

PRELACION DE FALLO - Acta número 010 de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, aprobada en sesión de 23 de abril de 2013 / PRELACION DE FALLO - Daños ocasionados por la administración de justicia / PRELACION DE FALLO - Privación injusta de la libertad

Resuelve la Sala de Subsección C, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en el proceso de la referencia, por disposición de la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación, de conformidad con lo consignado en el acta No. 010 aprobada en sesión del 25 de abril de 2013, que ordenó dar prelación a los procesos en donde se demandara al Estado por los daños ocasionados por la administración de justicia.

FUENTE FORMAL: ACTA NÚMERO 010 DE SALA PLENA DE LA SECCIÓN TERCERA DEL CONSEJO DE ESTADO, APROBADA EN SESIÓN DE 23 DE ABRIL DE 2013

ARTICULOS DE PRENSA - Valor probatorio. Valoración probatoria / ARTICULOS DE PRENSA - Pueden ser valorados junto con otros medios probatorios / RECORTES DE PRENSA - Valor probatorio. Valoración probatoria / RECORTES DE PRENSA - Pueden ser valorados junto con otros medios probatorios

Respecto a los recortes de periódico obrantes a folios 290 a 292, 294 a 299 y 312 del cuaderno No. 1, que no serán abstraídos para su apreciación, ya que si bien por sí solos no revisten valor de plena prueba y la noticia de la que dan cuenta es objeto de análisis, en conjunto, conexidad y consecuencia, con los demás medios aportados, pueden ser valorados. **NOTA DE RELATORIA:** Consultar sentencia de Sala Plena del 29 de mayo de 2012, exp. 2011-01378.

PRUEBA TRASLADADA DEL PROCESO DE INSTRUCCIÓN - Valor probatorio. Valoración probatoria / VALORACION DE LA PRUEBA TRASLADADA - Cumplimiento de requisitos

En lo referente a los documentos aportados y solicitados como prueba en la demanda, si bien, es cierto que el a-quo no observó irregularidades que impidieran su incorporación al proceso y decretó su práctica en oportunidad, también lo es que no calificó ni se pronunció respecto al cumplimiento de las disposiciones del legislador -en lo atinente a las reglas de traslado-, en especial lo concerniente a las copias del proceso de instrucción adelantado por funcionarios delegados de la Fiscalía General de la Nación, con ocasión del homicidio de Gabriel Ortega Orozco, constituyen una circunstancia que, prima facie, haría invalorable estos medios de convicción. No obstante, de conformidad con los lineamientos legales y jurisprudenciales recientes de la Subsección, se reconocerá valor a estos documentos, porque: i) Fueron consentidos por la parte demandada y la Sección Tercera tiene establecido, en forma pacífica y reiterada, que en estos casos el aporte de documentos en copia simple que haga una entidad pública se tienen en el proceso como documentos auténticos, porque provienen de una autoridad estatal que les impregna esta condición y validez, por la sola circunstancia de haberlos aportado. No obstante, la misma regla aplica cuando la entidad pública, sin haberlos aportado, manifiesta que se acoge a los medios de prueba aportados por la otra parte, o al contestar la demanda o en oportuna actuación procesal no enerva las herramientas jurídicas para cuestionarlos. Éste es el caso sub iudice, en que la copia de los documentos que pretenden aducirse como prueba están suscritos por la demandada y ésta, en su oportunidad de debatir la credibilidad de las mismas, omitió las formalidades de rigor y en cambio elaboró su defensa de

fondo. ii) Además, y sólo en gracia de discusión para este proceso, también se valorarán como auténticas las pruebas aportadas por el actor, porque frente a la demandada la Sala observa que los documentos han obrado en el expediente desde la misma demanda, ratificadas en el auto de pruebas y, por consiguiente, respecto de ellos se surtió el principio de contradicción.

VALORACION DE LAS COPIAS SIMPLES - Regulación normativa / VALORACION DE LAS COPIAS SIMPLES - Artículos 252 y 254 del Código de Procedimiento Civil

En relación con las normas que regulan la materia, es preciso señalar que la regulación vigente es la contenida en los artículos 254 y 252 del C.P.C. (...) las disposiciones contenidas en los artículos 252 y 254 del C.P.C., resultan aplicables a los procesos de naturaleza contencioso administrativa en curso, de conformidad con la regla de integración, normativa contenida en el artículo 267 del C.C.A. (...) la Sala insiste en que –a la fecha– las disposiciones que regulan la materia son las contenidas en los artículos 252 y 254 del C.P.C., ya que la ley 1395 fue derogada, razón por la cual deviene inexorable que se analice el contenido y alcance de esos preceptos a la luz del artículo 83 de la Constitución Política y los principios contenidos en la ley 270 de 1996 –estatutaria de la administración de justicia.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 83 / LEY 1395 DE 2010 / LEY 270 DE 1996 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 252 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 254 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 267

VALORACION DE LAS COPIAS SIMPLES - Artículo 11 de la Ley 1395 de 2010

Es necesario destacar la modificación introducida por el artículo 11 de la ley 1395 de 2010, que cambió el inciso cuarto del artículo 252 del C.P.C., para señalar que los documentos privados elaborados o suscritos por las partes, incorporados al proceso en original o copia se presumen auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación, salvo los que provienen de terceros que revisten la condición de dispositivos.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 252 / LEY 1395 DE 2010 - ARTICULO 11

VALORACION DE LAS COPIAS SIMPLES - Artículo 215 de la Ley 1437 de 2011

Con la promulgación de la ley 1437 de 2011 –nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo- se profirió una disposición especial aplicable a los asuntos de conocimiento de esta jurisdicción (...) la citada disposición resultaba aplicable a los procesos contencioso administrativos que estuvieran amparados por la regla de transición contenida en el artículo 308 de la misma ley 1437 de 2011. Lo relevante del artículo 215 de la ley 1437 de 2011 – C.P.A.C.A. - era que incorporaba o concentraba la regulación legal del valor probatorio de las copias en una sola disposición, que no se prestaba para interpretaciones o hermenéuticas en relación bien con la clase o naturaleza del documento –público o privado– así como tampoco con su autor, signatario o suscriptor –las partes o terceros–. (...) con el artículo 215 de la ley 1437 de 2011, se permitía que las partes aportaran los documentos que tenían en su poder en copia, sin importar que los mismos fueran elaborados por aquéllas, por terceros o inclusive que provinieran de una autoridad administrativa o judicial. Era el

reconocimiento pleno del principio de confianza que debe imperar en toda sociedad moderna, siempre y cuando se otorguen las herramientas para surtir de manera efectiva el derecho de contradicción. (...) las regulaciones contenidas en las leyes 1395 de 2010 y 1437 de 2011, eran el reflejo de una concepción del proceso más moderna, alejada de los ritualismos y formalismos que tanto daño le han hecho a la administración de justicia, puesto que atentan contra los principios de celeridad y eficacia.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 215 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 308 / LEY 1395 DE 2010

VALORACION DE LAS COPIAS SIMPLES - Ley 1564 de 2012. Nuevo Código General del Proceso / VALORACION DE LAS COPIAS SIMPLES - Artículo 16 del Decreto 1736 de 2012 que derogó el inciso primero del artículo 215 de la Ley 1437 de 2011

Con la expedición de la ley 1564 de 2012 –nuevo código general del proceso– corregido mediante el Decreto 1736 de 2012, se derogó expresamente el inciso primero del artículo 215 de la ley 1437 de 2011, C.P.A.C.A. (...) al haber derogado el Código General del Proceso C.G.P., la disposición contenida en la ley 1437 de 2011, resulta incuestionable que las normas para la valoración de las copias son las contenidas en los artículos 252 y 254 del C.P.C., preceptos que mantienen vigencia, ya que sólo la perderán a partir del 1º de enero de 2014, según lo dispuesto en el artículo 627 de la codificación general citada.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 252 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 254 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 215 / LEY 1564 DE 2012 / DECRETO 1736 DE 2012

VALORACION DE LAS COPIAS SIMPLES - Ley 1564 de 2012. Nuevo Código General del Proceso a partir de la entrada en vigencia. 1 de enero de 2014

Las reglas relativas a la valoración de las copias, que podrán entrar en vigencia el 1º de enero de 2014, según lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 627 del C.G.P., son las siguientes: (...). Cuando entre en vigencia el acápite correspondiente a la prueba documental, contenida en el C.G.P., se avanzará de manera significativa en la presunción de autenticidad de los documentos, lo que es reflejo del principio de buena fe constitucional; lo anterior, toda vez que de los artículos 243 a 245 del C.G.P., se pueden extraer algunas conclusiones: i) los documentos públicos o privados, emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, se presumen auténticos, ii) es posible que las partes los tachan de falsos o los desconozcan, lo que originará que se surta el respectivo trámite de la tacha, iii) los documentos se pueden aportar al proceso en original o en copia, iv) las copias, por regla general, tendrán el mismo valor probatorio que el documento original, salvo disposición especial en contrario, v) cuando se aporta un documento en copia, corresponde a la parte que lo allega indicar –si lo conoce– el lugar donde reposa el original para efectos de realizar el respectivo cotejo, de ser necesario, y vi) las partes pueden solicitar el cotejo de los documentos aportados en copias. Por consiguiente, el legislador ha efectuado un constructo que busca superar la rigidez y la inflexibilidad de un sistema procesal basado en los formalismos, que distancia a las partes en el proceso, crea costos para los sujetos procesales y, en términos de la teoría económica del derecho, desencadena unas externalidades que inciden de manera negativa en la eficiencia, eficacia y la celeridad de los trámites judiciales.

FUENTE FORMAL: LEY 1564 DE 2012 - ARTICULO 243 / LEY 1564 DE 2012 - ARTICULO 245 / LEY 1564 DE 2012 - ARTICULO 627.6

VALORACION DE LAS COPIAS SIMPLES - Procedencia. Aplicación del principio constitucional de la buena fe

La entidad demandada pudo controvertir y tachar la prueba documental que fue aportada por los demandantes y, especialmente, la copias simples en comento, sin embargo, su validez no fue objeto de cuestionamiento alguno y, por el contrario, solicitó expresa y oportunamente la acumulación de los tres procesos, de allí que se colija su complicidad para la práctica de las pruebas rogadas por las partes demandantes –adhesión que, por demás, se hizo expresa en oportunidad de contestar la demanda– y su asentimiento con la valoración integral del acervo probatorio que compuso el proceso acumulado. Por lo tanto, la Sala en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal, reconocerá valor a la prueba documental que ha obrado a lo largo del proceso –incluidas las providencias de la Procuraduría delegada para las Fuerzas Militares, y lo concerniente a la investigación y providencias de la Jefatura de Estado Mayor Conjunto y Tribunal Superior Militar–, que, surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su autenticidad por el ente territorial demandado, cuando por el contrario gozó de su aquiescencia para el respectivo análisis. El anterior paradigma, como se señaló, fue recogido por las leyes 1395 de 2010, 1437 de 2011, y 1564 de 2012, lo que significa que el espíritu del legislador, sin anfibología, es modificar el modelo que ha imperado desde la expedición de los Decretos leyes 1400 y 2019 de 1970. En otros términos, a la luz de la Constitución Política abstenerse de adoptar una decisión de fondo en un proceso en el cual los documentos en copia simple aportados por las partes han obrado a lo largo de la actuación, implicaría afectar –de modo significativo e injustificado– el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, así como el acceso efectivo a la administración de justicia (arts. 228 y 229 C.P.). Lo anterior no significa que se estén aplicando normas derogadas (ultractividad) o cuya vigencia se encuentra diferida en el tiempo (retroactividad), simplemente se quiere reconocer que el modelo hermenéutico de las normas procesales ha sufrido cambios significativos que permiten al juez tener mayor dinamismo en la valoración de las pruebas que integran el acervo probatorio, para lo cual puede valorar documentos que se encuentran en copia simple y frente a los cuales las partes han guardado silencio, por cuanto han sido ellas mismas las que con su silencio, así como con la referencia a esos documentos en los actos procesales (v.gr. alegatos, recursos, etc.) los convalidan, razón por la que, mal haría el juzgador en desconocer los principios de buena fe y de lealtad que han imperado en el trámite, con el fin de adoptar una decisión que no refleje la justicia material en el caso concreto o no consulte los postulados de eficacia y celeridad.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 83 / CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 228 / CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 229 / DECRETO LEY 1400 DE 1970 / DECRETO LEY 2019 DE 1970 / LEY 270 DE 1996 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 252 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 254 / LEY 1395 DE 2010 - ARTICULO 11 / LEY 1437 DE 2011 / 1564 DE 2012

