversas normas de la constitución derogada –en especial en el artículo 16- los fundamentos constitucionales de esa responsabilidad estatal y plantearon, en particular en el campo extracontractual, la existencia de diversos regímenes de responsabilidad, como la falla en el servicio, el régimen de riesgo o el de daño especial. Por el contrario, la actual Constitución reconoce expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado”. Corte Constitucional, sentencia C-864 de 2004. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2003.

<sup>76</sup> Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política “los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado”. Sentencia de 21 de octubre de 1999, Exps.10948-11643. Es, pues “menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, ‘la imputatio juris’ además de la ‘imputatio facti’”. Sentencia de 13 de julio de 1993. En el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “En efecto, el artículo de la Carta señala que para que el Estado deba responder, basta que exista un daño antijurídico que sea imputable a una autoridad pública. Por ello, como lo ha reiterado esta Corte, esta responsabilidad se configura “siempre y cuando: i) ocurra un daño antijurídico o lesión, ii) éste sea imputable a la acción u omisión de un ente público”. Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002; C-918 de 2002.

<sup>77</sup> “Toda acción administrativa concreta, si quiere tenerse la certeza de que realmente se trata de una acción administrativa, deberá ser examinada desde el punto de vista de su relación con el orden jurídico. Sólo en la medida en que pueda ser referida a un precepto jurídico o, partiendo del precepto jurídico, se pueda derivar de él, se manifiesta esa acción como función jurídica, como aplicación del derecho y, debido a la circunstancia de que ese precepto jurídico tiene que ser aplicado por un órgano administrativo, se muestra como acción administrativa. Si una acción que pretende presentarse como acción administrativa no puede ser legitimada por un precepto jurídico que prevé semejante acción, no podrá ser comprendida como acción del Estado”. MERKL, Adolfo. *Teoría general del derecho administrativo*. México, Edinal, 1975, pp.212 y 213.

En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica<sup>78</sup>, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene,

“La superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen”<sup>79</sup>.

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad<sup>80</sup>, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica<sup>81</sup>. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”<sup>82</sup>.

En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva que “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”<sup>83</sup>.

---

<sup>78</sup> “La imputación depende, pues, tanto de elementos subjetivos como objetivos”. SANCHEZ MORON, Miguel. *Derecho administrativo. Parte general.*, ob., cit., p.927.

<sup>79</sup> Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

<sup>80</sup> En los términos de Kant, dicha imputación se entiende: “Imputación (imputatio) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (causa libera) de una acción, que entonces se llama acto (factum) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (imputatio iudiciaria), en caso contrario, sólo una imputación dictaminadora (imputatio diiudicatoria)”. KANT, I. *La metafísica de las costumbres*. Madrid, Alianza, 1989, p.35. En nuestro precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “La jurisprudencia nacional ha recabado en ello al sentar la tesis de que la base de la responsabilidad patrimonial del Estado la constituye la imputabilidad del daño. En efecto, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha sostenido que la responsabilidad patrimonial del Estado y de las demás personas jurídicas públicas se deriva de la imputabilidad del perjuicio a una de ellas, lo cual impide extenderla a la conducta de los particulares o a las acciones u omisiones que tengan lugar por fuera del ámbito de la administración pública”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

<sup>81</sup> El “otro principio de responsabilidad patrimonial del Estado es el de imputabilidad. De conformidad con éste, la indemnización del daño antijurídico le corresponde al estado cuando exista título jurídico de atribución, es decir, cuando de la voluntad del constituyente o del legislador pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad pública compromete al Estado con sus resultados”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

<sup>82</sup> “Tenía razón Welzel al considerar que el Derecho debe respetar estructuras antropológicas como la capacidad de anticipación mental de objetivos cuando se dirige al hombre mediante normas. Desde luego, si el ser humano no tuviera capacidad de adoptar o dejar de adoptar decisiones teniendo en cuenta motivos normativos, sería inútil tratar de influir en el comportamiento humano mediante normas prohibitivas o preceptivas”. MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 05-05-2003 [<http://criminnet.urg.es/recpc>], pp.6 y 7.

<sup>83</sup> “El Derecho se dirige a hombre y no a adivinos. Declarar típica toda acción que produzca un resultado dañoso, aun cuando éste fuese imprevisible, significaría que la ley no tiene en cuenta para nada la naturaleza de sus destinatarios; pues una característica del hombre es precisamente la de que no puede prever más que muy limitadamente las consecuencias condicionadas por sus actos. Vincular un juicio de valor negativo (el de

Siendo esto así, la imputación objetiva implica la “atribución”, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de “cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”<sup>84</sup>.

Esto, sin duda, es un aporte que se representa en lo considerado por Larenz según el cual había necesidad de “excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar”<sup>85</sup>. Con lo anterior, se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter permisible o no<sup>86</sup>. Es más, se sostiene doctrinalmente “que la responsabilidad objetiva puede llegar a tener, en algunos casos, mayor eficacia preventiva que la responsabilidad por culpa. ¿Por qué? Porque la responsabilidad objetiva, aunque no altere la diligencia adoptada en el ejercicio de la actividad (no afecte a la calidad de la actividad), sí incide en el nivel de la actividad (incide en la cantidad de actividad) del sujeto productor de daños, estimulando un menor volumen de actividad (el nivel óptimo) y, con ello, la causación de un número menor de daños”<sup>87</sup>.

Dicha tendencia es la que marcó el precedente jurisprudencial constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación (desde la perspectiva de la imputación objetiva) a la posición de garante donde la exigencia del principio de proporcionalidad<sup>88</sup> es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el

---

antijuridicidad) a la producción de un resultado que el hombre prudente no puede prever sería desconocer la naturaleza de las cosas (más concretamente): la naturaleza del hombre”. GIMBERNAT ORDEIG, E. Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad. Madrid, 1990, pp.77 ss.

<sup>84</sup> MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

<sup>85</sup> LARENZ, K. “Hegelszurechnungslehre”, en MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

<sup>86</sup> JAKOBS, G. La imputación objetiva en el derecho penal. Bogotá, Universidad Externado, 1994. Sin embargo, como lo sostiene el precedente de la Sala: “De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo... No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios siempre que el mismo le sea imputable a una entidad estatal, dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culposa o no, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tornado objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten los diferentes regímenes de imputación de responsabilidad al Estado que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia”. Sentencia de 24 de febrero de 2005. Exp.14170.

<sup>87</sup> MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.171.

<sup>88</sup> “El principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: el principio de idoneidad; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización... En tanto que exigencias de optimización, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible por lo que expresan la idea de optimalidad de Pareto. El tercer subprincipio, el de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la optimización respecto de las posibilidades normativas. Las posibilidades normativas vienen definidas, fundamentalmente, por la concurrencia de otros principios; de modo que el tercer subprincipio podría formularse mediante la siguiente regla: Cuanto mayor ser el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro. Esta regla puede denominarse: “ley de la ponderación” (subrayado fuera de texto). ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62.

juicio de imputación. Dicho juicio, en este marco, obedece sin lugar a dudas a un ejercicio de la ponderación<sup>89</sup> que el juez está llamado a aplicar, de tal manera que se aplique como máxima que: “Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro”<sup>90</sup>.

En ese sentido, el precedente jurisprudencial constitucional indica:

“... el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar **si el sujeto era competente** para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección<sup>91</sup> frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible<sup>92</sup>. Ejemplo: un desprevenido transeúnte encuentra súbitamente en la calle un herido en grave peligro (situación de peligro generante del deber) y no le presta ayuda (no realización de la acción esperada); posteriormente fallece por falta de una oportuna intervención médica que el peatón tenía posibilidad de facilitarle trasladándolo a un hospital cercano (capacidad individual de acción). La muerte no le es imputable a pesar de la evitabilidad y el conocimiento. En efecto, si no tiene una posición de garante porque él no ha creado el riesgo para los bienes jurídicos, ni tampoco tiene una obligación institucional de donde surja un deber concreto de evitar el resultado mediante una acción de salvamento, el resultado no le es atribuible. Responde sólo por la omisión de socorro y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano”<sup>93</sup>.

---

<sup>89</sup> “La ley de la ponderación pone de manifiesto que la ponderación puede fraccionarse en tres pasos. El primero consiste en establecer el grado de insatisfacción o de detrimento del primer principio; el segundo, consiste en establecer la importancia de la satisfacción del segundo principio, que compite con el primero y, finalmente, el tercer paso consiste en determinar si, por su importancia, la satisfacción del segundo principio justifica la no satisfacción del primero”. ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.64.

<sup>90</sup> ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62. Sin embargo, se advierte que Habermas ha planteado objeciones a la ponderación: “... la aproximación de la ponderación priva de su poder normativo a los derechos constitucionales. Mediante la ponderación –afirma Habermas– los derechos son degradados a nivel de los objetivos, de las políticas y de los valores; y de este modo pierden la “estricta prioridad” característica de los “puntos de vista normativos”. HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms*, Trad. William Rehg, Cambridge, 1999, p.259. A lo que agrega: “... no hay criterios racionales para la ponderación: Y porque para ello faltan criterios racionales, la ponderación se efectúa de forma arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que está acostumbrado”. Para concluir que: “La decisión de un tribunal es en sí misma un juicio de valor que refleja, de manera más o menos adecuada, una forma de vida que se articula en el marco de un orden de valores concreto. Pero este juicio ya no se relaciona con las alternativas de una decisión correcta o incorrecta”. HABERMAS, Jürgen. “Reply to Symposium Participants”, en ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. *Habermas on Law and Democracy*. Los Angeles, Berkeley, 1998, p.430.

<sup>91</sup> Deberes de protección que es “una consecuencia de la obligación general de garantía que deben cumplir las autoridades públicas y se colige claramente de los artículos 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que regulan el derecho a disponer de un recurso efectivo en caso de violaciones a los derechos humanos”. CASAL H, Jesús María. *Los derechos humanos y su protección. Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales*. 2ª ed. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2008, p.31.

<sup>92</sup> Cfr. Günther Jakobs. *Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung*. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.