PROCESOS EJECUTIVOS - Obligación de aportar original o copia auténtica del documento público o privado / PROCESOS ORDINARIOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS - Aporte de documentos en copia simple sin que hayan sido tachados de falsos. Valoración salvo que exista disposición en

contrario

No quiere significar en modo alguno, que la Sala desconozca la existencia de procesos en los cuales, para su admisión y trámite, es totalmente pertinente el original o la copia auténtica del documento respectivo público o privado. En efecto, existirán escenarios –como los procesos ejecutivos– en los cuales será indispensable que el demandante aporte el título ejecutivo con los requisitos establecidos en la ley (v.gr. el original de la factura comercial, el original o la copia auténtica del acta de liquidación bilateral, el título valor, etc.). Por consiguiente, el criterio jurisprudencial que se prohíja en esta providencia, está relacionado específicamente con los procesos ordinarios contencioso administrativos (objetivos o subjetivos) en los cuales las partes a lo largo de la actuación han aportado documentos en copia simple, sin que en ningún momento se haya llegado a su objeción en virtud de la tacha de falsedad (v.gr. contractuales, reparación directa, nulidad simple, nulidad y restablecimiento del derecho), salvo, se itera, que exista una disposición en contrario que haga exigible el requisito de las copias auténticas como por ejemplo el artículo 141 del C.C.A., norma reproducida en el artículo 167 de la ley 1437 de 2011 –nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo–. No obstante, el legislador del año 2011, al reconocer la importancia de los principios constitucionales y la función que ejercen o cumplen en la armonización de los postulados legales del orden procesal, determinó en la nueva disposición del artículo 167 ibídem, que “no será necesario acompañar su copia [la de las normas de alcance no nacional], en el caso de que las normas de carácter local que se señalen como infringidas se encuentren en el sitio web de la respectiva entidad, circunstancia que deberá ser manifestada en la demanda con indicación del sitio de internet correspondiente”.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 167 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 141

COPIA SIMPLE QUE NO HA SIDO TACHADA DE FALSA - Valor probatorio. Valoración probatoria

Esta tesis ha sido avalada por otras Secciones del Consejo de Estado, de manera concreta, la Segunda, al establecer que el hecho de que no se hubieran tachado de falsas las copias simples permite deducir la anuencia frente a los citados documentos. (...) constituye una realidad insoslayable que el moderno derecho procesal parte de bases de confianza e igualdad de armas, en las que los aspectos formales no pueden estar dirigidos a enervar la efectividad del derecho material, sino que deben ser requisitos que garanticen la búsqueda de la certeza en el caso concreto y, por lo tanto, impidan que el juez adopte decisiones inhibitorias. Así las cosas, se debe abogar por un derecho procesal dinámico, en el que las partes asuman sus responsabilidades a partir de un escenario serio en el que se defiendan los intereses subjetivos que se debaten al interior del litigio, sin que el operador judicial promueva rigorismos formales que entorpezcan la aplicación del mismo. Así las cosas, conviene que la aplicación de esta hermenéutica influya en la materia, tal como lo ha hecho esta Subsección, toda vez que el tradicionalismo férreo no puede constituir razón suficiente para mantener la vigencia de una tesis que no consulta los postulados constitucionales y los lineamientos procesales modernos. Una de las finalidades principales del orden jurídico o normativo reside en la efectividad de los derechos y las garantías de los sujetos procesales, por lo tanto, una postura excesivamente formal deslegitima los fines esenciales del derecho procesal o adjetivo, máxime si las partes han guardado silencio a lo largo de la actuación –o han consentido

expresamente en la valoración-, lo que ha permitido convalidar su postura frente a los documentos que reposan en el plenario en copia simple, respecto de los que se ha hecho referencia. **NOTA DE RELATORIA:** Consultar sentencia del 2 de agosto de 2007, exp. (1926-04).

REPRESENTACION DE LA NACION EN PROCESOS JUDICIALES - Fiscalía General de la Nación / FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA - Fiscalía General de la Nación / INEXISTENCIA DE LA PARTE DEMANDADA - Fiscalía General de la Nación / CENTRO JURIDICO Y GENERICO DE LA IMPUTACION - Recae en cabeza del Ministerio de Justicia, Fiscalía General de la Nación y Rama Judicial

Debe realizarse un pronunciamiento en cuanto a los argumentos planteados en la primera instancia por la entidad demandada, quien solicitó la declaración de la falta de legitimación en la causa por pasiva, en razón a que, en el momento en que se presentó la demanda ya se encontraba vigente la ley 270 de 1996, que radicó en cabeza del Director Ejecutivo de Administración Judicial la representación judicial de la Rama Judicial, así como los planteados en segunda instancia frente a la inexistencia de la parte demandada en atención a la incapacidad de la Fiscalía General de la Nación para ser parte, por sí misma, en la relación procesal. Frente a este planteamiento, la jurisprudencia de esta Corporación, tiene por decantado que el centro jurídico y genérico de imputación es la Nación cuya representación está en cabeza del Ministerio de Justicia, Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial, por igual, de allí que, no es aceptable el argumento expuesto, en atención a que la entidad demandada si la representa y sobre ella recae el interés debatido en el proceso, razón suficiente para despachar de forma negativa la censura plasmada en la contestación de la demanda y en los alegatos de conclusión. Es así como, desde el plano material de la imputación, el daño antijurídico es atribuible a La Nación - Fiscalía General de la Nación, faltando por establecer, si lo es desde el plano jurídico mediante los títulos de atribución que han sido construidos por la doctrina y la jurisprudencia del Consejo de Estado. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre el tema consultar sentencias de: 4 de septiembre de 1997, exp. 10285; 10 de mayo de 2001, exp. 12.719 y de 26 de mayo de 2010, exp.18467.

FUENTE FORMAL: LEY 270 DE 1996

DAÑO ANTIJURIDICO - Privación injusta de la libertad. Modalidad de detención preventiva / DAÑO ANTIJURIDICO - Preclusión de la investigación penal / DAÑO ANTIJURIDICO - Acreditación. Configuración

Se encuentra acreditado que el señor Carlos Andrés Pérez Berrío estuvo privado de la libertad durante el período comprendido entre el 18 de julio de 1994 y el 5 de junio de 1995, en virtud de la medida cautelar -en la modalidad de detención preventiva- que le fue decretada por la Comisión Especial de Fiscalía Delegada para Uraba, en el marco de la investigación adelantada por el homicidio del precandidato a la alcaldía, señor Gabriel Ortega Orozco, al cabo de la cual se decidió la preclusión del procedimiento, en atención a la falta de contundencia probatoria para fundamentar la responsabilidad de los sindicados. En ese contexto, resulta preciso concluir la existencia de un daño antijurídico en el asunto objeto de análisis, comoquiera que, a partir del auto que revocó la medida de aseguramiento y precluyó la instrucción, se tiene plena certeza de que Carlos Andrés Pérez Berrío no se encontraba en la obligación jurídica de soportar la limitación de los derechos que le fueron afectados, en especial el de la libertad.

PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Régimen objetivo de responsabilidad

Si bien, en un Estado Social y Democrático de Derecho los asociados deben contribuir en mayor o menor medida a la materialización de los objetivos trazados para la búsqueda de los fines comunes –entre ellos la paz y la convivencia pacífica- y, en muchos casos, para ello es necesario que se tengan que someter a ciertas restricciones de derechos y garantías, incluida la libertad, lo cierto es que existen precisos eventos en los cuales el propio ordenamiento jurídico establece la obligación objetiva de reparar los daños derivados de la privación injusta de la libertad que impone a los ciudadanos. En efecto, para la Sala es claro que el asunto sub examine, debe ser analizado desde la perspectiva del título de imputación objetivo, toda vez que el supuesto fáctico que se debate, se enmarca en las puntuales hipótesis que dan lugar a resolver la controversia a partir de allí. En otros términos, es posible verificar circunstancias de privación de la libertad, en las cuales la detención del asociado encuentra fundamento constitucional y legal en un determinado momento, pero este desaparece cuando el ciudadano es dejado en libertad bajo las condiciones precisadas en la ley, o bien, porque se demuestra una clara falla del servicio al momento de librar la medida coercitiva. (...) es posible afirmar, sin anfibología alguna, que en un Estado Social de Derecho como lo es Colombia, en donde el ordenamiento jurídico se establece y gira en torno a una concepción antropocéntrica, paradigma, en el cual la persona como ser individual dotado de racionalidad que vive y se interrelaciona con otros seres, a partir de la acción comunicativa, para la conformación de la sociedad, debe ser protegido en sus derechos, bienes y garantías, de tal forma que la satisfacción de sus necesidades se materialice de manera plena, y en consecuencia cualquier reserva o limitación a las condiciones de libertad, debe estar lo suficientemente fundada, de no ser así revestirá el carácter de ilegítima; por esta incontrastable razón, corresponderá al juez en cada caso concreto, analizar si la limitante al derecho en cuestión tiene la fundamentación y racionalidad que el ordenamiento jurídico demandan, so pena de ser en caso contrario: antijurídica. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre el contenido y alcance del derecho a la libertad, consultar sentencia de 4 de diciembre de 2006, exp. 13168.

PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Régimen de imputación aplicable / PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Supuestos normativos de responsabilidad objetiva. Artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, Decreto 2700 de 1991 / PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Aspectos, parámetros y criterios

Una vez determinada la existencia del daño antijurídico, como se ha constatado en el sub lite, corresponde verificar si éste es imputable a la parte demandada, para lo cual es preciso acudir, en primer término, a la aplicación de los supuestos normativos de responsabilidad objetiva consagrados en el art. 414 del Código de Procedimiento Penal de 1991 -decreto ley 2700-. (...) en eventos de privación injusta de la libertad, se deben tener en cuenta algunos aspectos y parámetros que, en los últimos años, han sido trazados por la jurisprudencia de esta Corporación, criterios que podrían catalogarse en los siguientes términos: i) Las hipótesis establecidas en el artículo 414 del C.P.P. de 1991 (decreto ley 2700) mantienen vigencia para resolver, de manera objetiva, la responsabilidad del Estado derivada de privaciones injustas de la libertad, en las cuales se haya arribado a cualquiera de las conclusiones a las que hace referencia la citada disposición, inclusive, con posterioridad a la ley 270 de 1996, en los términos precisados por la jurisprudencia de la Corporación. ii) Cuando se absuelva a la persona sindicada, en aplicación del in dubio pro reo -strictu sensu-, de

conformidad con los planteamientos contenidos en las sentencias proferidas en los procesos números 13168 (2006) y 15463 (2007), el juez de lo contencioso administrativo deberá constatar siempre, que el aparato jurisdiccional ordinario penal, sí haya aplicado efectivamente esa figura procesal penal que integra el derecho al debido proceso. (...) iii) La absolución o preclusión de la investigación que emana de falencias probatorias en la instrucción o juicio penal, traduciría en verdad una falla del servicio que no puede considerarse como una conclusión establecida a partir de la aplicación del mencionado principio del in dubio pro reo. (...) iv) Como se aprecia, en cada caso concreto de reparación por privación injusta de la libertad, corresponde determinar a las partes y al operador jurídico en qué supuesto se enmarcó dicha privación, a efectos de tener claridad sobre el título de imputación aplicable al asunto respectivo, como quiera que no toda absolución, preclusión de la investigación, o cesación del procedimiento penal, se deriva de la aplicación del instrumento del in dubio pro reo, motivo por el cual, no siempre se deducirá la responsabilidad de la organización pública a través de un régimen de naturaleza objetiva. v) En conclusión, cuando se atribuye la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, existen eventos precisos y específicos en los cuales la jurisprudencia –con fundamento en el principio iura novit curia–, ha aceptado la definición de la controversia a través de la aplicación de títulos de imputación de carácter objetivo, en los cuales, la conducta asumida por la administración pública no juega un papel determinante para la atribución del resultado. **NOTA DE RELATORIA:** Consultar sentencia de 4 de diciembre de 2006, exp. 13168.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE 1991 DECRETO LEY 2700 - ARTICULO 414 / LEY 270 DE 1996

PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Medida de aseguramiento revocada y preclusión de la investigación / PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Título de imputación objetivo. Aplicación de los supuestos previstos en artículo 414 del Decreto 2700 de 1991. Código de Procedimiento Penal / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Configuración

Considerando que la Fiscalía General Delegada revocó la medida de aseguramiento dictada contra los demandantes, y precluyó la instrucción, con fundamento en que las pruebas resultaban endebles para, con base en ellas, proferir acusación en contra de los sindicatos -determinación que fue confirmada en vía de consulta por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional, el 26 de julio de 1995-, es imperioso para la Sala ultimar que el título de imputación del daño es el objetivo, de acuerdo con la disposición citada, pues se configuró una de las causales allí previstas para acudir a ese régimen. En efecto, acreditada la restricción a la libertad del actor –durante 322 días-, es preciso concluir, a partir de la preclusión de la investigación –proferida con fundamento en que los indicios que sustentaron la medida de aseguramiento fueron desvirtuados-, que no existía idoneidad del acervo probatorio para ofrecer suficientes motivos de credibilidad sobre la responsabilidad de los acusados, y se torna inequívoca e ineludible la aplicación de la consecuencia jurídica a dicho supuesto -el de la privación injusta de la libertad-, toda vez que fue el legislador, quien inspirado en principios tutelares de una visión política de Estado, tales como la justicia, la libertad, la locomoción, entre otros, dispuso en desarrollo de la soberanía legislativa, que frente a la materialización de cualquiera de esas hipótesis normativas –dispuestas en el art. 414 del CPP.-, se habría de calificar la privación de la libertad como injusta, consagrando, en consecuencia, una responsabilidad objetiva para aquellos eventos. Por lo expuesto, con la prueba de las resoluciones proferidas por los

fiscales encargados de la instrucción, es preciso imputar el daño antijurídico al Estado, ya que en los términos del art. 414 ibídem, basta la comprobación de que la absolución o su equivalente fue decretada: i) bien, porque la persona no cometió el ilícito; ii) el hecho no constituía conducta punible –esto es, era atípico–; o iii) porque el hecho delictivo investigado no existió, para que se derive de manera automática la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, en virtud del título objetivo contenido en la citada disposición, siempre y cuando no exista una causa extraña comprobada que imposibilite la imputación. (...) para la estructuración de las hipótesis establecidas en la norma aludida, no se requiere de la constatación de un error judicial, sino, simplemente, del acaecimiento de cualquiera de los supuestos sin referencia alguna al contenido de la providencia judicial que impuso la medida de aseguramiento. Se trata por lo tanto de la obligación objetiva establecida en la ley de reparar el perjuicio causado a la persona que fue privada de la libertad con fundamento en una providencia legal y, en principio, ajustada al ordenamiento jurídico, y sin embargo se precluye la investigación, cesa el procedimiento, o se absuelve en la sentencia. **NOTA DE RELATORIA:** Acerca del contenido y alcance del artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, Decreto 2700 de 1991, consultar sentencia de noviembre 17 de 1995, exp. 10056.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL - ARTICULO 414

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Privación de la libertad / DECRETO LEY 2700 DE 1991 - No se aplica de manera ultractiva esta norma sino de los supuestos del artículo 414 / REGIMEN DE RESPONSABILIDAD OBJETIVO - Absolución del sindicado porque no cometió el hecho punible: falta de prueba

La Sala no avala una aplicación ultractiva del citado precepto legal (art. 414) que se encuentra derogado, sino de los supuestos que se regulaban de manera específica en el mismo. No quiere significar, entonces, que la Corporación esté modificando los efectos en el tiempo de una norma que se encuentra claramente abrogada. No obstante, en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, por ser una institución donde rige el principio iura novit curia, es posible que el juez adopte o acoja supuestos de responsabilidad objetiva o subjetiva, lo cual dependerá del fundamento en que se soporte la misma. Es decir, cuando se absuelve al sindicado o al procesado porque el hecho no existió, el investigado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, el régimen de responsabilidad es el objetivo y, por consiguiente, no será determinante a la hora de establecer la responsabilidad de la entidad demandada si actuó o no de manera diligente o cuidadosa. Lo anterior, lejos de suponer una aplicación ultractiva del derogado artículo 414 del decreto ley 2700 de 1991, implica el reconocimiento de que en esos supuestos resulta injustificado imponer al administrado la carga de acreditar que la administración pública incurrió en una falla del servicio. Por el contrario, la fuerza y contundencia de los motivos que generan la absolución en este tipo de circunstancias (el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o el hecho no constituía conducta punible), refuerza la idea de que bajo esas premisas impera un esquema objetivo de responsabilidad en el que la autoridad judicial que impuso la medida de aseguramiento no puede exonerarse del deber de reparar con la acreditación de que su comportamiento fue diligente o cuidadoso. En este orden de ideas, se insiste, es evidente la existencia de un daño antijurídico que el demandante no tenía la obligación de soportar, pues no existía razón alguna para la limitación de los derechos que le fueron afectados. Se concluye, entonces, que la preclusión de la investigación en favor del señor Carlos Andrés Pérez Berrío, es suficiente y torna en inequívoca la aplicación de la

consecuencia jurídica de la privación injusta de la libertad, consagrada en el artículo 414 del C.P.P. de 1991.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL - ARTICULO 414

PERJUICIO MORAL - Se presume en los grados de parentesco cercanos. Reiteración jurisprudencial / PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Constitución del perjuicio moral vía presunción de aflicción / ACREDITACION DE CONYUGE DE LA VICTIMA - Registro civil de matrimonio / ACREDITACION DE CONYUGE DE LA VICTIMA - Existencia de diversos instrumentos probatorios. Indicio de la relación existente

La Sala de manera reiterada ha señalado que este tipo de daño se presume en los grados de parentesco cercanos, puesto que la familia constituye el eje central de la sociedad en los términos definidos en el artículo 42 de la Carta Política. De allí que, el juez no puede desconocer la regla de la experiencia que señala que el núcleo familiar cercano se aflige o acongoja con los daños irrogados a uno de sus miembros, lo cual es constitutivo de un perjuicio moral. En ese orden de ideas, habrá lugar a reconocer, vía presunción de aflicción, perjuicios morales a favor de los demandantes que hayan acreditado el parentesco o un vínculo afectivo con el injustamente privado de la libertad. En dicho sentido, se debe destacar que en los Registros Civiles de Nacimiento de Carlos Andrés, Fanny, Miryam, Euclides y José Guillermo Pérez Berrío, se pudo constatar que figuran como sus padres el señor Guillermo Pérez y la señora Genoveva Berrío, con lo cual la legitimación en la causa, tanto del actor como de sus padres y hermanos, se da por acreditada. No obstante, no ocurre lo mismo frente a la señora María Idalides González López, de quien se aseguró es la cónyuge del señor Andrés Pérez Berrío, lo cual sería configurativo de la presunción de aflicción. Aún así, la Sala evidencia que al proceso no se aportó la prueba idónea para acreditar dicha calidad, es decir, el registro civil de matrimonio, por lo cual no es posible su reconocimiento como tal. Sin embargo, en el asunto sub examine resulta incuestionable que existen diversos instrumentos probatorios que conducen de manera indefectible e inexorable a tener como víctima a María Idalides González López; en efecto, los poderes otorgados desde el Consulado de Colombia en Ginebra, así como el documento del Alto Comisionado para los Refugiados de la ONU, suscrito por la Directora del C.P.R –Comité Pro Refugiados-, no sólo comprueban que la señora González López se exilió en Suiza junto con Andrés Pérez Berrío, sino que además constituye un indicio de la relación existente entre los dos demandantes. **NOTA DE RELATORIA:** En relación con la presunción de dolor en familiares cercanos del entorno familiar, consultar sentencias de: 15 de octubre de 2008, exp. 18586; 13 de agosto de 2008, exp. 17042 y de 1º de octubre de 2008, exp. 27268.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 42

FAMILIA - Noción. Definición. Concepto / FAMILIA - Constitución / FAMILIA - Tipos. Biológica y de crianza

La Sala ha razonado a fortiori para denegar perjuicios morales a favor de padres biológicos quienes lejos de proporcionar afecto, cariño y solidaridad para con sus hijos, ven en la producción del daño una fuente de recursos económicos a favor de su patrimonio. (...) la Corte Constitucional ha aceptado la existencia de dos tipos de familias en Colombia: i) la biológica y ii) la de crianza, sin embargo, lo cierto es que esa institución no se desarrolla por el vínculo netamente genético o reproductivo, sino que, a contrario sensu, su fundamentación reside en la noción

de “amor” y su manifestación de solidaridad y afecto (philia). En otros términos, según lo precisa la Carta Política en el artículo 42, la familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos (v.gr. el matrimonio o la unión marital de hecho), pero lo cierto es que su fundamentación filosófica reside en la solidaridad que se profesan los miembros y los integrantes de ese núcleo. Por lo tanto, es una estructura social que se constituye a partir de un proceso que genera vínculos de consanguinidad o afinidad entre sus miembros. Por lo tanto, si bien la familia puede surgir como un fenómeno natural producto de la decisión libre de dos personas, lo cierto es que son las manifestaciones de solidaridad, fraternidad, apoyo, cariño y amor, lo que la estructuran y le brindan cohesión a la institución. Como se aprecia, la familia es el eje central o estructural de la sociedad, la cual debe ser protegida por el Estado; aunado a lo anterior, el matrimonio y la familia son instituciones sociales diferentes que si bien están relacionadas son disímiles. En efecto, el matrimonio es una de las formas jurídicas –por intermedio de la celebración de un negocio jurídico– por medio de las cuales los contratantes conforman de manera libre, voluntaria y consensual una familia, sin que la única forma de constituirla sea el vínculo jurídico referido. **NOTA DE RELATORIA:** Consultar sentencia de 4 de diciembre de 2007, exp. 17918

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 42

LA FAMILIA NO SE CONFORMA SOLAMENTE POR VINCULOS NATURALES O JURIDICOS - Se extiende a los lazos de amor, solidaridad y convivencia entre los padres e hijos de crianza y a las parejas del mismo sexo / FAMILIA - Podrá estar conformada por padres e hijos de crianza / FAMILIA - Podrá estar conformada por parejas del mismo sexo

La interpretación literal del artículo 42 de la Constitución Política ha sido articulada con otras disposiciones superiores, como la contenida en el artículo 13, para determinar que en materia legal existe un déficit de protección en relación con los derechos de las parejas del mismo sexo, ya que de esas uniones también resulta predicable la posibilidad de conformar una familia (...) hay que superar los atavismos que hacen nugatorio el derecho de las personas de cualquier clase, raza, orientación sexual, etc., a conformar de manera libre y autónoma familia, para dar paso a una protección efectiva y garantista que respete los derechos de las personas en un verdadero y real plano de igualdad, es decir, la posibilidad de constituir una familia con el ser que se quiere con el fin de proteger a los hijos biológicos, adoptados o de crianza, en un panorama de solidaridad y apoyo mutuo permanente. (...) la familia podrá estar constituida –a modo simplemente ilustrativo– por un padre y una hija, o por una madre soltera con su respectivo primogénito, o por la tradicional decisión libre y voluntaria entre un hombre y una mujer de hacer vida conyugal, o por la decisión libre y voluntaria de dos personas del mismo sexo que se profesan amor y desean realizar vida conyugal. Por lo tanto, la Constitución de 1991 lejos de establecer o fijar una sola concepción de familia, avaló con apoyo en los principios de igualdad y de libre desarrollo de la personalidad, la posibilidad de configuración de distintos tipos y clases de familia, todas ellas merecedoras de la protección estatal del artículo 42 superior. **NOTA DE RELATORIA:** Consultar Corte Constitucional, sentencia C-577, MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 2 de septiembre de 2009, exp. 17997 y sentencia de 13 de junio de 2013, exp. 26800

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 13 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 13

PERJUICIOS MORALES - Presunción de aflicción a quien invoque la condición de familiar, consanguíneo, afín, por adopción o de crianza y lo acredite en el proceso / PERJUICIOS MORALES - Reconocimiento vía presunción de aflicción. Acreditación de tercero afectado

En lo que respecta a la institución de familia biológica no existe dificultad en cuanto a su naturaleza y desarrollo, y en lo que concierne a la de crianza, la jurisprudencia contencioso administrativa ha decantado con suficiencia, su naturaleza, evolución y comprensión. (...) tratándose de perjuicios morales será viable que quien invoque la condición de familiar (consanguíneo, afín, por adopción o de crianza) –del núcleo cercano y en los grados que han sido objeto de presunción por esta Corporación– y lo acredite en el proceso a través de los diversos medios de convicción será beneficiario de la presunción de aflicción que opera para los grados cercanos de parentesco, sin que le sea exigible la acreditación de tercero afectado, es decir, la prueba directa de la congoja y del sufrimiento. En otros términos, si en el proceso se prueba la condición de familiar de la víctima directa, los demandantes serán beneficiarios de la misma presunción que opera para aquellos que con el registro civil demostraron el parentesco. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre hijos de crianza consultar Corte Constitucional; sentencias T-495 y T-952 de 1997. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 2 de septiembre de 2009, exp. 17997 y sentencia de 26 de marzo de 2008, exp. 18846

PERJUICIO MORAL - Privación injusta de la libertad. Presunción de dolor. Máximas de la experiencia / LIQUIDACION DE PERJUICIOS MORALES - Inaplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980 / TASACION DEL PERJUICIO MORAL - Hecha por el juzgado según su prudente juicio. Aplicación del arbitrio juris / TASACION DEL PERJUICIO MORAL - Se ha sugerido la imposición de cien salarios mínimos legales mensuales en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado. Pauta jurisprudencial

se reconocerán este tipo de perjuicios para todos los demandantes, previa aclaración de que conforme a lo expresado en sentencia del 6 de septiembre de 2001, se ha abandonado 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 perjuicio moral, y ha considerado que la valoración del mismo debe ser hecha por el juzgador, en cada caso, según su prudente juicio y con apoyo en el arbitrio juris, y ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado. Según lo ha reiterado la jurisprudencia del Consejo de Estado, en casos de privación injusta de la libertad y con apoyo en las máximas de la experiencia hay lugar a inferir que esa situación genera dolor moral, angustia y aflicción a las personas que por esas circunstancias hubieren visto afectada o limitada su libertad; en esa línea de pensamiento, se debe considerar que ese dolor moral también se genera en sus seres queridos más cercanos, tal como la Sala lo ha reconocido en diferentes oportunidades, al tiempo que se ha precisado que según las aludidas reglas de la experiencia, el dolor de los padres es, cuando menos, tan grande como el del hijo que fue privado injustamente de su libertad, cuestión que cabe predicar por igual en relación con el cónyuge, compañera o compañero permanente o los hijos de quien debió soportar directamente la afectación injusta de su derecho fundamental a la libertad.”

FUENTE FORMAL: CODIGO PENAL DE 1980 - ARTICULO 106

TASACION DEL PERJUICIO MORAL - Improcedencia de aplicar el test de proporcionalidad / TASACION DEL PERJUICIO MORAL - Aplicación del arbitrio juris. Reiteración jurisprudencial / ACREDITACION DEL PERJUICIO MORAL - Presunción de aflicción / ACREDITACION DEL PERJUICIO MORAL - Prueba de relación de consanguinidad entre la víctima, padres y hermanos

La Subsección aprovecha esta oportunidad para reiterar la jurisprudencia – acogida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de la Sala Plena de la Sección Tercera y la posición mayoritaria de la Subsección C– sobre la materia, según la cual el daño moral al hacer referencia a la órbita interna del sujeto, no puede ser tasado a partir de criterios objetivos o tablas de punto, razón por la que para su liquidación se ha optado por la aplicación del arbitrio juris, postulado que se integra a la nomoárquica jurídica, y que, lejos de reflejar parámetros de arbitrariedad, su existencia y validez normativa encuentra fundamento en la sana crítica y en la reglas de la experiencia de las que se vale legítimamente el operador judicial para reconocer vía compensación una afectación a un bien tan personalísimo como las lesiones a la esfera u órbita interna y afectiva de la persona. Comoquiera que en el sub judice la demandada no desvirtuó la presunción de aflicción, habrá que decretar el perjuicio solicitado, según el arbitrio judicial, para lo cual es imprescindible tener en cuenta la prueba de la relación de consanguinidad, entre la víctima, sus padres y sus hermanos. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre la improcedencia de aplicar el test de proporcionalidad en la tasación de los perjuicios morales, consultar sentencias de: 1º de febrero de 2012, exp. 20106; 14 de marzo de 2012, exp. 21859; 5 de julio de 2012, exp. 21928; 19 de noviembre de 2012, exp. 24260; 24 de abril de 2013, exp. 26195 y de 8 de mayo de 2013, exp. 26754.

NOTA DE RELATORIA: Con aclaración de voto de la doctora Olga Mélidad Valle de De la Hoz

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de julio de dos mil trece (2013)

Radicación número: 05001-23-31-000-1997-01368-01(27289)

Actor: ANDRES PEREZ BERRIO

Demandado: NACION - FISCALIA GENERAL DE LA NACION

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

Resuelve la Sala de Subsección C, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en el proceso de la referencia, por disposición de la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación, de conformidad con lo consignado en el acta No. 010 aprobada en sesión del 25 de abril de 2013, que ordenó dar prelación a los procesos en donde se demandara al Estado por los daños ocasionados por la administración de justicia.

En la providencia objeto de apelación, proferida por la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia, el 31 de octubre de 2003, se decidió lo siguiente:

“1. Niéganse las pretensiones de la demanda.

2. Declarar la legitimación en la causa por pasiva a favor de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

3. No hay lugar a condena en costas”.

I. ANTECEDENTES

1. En escrito presentado el 30 de mayo de 1997, los señores: Andrés Pérez Berrío, María Idalides González López, Herneys Pérez Altamiranda, Guillermo Pérez Gulfo, Genoveva Berrío Guerrero, Fanny, Myriam, Euclides y José Guillermo Pérez Berrío, por intermedio de apoderado judicial, interpusieron demanda en ejercicio de la acción de reparación directa para que se declare patrimonialmente responsable a la Nación-Fiscalía General de la Nación-, de los perjuicios que les fueron causados con motivo de la privación injusta de la libertad de que fuera objeto su esposo, padre, hijo y hermano, Andrés Pérez Berrío, durante el período comprendido entre el 18 de julio de 1994 y el 5 de junio de 1995.

En consecuencia, solicitaron las siguientes declaraciones y condenas:

“(…) PERJUICIOS CAUSADOS A CARLOS ANDRÉS PÉREZ BERRÍO

PERJUICIOS MATERIALES.-

A. DAÑO EMERGENTE

PASADO.

El señor PÉREZ BERRÍO a raíz de su detención tuvo que contratar los servicios profesionales de un abogado que asumiera su defensa dentro del proceso penal que en su contra ventilaba la Fiscalía General de la Nación; honorarios profesionales pactados en la suma de TRES MILLONES DE PESOS (\$3.000.000.00).

(...) el señor Carlos Andrés Pérez Berrío y su familia tuvo que abandonar nuestro país, ya que fue sometido a una ostigante [sic] persecución:

Estuvo primero en Ecuador, país en el que durante su estadia se gastó aproximadamente TREINTA MILLONES DE PESOS M/CTE (\$30.000.000).

En este orden, del peculio de mi poderdante han salido como consecuencia de las injustas imputaciones lanzadas por la Fiscalía General de la Nación aproximadamente la suma de **TREINTA Y TRES MILLONES DE PESOS M/CTE (\$33.000.000)**.

FUTURO.-

Empero, por informes de inteligencia de nuestro hermano país se tuvo conocimiento que la vida del señor Carlos Andrés Pérez Berrío y su familia corría peligro también allí; razón por la cual, se trasladó a Suiza, en donde se encuentra como refugiado político.

Por normas internacionales, la ayuda que está recibiendo el señor Pérez Berrío en el momento en que se solucione su problema y pueda trabajar debe cancelar todos y cada uno de los montos a él "prestados"; monto que a la fecha de presentación de este escrito asciende, aproximadamente, a la suma de **DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS M/CTE (\$200.000.000)**.

B. LUCRO CESANTE

PASADO:

CARLOS ANDRÉS dejó de percibir mensualmente, durante el tiempo de su reclusión, la suma de UN MILLÓN CIENTO OCHENTA Y CUATRO MIL PESOS M/CTE (\$1.184.406), suma percibida como Alcalde Municipal de Chigorodó; cargo en el cual se desempeñó desde el primero (1) de junio de mil novecientos noventa y dos hasta la fecha de su detención; de donde la Fiscalía General de la Nación adeuda al demandante por este concepto, a título de lucro cesante, la suma de **DIEZ Y SEIS MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y UN MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y CUATRO PESOS M/CTE (\$16.581.684.00)**, por salarios, vacaciones proporcionales, prima de servicio y cesantías por el tiempo de reclusión.

FUTURO

El señor Pérez Berrío con la temeraria imputación que se le hizo, así como con la arbitraria detención a la que fue sometido tuvo que abandonar la zona, y por ende su trabajo, perdiendo la asignación salarial, las cesantías, los intereses a las cesantías, las primas de

servicio y las vacaciones a las que laboralmente hubiera tenido derecho en caso de seguir al servicio del Municipio de Chigorodó. Perjuicio éste [sic] que debe ser asumido por la entidad causante del daño, no por la víctima. Para la cuantificación de este perjuicio debemos tener en cuenta la fecha del retiro, el vencimiento del período de alcalde popular 92-94 y el salario mensual sufragado por el Municipio. De donde podemos afirmar que los perjuicios causados por este concepto ascienden, aproximadamente, a la suma de **NUEVE MILLONES DE PESOS M/CTE (\$9.000.000)**.

Por su exilio, la sociedad "DEPÓSITO COSMODROGAS LTDA" se disolvió, dejando de percibir el señor Carlos Andrés Berrío por tal motivo un monto aproximado de QUINIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$500.000), mensuales; la razón por la cual la entidad demandada adeuda por este concepto una suma aproximada a los **CIENTO OCHENTA MILLONES DE PESOS M/CTE (\$180.000.000)**, monto cuantificado teniendo presente la vida probable del señor Pérez Berrío y el monto devengado.

PERJUICIOS MORALES

(...)

Por la gravedad de éstos [sic] perjuicios solicito a esta H. entidad se digne condenar al máximo legal, esto es **MIL GRAMOS ORO**.

II. PERJUICIOS CAUSADOS A LA FAMILIA PÉREZ BERRÍO

A. PERJUICIOS MORALES

(...).

Por la gravedad de éstos [sic] perjuicios solicito a esta H. entidad se digne condenar al ente investigador, para cada uno de mis poderdantes, al máximo legal autorizado para estos perjuicios, esto es **MIL GRAMOS ORO**.

III. PERJUICIOS CAUSADOS A MARÍA IDALIDES GONZÁLEZ

(...).

Por la gravedad de éstos [sic] perjuicios solicitó a esta H. entidad se digne condenar al ente investigador, para cada uno de mis poderdantes, al máximo legal autorizado para estos perjuicios, esto es **MIL GRAMOS ORO (...)**" (Negrillas de la Sala).