<sup>93</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001. En la doctrina se afirma que la “posición de garantía” debe modularse: “(...) todos deben procurar que su puño no aterrice violentamente en la cara de su congénere, o que su dedo índice no apriete el gatillo de un arma de fuego cargada apuntada sobre otra persona, etc. Sin embargo, también aparecen sin dificultad algunos fundamentos de posiciones de garantía referidas a supuestos de omisión: quien asume para sí una propiedad, debe procurar que de ésta no emanen riesgos para otras personas. Se trata de los deberes de aseguramiento en el tráfico, deberes que de modo indiscutido forman parte de los elementos de las posiciones de garantía y cuyo panorama abarca desde el deber de aseguramiento de un animal agresivo, pasando por el deber de asegurar las tejas de una casa frente al riesgo de que caigan al suelo hasta llegar al deber de asegurar un carro de combate frente a la posible utilización por

A lo que se agrega por el mismo precedente,

“En la actualidad, un sector importante de la moderna teoría de la imputación objetiva (la nueva escuela de Bonn: Jakobs, Lesch, Pawlik, Müssig, Vehling) estudia el problema desde una perspectiva distinta a la tradicional de Armin Kaufmann: el origen de las posiciones de garante se encuentra en la estructura de la sociedad<sup>94</sup>, en la cual existen dos fundamentos de la responsabilidad, a saber:

1) En la interacción social se reconoce una libertad de configuración del mundo (competencia por organización) que le permite al sujeto poner en peligro los bienes jurídicos ajenos; el ciudadano está facultado para crear riesgos, como la construcción de viviendas a gran escala, la aviación, la exploración nuclear, la explotación minera, el tráfico automotor etc. Sin embargo, la contrapartida a esa libertad es el surgimiento de **deberes de seguridad en el tráfico**, consistentes en la adopción de medidas especiales para evitar que el peligro creado produzca daños excediendo los límites de lo permitido. Vg. Si alguien abre una zanja frente a su casa, tiene el deber de colocar artefactos que impidan que un transeúnte caiga en ella. Ahora bien, si las medidas de seguridad fracasan y el riesgo se exterioriza amenazando con daños a terceros o el daño se produce – un peatón cae en la zanja- surgen los llamados **deberes de salvamento**, en los cuales el sujeto que ha creado con su comportamiento peligroso anterior (generalmente antijurídico) un riesgo para los bienes jurídicos, debe revocar el riesgo – prestarle ayuda al peatón y trasladarlo a un hospital si es necesario- (pensamiento de la injerencia). Esos deberes de seguridad en el tráfico, también pueden surgir por **asunción** de una función de seguridad o de salvamento, como en el caso del salvavidas que se compromete a prestar ayuda a los bañistas en caso de peligro. Los anteriores deberes nacen porque el sujeto ha configurado un peligro para los bienes jurídicos y su fundamento no es la solidaridad sino la creación del riesgo. Son **deberes negativos** porque su contenido esencial es no perturbar o inmiscuirse en los ámbitos ajenos. Corresponde a la máxima del derecho antiguo de no ocasionar daño a los demás.

2) Pero frente a la libertad de configuración, hay deberes que proceden de instituciones básicas para la estructura social (competencia institucional) y que le son impuestas al ciudadano por su vinculación a ellas. Por ejemplo, las relaciones entre padres e hijos y ciertas relaciones del estado frente a los ciudadanos. Estos deberes se caracterizan, porque el garante institucional tiene la obligación de configurar un mundo en común con alguien, de prestarle ayuda y **protegerlo contra los peligros que lo amenacen**, sin importar que el riesgo surja de un tercero o de hechos de la naturaleza. Vg. El padre debe evitar que un tercero abuse sexualmente de su hijo menor y si no lo hace, se le imputa el abuso.

Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de **deberes positivos**, porque contrario a los negativos en los cuales el garante no debe

---

personas no capacitadas o al deber de asegurar una central nuclear frente a situaciones críticas”. JAKOBS, Günther. *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal*. 1ª reimp. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p.16.

<sup>94</sup> “En una sociedad de libertades, y, más aún, en una sociedad que además hace posibles contactos en alto grado anónimos, es decir, en una sociedad que pone a cargo de los ciudadanos la configuración del comportamiento a elegir, con tal de que ese comportamiento no tenga consecuencias lesivas, la libertad de elección debe verse correspondida, en cuanto sinalagma, por la responsabilidad por las consecuencias de la elección”. JAKOBS, Günther. *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal*., ob., cit., p.15.

invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos<sup>95</sup><sup>96</sup>.

16. En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de sí una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante<sup>97</sup>.

Dicha formulación no debe suponer, lo que debe remarcarse por la Sala, una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva que lleve a un desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a convertir a la responsabilidad extracontractual del Estado como herramienta de aseguramiento universal<sup>98</sup>, teniendo en cuenta que el riesgo, o su creación, no debe llevar a “una responsabilidad objetiva global de la Administración, puesto que no puede considerarse... que su actuación [de la administración pública] sea siempre fuente de riesgos especiales”<sup>99</sup>.

Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir que sea en un solo título de imputación, la falla en el servicio, en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sustentada en la vulneración de deberes normativos<sup>100</sup>, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho.

Así mismo, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede reducirse a su consideración como herramienta destinada solamente a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

---

<sup>95</sup> Cfr. Günther Jakobs. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre* (studienausgabe). 2 Auflage. Walter de Gruyter. Berlin. New York. 1993. Pags. 796 y ss.

<sup>96</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 2001.

<sup>97</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

<sup>98</sup> “La profesora BELADIEZ comparte sin reservas la preocupación por los excesos que desfiguran la institución, admite que con alguna frecuencia se producen <<resultados desproporcionados e injustos>> para la Administración e insiste en advertir que la responsabilidad objetiva no es un seguro universal que cubra todos los daños que se produzcan con ocasión de las múltiples y heterogéneas actividades que la Administración lleva cotidianamente a cabo para satisfacer los intereses generales”. LEGUINA VILLA, Jesús. “Prólogo”, en BELADIEZ ROJO, Margarita. *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos. Con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo*. Madrid, Tecnos, 1997, p.23.

<sup>99</sup> MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*, ob., cit., p.204.

<sup>100</sup> Merkl ya lo señaló: “El hombre jurídicamente puede hacer todo lo que no le sea prohibido expresamente por el derecho; el órgano, en fin de cuentas, el estado, puede hacer solamente aquello que expresamente el derecho le permite, esto es, lo que cae dentro de su competencia. En este aspecto el derecho administrativo se presenta como una suma de preceptos jurídicos que hacen posible que determinadas actividades humanas se atribuyan a los órganos administrativos y, en último extremo, al estado administrador u otros complejos orgánicos, como puntos finales de la atribución. El derecho administrativo no es sólo la *conditio sine qua non*, sino *conditio per quam* de la administración”. MERKL, Adolfo. *Teoría general del derecho administrativo*. México, Edinal, 1975, p.211.

En los anteriores términos, la responsabilidad extracontractual del Estado se puede configurar una vez se demuestre la imputación (desde el ámbito fáctico y jurídico). Conforme al anterior esquema se analizará el caso a resolver.

## **6.2. Responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad**

El artículo 90 de la Constitución Política de 1991 establece el derecho de reparación en favor de la persona que hubiere sufrido un daño antijurídico por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo que incluye sin duda aquellos daños antijurídicos generados por el ejercicio o con ocasión de las funciones judiciales de dichas autoridades.

En particular, el título de privación injusta de la libertad ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia de esta Corporación. En dicha evolución jurisprudencial se identifican las siguientes etapas:

En la primera etapa se consideró que en la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad debía aplicarse la teoría subjetiva o restrictiva, según la cual, la responsabilidad del Estado estaba condicionada a que la decisión judicial de privación de la libertad fuera abiertamente ilegal o arbitraria, es decir, que debía demostrarse el error judicial<sup>101</sup>. También se sostuvo que, dicho error debía ser producto “*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*”<sup>102</sup>.

Así las cosas, tal declaratoria de responsabilidad procedía bien porque se hubiese practicado una detención ilegal, o porque la captura se hubiese producido sin que la persona se encontrara en situación de flagrancia y, que por razón de tales actuaciones, se hubiese iniciado y adelantado la investigación penal por parte de la autoridad judicial<sup>103</sup>. En ese sentido, el Consejo de Estado estableció:

*“Ella [la sindicada] fue retenida en el curso de la investigación relacionada con el aludido secuestro; y del hecho de que hubiera sido absuelta al final no puede inferirse que fue indebida su retención. La justificación de la medida aparece<sup>104</sup> plausible y nada hace pensar que en ella mediarán circunstancias extralegales o deseos de simple venganza.*

*“La investigación de un delito, cuando medien indicios serios contra la persona sindicada, es una carga que todas las personas deben soportar por igual<sup>137</sup>. Y la absolución final que puedan éstas obtener no prueba, per se, que hubo algo indebido en la retención. Este extremo, de tan delicado manejo, requería pruebas robustas y serias y no meras inferencias o conjeturas”<sup>105</sup> (Subrayas fuera del texto original).*

En segundo lugar, la Sala determinó que la carga probatoria del actor relativa a demostrar el carácter injusto de la detención para obtener indemnización de

<sup>101</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 1 de octubre de 1992. C.P.: Daniel Suárez Hernández. Exp. 10923.

<sup>102</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 2 de mayo de 2007. C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 15989.

<sup>103</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 4 de diciembre de 2006. C. P.: Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 13168.

<sup>137</sup> Tal y como se mencionó anteriormente, la legislación vigente para la época de los hechos sólo exigía como requisito para la procedencia de la medida de aseguramiento la existencia de un indicio grave.

<sup>105</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 25 de julio de 1994, Exp. 8666.

perjuicios o, en otros términos, el “error de la autoridad jurisdiccional” al ordenar la medida privativa de la libertad, debía reducirse tan sólo a los casos de detención diferentes a los contemplados en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal<sup>106</sup>. En efecto, la Sala consideró en ese entonces que “*en relación con los tres eventos allí señalados (...) la ley había calificado 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*”<sup>107</sup>. En este sentido, la Sala estableció:

*“3.- En este orden de ideas, fuera de los casos señalados en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, en los cuales la ley presume que se presenta la privación injusta de la libertad, cuando se pretenda obtener indemnización de perjuicios por esta causa, el demandante debe demostrar que la detención preventiva que se dispuso en su contra fue injusta; y, en tales eventos, habiéndose producido la detención preventiva por una providencia judicial, la fuente de la responsabilidad no será otra que el error jurisdiccional”<sup>108</sup> (Subrayas fuera del texto original).*

En definitiva, en varias oportunidades, la Sala sostuvo que la responsabilidad del Estado en los casos del artículo 414 del Código de Procedimiento Penal era objetiva o amplia, es decir, que no se requería la existencia de una falla del servicio, y que se configuraba cuando la persona privada de la libertad era absuelta por providencia judicial, sin que hubiese lugar a valorar la conducta de la autoridad que ordenó la detención<sup>109</sup>. Lo anterior, siempre y cuando la persona detenida no hubiera dado lugar a la medida de aseguramiento por dolo o culpa grave, caso en el cual, el hecho exclusivo de la víctima operaría como eximente de responsabilidad<sup>110</sup>.