2. Como fundamento de las pretensiones, en la demanda se narraron los siguientes hechos:

2.1. Con ocasión del homicidio de Gabriel Ortega Orozco, precandidato a la Alcaldía de Chigorodó – Antioquia, ocurrido el 20 de mayo de 1994, la Dirección

Nacional de Fiscalías asumió la investigación previa a través de la Comisión Especial del Cuerpo Técnico de Investigaciones.

2.2. Cuatro días después del homicidio la Comisión Especial del CTI rindió el primer informe ante la Fiscalía Especial Delegada de Urabá, el cual se fundamentó en las declaraciones de dos testigos de oídas y una carta suscrita por un grupo denominado "Hijos del Pueblo", que a lo sumo acreditan el peligro que corría el precandidato Ortega Orozco y la grave situación de orden público para la época.

2.3. El 10 de junio de 1994, vencido el término concedido para la investigación previa a cargo de la Comisión Especial del CTI, la Dirección Regional de Fiscalías ordenó la remisión de lo adelantado al Fiscal Coordinador de la Unidad Especializada de Diligencias Previas de la Regional de Medellín. Una vez avocado el conocimiento de las diligencias, la Unidad Tercera ordenó la práctica de numerosas pruebas a través de la Comisión Especial de Fiscalía Delegada para Urabá.

2.4. No obstante, la prueba testimonial decretada se practicó de forma irregular, comoquiera que en la formulación del cuestionario se utilizaron preguntas sugestivas, capciosas y que, en general, ejercieron violencia sobre el testigo, conductas taxativamente prohibidas por el C. de P.P. Además, la información aportada por los testigos carecía de la suficiente contundencia, como para permitirse derivar indicios graves en contra de Carlos Andrés Pérez Berrío.

2.5. El 17 de julio de 1994, en razón de la gestión adelantada por la Comisión Especial de Fiscalía Delegada para Urabá, se ordenó vincular a la investigación a un grupo de personas, entre las que se relacionó a Carlos Andrés Pérez Berrío - que para entonces fungía como Burgomaestre del Municipio-, y también de algunos de sus colaboradores, ordenándose sus capturas y la práctica de las respectivas indagatorias.

En auto de la misma fecha se decretó el allanamiento y registro de la Alcaldía Municipal de Chigorodó, así como de las viviendas de los llamados a indagatoria, es decir, aquellos a quienes se les impartió la orden de captura.

En consecuencia, el señor Carlos Andrés Pérez Berrío fue privado de su libertad el 18 de julio de 1994, día en que también se practicaron los allanamientos decretados.

2.6. Posteriormente, mediante auto del 22 de julio siguiente, la Fiscalía Regional de Medellín facultó al funcionario comisionado para, si era del caso, resolver la situación jurídica de las personas vinculadas, capturadas e indagadas.

Así las cosas, en providencia del 11 de agosto de la misma anualidad, habiendo determinado que el móvil del crimen fue de índole político, la Comisión Especial de la Fiscalía Delegada de Urabá le impuso medida de aseguramiento a los indagados, consistente en detención preventiva -sin beneficio de excarcelación-, fundamentando la decisión en la presencia de pruebas que vinculaban directamente a algunos de ellos con el homicidio de Gabriel Ortega Orozco.

No obstante, durante los meses que se adelantó la investigación ninguna prueba logró comprometer la responsabilidad penal de los implicados, lo que demuestra el apresuramiento con el que la administración adoptó la decisión de privar de su libertad a un grupo de personas inocentes.

La irracional medida preventiva, además, fue recurrida oportunamente por la defensa del señor Pérez Berrío, esgrimiendo la ausencia de indicios graves en las pruebas anunciadas, circunstancia que hacía improcedente e injusta la privación de su libertad, pero los argumentos fueron desestimados inexplicablemente mediante providencia del 20 de enero de 1995.

2.7 Mediante Resolución del 10 de marzo de 1995, se declaró cerrada la investigación, providencia que fue notificada el 15 de los mismos mes y año. Posteriormente, el 2 de junio siguiente se precluyó el procedimiento seguido en contra de **Carlos Andrés Pérez Berrío**, Manuel Hernández López, Héctor Emilio Rivas Cuesta, Julio Enrique Cavadia Mestra, Roberto Manuel Regino Romero, Eugenio Cuadrado, Carlos Alberto Garces Rojas, Mario Urrego González, Cipriano Antonio Ruíz Quiroz, Melquisedec Bellojin Espitia y William de Jesús Vargas Úsuga, por no encontrarse demostrada su autoría o participación en el hecho, providencia que fue confirmada por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional, que corroboró la falta de convicción e idoneidad de las pruebas para acreditar la responsabilidad penal de los detenidos.

3. En auto del 28 de julio de 1997 -previo a resolver la admisión de la demanda-, el *a-quo* advirtió que el poder otorgado por Herneys Pérez Altamiranda al ser menor de edad, no era posible su comparecencia autónoma al proceso sino que debía acudir a través de su representante legal, razón por la cual condicionó la admisión de la demanda, en lo que a él respecta, al adecuado otorgamiento de poder para su representación.

De igual manera, llamó la atención sobre la necesidad de abonar la firma del Cónsul de Colombia en Berna –trámite que, conforme a los artículos 65 y 259 del C. de P.C., corresponde al Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia-, defecto que se evidenció en los poderes conferidos por Andrés Pérez Berrío y su esposa, María Idalides González López -residentes en Suiza-.

En consecuencia, el 13 de agosto de 1997 –durante el término de traslado-, el apoderado de la parte demandante allegó memorial acompañado de los respectivos poderes con la firma del Cónsul abonada debidamente por el Ministerio de Relaciones Exteriores, dando así cumplimiento al requisito exigido.

No obstante, nada se dijo respecto a la falencia del otorgamiento de poder en representación legal de Herneys Pérez Altamiranda para adecuar su comparecencia al proceso, por lo cual, mediante auto del 1 de septiembre de 1997, el *a-quo* decidió el rechazo de la demanda promovida por el menor.

De otro lado, en el mismo proveído, admitió la demanda instaurada por Andrés Pérez Berrío, María Idalides González López, Guillermo Pérez Gulfo, Genoveva Berrío Guerrero, Fanny, Myriam, Euclides y José Guillermo Pérez Berrío. Así mismo, reconoció personería al apoderado para representar a los demandantes, y ordenó la fijación en lista, que se efectuó entre el 3 y 16 de marzo de 1999.

4. En escrito de contestación, el apoderado de la parte accionada aseguró desconocer los hechos de la demanda, no solicitó ninguna prueba y se acogió a lo que se lograra demostrar en el proceso.

Para oponerse a las pretensiones, argumentó que la pretendida falla en la administración de justicia no se presentó, toda vez que, conforme al conjunto normativo que regula el funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación, la

entidad actuó en el marco constitucional y legal de sus funciones y con la observación del debido proceso y los derechos y garantías del procesado.

Por otro lado, también aseveró que la medida de aseguramiento adoptada en contra de Carlos Andrés Pérez Berrío cumplió con los presupuestos jurídicos exigidos, pues en verdad se erigieron indicios graves en su contra, nexos que hacían probable su responsabilidad y, por ende, la medida de aseguramiento en su contra constituía una carga que estaba obligado a soportar.

Adujo entonces como excepción la falta de imputación por inexistencia de nexo causal ya que, afirmó, no se puede determinar injusta la privación de la libertad con simple fundamentó en la preclusión de la investigación que le dio origen, comoquiera que los indicios justificaban la carga que en virtud de su gravedad el ciudadano debía soportar.

Adicionalmente, propuso como segunda excepción la indebida representación de la parte demandada, toda vez que -aunque con autonomía administrativa y presupuestal-, se trata de una entidad que forma parte de la Rama Judicial, lo que -en desarrollo de lo dispuesto por el Estatuto Orgánico de Presupuesto-, deposita en cabeza de su superior jerárquico la representación de la Nación únicamente en los procesos en que se cuestione su función administrativa. Por otro lado, en consonancia con lo anterior, el numeral 8 del artículo 99 de la Ley 270 de 1996 -Estatutaria de la Administración de Justicia-, otorga facultad al Director Ejecutivo de la Administración Judicial para la representación de la Rama Judicial –entendida dentro de ella la Fiscalía General de la Nación-, en los procesos en que se controvierta el ejercicio de su función jurisdiccional, de allí que, en este caso, se debió demandar a la Nación a través de la Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial.

Por lo demás, propuso la excepción genérica derivada de lo que resultase probado en el proceso.

5. Mediante proveído del 15 de marzo de 2000, se decretaron como pruebas -solicitadas por la parte demandante-, los exhortos a la Fiscalía General de la Nación, a la Superintendencia Bancaria y al Estado Suizo, pero se denegó la práctica de los testimonios deprecados -por no reunir los requisitos exigidos-, así como el dictamen pericial, en atención a su inocuidad. El 11 de marzo de 2003 el

a-quo celebró la audiencia de conciliación, que fracasó por ausencia de fórmula de arreglo -al no asistirle ánimo a la parte demandada-, por lo cual se ordenó el traslado para alegar de conclusión.

6. El apoderado de la parte demandante presentó sus conclusiones oportunamente, argumentando que las pruebas aportadas, además de ser suficientes para acreditar los hechos, no fueron controvertidas y que tal como lo señaló en la contestación, la parte demandada decidió atenerse a lo probado en el proceso.

Paralelamente, señaló que las consecuencia de la privación injusta de la libertad a la que se vio sometido el actor y su familia -la persecución política, la separación de su trabajo, el desarraigo de sus actividades económicas, el exilio y demás perjuicios que se les causaron, fueron y son hechos de público conocimiento, así como la falta de idoneidad e insuficiencia del sustento probatorio con base en el cual se le prolongó la medida de aseguramiento durante 11 meses, y que sólo cesó muy tarde, cuando la única manera de corregir el evidente yerro fue precluir la investigación, cuando el daño que no estaban obligados a soportar ya se había causado con la irregular actuación de parte de la Fiscalía General de la Nación.

La parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

En sentencia del 31 de octubre de 2003, el *a-quo* negó las pretensiones de la demanda en consideración a que, de conformidad con la legislación vigente al momento de los hechos y de la valoración probatoria, se logró acreditar que el Fiscal encargado de la instrucción del proceso obró de conformidad a la ley y con observancia del debido proceso, sin que pueda llegarse a afirmar que su conducta fue caprichosa o arbitraria.

En efecto, el requisito -contenido en la legislación de entonces-, para imponer la medida de aseguramiento de detención preventiva, era la presencia de por lo menos un indicio grave y, teniendo en cuenta que los indicios no son más que inferencias lógicas, es particularmente lógico que, si bien, es cierto que el criterio puede variar de un individuo a otro, dependiendo del valor probatorio que se le

asigne a cada prueba -sin perjuicio de la responsabilidad penal y disciplinaria que implique cada decisión-, también lo es que el legislador quiso respaldar la autonomía y la sana crítica del fiscal encargado de la decisión. Aseguró que -en palabras de la Corte Constitucional-, lo que se debe admitir que ocurrió fue “...una simple equivocación o desacierto derivado de la libre interpretación jurídica de la que es titular todo administrador de justicia...”, con riguroso fundamento en indicios graves –agregó-, de lo cual no es posible derivar la comisión del pretendido error jurisdiccional.

Así las cosas, insistió en que la actuación del ente acusador no fue desproporcionada; por el contrario, la misma obedeció a criterios razonados conforme a derecho y, por tanto, la investigación y consecuente medida preventiva en contra de Carlos Andrés Pérez Berrío no es más que una carga que, en su condición de ciudadano, estaba en la obligación de soportar. Es decir, sintetizó, la sola preclusión de la investigación no es razón suficiente para conceder la indemnización.