Así, de manera más reciente, la Sala señaló que tratándose de los supuestos incluidos en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal no resultaba necesario que el actor acreditara error jurisdiccional alguno, “*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*”<sup>111</sup>. En esta línea, la Sala afirmó lo siguiente:

*“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*

---

<sup>106</sup> Otros casos de detención injusta, distintos de los tres previstos en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, podrían ser, por vía de ejemplo, los siguientes: detención por delitos cuya acción se encuentra prescrita; detención por un delito que la legislación sustrae de tal medida de aseguramiento; detención en un proceso promovido de oficio, cuando el respectivo delito exige querrela de parte para el ejercicio de la acción penal, etc.

<sup>107</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 2 de mayo de 2007. C. P.: Mauricio Fajardo Gómez... 15989.

<sup>108</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 17 de noviembre de 1995, C. P.: Carlos Betancur Jaramillo, Exp. 10056.

<sup>109</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativa. Sección Tercera. Sentencia del 30 de junio de 1994. C.P.: Daniel Suárez Hernández, Exp. 9734; Sentencia del 27 de septiembre de 2001. C.P.: Alier Hernández Enríquez, Exp. 11601; Sentencia de 4 de abril de 2002, C.P.: María Elena Giraldo Gómez, Exp. 13606; Sentencia del 27 de noviembre de 2003, C.P.: María Elena Giraldo Gómez, Exp. 14530.

<sup>110</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 25 de julio de 2002. C.P.: María Elena Giraldo Gómez, Exp. 13744; Sentencia del 19 de agosto de 2004. C.P.: Ramiro Saavedra Becerra, Exp. 15578; Sentencia del 10 de agosto de 2005. C.P.: María Elena Giraldo Gómez, Exp. 15127; Sentencia del 1 de marzo de 2006. C.P.: Ruth Stella Correa Palacio, Exp. 16587.

<sup>111</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 2 de mayo de 2007. C. P.: Mauricio Fajardo Gómez, Exp. 15989.

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<sup>112</sup> (Resaltado fuera del texto).

Ahora bien, desde la providencia del 18 de septiembre de 1997<sup>113</sup>, la Sala amplió la responsabilidad objetiva aplicable a los supuestos del 414 del Código de Procedimiento Penal, y consideró que también habría lugar a ella cuando el proceso penal terminara con sentencia absolutoria (o preclusión de la investigación) producida por la aplicación del principio del *in dubio pro reo*, pese a que en la detención se hubiesen cumplido todas las exigencias legales, ya que se entiende que es desproporcionado, inequitativo y rompe con las cargas públicas soportables que una persona en el Estado Social de Derecho debe asumir, máxime cuando se compromete el ejercicio del derecho fundamental a la libertad.

Ahora bien, siendo la detención preventiva el elemento central y estando de por medio la libertad como derecho fundamental, cabe realizar algunos comentarios sobre el tema.

*“Una de las finalidades del proceso penal es la de aportar pruebas sobre la existencia del hecho punible, la autoría o participación, y establecer el grado de responsabilidad para imponer penas o medidas de seguridad; o por el contrario, reconocer la no realización de la conducta, la atipicidad del comportamiento, la existencia de causal de justificación (C.P., art. 29) o de inculpabilidad (ib., art. 40)”*<sup>114</sup>.

Bajo los postulados del Estado de Derecho, algún sector de la doctrina señala que la privación de la libertad sólo debería ser consecuencia de una sentencia condenatoria, a fin de proteger el principio universal de la presunción de inocencia, establecido en el artículo 29 de la Constitución Política. Sin embargo, *“(…) para los intereses de la investigación y de la justicia, y la efectividad de la sanción, es indispensable que los funcionarios judiciales, antes de proferir sentencia condenatoria, puedan tomar ciertas medidas entre las que se cuenta la privación de la libertad del procesado (…)”*<sup>115</sup>. Dichas medidas, pueden afectar total o parcialmente la libertad de las personas.

La libertad personal puede ser definida como *“la posibilidad y el ejercicio positivo de todas las acciones dirigidas a desarrollar las aptitudes y elecciones individuales que no pugnen con los derechos de los demás ni entrañen abuso de los propios, como la proscripción de todo acto de coerción física o moral que interfiera o suprima la autonomía de la persona sojuzgándola, sustituyéndola, oprimiéndola o reduciéndola indebidamente”*<sup>116</sup>.

---

<sup>112</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 4 de abril de 2002, Exp.13606.

<sup>113</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P.: Daniel Suárez Hernández. Exp. 11754. En este sentido véanse también las Sentencias de 30 de junio de 1994. Exp: 9734; de 12 de diciembre de 1996. Exp: 10.299; de 27 de septiembre de 2001. Exp: 11.601; de 4 de abril de 2002. Exp: 13.606; de 27 de noviembre de 2003. Exp: 14.530; de 18 septiembre de 1997. Exp: 11.754; de 4 de diciembre de 2003. Exp: 13.168; de 5 de diciembre de 2007, Exp: 15.431; de 15 de febrero de 2012. Exp. 21889.

<sup>114</sup> Montealegre Lynett, Eduardo y Bernal Cuellar, Jaime. *El Proceso Penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995, pp. 79 y 80.

<sup>115</sup> *Ibidem*.

<sup>116</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-301 de 1993, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo. En el mismo sentido véanse las Sentencias C-634 de 2000, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa y C- 774 de 2001, M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

Según la jurisprudencia constitucional, el artículo 28 de la Constitución Política constituye la cláusula general del derecho fundamental a la libertad personal, íntimamente ligado a la dignidad humana<sup>117</sup>; así, en dicho precepto se establece de manera clara y expresa que toda persona es libre. Ahora bien, la libertad personal también aparece como principio constitucional sobre el cual reposa la construcción política y jurídica del Estado, el cual encuentra fundamento en el preámbulo<sup>118</sup> y en otras disposiciones constitucionales<sup>119</sup>.

Sin embargo, debido a las dos dimensiones antes mencionadas, las restricciones a la libertad tienen un carácter eminentemente excepcional, pues, en defensa del interés general, solamente proceden si previamente se cumplen ciertos requisitos formales y materiales, que se desprenden del propio artículo 28 constitucional. En otras palabras, las medidas restrictivas de la libertad se admiten bajo determinadas *condiciones* y por *motivos* que deben estar previamente definidos en la ley<sup>120</sup>.

En cuanto a los requisitos formales, la limitación del derecho a la libertad de una persona está condicionada a que exista un mandamiento escrito de autoridad judicial competente<sup>121</sup>; y a que dicha orden se efectúe con las formalidades legales. Además, *“toda persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley”*.

Respecto de los motivos de privación de la libertad, la Constitución exige la sujeción al principio de legalidad, esto es, que los motivos por los cuales procede la medida estén previamente definidos en la ley; así como también, los procedimientos a través de los cuales se lleva a cabo<sup>122</sup>. Ahora bien, el poder de

---

<sup>117</sup> Ver, entre otras, las Sentencias C-397 de 1997, M.P.: Fabio Morón Díaz; C-774 del 2001 y C- 580 del 2002, M.P.: Rodrigo Escobar Gil; C-1024 del 2002 M.P.: Alfredo Beltrán Sierra; C-730 de 2005, M.P.: Álvaro Tafur Galvis; C-163 del 2008, M.P.: Jaime Córdoba Triviño; y T-347 de 2010, M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

<sup>118</sup> Según lo dispuesto en el preámbulo de la Constitución, la libertad es uno de los bienes que se debe asegurar a los integrantes de la nación.

<sup>119</sup> Así, por ejemplo, en el artículo 2 de la Constitución se establece como fin esencial del Estado la garantía de los principios y los derechos constitucionales; por su parte, el artículo 29 regula la garantía del debido proceso y el principio de presunción de inocencia. En este sentido véase Corte Constitucional, Sentencia C-397 de 1997, M.P.: Fabio Morón Díaz y C-163 del 2008, M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

<sup>120</sup> Según lo dispuesto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968, *“Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en esta (...)”*. Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada por la Ley 16 de 1972 señala, *1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas de los Estados o por las leyes dictadas conforme a ellas*. En este mismo sentido el Decreto Ley 2700 de 1991 y la Ley 600 de 2000 ordenan que *“ toda persona tiene derecho a que se respete su libertad. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni privado de su libertad, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, emitido con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley”*. Así mismo, el artículo 6 de la Ley 599 de 2000 dispone, *“nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”*.

<sup>121</sup> La única excepción a la exigencia de mandamiento judicial escrito está prevista en el artículo 32 de la Constitución Política, pues se permite que el delincuente que sea sorprendido en flagrancia sea aprehendido y llevado ante autoridad judicial por cualquier persona.

<sup>122</sup> Así, el Artículo 7º de la Ley 65 de 1993, *“Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario”*, señala que *“La privación de la libertad obedece (i) al cumplimiento de pena, (ii) a detención preventiva o (iii) captura legal”*. Por otra parte, la Ley 906 de 2004, *“por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”*, en su Artículo 296, establece: *“La libertad personal podrá ser afectada dentro de la actuación cuando sea necesaria (i) para evitar la obstrucción de la justicia, o (ii) para asegurar la comparecencia del*

configuración legislativa tampoco es absoluto, pues la tarea del legislador está sujeta a los postulados y preceptos superiores, específicamente de los principios de separación de poderes<sup>123</sup>, de razonabilidad y proporcionalidad<sup>124</sup>; y, además, podrá ser objeto de control de constitucionalidad<sup>125</sup>.

En definitiva, este conjunto de reglas que deben observar las autoridades judiciales competentes<sup>126</sup> al momento de restringir la libertad personal se establecen para garantizar, entre otras cosas, la existencia de razones jurídicas suficientes que justifiquen la limitación de la libertad; la protección del detenido; la prevención de detenciones arbitrarias y, en general, de cualquier otro evento que pueda producir la vulneración de derechos fundamentales<sup>127</sup>.

Dentro de las circunstancias que pueden dar lugar a restricciones legales a la libertad personal se encuentran las medidas de aseguramiento. Éstas, hacen parte de las llamadas medidas cautelares, es decir, aquellas medidas tomadas por las autoridades judiciales, de oficio o a petición de parte, sobre bienes o personas con el fin de asegurar el cumplimiento de las decisiones tomadas en el proceso, garantizar la presencia de los sujetos procesales y generar tranquilidad jurídica y social en la comunidad<sup>128</sup>.

Ahora bien, las medidas cautelares, entre ellas la detención preventiva, por regla general tienen un carácter provisional o temporal y se encuentran en una relación de estricta sujeción con el principio de legalidad, esto es, se deben decretar bajo el riguroso cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales.

Así las cosas, con fundamento en el artículo 29 de la Constitución Política, se estableció que las medidas de aseguramiento están sometidas a dos tipos de requisitos. Por una parte, requisitos de tipo formal, esto es, que la medida se adopte mediante providencia interlocutoria que contenga la indicación de los hechos que se investigan, la calificación jurídica y los elementos probatorios que sustentan la adopción de la medida; y en segundo lugar, los requisitos sustanciales, mediante los cuales se exige para su adopción la existencia de por lo menos un indicio grave de responsabilidad, con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso<sup>129</sup>.

En cuanto a la detención preventiva dada su naturaleza cautelar, “(...) se endereza a asegurar a las personas acusadas de un delito para evitar su fuga y garantizar así los fines de la instrucción y el cumplimiento de la pena que, mediante sentencia, llegare a imponerse, una vez desvirtuada la presunción de inocencia y establecida la responsabilidad penal del sindicado(...)”<sup>130</sup>.

---

*imputado al proceso, (iii) la protección de la comunidad y de las víctimas, o (iv) para el cumplimiento de la pena”.*

<sup>123</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-1001 de 2005. M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

<sup>124</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-397 de 1997, M.P.: Fabio Morón Díaz.

<sup>125</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-730 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

<sup>126</sup> Bajo el régimen de la Constitución anterior, sólo se exigía que la privación de la libertad fuese adelantada por autoridad competente. Sin embargo, la Constitución de 1991 atribuyó dicha competencia expresamente a las autoridades judiciales. A juicio de la Corte Constitucional, este cambio tuvo como fundamento el principio de separación de poderes, pues los jueces se convierten, frente al ejecutivo y al legislativo, en los principales defensores de los derechos individuales; por esta razón, la protección de dichos derechos se confió a la rama judicial, como garantía de imparcialidad e independencia, atributos propios de esta rama del poder público. Cfr. Sentencia T-490 de 1992, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>127</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-397 de 1997, M.P.: Fabio Morón Díaz.

<sup>128</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-774 de 2001, M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

<sup>129</sup> Decreto Ley 2700 de 1991, artículos 388 y 389.

<sup>130</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-774 de 2001, M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

Ahora bien, la Sala subraya que no siendo la detención preventiva una medida sancionatoria, sino, precisamente una medida de prevención, no resulta contraria al principio de presunción de inocencia, por cuanto no se trata de una pena y su uso debe ser excepcional.

En este sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

De acuerdo con el artículo 7.1 de la Convención Americana *“la protección de la libertad salvaguarda <tanto la libertad física de los individuos como la seguridad personal en un contexto en el que la ausencia de garantías puede resultar en la subversión de la regla del derecho y en la privación a los detenidos de las formas mínimas de protección legal>”*<sup>131</sup>.

*“El Tribunal entiende que la prisión preventiva es la medida más severa que se puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener **carácter excepcional**, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática”*<sup>132</sup> (negrilla propia).

La detención preventiva *“es una medida cautelar, no punitiva”*<sup>133</sup> (negrilla propia).

En un *“Estado de derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, **cuando sea estrictamente necesario**, y procurar, en general, que se trate al inculcado de manera consecuente con la presunción de inocencia”*<sup>134</sup> (negrilla propia).

Sobre el mismo tema, el precedente jurisprudencial constitucional señala,

*“Los artículos 29 de la Constitución y 9º del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles impiden que, con base en simples indicios, se persista en la prolongación de la detención luego de un cierto lapso que de ninguna manera puede coincidir con el término de la pena ya que siendo ello así se desvirtuaría la finalidad eminentemente cautelar de la detención preventiva que terminaría convertida en un anticipado cumplimiento de la pena y se menoscabaría el principio de presunción de inocencia. Pese a que no es posible en abstracto traducir el concepto de detención preventiva razonable a un número determinado de días, semanas, meses o años o a una equivalencia según la gravedad de la ofensa, entre los múltiples factores a tener en cuenta para determinar la razonabilidad del plazo de detención preventiva debe considerarse el tiempo actual de detención, su duración en proporción a la ofensa, los efectos materiales o morales sobre la persona detenida, la conducta que exhiba el acusado durante la reclusión, las dificultades objetivas propias de la investigación - complejidad respecto a los hechos, número de testigos o acusados, necesidad de una evidencia concreta, etc. -, la conducta de las autoridades judiciales competentes, el*

---

<sup>131</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2005, párrafo 104. Puede verse en similar sentido: Caso Tibi. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Caso Hermanos Gómez Paquiyauri. Sentencia de 8 de julio de 2004.

<sup>132</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2005, párrafo 106. Puede verse en similar sentido: Caso Instituto de Reeducción del menor. Sentencia de 2 de septiembre de 2004.

<sup>133</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2005, párrafo 106. Puede verse en similar sentido: Caso Suárez Rosero. Sentencia de 12 de noviembre de 1997.

<sup>134</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2005, párrafo 109.

*peligro de fuga, la posibilidad de reincidencia y la capacidad de destrucción de la evidencia*<sup>135</sup>.

*“La detención preventiva, que implica la privación de la libertad de una persona en **forma temporal** con los indicados fines, previo el cumplimiento de los requisitos contemplados en el artículo 28, inciso 1, de la Constitución Política, no quebranta en sí misma la presunción de inocencia, dado su carácter precario que no permite confundirla con la pena, pues la adopción de tal medida por la autoridad judicial no comporta definición alguna acerca de la responsabilidad penal del sindicado y menos todavía sobre su condena o absolución.*

*La persona detenida sigue gozando de la presunción de inocencia pero permanece a disposición de la administración de justicia en cuanto existen razones, previamente contempladas por la ley, para mantenerla privada de su libertad mientras se adelanta el proceso, siendo claro que precisamente la circunstancia de hallarse éste en curso acredita que el juez competente todavía no ha llegado a concluir si existe responsabilidad penal<sup>136</sup> (negrilla propia).*

*“El postulado constitucional y abstracto de la libertad individual encuentra una legítima limitación en la figura de la detención preventiva **cuya finalidad, evidentemente, no está en sancionar al procesado** por la comisión de un delito, pues está visto que tal responsabilidad sólo surge con la sentencia condenatoria, sino en la necesidad primaria de asegurar su comparecencia al proceso dándole vía libre a la efectiva actuación del Estado en su función de garante de los derechos constitucionales<sup>137</sup> (negrilla propia).*

En conclusión, para la Sala resulta importante señalar que siendo la detención preventiva una medida restrictiva de la libertad personal; y teniendo esta una doble dimensión, como derecho fundamental y como principio orientador de todo el ordenamiento jurídico, resulta indispensable que el funcionario judicial, al momento de decretar una medida de este tipo, no sólo se ciña de manera estricta a los requisitos legales; sino también, que sustente su decisión de acuerdo a los fines constitucionales, pues en un Estado de Derecho, por regla general, la investigación y juzgamiento de hechos punibles debe llevarse a cabo garantizando la libertad de las personas, y toda limitación a un bien jurídico tan preciado, como lo es la libertad personal, debe tener un carácter absolutamente excepcional.

## **7. Caso concreto**

La parte demandante estructuró su argumentación hacia la configuración de una falla del servicio. Además, afirmó que también se había presentado un evento de responsabilidad objetiva al verificarse el numeral 2° del artículo 414 del C.P.P. Sin embargo, en aplicación del principio *iura novit curia*<sup>138</sup>, es decir, que frente a los hechos alegados y probados por la parte demandante, corresponde al juez definir la norma o el régimen aplicable al caso, potestad del juez que no debe confundirse con la modificación de la *causa petendi*, esto es, los hechos que se enuncian en la

<sup>135</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-301 de 1993. M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>136</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-689 de 1996. M. P.: José Gregorio Hernández.

<sup>137</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-634 de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>138</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 20 de febrero de 1989. Exp. 4655. En este sentido véase también la Sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 17 de febrero de 1995. Exp. S-123.

demanda como fundamento de la pretensión<sup>139</sup>, la Sala considera que este caso se debe analizar bajo un régimen objetivo de responsabilidad, en atención a que la preclusión de la investigación en favor del señor HÉCTOR MANUEL DÍAZ se decretó en aplicación del principio de *in dubio pro reo*.

Tal como se refirió en el acápite correspondiente a los hechos probados, el señor HÉCTOR MANUEL DÍAZ, en compañía de varios sujetos, fue capturado el día 2 de noviembre de 1990 en el sitio conocido como EL CRUCE vía a Puerto Berrío, área rural del Municipio de Cimitarra, por cuanto “[a] tales individuos se les sindicó, según el propio informe (0323 de 6 de noviembre de 1990) de pretender secuestrar con fines extorsivos a acaudalados comerciantes de la región y/o asaltar un vehículo el cual al parecer transportaba estupefacientes”<sup>140</sup>.

No obstante lo anterior, mediante las providencias de 2 de mayo de 1994 y 28 de junio de 1994, proferidas por la Fiscalía Regional de Cúcuta y la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional, respectivamente, se declaró la preclusión de la investigación en contra del señor HÉCTOR MANUEL DÍAZ por cuanto “*existen como siempre lo fueron, dudas, vacíos, contradicciones, etc., que no se lograron despejar*”<sup>141</sup> y, en últimas, “*la investigación fue incapaz de demostrar palmariamente aspectos esenciales como el carácter permanente de la organización*”<sup>142</sup>.

Así las cosas, el citado señor HÉCTOR MANUEL DÍAZ estuvo privado de la libertad desde el 2 de noviembre de 1990 hasta el 29 de junio de 1994, fecha en la que se decretó la preclusión de la investigación en su contra en aplicación del principio de *in dubio pro reo*, según el cual, siempre que subsistan dudas en relación con los elementos que configuran la responsabilidad penal del investigado en la etapa de instrucción, resulta procedente declarar la preclusión de la misma.

Pues bien, lejos de lo sostenido por los apelantes, dicho supuesto da lugar a la declaración de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad de conformidad con la jurisprudencia de esta corporación. En consecuencia, la sentencia de primera instancia mediante la cual se declaró la responsabilidad de la Nación – Fiscalía General de la Nación por la privación del señor HÉCTOR MANUEL DÍAZ se confirmará por cuanto sus fundamentos no resultaron enervados por los argumentos esbozados en los recursos de apelación.