Finalmente, previo a negar las pretensiones de la demanda, inhibió prosperidad a la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, indicando que por disposición de la Ley 446 de 1998 y Decreto 2699 de 1991, el Fiscal General de la Nación, como primera autoridad del ente acusador, es quien tiene la facultad de delegar en el Jefe de la Oficina Jurídica la representación legal en los procesos contencioso administrativos.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Una vez advertido por el apoderado de la parte demandante, el secretario del Tribunal Administrativo de Antioquia –mediante constancia secretarial del 21 de enero de 2004-, dispuso la debida notificación de la sentencia, pues en el edicto expedido inicialmente para ello -de manera involuntaria-, se omitió su fecha de fijación y desfijación. Una vez corregido el yerro y notificada la sentencia en debida forma, oportunamente la parte demandante interpuso y sustentó recurso de apelación contra la anterior providencia.

Expuso que el argumento del *a-quo* para denegar las pretensiones, además de fuera de contexto, desconoció los principios de igualdad y de dignidad.

Explicó que la injusta medida que privó de la libertad a Carlos Andrés Pérez Berrío, y las consecuencias que a partir de allí tuvieron que afrontar él y su familia –tales como la pérdida del empleo e ingresos de las actividades económicas familiares, el desarraigo de la patria y los seres queridos, y el despojo de la paz y la tranquilidad familiar e individual-, no son simples inconvenientes que se tengan que soportar en el curso de una investigación y/o proceso penal.

Adujo que se desconocieron instituciones judiciales como la responsabilidad objetiva de la Administración, que permite la reparación equitativa en razón a la imposición ilegítima de cargas derivadas del ejercicio de los poderes estatales y –agregó-, para ello basta la demostración de la antijuridicidad del daño imputable al Estado, como sucedió en el presente caso.

Así mismo, consideró que el juzgador confundió la falla del servicio con el daño antijurídico, pues para que éste se presente no es necesario que aquella se configure. Es decir –afirmó-, a pesar de la diligencia de los funcionarios judiciales, la indemnización del daño sufrido se justifica en la ausencia de obligación del administrado de soportar su irrogación. Adujo que, en todo caso, también se logró demostrar la falla del servicio a partir de la ausencia de hechos indicativos serios –tal como se admitió en la misma resolución de preclusión-, que permitieran la construcción de un indicio grave para justificar la imposición de la medida de aseguramiento, así como también lo sostuvo el Ministerio Público.

La impugnación se concedió el 10 de febrero de 2004 y fue admitida el 24 de junio siguiente.

Durante el traslado común a las partes para presentar alegatos de conclusión, el apoderado de la parte demandada argumentó que, de la simple lectura de la demanda -teniendo en cuenta que fue formulada en contra de “la Fiscalía General de la Nación”-, se puede concluir que la Nación colombiana no fue demandada, y que el ente acusador –aún a través de su representante legal-, habida cuenta de carecer de personería jurídica, no tenía capacidad para ser parte en el proceso, con lo cual concluyó la inexistencia de la parte demandada, excepción previa que

–enfaticó-, de conformidad con el artículo 164 del Código Contencioso Administrativo, el *ad-quem* debe resolver.

Como argumento de fondo, expuso que la naturaleza y la obligación legal del ente acusador se armoniza con el artículo 28 de la Constitución Política, que sujeta la posibilidad de restringir la libertad de los ciudadanos al cumplimiento de las formalidades legales previamente establecidas y a la mediación de los mandatos escritos de la autoridad judicial competente.

En este sentido, expuso que el régimen de procedimiento penal de la época se refería por lo menos a un indicio grave de responsabilidad en contra del inculpado, como requisito para proferir la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva de la libertad lo que, en consecuencia, habida cuenta del fuerte indicio que comprometía la responsabilidad de Carlos Andrés Pérez Berrío en la investigación, permitió implementar la medida pertinente en su contra, obedeciendo a los criterios del contexto.

Insistió en que, tratándose de una medida constitucional, no se puede pensar la detención preventiva bajo los parámetros de la responsabilidad objetiva, sino que su estudio se debe abordar a partir de los postulados de la falla en el servicio, para lo cual las circunstancias especiales en que se produce la detención están llamadas a determinar si la medida es justa o no.

Por lo demás, reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Las demás partes guardaron silencio.

IV. CONSIDERACIONES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por las partes, contra la sentencia del 31 de octubre de 2003, proferida por la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia, a través del siguiente derrotero: 1) Valor Probatorio de artículos publicados en prensa, 2) Valor Probatorio de las copias simples, 3) Excepciones propuestas, 4) Hechos probados, 5) análisis probatorio y conclusiones y 6) Perjuicios.

1. Valor Probatorio de Artículos Publicados en la prensa

La Sala advierte, respecto a los recortes de periódico obrantes a folios 290 a 292, 294 a 299 y 312 del cuaderno No. 1, que no serán abstraídos para su apreciación, ya que si bien por sí solos no revisten valor de plena prueba y la noticia de la que dan cuenta es objeto de análisis, en conjunto, conexidad y consecuencia, con los demás medios aportados, pueden ser valorados como recientemente sostuvo esta Corporación:

“(…) Debido a que para este caso definir el alcance de una publicación de prensa representa la esencia a fin de establecer la posible configuración de la causal de pérdida de investidura alegada, la Sala comienza por este análisis.

Conforme el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil y a lo que ha sostenido la doctrina procesal, la publicación periodística que realice cualquiera de los medios de comunicación puede ser considerada prueba documental¹. Sin embargo, en principio solo representa valor secundario de acreditación del hecho en tanto por sí sola, únicamente demuestra el registro mediático de los hechos. Carece de la entidad suficiente para probar en sí misma la existencia y veracidad de la situación que narra y/o describe. Su eficacia como plena prueba depende de su conexidad y su coincidencia con otros elementos probatorios que obren en el expediente. Por tanto, individual e independientemente considerada no puede constituir el único sustento de la decisión del juez.²

En la jurisprudencia de esta Corporación existen precedentes que concuerdan con esta posición. Se ha estimado que las publicaciones periodísticas “...son indicadores sólo de la percepción del hecho por parte de la persona que escribió la noticia”, y que si bien “...son susceptibles de ser apreciadas como medio probatorio, en cuanto a la existencia de la noticia y de su inserción en medio representativo

(¹) Esta Corporación ha reiterado que los artículos publicados en la prensa escrita pueden apreciarse por el juez como prueba documental solo para tener “(…) certeza sobre la existencia de la información, pero no de la veracidad de su contenido”. Sobre el mérito probatorio de las publicaciones de prensa como prueba en los procesos se encuentran también las siguientes providencias: sentencia de 27 de junio de 1996, rad. 9255, C. P. Carlos A. Orjuela G.; sentencia de 15 de junio de 2000, exp. 13.338, C. P. Ricardo Hoyos Duque; sentencia de 10 de noviembre de 2000, rad. 18298, actor: Renata María Guadalupe Lozano, C. P. Ricardo Hoyos Duque, y sentencia del 16 de enero de 2001, aad. ACU-1753, C. P. Reinaldo Chavarro; sentencia de 25 de enero de 2001, rad. 3122, C. P. Alberto Arango Mantilla; sentencia de 6 de junio de 2002, rad. 739-01, C. P. Alberto Arango Mantilla.

(²) En sentencias de 15 de junio de 2000 y de 25 de enero de 2001, al igual que en auto de noviembre diez de 2000, según raditaciones 13338, 11413 y 8298, respectivamente, el Consejo de Estado, Sección Tercera, expuso una tesis según la cual una versión periodística aportada al proceso sólo prueba que la noticia apareció publicada en el respectivo medio de comunicación.

*(periódico, televisión, Internet, etc.) no dan fe de la veracidad y certidumbre de la información que contienen*³.

Lo anterior equivale a que cualquier género periodístico que relate un hecho (reportajes, noticias, crónicas, etc.), en el campo probatorio puede servir solo como indicador para el juez, quien a partir de ello, en concurrencia con otras pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, podría llegar a constatar la certeza de los hechos.

Consecuentemente, a las noticias o informaciones que obtengan los medios de comunicación y que publiquen como reportaje de una declaración, no pueden considerarse por sí solas con el carácter de testimonio sobre la materia que es motivo del respectivo proceso.

En relación con este último punto el Consejo de Estado ha indicado que *"...las informaciones publicadas en diarios no pueden considerarse dentro de un proceso como prueba testimonial porque carecen de los requisitos esenciales que identifican este medio de prueba, en particular porque no son suministradas ante un funcionario judicial, no son rendidos bajo la solemnidad del juramento, ni el comunicador da cuenta de la razón de la ciencia de su dicho..."* por cuanto es sabido que el periodista *"...tiene el derecho de reservarse sus fuentes."*⁴

En este sentido, ha sostenido que las declaraciones que terceros hacen a los medios de comunicación *"...tan sólo constituyen evidencia de la existencia de la información (...) por lo que no ostentan valor probatorio eficaz merced a que se limitan a dar cuenta de la existencia de la afirmación del tercero, pero las afirmaciones allí expresadas deben ser ratificadas ante el juez, con el cumplimiento de los demás requisitos para que puedan ser apreciadas como prueba testimonial..."*⁵.

Lo anterior, debido a que en sí mismas las publicaciones periodísticas representan *"...la versión de quien escribe, que a su vez la recibió de otro desconocido para el proceso"*, condición que no permite otorgarles valor de plena prueba debido a que *"...son precisamente meras opiniones..."*⁶.

5.- Del caso concreto

En el *sub examine*, la periodista autora del artículo *"El ventilador apagado de Tapia"*, explicó en su declaración que su contenido se funda en varias fuentes a las que tuvo acceso, las cuales se abstiene de revelar porque gozan de protección de la reserva.

³) Sentencia de 6 de junio de 2007, expediente AP-00029, M. P. María Elena Giraldo Gómez. Sección Tercera.

⁴ Sentencia de 15 de junio de 2000, expediente 13338, M. P. Ricardo Hoyos Duque. Sección Tercera.

⁵ Sentencia del 2 de marzo de 2006, expediente 16587, CP. Ruth Stella Correa Palacio. Sección Tercera.

⁶Sentencia del 15 de junio de 2000, expediente 13338, CP. Ricardo Hoyos Duque. Sección Tercera.

A partir de lo obrante en el proceso, y de la síntesis jurisprudencial efectuada sobre el mérito probatorio de las publicaciones periodísticas, la Sala concluye que el cargo de tráfico de influencias que en el presente evento la demanda plantea, el cual, como único soporte probatorio parte de un artículo periodístico, que además solo se allegó válidamente al proceso tras su decreto de oficio en el auto de pruebas y no con la demanda, carece de la suficiencia probatoria de constituir acreditación sobre la imputación atribuida a los demandados y, que por tanto, no alcanza a conferir la convicción que se requiere para poder dar por configurada la conducta prohibida que se les reprocha.

A las voces del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, plenamente aplicable a este proceso de naturaleza sancionatoria, la carga de la prueba sobre la estructuración de la causal que se les atribuye a los demandados: tráfico de influencias debidamente comprobado, recae en el demandante que es quien la alega. Y en este caso, comoquiera que el artículo periodístico es el único soporte de la aseveración, se quedó aislado sin conexidad ni correspondencia con ningún otro elemento probatorio que lo fortalezca y lo consolide (...)”⁷.