## **8. Liquidación de perjuicios**

### **8.1. Perjuicios morales**

La sentencia de primera instancia reconoció los perjuicios morales causados al señor HÉCTOR MANUEL DÍAZ como consecuencia de su detención de 3 años, 7 meses y 27 días y, en consecuencia, ordenó indemnizarlo con 1000 gramos oro. Por tal concepto también ordenó indemnizar a ELCY DEL SOCORRO IDÁRRAGA DÍAZ, JHAIR FERNANDO, FANNY MARITZA, HERNÁN DARIO, YENNY CRISTINA y JOSE MANUEL DÍAZ IDÁRRAGA, a quienes ordenó indemnizarlos con 500 gramos oro para cada uno.

---

<sup>139</sup> Ver sentencias del Consejo de Estado Sección Tercera de 29 de agosto de 2007, expediente: 15494 y bajo la misma percepción la sentencia de 7 de octubre de 2009, expediente: 17629. Así mismo, puede consultarse las sentencias de 3 de octubre de 2007, expediente 22655 y sentencia de 14 de agosto de 2008, expediente 16413.

<sup>140</sup> Fl. 37 del C.1.

<sup>141</sup> Fl. 49 del C.1.

<sup>142</sup> Fl. 52 del C.1.

Así las cosas, como la sentencia de primera instancia fijó el valor de la indemnización de los perjuicios morales en gramos de oro, la Sala advierte que tendrá en cuenta los criterios vertidos en la sentencia de 6 de septiembre de 2001 (Exps. 13.232 y 15.646), que abandonó el criterio según el cual se consideraba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980 para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicios morales, y en su lugar, estableció que la tasación de dichos perjuicios se fijará en salarios mínimos legales mensuales vigentes por una estimación que responda a la reparación integral y equitativa del daño.

Con este razonamiento la Sala perseguía adoptar criterios propios para la tasación del perjuicio moral que obedecieran a lo dispuesto por el Código Contencioso Administrativo, fundamentándose así en el artículo 178 *ibídem*, según el cual las condenas que se resuelvan mediante sentencias de lo contencioso administrativo deberán efectuarse en sumas líquidas y en moneda legal colombiana, en razón a ello se acogió el reconocimiento de la indemnización por perjuicio moral en salarios mínimos vigentes al momento de la sentencia condenatoria, criterio que solo sería aplicable a situaciones expuestas a la decisión de los jueces con posterioridad a la fecha de su adopción.

Ahora bien, el mismo artículo 178 contempló que los ajustes de las condenas impuestas por el contencioso sólo podrían determinarse tomando como base el índice de precios al consumidor, o al por mayor, por lo cual la Sala, teniendo en cuenta que la condena impuesta por perjuicios morales a favor de los demandantes no fue objeto de recurso, sólo procederá a indexar el valor reconocido por el *a quo*, tomando como base el precio del gramo oro a la fecha de la sentencia que impuso la condena y aplicando la siguiente fórmula:

$\$19.070,06$  (valor gramo oro al momento de la sentencia de 30 de Abril de 2001) \*  $109.96$  (IPC final) /  $65.51$  (IPC inicial) =  $\$ 32.009, 52$

De acuerdo a lo anterior, la indemnización por perjuicios morales actualizada es la siguiente:

<b>NOMBRE</b>	<b>PARENTESCO</b>	<b>PERJUICIO MORAL (reconocido en primera instancia)</b>	<b>PERJUICIO MORAL (reconocido)</b>
HÉCTOR MANUEL DÍAZ	Privado de la libertad	1.000 gramos oro	\$ 32. 009. 522,17
ELCY DEL SOCORRO IDÁRRAGA DÍAZ	Compañera permanente	500 gramos oro	\$ 16. 004. 761,08
JHAIR FERNANDO DÍAZ IDÁRRAGA	Hijo	500 gramos oro	\$ 16. 004. 761,08
FANNY MARITZA DÍAZ IDÁRRAGA	Hija	500 gramos oro	\$ 16. 004. 761,08
HERNÁN DARIO DÍAZ IDÁRRAGA	Hijo	500 gramos oro	\$ 16. 004. 761,08
YENNY CRISTINA DÍAZ IDÁRRAGA	Hijo	500 gramos oro	\$ 16. 004. 761,08
JOSÉ MANUEL	Hijo	500	\$ 16. 004. 761,08

DÍAZ IDÁRRAGA		gramos oro	
---------------	--	------------	--

De esta manera, se da cumplimiento a lo establecido por el artículo 178 del C.C.A., se actualiza la condena, y se fija en suma líquida y en moneda legal colombiana.

## 8.2. Perjuicios materiales. Lucro Cesante

La sentencia de primera instancia reconoció perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante en favor del señor HÉCTOR MANUEL DÍAZ por cuanto encontró acreditado que se desempeñaba como trabajador de una relojería y joyería. Dado que en el expediente no obra prueba alguna de la cuantía de sus ingresos por tal actividad, el Tribunal Administrativo ordenó que se indemnizara con base en el salario mínimo legal mensual vigente por los 3 años, 7 meses y 27 días que permaneció privado de la libertad, entre el 2 de noviembre de 1990 y el 29 de junio de 1994.

En efecto, en virtud de que no se pudo establecer con certeza la cuantía de los ingresos devengados por la víctima en su actividad económica, de conformidad con las reglas de la sana crítica que enseñan que una persona laboralmente activa no podría devengar menos del salario mínimo legal mensual vigente al momento de los hechos, esto es, CUARENTA Y UN MIL VEINTICINCO PESOS (\$41.025) para el año 1990. Pues bien, la Sala tendrá en cuenta dichos montos, debidamente actualizados según la siguiente fórmula de matemática financiera:

$$VA = VI (IF / II)$$

Donde,

**VA:** valor actual

**VI:** valor inicial, equivalente al salario mínimo legal mensual vigente para 1990, \$41.025. oo.

**IF:** índice final, equivalente al IPC para la fecha del fallo (29 de febrero de 2012), esto es, 109,96.

**II:** índice inicial, equivalente al IPC de abril de 2001, esto es, 65.51.

En este orden,

$$VA = VI (IF / II)$$

$$VA = 41.025 (109,96 / 65.51)$$

$$VA = 68.861,37$$

Debido a que el valor actualizado equivale a \$ 68.861,37 que es inferior al salario mínimo legal mensual vigente, esto es, \$566.700, por razones de equidad, la Sala tomará como salario base de liquidación éste último. De conformidad con la posición de la Sala, se debe aumentar en un 25%, por concepto de prestaciones sociales, en atención a que las mismas son mandatos de ley y por tal razón deben ser reconocidas.

La indemnización del demandante corresponde al tiempo que estuvo privado de la libertad, esto es, un período comprendido entre el 2 de noviembre de 1990 y el 29 de junio de 1994. (43.9 meses).

No obstante, por concepto de lucro cesante, se liquidará no sólo el período consolidado comprendido entre el 2 de noviembre de 1990 y el 29 de junio de 1994, sino también el lapso que, según las estadísticas, una persona requiere en Colombia para conseguir trabajo luego de haber obtenido su libertad, o acondicionarse en una actividad laboral.

En efecto, acerca del período a liquidar en eventos de privación injusta de la libertad, la Sala ha sostenido:

*“En cuanto al tiempo que, en promedio, suele tardar una persona en edad económicamente activa en encontrar un nuevo puesto de trabajo en Colombia, la Sala se valdrá de la información ofrecida por el Observatorio Laboral y Ocupacional Colombiano, a cargo del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), de acuerdo con la cual dicho período equivale a 35 semanas (8.75 meses)”<sup>143</sup>.<sup>144</sup>*

Por lo tanto, si bien el señor HÉCTOR MANUEL DÍAZ estuvo privado de la libertad hasta el 29 de junio de 1994, lo cierto es que según los parámetros jurisprudenciales a este período es necesario sumarle el tiempo que, según los datos oficiales, una persona tarda en conseguir trabajo con posterioridad a su salida de la cárcel.

Así las cosas, el lucro cesante se liquidará conforme a la siguiente fórmula matemática:

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

Donde,

**Sn:** es la indemnización a obtener.

**Ra:** renta actualizada, es decir, el valor de \$ 708.375

**N:** número de meses que comprende el periodo indemnizable, es decir, el tiempo que estuvo privado de la libertad: entre el 2 de noviembre de 1990 y el 29 de junio de 1994, esto es 43.9 meses, junto con 8.75 adicionales. Así en total se indemnizarán 52.65 meses.

**i:** interés puro o técnico, esto es, 6% anual o 0.004867 mensual.

$$S = \$ 708.375 \frac{((1 + 0.004867)^{52.65} - 1)}{0.004867}$$

$$S = \$ 42.393.294, 49$$

En consecuencia, por concepto de lucro cesante se reconocerá al señor HÉCTOR MANUEL DÍAZ la suma de cuarenta y dos millones trescientos noventa y tres mil doscientos noventa y cuatro pesos con cuarenta y nueve centavos.

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

## RESUELVE

**PRIMERO: CONFÍRMASE** la sentencia de 30 de abril de 2001 proferida en el presente asunto por la Sala de Descongestión del Tribunal Contencioso Administrativo de Santander, Norte de Santander y Cesar, y en consecuencia,

<sup>143</sup> 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.

<sup>144</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2006, Exp. 13168, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. En este sentido véase también la Sentencia de 19 de octubre de 2011, Exp. 20361. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

**SEGUNDO: DECLÁRESE** la responsabilidad administrativa y patrimonial de la Nación - Fiscalía General de la Nación- por la detención injusta de la libertad del señor HÉCTOR MANUEL DÍAZ.

**TERCERO. CONDÉNASE** a la Nación - Fiscalía General de la Nación, a pagar, por concepto de perjuicios morales a favor de HÉCTOR MANUEL DÍAZ el valor de \$ 32. 009. 522,17 y en favor de ELSY DEL SOCORRO IDÁRRAGA DE DIAZ, JAHIR FERNANDO, FANNY MARITZA, HERNÁN DARIO, YENNY CRISTINA y JOSÉ MANUEL DÍAZ IDÁRRAGA el valor de \$ 16. 004. 761,08 para cada uno.

**CUARTO: CONDÉNASE** a la Nación - Fiscalía General de la Nación, a pagar a HÉCTOR MANUEL DÍAZ, por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, la suma de \$ 42.393.294, 49.

**QUINTO: NIÉGANSE** las demás pretensiones de la demanda.

**SEXTO:** Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del art. 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el art. 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

**SÉPTIMO.** Cúmplase lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del C.C.A, para lo cual se expedirá copia de la sentencia de segunda instancia, conforme al artículo 115 del C.P.C.

**OCTAVO.** Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y publíquese,

**ENRIQUE GIL BOTERO**  
Consejero

**OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ**  
Presidenta de la Sala

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**  
Consejero Ponente

**ACLARACION DE VOTO DE LA DOCTORA OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ**

**PERJUICIOS MORALES - La tasación en salarios mínimos legales mensuales vigentes se dispuso desde el año 2001**

Si bien se comparte la parte resolutive de la misma, me aparto de cuatro aspectos fundamentales de la sentencia (...) me permito recordar que a partir del año 2001, se impuso la tasación en salarios mínimos legales mensuales vigentes como

forma de liquidar los perjuicios morales, dejando a un lado el ejercicio de conversión del precio del gramo oro (...) la Jurisprudencia tiene decantado que el daño moral resarcible es aquél cierto, personal y antijurídico, y su tasación depende entonces, de su intensidad, la cual deberá estar probada en cada caso y liquidada en salarios mínimos legales mensuales por las razones jurídicas y técnicas descritas ad supra. En efecto, el salario mínimo legal se convierte en el más justo y eficaz referente de tasación, pues aunque varía al unísono con del índice de precios al consumidor, se encuentra protegido de la fluctuación del mercado, contrario a lo que sucede con el precio del gramo oro.

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION TERCERA**

#### **SUBSECCION C**

**Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil doce (2012)

**Radicación número: 54001-23-31-000-1996-9890-01(21660)**

**Actor: ELSY DEL SOCORRO IDARRAGA DE DÍAZ Y OTROS**

**Demandado: NACION - MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO Y FISCALIA GENERAL DE LA NACION**

**Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (APELACION SENTENCIA)**

Con la debida consideración y respeto por las decisiones de la Sala, procedo a aclarar el voto con relación al contenido de la sentencia de la referencia. En efecto, si bien se comparte la parte resolutive de la misma, me aparto de cuatro aspectos fundamentales de la sentencia, así:

#### **1. La liquidación de los perjuicios morales**

Dice la sentencia que *“teniendo en cuenta que la condena impuesta por perjuicios morales a favor de los demandantes no fue objeto de recurso, sólo procederá a indexar el valor reconocido por el a quo, tomando como base el precio del gramo oro a la fecha de la sentencia que impuso la condena y aplicando la siguiente fórmula:”* (folio 46 de la sentencia), y dicha conversión es la que tiene en cuenta para la liquidación.

Al efecto, me permito recordar que a partir del año 2001, se impuso la tasación en salarios mínimos legales mensuales vigentes como forma de liquidar los perjuicios morales, dejando a un lado el ejercicio de conversión del precio del gramo oro<sup>145</sup>. In extenso:

---

<sup>145</sup> Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 6 de septiembre de 2001; Exp. 13232 y 15646; C.P. Alíer Eduardo Hernández

*“Dicha reparación, en efecto, conforme a nuestro sistema legal, sólo debe atender a la entidad del daño mismo; debe repararse todo el daño causado, y sólo el daño causado, independientemente de la culpabilidad de su autor, o de la existencia de circunstancias de agravación o atenuación punitiva, y éste es un principio común a todos los casos, al margen de que la reparación se efectúe en un proceso penal, civil, laboral, contencioso administrativo o de otra índole. Este postulado básico, que proviene del derecho romano, y podría inferirse de varias normas legales, entre ellas los artículos 1494, 1546, 1613 a 1616, 2341 y 2356 del Código Civil, y 85 a 87 del Código Contencioso Administrativo, fue consagrado de manera expresa por el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, en los siguientes términos.*

*“Art. 16.- Valoración de los Daños. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”. (Se subraya).*

*Al margen de la discusión que, hoy tardíamente, pudiera plantearse de nuevo la jurisprudencia contencioso administrativa sobre la legitimidad del recurso a la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980, la Sala observa que, como se había advertido en las aclaraciones de voto citadas anteriormente, la indemnización del daño moral, atendiendo reiteradamente, como tope, la suma equivalente al valor de mil gramos de oro, podría resultar inapropiada, a la luz de la disposición citada.*

*(...)*

*En efecto, el oro es, en los mercados nacional e internacional, sólo un bien más, cuyo precio depende de las fuerzas de dichos mercados. No cabe duda, entonces, que le asiste razón al Conjuez cuando expresa que “denominar las obligaciones en oro es un método absolutamente inadecuado para conservar la capacidad adquisitiva del acreedor o de la víctima”, observación que también hiciera el profesor Fernando Hineirosa, en el texto antes transcrito.*

*(...)*

*Por otra parte, no puede perderse de vista el principio de equidad, también previsto en la norma transcrita para ser tenido en cuenta en la labor de valoración del daño. Su importancia resulta mayor cuando se trata de la indemnización de un perjuicio que, por la naturaleza de éste, no puede ser restitutoria ni reparadora, sino simplemente compensatoria. En efecto, la suma establecida no se ajustará nunca al monto exacto del perjuicio, pero buscará, de alguna manera, restablecer el equilibrio roto con su ocurrencia. Se impone al juez, entonces, el ejercicio de una cierta discrecionalidad, que, sin embargo, debe encontrarse suficientemente razonada y fundada en las probanzas que, en el proceso, obren sobre la existencia del perjuicio y su intensidad.*

*No se trata, en efecto, de una facultad arbitraria; por ello, en su desarrollo, debe buscarse también la garantía del principio de igualdad, lo que hace necesaria la comparación de la situación debatida con otras ya decididas, con fundamento en el análisis de los diferentes aspectos que determinan aquélla y éstas, dentro de los cuales deberá tomarse en cuenta, por supuesto, el valor real de la indemnización.*

*(...)*

*En cuanto a la jurisdicción contencioso administrativa, ha quedado clara su sujeción directa al artículo 16 de la Ley 446 de 1998, que, conforme a lo expresado, hace no sólo innecesario, sino improcedente, el recurso a la analogía, para aplicar el Código Penal vigente, a fin de decidir aspectos relativos a la valoración del daño moral.*

*Visto lo anterior, considera esta Sala que debe abandonarse el criterio adoptado por ella desde 1978, conforme al cual, para efectos de la indemnización del*

*perjuicio moral, se daba aplicación extensiva a las normas que, al respecto, traía el Código Penal. Como ha quedado demostrado, razones de orden jurídico, apoyadas igualmente en fundamentos de orden práctico, justifican, en la actualidad, esta decisión. Se afirma, entonces, la independencia del juez contencioso administrativo para fijar, en cada caso, con sustento en las pruebas del proceso y según su prudente juicio, el valor de la indemnización del perjuicio moral.*

*(...)*

*Establecido, por lo demás, el carácter inadecuado del recurso al precio del oro, la Sala fijará el quantum de las respectivas condenas, en moneda legal colombiana, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo* (subrayado fuera de texto).

Así, las cosas, la Jurisprudencia tiene decantado que el daño moral resarcible es aquél cierto, personal y antijurídico, y su tasación depende entonces, de su intensidad, la cual deberá estar probada en cada caso y liquidada en salarios mínimos legales mensuales por las razones jurídicas y técnicas descritas *ad supra*. En efecto, el salario mínimo legal se convierte en el más justo y eficaz referente de tasación, pues aunque varía al unísono con del índice de precios al consumidor, se encuentra protegido de la fluctuación del mercado, contrario a lo que sucede con el precio del gramo oro.

En estos términos dejo presentada mi aclaración de voto al fallo proferido por la Sala.

Con toda consideración y respeto,

**OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ**

**ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR ENRIQUE GIL BOTERO**

**FALLA DEL SERVICIO - No es título único de imputación de responsabilidad del Estado**

Si bien comparto lo resuelto en la sentencia de 29 de febrero de 2012, dictada en el proceso de la referencia, me aparto de ella, en relación con la definición de la falla servicio como único título de imputación y la decisión de mantener la tasación de los perjuicios morales en gramos oro (...) estoy convencido que la falla del servicio no puede ser fijada como el título de imputación exclusivo o principal, a través del cual deban definirse todos los litigios o controversias que se sometan a decisión de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. A contrario sensu, considero que la formulación de otros títulos de imputación (v.gr. los de naturaleza objetiva), ha sido definida en la mayoría de los casos por el legislador, o por la jurisprudencia, en atención a determinados hechos o circunstancias que, por su propia lógica, ameritan que el análisis de la discusión sea examinado sin consideración alguna al elemento subjetivo (culpa o falla) del sujeto de derecho demandado (...) En esa línea de pensamiento, estoy de acuerdo con que se declare la ocurrencia de una falla del servicio en aquellos eventos en que, del análisis del proceso, aparezca claro el acaecimiento de la misma y, por consiguiente, haya lugar a declararla, puesto que esta interpretación se acompasa

con la aplicación del principio *iura novit curia* (el juez conoce el derecho). No obstante lo anterior, discrepo de la hermenéutica plasmada en la providencia, en cuanto pretende restringir la responsabilidad a la constatación de una falla del servicio (escenario subjetivo), lo que supondría un retroceso jurisprudencial de varias décadas, ya que esta Jurisdicción ha avanzado significativamente en el reconocimiento y delimitación de títulos objetivos de responsabilidad estructurados en la noción de riesgo excepcional y del daño especial, este último bajo la égida de que actuaciones lícitas y legítimas de la administración pueden romper el principio de igualdad frente a las cargas públicas. (...) los títulos de imputación de carácter objetivo no pretenden fijar una responsabilidad automática o absoluta de la administración pública –a diferencia de un sistema de aseguramiento universal o de fondos de solidaridad– sino de un esquema en el que el fundamento normativo de la reparación integral de la lesión antijurídica no se define única y exclusivamente en comportamientos culposos de la organización estatal. (...) es preciso que la Subsección o el pleno de la Sección Tercera reflexione sobre el contenido y alcance de los argumentos que defiende la providencia, en tanto se estaría modificando sustancialmente la hermenéutica del artículo 90 de la Constitución Política que ha prohijado la aplicación no sólo de títulos de imputación subjetiva (falla del servicio), sino de igual forma de carácter objetivo como son el riesgo excepcional y el daño especial.