2. El valor probatorio de las copias simples

Advierte la Sala que, en lo referente a los documentos aportados y solicitados como prueba en la demanda, si bien, es cierto que el *a-quo* no observó irregularidades que impidieran su incorporación al proceso y decretó su práctica en oportunidad, también lo es que no calificó ni se pronunció respecto al cumplimiento de las disposiciones del legislador -en lo atinente a las reglas de traslado-, en especial lo concerniente a las copias del proceso de instrucción adelantado por funcionarios delegados de la Fiscalía General de la Nación, con ocasión del homicidio de Gabriel Ortega Orozco, constituyen una circunstancia que, *prima facie*, haría invalorable estos medios de convicción. No obstante, de conformidad con los lineamientos legales y jurisprudenciales recientes de la Subsección, se reconocerá valor a estos documentos, porque:

i) Fueron consentidos por la parte demandada y la Sección Tercera tiene establecido, en forma pacífica y reiterada, que en estos casos el aporte de documentos en copia simple que haga una entidad pública se tienen en el proceso como documentos auténticos, porque provienen de una autoridad estatal que les impregna esta condición y validez, por la sola circunstancia de haberlos aportado. No obstante, la misma regla aplica cuando la entidad pública, sin haberlos aportado, manifiesta que se acoge a los medios de prueba aportados por la otra

⁷ Sentencia del 29 de mayo de 2012, Exp. 2011-01378 CP. Dra. Susana Buitrago Valencia – Sala Plena Contenciosa

parte, o al contestar la demanda o en oportuna actuación procesal no enerva las herramientas jurídicas para cuestionarlos. Éste es el caso *sub iudice*, en que la copia de los documentos que pretenden aducirse como prueba están suscritos por la demandada y ésta, en su oportunidad de debatir la credibilidad de las mismas, omitió las formalidades de rigor y en cambio elaboró su defensa de fondo.

ii) Además, y sólo en gracia de discusión para este proceso, también se valorarán como auténticas las pruebas aportadas por el actor, porque frente a la demandada la Sala observa que los documentos han obrado en el expediente desde la misma demanda, ratificadas en el auto de pruebas y, por consiguiente, respecto de ellos se surtió el principio de contradicción.

En relación con las normas que regulan la materia, es preciso señalar que la regulación vigente es la contenida en los artículos 254 y 252 del C.P.C., normas cuyo sentido literal es el siguiente:

“ARTÍCULO 252. DOCUMENTO AUTÉNTICO. Artículo modificado por el artículo 26 de la Ley 794 de 2003. El nuevo texto es el siguiente: Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito o firmado. El documento público se presume auténtico, mientras no se compruebe lo contrario mediante tacha de falsedad.

“El documento privado es auténtico en los siguientes casos:

“1. Si ha sido reconocido ante el juez o notario, o si judicialmente se ordenó tenerlo por reconocido.

“2. Si fue inscrito en un registro público a petición de quien lo firmó.

“3. Si habiéndose aportado a un proceso y afirmado estar suscrito, o haber sido manuscrito por la parte contra quien se opone, ésta no lo tachó de falso oportunamente, o los sucesores del causante a quien se atribuye dejaren de hacer la manifestación contemplada en el inciso segundo del artículo 289.

Esta norma se aplicará también a las reproducciones mecánicas de la voz o de la imagen de la parte contra quien se aducen, afirmándose que corresponde a ella.

“4. Si fue reconocido implícitamente de conformidad con el artículo 276.

“5. Si se declaró auténtico en providencia judicial dictada en proceso anterior, con audiencia de la parte contra quien se opone en el nuevo proceso, o en la diligencia de reconocimiento de que trata el artículo 274.

“Se presumen auténticos los libros de comercio debidamente registrados y llevados en legal forma, el contenido y las firmas de pólizas de seguros y recibos de pago de sus primas, certificados, recibos, bonos y títulos de inversión en establecimientos de crédito y contratos de prenda con éstos, cartas de crédito, contratos de cuentas corrientes bancarias, extractos del movimiento de éstas y de cuentas

con aquellos establecimientos, recibos de consignación y comprobantes de créditos, de débitos y de entrega de chequeras, emitidos por los mismos establecimientos, y los títulos de acciones en sociedades comerciales y bonos emitidos por estas, títulos valores, certificados y títulos de almacenes generales de depósito, y demás documentos privados a los cuales la ley otorgue tal presunción.

“Inciso modificado por el artículo 11 de la Ley 1395 de 2010. El nuevo texto es el siguiente: En todos los procesos, los documentos privados manuscritos, firmados o elaborados por las partes, presentados en original o en copia para ser incorporados a un expediente judicial con fines probatorios, se presumirán auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación. Esta presunción no aplicará a los documentos emanados de terceros de naturaleza dispositiva.

“Se presumen auténticos todos los documentos que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 488, cuando de ellos se pretenda derivar título ejecutivo.

“Los memoriales presentados para que formen parte del expediente se presumirán auténticos salvo aquellos que impliquen o comporten disposición del derecho en litigio y los poderes otorgados a apoderados judiciales que, en todo caso, requerirán de presentación personal o autenticación.” (Negrillas y subrayado adicionales).

“.....
.....

“ARTÍCULO 254. VALOR PROBATORIO DE LAS COPIAS. Artículo modificado por el artículo 1, numeral 117 del Decreto 2282 de 1989. El nuevo texto es el siguiente: Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, en los siguientes casos:

- “1. Cuando hayan sido autorizadas por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez, donde se encuentre el original o una copia autenticada.
- “2. Cuando sean autenticadas por notario, previo cotejo con el original o la copia autenticada que se le presente.
- “3. Cuando sean compulsadas del original o de copia autenticada en el curso de inspección judicial, salvo que la ley disponga otra cosa.” (Negrillas del original).

Como se aprecia, las disposiciones contenidas en los artículos 252 y 254 del C.P.C., resultan aplicables a los procesos de naturaleza contencioso administrativa en curso, de conformidad con la regla de integración, normativa contenida en el artículo 267 del C.C.A.

De otro lado, es necesario destacar la modificación introducida por el artículo 11 de la ley 1395 de 2010, que modificó el inciso cuarto del artículo 252 del C.P.C., para señalar que los documentos privados elaborados o suscritos por las partes,

incorporados al proceso en original o copia se presumen auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación, salvo los que provienen de terceros que revisten la condición de dispositivos.

No obstante, con la promulgación de la ley 1437 de 2011 –nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo– se profirió una disposición aplicable a los asuntos de conocimiento de esta jurisdicción, precepto cuyo contenido y alcance era el siguiente:

“ARTÍCULO 215. VALOR PROBATORIO DE LAS COPIAS. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que las copias tendrán el mismo valor del original cuando no hayan sido tachadas de falsas, para cuyo efecto se seguirá el trámite dispuesto en el Código de Procedimiento Civil.

“La regla prevista en el inciso anterior no se aplicará cuando se trate de títulos ejecutivos, caso en el cual los documentos que los contengan deberán cumplir los requisitos exigidos en la ley.”

De allí que la citada disposición resultaba aplicable a los procesos contencioso administrativos que estuvieran amparados por la regla de transición contenida en el artículo 308 de la misma ley 1437 de 2011⁸.

Lo relevante del artículo 215 de la ley 1437 de 2011 –C.P.A.C.A.– era que incorporaba o concentraba la regulación legal del valor probatorio de las copias en una sola disposición, que no se prestaba para interpretaciones o hermenéuticas en relación, bien con la clase o naturaleza del documento –público o privado–, así como tampoco con su autor, signatario o suscriptor –las partes o terceros–.

En esa lógica, la normativa mencionada constituía un régimen de avanzada en el que el principio de buena fe contenido en el texto constitucional (artículo 83) y desarrollado ampliamente en el Código Civil –en sus vertientes objetiva y subjetiva– se garantizaba plenamente, toda vez que correspondía a las partes o sujetos procesales tachar de falsas las copias que, en su criterio, no

⁸ “ARTÍCULO 308. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN Y VIGENCIA. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.

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

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

correspondían con el original y, por lo tanto, dar paso al incidente de tacha de falsedad del respectivo documento.

Es así como, con el artículo 215 de la ley 1437 de 2011, se permitía que las partes aportaran los documentos que tenían en su poder en copia, sin importar que los mismos fueran elaborados por aquéllas, por terceros o inclusive que provinieran de una autoridad administrativa o judicial. Era el reconocimiento pleno del principio de confianza que debe imperar en toda sociedad moderna, siempre y cuando se otorguen las herramientas para surtir de manera efectiva el derecho de contradicción.

En esa línea de pensamiento, las regulaciones contenidas en las leyes 1395 de 2010 y 1437 de 2011, eran el reflejo de una concepción del proceso más moderna, alejada de los ritualismos y formalismos que tanto daño le han hecho a la administración de justicia, puesto que atentan contra los principios de celeridad y eficacia.

La confianza, en el sentido filosófico y sociológico, ha sido delimitada en los siguientes términos:

“La confianza, en el más amplio sentido de la fe en las expectativas de uno, es un hecho básico de la vida social. Por supuesto que en muchas situaciones, el hombre puede en ciertos aspectos decidir si otorga confianza o no. Pero una completa ausencia de confianza le impediría incluso levantarse en la mañana. Sería víctima de un sentido vago de miedo y temores paralizantes. Incluso no sería capaz de formular una desconfianza definitiva y hacer de ello un fundamento para medidas preventivas, ya que esto presupondría confianza en otras direcciones. Cualquier cosa y todo sería posible. Tal confrontación abrupta con la complejidad del mundo al grado máximo es más de lo que soporta el ser humano.

“Este punto de partida puede considerarse como referencia, como una afirmación incontrovertiblemente verdadera. Cada día ponemos nuestra confianza en la *naturaleza* del mundo, que de hecho es evidente por sí misma, y en la naturaleza humana. **En este nivel que es el más básico, la confianza (*Zutrauen*) es un rasgo natural del mundo, parte integral de los límites dentro de los cuales vivimos nuestras vidas cotidianas, aunque no es un componente intencional (y, por lo tanto, variable) de la experiencia.**

“En segundo lugar, la necesidad de confianza puede considerarse como el punto de partida correcto y apropiado para la derivación de reglas para la conducta apropiada. Si el caos y el temor paralizante son las únicas alternativas para la confianza, hay que

concluir que el hombre por naturaleza tiene que otorgar confianza, aun cuando esto no se haga ciegamente y sólo en ciertas direcciones. Por medio de este método uno llega a las máximas éticas o a la ley natural...⁹ (Negrillas del original).

En efecto, los lineamientos procesales modernos tienden a valorar la conducta de los sujetos procesales en aras de ponderar su actitud y, de manera especial, la buena fe y lealtad con que se obra a lo largo de las diferentes etapas que integran el procedimiento judicial¹⁰. Sobre la valoración de la conducta procesal de las partes, la doctrina ha señalado lo siguiente:

“(..). Los sujetos procesales pueden asumir, según sea la ocasión, papeles principales –actores, demandados, terceristas- o eventuales – terceros con interés jurídico relevante- que les otorgan facultades, deberes y cargas.

Los modos en que ejecutan esas conductas no resultan irrelevantes para la suerte de sus pretensiones individuales y la finalidad del proceso judicial.

Las leyes de procedimiento contienen normas particulares que, de ordinario, prevén las consecuencias del incumplimiento de las conductas esperadas, pero también normas más amplias y abarcadoras, llamadas principios, que permiten extraer las consecuencias de aquellas que aluden los principios, los contradicen abiertamente o, por el contrario –por qué no-, los respetan.

Con esto queremos decir que la conducta desarrollada por quienes se ven involucrados en un pleito puede y debe ser valorada por el juez, tanto positiva como negativamente.

También, que el espacio-tiempo a considerar es el que va desde la interposición de la demanda hasta el dictado de la sentencia. No es posible, sin lesionar la unidad del proceso, separarlo a estos efectos en etapas inconexas entre sí.

El principio de adquisición procesal, si bien adquiere su máxima utilidad en materia probatoria, es plenamente operativo a partir del primer acto introductorio de la instancia.

En lo que toca al actor, su conducta se dejará ver en los términos de la demanda, en la claridad de su pretensión, en el cumplimiento de las formas iniciales, en su esfuerzo por cumplir con las notificaciones de manera real y eficaz, en la coherencia de sus actos durante todo el juicio que ha decidido llevar adelante.

Durante el periodo de prueba, las reglas estáticas le imponen cierta actividad ineludible. Pero sin duda, una “actitud” de aportación –o

⁹ LUHMANN, Niklas “Confianza”, Ed. Anthropos, Ciudad de México, 2005, Pág. 5 y 6.

¹⁰ Consejo de Estado - Sección Tercera, sentencia de 27 de agosto de 2008, Exp. No. 25.276 C.P. Enrique Gil Botero.

facilitación- de pruebas cuya carga correspondería, según la clásica división de los hechos, al demandado, habla en favor del respeto por su parte al principio de colaboración.