### **PERJUICIOS MORALES - Su liquidación debe efectuarse en salarios mínimos legales mensuales vigentes**

Debo fijar mi preocupación por la fórmula o metodología empleada en la sentencia para determinar y liquidar el perjuicio moral, ya que no consulta los parámetros jurisprudenciales fijados por la misma Sala, en tanto que de conformidad con lo sostenido en la sentencia del 6 de septiembre de 2001, expedientes Nos. 13232 y 15646, la Sección Tercera acogió el criterio de salarios mínimos legales mensuales vigentes para la valoración del perjuicio moral, sin que sea admisible que se pretenda efectuar una liquidación de ese perjuicio inmaterial en pesos. (...) la finalidad de emplear una metodología estructurada en salarios mínimos es garantizar los principios de igualdad material y de equidad, de tal forma que frente a similares o iguales daños corresponda una análoga o equivalente reparación del daño moral. En consecuencia, establecer y fijar la condena –en la parte resolutive de la sentencia en salarios mínimos legales mensuales vigentes– no constituye un capricho del juzgador, ni supone el desconocimiento del artículo 178 del C.C.A. – en mi criterio, norma aplicable única y exclusivamente a condenas decretadas en sumas líquidas de dinero, es decir, en pesos colombianos– toda vez que esa circunstancia garantiza que al momento del pago –que de conformidad con el artículo 177 del C.C.A. puede estar diferido en el tiempo por aspectos presupuestales– la condena decretada mantenga su actualidad y, por lo tanto, el transcurso del tiempo no altere o afecte la misma en virtud de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda. Pareciera, muy a mi pesar, que en la providencia se restringe y limita el arbitrio judicial, a partir de un apego injustificado al legalismo que, por esa vía, puede llevar al traste con la justicia y la efectividad y garantía de los derechos fundamentales de las personas que concurren al proceso. (...) la liquidación de los perjuicios morales debe efectuarse en salarios mínimos legales mensuales vigentes, razón por la que la Sala ha optado por un sistema de conversión de gramos oro a salarios mínimos, en la cual 1.000 gramos de oro equivalen a 100 SMMLV; lo anterior, se insiste, con miras a garantizar la igualdad material en las condenas decretadas por concepto de perjuicios morales.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION C**

**Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil doce (2012)

**Radicación número: 54001-23-31-000-1996-9890-01(21660)**

**Actor: ELSY DEL SOCORRO IDARRAGA DE DÍAZ Y OTROS**

**Demandado: NACION - MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO Y FISCALIA GENERAL DE LA NACION**

**Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (APELACION SENTENCIA)**

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corporación, procedo a señalar los motivos por los cuales, si bien comparto lo resuelto en la sentencia de 29 de febrero de 2012, dictada en el proceso de la referencia, me aparto de ella, en relación con la definición de la falla servicio como único título de imputación y la decisión de mantener la tasación de los perjuicios morales en gramos oro.

**1. Argumentos sobre los cuales recae la presente aclaración de voto**

1.1. En el proveído en cuestión, se afirmó lo siguiente respecto al título de imputación de falla del servicio:

*“Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir que sea en un solo título de imputación, la falla del servicio, en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sustentada en la vulneración de deberes normativos, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho.” (Subrayado fuera del texto) (Página 33 de la sentencia).*

1.2. Y, de otro lado, en relación con la actualización de las indemnizaciones reconocidas por concepto de perjuicio moral, la sentencia señaló que:

*“Así las cosas, como la sentencia de primera instancia fijó el valor de la indemnización de los perjuicios morales en gramos oro, la Sala advierte que tendrá en cuenta los criterios vertidos en la sentencia de 6 de septiembre de 2001 (Exps. 13.232 y 15.646), que abandonó el criterio según el cual se consideraba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código penal de 1980 para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicios morales, y en su lugar estableció que la tasación de dichos perjuicios se fijará en salarios mínimos*

*legales mensuales vigentes por una estimación que responda a la reparación integral y equitativa del daño.*

*“Con este razonamiento la Sala perseguía adoptar criterios propios para la tasación del perjuicio moral que obedecieran a lo dispuesto por el Código Contencioso Administrativo, fundamentándose así en el artículo 178 ibídem, según el cual las condenas que se resuelvan mediante sentencias de lo contencioso administrativo deberán efectuarse en sumas líquidas y en moneda legal colombiana, en razón a ello se acogió el reconocimiento de la indemnización por perjuicio moral en salarios mínimos vigentes al momento de la sentencia condenatoria, criterio que sólo sería aplicable a situaciones expuestas a la decisión de los jueces con posterioridad a la fecha de su adopción.*

*“Ahora bien, el mismo artículo 178 contempló que los ajustes de las condenas impuestas por el contencioso sólo podrían determinarse tomando como base el índice de precios al consumidor, o al por mayor, por lo cual la Sala, teniendo en cuenta que la condena impuesta por perjuicios morales a favor de los demandantes no fue objeto de recurso, sólo procederá a indexar el valor reconocido por el ad quo, tomando como base el precio del gramo oro a la fecha de la sentencia que impuso la condena...” (Páginas 45 y 46 de la sentencia).*

## **2. Razones y fundamentos de la aclaración.**

Discrepo de manera muy respetuosa, desde luego, de las afirmaciones y de la lógica transcrita, con fundamento en las siguientes consideraciones:

### **2.1. Título jurídico de imputación del daño.**

Pareciera que la posición mayoritaria se orienta a definir todos los casos de responsabilidad extracontractual del Estado, a partir de la verificación o no de la falla del servicio, toda vez que en la parte motiva se señala, como *obiter dictum* y, a mi modo de ver, con desconocimiento de las implicaciones que ello acarrea, que *“[e]n concreto, la atribución jurídica debe exigir que sea en un solo título de imputación, la falla del servicio, en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sustentada en la vulneración de deberes normativos...”*.

En otros términos, la Sala evidencia la construcción de una línea de jurisprudencia a partir de la cual, la falla del servicio se erigiría como el único título de imputación, en aras de evitar que la institución de la responsabilidad se convierta en una “herramienta de aseguramiento universal”.

Me aparto del planteamiento así esbozado, pues estoy convencido que la falla del servicio no puede ser fijada como el título de imputación exclusivo o principal, a través del cual deban definirse todos los litigios o controversias que se sometan a decisión de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. *A contrario sensu*, considero que la formulación de otros títulos de imputación (v.gr. los de naturaleza objetiva), ha sido definida en la mayoría de los casos por el legislador, o por la jurisprudencia, en atención a determinados hechos o circunstancias que, por su propia lógica, ameritan que el análisis de la discusión sea examinado sin consideración alguna al elemento subjetivo (culpa o falla) del sujeto de derecho demandado.

No es que el legislador y el juez hayan construido una teoría acerca de los títulos de imputación, de forma caprichosa, sino que tal estructura y contenido, tienen su fundamento en el hecho de que, en ciertas ocasiones, no es posible endilgar responsabilidad bajo un esquema subjetivo, como quiera que desde ciertos supuestos el actuar diligente o cuidadoso de la persona frente a quien se endilga responsabilidad, no es trascendente para efectos de enervar la pretensión resarcitoria.

Desde la perspectiva personal, no pretendo discutir el contenido y alcance que se le ha dado al artículo 90 de la Constitución Política, por parte de esta Corporación, esto es, que la falla del servicio continúa siendo el título de imputación por excelencia y que, de manera excepcional, deben ser definidas las controversias a partir del régimen objetivo; no obstante lo anterior, debo defender la idea según la cual existen eventos, decantados por la jurisprudencia, en los cuales el litigio debe ser definido a través de títulos de naturaleza objetiva, de manera principal, por razones jurídicas o motivos de solidaridad, igualdad y equidad<sup>146</sup>.

En esa línea de pensamiento, estoy de acuerdo con que se declare la ocurrencia de una falla del servicio en aquellos eventos en que, del análisis del proceso, aparezca claro el acaecimiento de la misma y, por consiguiente, haya lugar a declararla, puesto que esta interpretación se acompasa con la aplicación del principio *iura novit curia* (el juez conoce el derecho). No obstante lo anterior, discrepo de la hermenéutica plasmada en la providencia, en cuanto pretende restringir la responsabilidad a la constatación de una falla del servicio (escenario subjetivo), lo que supondría un retroceso jurisprudencial de varias décadas, ya que esta Jurisdicción ha avanzado significativamente en el reconocimiento y delimitación de títulos objetivos de responsabilidad estructurados en la noción de riesgo excepcional y del daño especial, este último bajo la égida de que actuaciones lícitas y legítimas de la administración pueden romper el principio de igualdad frente a las cargas públicas.

En efecto, los títulos de imputación de carácter objetivo no pretenden fijar una responsabilidad automática o absoluta de la administración pública –a diferencia de un sistema de aseguramiento universal o de fondos de solidaridad– sino de un esquema en el que el fundamento normativo de la reparación integral de la lesión antijurídica no se define única y exclusivamente en comportamientos culposos de la organización estatal.

---

<sup>146</sup> Sobre el particular, la jurisprudencia de la Corporación puntualizó:

“La noción de daño antijurídico es invariable cualquiera sea la clase (contractual o extracontractual) o el régimen de responsabilidad de que se trate; consistirá siempre en la lesión patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar. La diferencia estriba, en consecuencia, en los títulos jurídicos de imputación del daño, determinantes de la causalidad jurídica más allá de la simple causalidad material que se deriva del nexo causal. Así, mientras en la responsabilidad fundada en el contrato, serán títulos jurídicos de imputación, por ejemplo, “los mandatos de la buena fe, igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos” (art. 28, ley 80 de 1993), en la extracontractual lo serán, además, la falla del servicio que es el título de imputación más frecuente, cualquiera que sea el sistema que para su prueba se adopte; la culpa personal en nexo con el servicio, prevista, para citar algunas disposiciones en el inciso 2o. del artículo 90 de la C. N. Y en el 77 del C.C.A.; la igualdad de las personas ante la ley (art. 13 de la C. N.); la proporcionalidad en la distribución de las cargas públicas (art. 95 No. 9 y 216 de la C. N., entre otros); el riesgo excepcional establecido, por ejemplo, por la ley 104 de 1993 o en el decreto 444 del mismo año; el error judicial y el anormal funcionamiento de la administración de justicia (art. 40 del C. de P. C., 414 del C. de P.P. etc.) la inconstitucionalidad de la ley declarada judicialmente, y principios de justicia y equidad como éste del no enriquecimiento sin causa. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de mayo de 1995, exp. 8118, M.P. Juan de Dios Montes.

De allí que, las afirmaciones que se realizan en el fallo desconocen un principio que se trasunta de las construcciones teóricas que se han desarrollado por esta Corporación desde 1947, según el cual, se itera, el Estado puede desencadenar daños antijurídicos con su comportamiento lícito y legítimo, bien porque introduce un riesgo a la sociedad que concreta un daño o porque con su comportamiento adecuado y legal rompe de manera grave el principio de igualdad frente a las cargas públicas.

En ese orden de ideas, no es aceptable que se asimile la responsabilidad de tipo objetivo con la figura del seguro o el reaseguro, en atención a que el derecho de daños contiene disímiles fundamentos conceptuales y prácticos que diferencian cada escenario.

En consecuencia, restringir la responsabilidad del Estado sólo a aquellos eventos en que se acredite un comportamiento inadecuado, negligente, descuidado o ilegal, implica una significativa limitación a los estándares modernos del derecho de la responsabilidad que avalan la posibilidad de que se irroguen daños en el ejercicio de actividades lícitas.

Como corolario, es preciso que la Subsección o el pleno de la Sección Tercera reflexione sobre el contenido y alcance de los argumentos que defiende la providencia, en tanto se estaría modificando sustancialmente la hermenéutica del artículo 90 de la Constitución Política que ha prohijado la aplicación no sólo de títulos de imputación subjetiva (falla del servicio), sino de igual forma de carácter objetivo como son el riesgo excepcional y el daño especial.

## **2.2. Actualización de las indemnizaciones reconocidas por concepto de perjuicio moral.**

De otro lado, es preciso advertir que el sistema o la metodología empleada en la sentencia para la actualización de los perjuicios morales no refleja el criterio mayoritario de esta Subsección y de la Sección Tercera, ni el de la Sala Plena, razón por la cual constituye un *obiter dictum* que quedó contenido en la sentencia mencionada, sin que hubiera obtenido la mayoría para constituirse en un cambio del precedente fijado por la Corporación sobre la materia.

En mi criterio, la providencia debió limitarse a reiterar el precedente vinculante de la Sección, contenido en la sentencia del 6 de septiembre de 2001, expedientes Nos. 13232 y 15646, oportunidad en la que se discurrió de la siguiente forma:

*“De conformidad con las normas citadas, resulta claro que cuando se expida una copia del registro civil de nacimiento o un certificado del mismo y en él consten los nombres de los progenitores del inscrito, dicho documento constituirá prueba suficiente para acreditar el parentesco de consanguinidad existente entre éste y aquéllos. En efecto, si tales nombres fueron indicados en el correspondiente folio o certificado, es porque se cumplieron los requisitos ya indicados para que pueda darse fe del nombre de la madre del inscrito, y en cuanto al padre, porque aquél nació dentro de un matrimonio legalmente celebrado o, siendo hijo extramatrimonial, fue reconocido por éste o se declaró judicialmente su paternidad.*

*“Y no puede el juez exigir pruebas adicionales para establecer el parentesco, so pena de desconocer la solemnidad prevista por la ley, de manera excepcional, para la demostración de los hechos y actos relacionados con el estado civil de las*

personas, conforme a lo dispuesto en el citado artículo 105 del Decreto 1260 de 1970.

*“(...) Demostradas las relaciones de parentesco cercanas alegadas en la demanda, puede inferirse, aplicando las reglas de la experiencia, que los actores tenían un nexo afectivo importante con Luis Alfonso Ríos González, que determinó la existencia de lazos de alianza y solidaridad entre ellos, y que, por lo tanto, aquéllos sufrieron un profundo pesar con la muerte de éste; puede inferirse, igualmente, que la persona más afectada fue su madre, dada la naturaleza de la relación que normalmente se establece entre un hijo y su progenitora. Bastarían, entonces, las pruebas del parentesco aportadas al proceso, para que esta Sala considerara demostrado, mediante indicios, el daño moral reclamado por los demandantes. No obstante, al respecto, obran también en el proceso los testimonios de José Leonardo Buitrago Morales y Alexander Marín Salazar, amigos de la familia de la víctima (folios 69 a 75 del cuaderno 2), que demuestran, de manera directa, la existencia y la intensidad del perjuicio sufrido.*

***“(...) Por otra parte, no puede perderse de vista el principio de equidad, también previsto en la norma transcrita para ser tenido en cuenta en la labor de valoración del daño. Su importancia resulta mayor cuando se trata de la indemnización de un perjuicio que, por la naturaleza de éste, no puede ser reparatoria ni reparadora, sino simplemente compensatoria. En efecto, la suma establecida no se ajustará nunca al monto exacto del perjuicio, pero buscará, de alguna manera, restablecer el equilibrio roto con su ocurrencia. Se impone al juez, entonces, el ejercicio de una cierta discrecionalidad, que, sin embargo, debe encontrarse suficientemente razonada y fundada en las probanzas que, en el proceso, obren sobre la existencia del perjuicio y su intensidad.***

***“No se trata, en efecto, de una facultad arbitraria; por ello, en su desarrollo, debe buscarse también la garantía del principio de igualdad, lo que hace necesaria la comparación de la situación debatida con otras ya decididas, con fundamento en el análisis de los diferentes aspectos que determinan aquélla y éstas, dentro de los cuales deberá tomarse en cuenta, por supuesto, el valor real de la indemnización.***

***“Ahora bien, el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 es de obligatoria observancia para todas las jurisdicciones; así se desprende claramente de su texto...***

*“En cuanto a la jurisdicción contencioso administrativa, ha quedado clara su sujeción directa al artículo 16 de la Ley 446 de 1998, que, conforme a lo expresado, hace no sólo innecesario, sino improcedente, el recurso a la analogía, para aplicar el Código Penal vigente, a fin de decidir aspectos relativos a la valoración del daño moral.*

*“Visto lo anterior, considera esta Sala que debe abandonarse el criterio adoptado por ella desde 1978, conforme al cual, para efectos de la indemnización del perjuicio moral, se daba aplicación extensiva a las normas que, al respecto, traía el Código Penal. Como ha quedado demostrado, razones de orden jurídico, apoyadas igualmente en fundamentos de orden práctico, justifican, en la actualidad, esta decisión. Se afirma, entonces, la independencia del juez contencioso administrativo para fijar, en cada caso, con sustento en las pruebas del proceso y según su prudente juicio, el valor de la indemnización del perjuicio moral.*

*“Lo anterior se expresa sin perjuicio de que, con el fin de garantizar el desarrollo uniforme de la jurisprudencia en este aspecto, esta Corporación establezca pautas que sirvan de referencia a los juzgadores de inferior jerarquía, cuyos fallos, sin embargo, en cuanto tasan la indemnización del perjuicio aludido, sólo podrán ser revisados por la instancia superior dentro del marco de sus competencias, dada la inexistencia de una norma prevista en ley o reglamento que pueda considerarse de obligatoria aplicación en la materia.*

*“Establecido, por lo demás, el carácter inadecuado del recurso al precio del oro, la Sala fijará el quantum de las respectivas condenas, en moneda legal colombiana, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo. Considerando que el salario mínimo mensual en Colombia se fija atendiendo fundamentalmente la variación del índice de precios al consumidor, se considera que el valor del perjuicio moral, en los casos en que éste cobre su mayor intensidad, puede fijarse en la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales...”<sup>147</sup>*

Debo fijar mi preocupación por la fórmula o metodología empleada en la sentencia para determinar y liquidar el perjuicio moral, ya que no consulta los parámetros jurisprudenciales fijados por la misma Sala, en tanto que de conformidad con lo sostenido en la sentencia del 6 de septiembre de 2001, expedientes Nos. 13232 y 15646, la Sección Tercera acogió el criterio de salarios mínimos legales mensuales vigentes para la valoración del perjuicio moral, sin que sea admisible que se pretenda efectuar una liquidación de ese perjuicio inmaterial en pesos.

Como se aprecia, la finalidad de emplear una metodología estructurada en salarios mínimos es garantizar los principios de igualdad material y de equidad, de tal forma que frente a similares o iguales daños corresponda una análoga o equivalente reparación del daño moral.

En consecuencia, establecer y fijar la condena –en la parte resolutive de la sentencia en salarios mínimos mensuales legales vigentes– no constituye un capricho del juzgador, ni supone el desconocimiento del artículo 178 del C.C.A. – en mi criterio, norma aplicable única y exclusivamente a condenas decretadas en sumas líquidas de dinero, es decir, en pesos colombianos– toda vez que esa circunstancia garantiza que al momento del pago –que de conformidad con el artículo 177 del C.C.A. puede estar diferido en el tiempo por aspectos presupuestales– la condena decretada mantenga su actualidad y, por lo tanto, el transcurso del tiempo no altere o afecte la misma en virtud de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Pareciera, muy a mi pesar, que en la providencia se restringe y limita el arbitrio judicial, a partir de un apego injustificado al legalismo que, por esa vía, puede llevar al traste con la justicia y la efectividad y garantía de los derechos fundamentales de las personas que concurren al proceso. El *arbitrio iuris* siempre será necesario en cualquier ordenamiento jurídico puesto que el legislador no puede contemplar todas y cada una de las hipótesis y variables que se pueden presentar en el proceso judicial, razón por la cual queda un margen de maniobra a cargo del operador judicial que, lejos de ser catalogado como arbitrariedad, constituye un campo de discreción racional en el que con fundamento en las

---

<sup>147</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, exp. 13232-15646, M.P. Alir E. Hernández Enríquez.

reglas de la experiencia y la sana crítica traza derroteros para colmar esas lagunas o vacíos que están contenidos en la ley<sup>148</sup>.

En consecuencia, la liquidación de los perjuicios morales debe efectuarse en salarios mínimos legales mensuales vigentes, razón por la que la Sala ha optado por un sistema de conversión de gramos oro a salarios mínimos, en la cual 1.000 gramos de oro equivalen a 100 SMMLV; lo anterior, se insiste, con miras a garantizar la igualdad material en las condenas decretadas por concepto de perjuicios morales<sup>149</sup>.

En los anteriores términos, dejo planteada mi posición.

Atentamente,

**ENRIQUE GIL BOTERO**

*Fecha ut supra*

---

<sup>148</sup> “Es el momento de poner punto final. No quiero hacerlo, sin embargo, sin proclamar muy alto y muy claro mi radicar desacuerdo con esa idea que puso en circulación K.C. Davis y que se repite desde entonces con injustificado entusiasmo de que el Derecho termina donde comienza la discrecionalidad. Esa idea pudo ser cierta mientras estuvo vigente el paradigma del Estado legal de Derecho; hoy, en cambio, es inaceptable. El cambio de paradigma, el paso del Estado legal de Derecho al Estado constitucional de derecho, ha cambiado radicalmente las cosas. Las reglas, que en cuanto razones perentorias para la acción hacen innecesario el razonamiento porque ellas mismas han resuelto de antemano el conflicto de intereses que plantea el supuesto de hecho que regulan, han cedido su anterior protagonismo a los principios, cuya aplicación reclama inexcusablemente un esfuerzo de ponderación y, por lo tanto, de argumentación racional para encontrar una solución del caso que ya no viene dada de antemano y que, por lo tanto, sólo puede sostenerse sobre la base de razones, de las razones que se revelen más fuertes en su inevitable confrontación con las que se les opongan en el concreto escenario procesal en el que el conflicto se plantee.” FERNÁNDEZ, Tomás – Ramón “Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial”, Ed. Iustel, Madrid, 2005, pág. 131 y 132.

<sup>149</sup> “*Buscando las cosas inciertas, perdemos las ciertas.*” Plauto.