Contrariamente, una posición de excesiva pasividad en circunstancias de prueba difícil, por ejemplo, podría ser considerada negligencia, y poner en marcha alguna de las reglas dinámicas de la carga.

Asimismo y dependiendo de las particularidades del caso, el pedido de clausura del término probatorio con aprovechamiento de la imposibilidad material de producir la prueba dentro de los exiguos plazos que otorga la ley, en comparación con las atestadas agendas judiciales –una verdadera situación de fuerza mayor procesal-, podría estar indicando una especie de ejercicio abusivo de un derecho, por anti funcional y violatorio de los principios de buena fe, lealtad y economía.

El demandado, esa parte que viene el juicio por exclusiva voluntad del actor, puede optar por asumir distintas conductas que serán causa de otros tantos efectos.

Ese amplio espectro de actitudes posibles conforma lo que se denomina en forma genérica el derecho de reacción o de defensa en juicio.

Durante su ejercicio, se encontrará también con cargas, deberes y facultades susceptibles de ser cumplidos –aún estratégicamente- dentro de los carriles de los principios finalistas del proceso o deslizándose fuera de ellos”. (...) ¹¹

En el caso sub examine, por ejemplo, la parte demandada pudo controvertir y tachar la prueba documental que fue aportada con la demanda, circunstancia que no acaeció, tanto así que los argumentos expuestos para oponerse a las pretensiones, no se relacionan con el grado de validez de las pruebas que integran el plenario, sino con aspectos sustanciales de fondo que tienen que ver con la imputación del daño y con las condiciones para atribuir la eventual responsabilidad al Estado por su falla en el servicio.

No obstante el análisis anterior, con la expedición de la ley 1564 de 2012 –nuevo Código General del Proceso– corregido mediante el Decreto 1736 de 2012, se derogó expresamente el inciso primero del artículo 215 de la ley 1437 de 2011, C.P.A.C.A.

En efecto, el artículo 16 del Decreto 1736, estableció:

¹¹ Miryam T. Balestro Faure. *La valoración Judicial de la Conducta en Juicio*. En: Valoración Judicial de la Conducta Procesal de Jorge W. Peyrano. Ed. Rubinzal – Culzoni. Pags. 25 a 44.

“ARTÍCULO DÉCIMO SEXTO. Corrijase el literal a) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012, el cual quedará así:

"Artículo 626.

“A partir de la promulgación de esta ley quedan derogados: artículos 126, 128, la expresión "y a recibir declaración a los testigos indicados por los solicitantes" del 129, 130, 133, la expresión "practicadas las diligencias indicadas en el artículo 130" del 134, las expresiones "y no hubiere por este tiempo de practicar las diligencias de que habla el artículo 130" y "sin tales formalidades" del 136 y 202 del Código Civil; artículos 9º y 21 del Decreto 2651 de 1991; los artículos 8º inciso 2º parte final, 209 A y 209 B de la Ley 270 de 1996; el artículo 148 de la Ley 446 de 1998; 211 y 544 del Código de Procedimiento Civil; el numeral 1 del artículo 19 y la expresión "por sorteo público" del artículo 67 inciso 1º de la Ley 1116 de 2006; el inciso 2º del artículo 40 de la Ley 1258 de 2008; la expresión "que requerirá presentación personal" del artículo 71, **el inciso 1º del artículo 215** y el inciso 2º del artículo 309 de la Ley 1437 de 2011; la expresión "No se requerirá actuar por intermedio de abogado" del artículo 58 numeral 4, el literal e) del numeral 5 del artículo 58 y el numeral 8 del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011; el artículo 34 del Decreto-ley 19 de 2012; y, cualquier norma que sea contraria a las que entran en vigencia a partir de la promulgación de esta ley.,

“(…)”

Así las cosas, al haber derogado el Código General del Proceso C.G.P., la disposición contenida en la ley 1437 de 2011, resulta incuestionable que las normas para la valoración de las copias son las contenidas en los artículos 252 y 254 del C.P.C., preceptos que mantienen vigencia, ya que sólo la perderán a partir del 1º de enero de 2014, según lo dispuesto en el artículo 627 de la codificación general citada¹².

¹² **“Artículo 627. Vigencia.**

“La vigencia de las disposiciones establecidas en esta ley se regirá por las siguientes reglas:

“1. [Corregido por el art. 18, Decreto Nacional 1736 de 2012](#). Los artículos 24, 30 numeral 8 y párrafo, 31 numeral 2, 33 numeral 2, 206, 467, 610 a 627 entrarán a regir a partir de la promulgación de esta ley.

“2. La prórroga del plazo de duración del proceso prevista en el artículo 121 de este código, será aplicable, por decisión de juez o magistrado, a los procesos en curso, al momento de promulgarse esta ley.

“3. El Consejo Superior de la Judicatura dispondrá lo necesario para que los expedientes de procesos o asuntos en los que no se haya producido actuación alguna en los últimos dos (2) años anteriores a la promulgación de este código, no sean registrados dentro del inventario de procesos en trámite. En consecuencia, estos procesos o asuntos no podrán, en ningún caso, ser considerados para efectos de análisis de carga de trabajo, o congestión judicial.

“4. Los artículos 17 numeral 1, 18 numeral 1, 20 numeral 1, 25, 30 numeral 8 y párrafo, 31 numeral 6 y párrafo, 32 numeral 5 y párrafo, 94, 95, 317, 351, 398, 487 párrafo, 531 a 576 y 590 entrarán a regir a partir del primero (1º) de octubre de dos mil doce (2012).

“5. A partir del primero (1º) de julio de dos mil trece (2013) corresponderá a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura la expedición de las licencias provisionales y temporales previstas en el Decreto 196 de 1971, así como la aprobación para la constitución de consultorios jurídicos prevista en el artículo 30 de dicho Decreto.

Las reglas relativas a la valoración de las copias, que podrán entrar en vigencia el 1º de enero de 2014, según lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 627 del C.G.P., son las siguientes:

“Artículo 243. Distintas clases de documentos.

“Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, mensajes de datos, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, videograbaciones, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares.

“Los documentos son públicos o privados. Documento público es el otorgado por el funcionario público en ejercicio de sus funciones o con su intervención. Así mismo, es público el documento otorgado por un particular en ejercicio de funciones públicas o con su intervención. Cuando consiste en un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario, es instrumento público; cuando es autorizado por un notario o quien haga sus veces y ha sido incorporado en el respectivo protocolo, se denomina escritura pública.

“Artículo 244. Documento auténtico.

“Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento.

“Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso.

“También se presumirán auténticos los memoriales presentados para que formen parte del expediente, incluidas las demandas, sus contestaciones, los que impliquen disposición del derecho en litigio y los poderes en caso de sustitución.

“Así mismo se presumen auténticos todos los documentos que reúnan los requisitos para ser título ejecutivo.

“La parte que aporte al proceso un documento, en original o en copia, reconoce con ello su autenticidad y no podrá impugnarlo,

“6. Los demás artículos de la presente ley entrarán en vigencia a partir del primero (1º) de enero de dos mil catorce (2014), en forma gradual, en la medida en que se hayan ejecutado los programas de formación de funcionarios y empleados y se disponga de la infraestructura física y tecnológica, del número de despachos judiciales requeridos al día, y de los demás elementos necesarios para el funcionamiento del proceso oral y por audiencias, según lo determine el Consejo Superior de la Judicatura, y en un plazo máximo de tres (3) años, al final del cual esta ley entrará en vigencia en todos los distritos judiciales del país.

excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad. Los documentos en forma de mensaje de datos se presumen auténticos.

“Lo dispuesto en este artículo se aplica en todos los procesos y en todas las jurisdicciones.

“Artículo 245. Aportación de documentos.

Los documentos se aportarán al proceso en original o en copia.

“Las partes deberán aportar el original del documento cuando estuviere en su poder, salvo causa justificada. Cuando se allegue copia, el aportante deberá indicar en dónde se encuentra el original, si tuviere conocimiento de ello.

“Artículo 246. Valor probatorio de las copias.

“Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia.

“Sin perjuicio de la presunción de autenticidad, la parte contra quien se aduzca copia de un documento podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de este con una copia expedida con anterioridad a aquella. El cotejo se efectuará mediante exhibición dentro de la audiencia correspondiente.

“(...)” (Negrillas y subrayado del original).

Así las cosas, cuando entre en vigencia el acápite correspondiente a la prueba documental, contenida en el C.G.P., se avanzará de manera significativa en la presunción de autenticidad de los documentos, lo que es reflejo del principio de buena fe constitucional; lo anterior, toda vez que de los artículos 243 a 245 del C.G.P., se pueden extraer algunas conclusiones: i) los documentos públicos o privados, emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, se presumen auténticos, ii) es posible que las partes los tachen de falsos o los desconozcan, lo que originará que se surta el respectivo trámite de la tacha, iii) los documentos se pueden aportar al proceso en original o en copia, iv) las copias, por regla general, tendrán el mismo valor probatorio que el documento original, salvo disposición especial en contrario, v) cuando se aporta un documento en copia, corresponde a la parte que lo allega indicar –si lo conoce– el lugar donde reposa el original para efectos de realizar el respectivo cotejo, de ser necesario, y vi) las partes pueden solicitar el cotejo de los documentos aportados en copias.

Por consiguiente, el legislador ha efectuado un constructo que busca superar la rigidez y la inflexibilidad de un sistema procesal basado en los formalismos, que

distancia a las partes en el proceso, crea costos para los sujetos procesales y, en términos de la teoría económica del derecho, desencadena unas externalidades que inciden de manera negativa en la eficiencia, eficacia y la celeridad de los trámites judiciales.

Ahora bien, una vez efectuado el recorrido normativo sobre la validez de las copias en el proceso, la Sala insiste en que –a la fecha– las disposiciones que regulan la materia son las contenidas en los artículos 252 y 254 del C.P.C., ya que la ley 1395 fue derogada, razón por la cual deviene inexorable que se analice el contenido y alcance de esos preceptos a la luz del artículo 83 de la Constitución Política y los principios contenidos en la ley 270 de 1996 –estatutaria de la administración de justicia–¹³.

Como ya se dijo, en el caso sub examine, la entidad demandada pudo controvertir y tachar la prueba documental que fue aportada por los demandantes y, especialmente, la copias simples en comento, sin embargo, su validez no fue objeto de cuestionamiento alguno y, por el contrario, hizo uso contundente de las mismas para la construcción de la defensa, de allí que se colija su complicidad para la práctica de las pruebas rogadas por la parte demandante.

Por lo tanto, la Sala en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal, reconocerá valor a la prueba documental que ha obrado a lo largo del proceso que, surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su autenticidad por las entidades demandadas, cuando por el contrario gozó de su aquiescencia para el respectivo análisis.

El anterior paradigma, como se señaló, fue recogido por las leyes 1395 de 2010, 1437 de 2011, y 1564 de 2012, lo que significa que el espíritu del legislador, sin anfibología, es modificar el modelo que ha imperado desde la expedición de los Decretos leyes 1400 y 2019 de 1970.

En otros términos, a la luz de la Constitución Política abstenerse de adoptar una decisión de fondo en un proceso en el cual los documentos en copia simple aportados por las partes han obrado a lo largo de la actuación, implicaría afectar –de modo significativo e injustificado– el principio de la prevalencia del derecho

¹³ Consejo de Estado - Sección Tercera, ibídem.

sustancial sobre el formal, así como el acceso efectivo a la administración de justicia (arts. 228 y 229 C.P.).

Lo anterior no significa que se estén aplicando normas derogadas (ultractividad) o cuya vigencia se encuentra diferida en el tiempo (retroactividad), simplemente se quiere reconocer que el modelo hermenéutico de las normas procesales ha sufrido cambios significativos que permiten al juez tener mayor dinamismo en la valoración de las pruebas que integran el acervo probatorio, para lo cual puede valorar documentos que se encuentran en copia simple y frente a los cuales las partes han guardado silencio, por cuanto han sido ellas mismas las que con su silencio, así como con la referencia a esos documentos en los actos procesales (v.gr. alegatos, recursos, etc.) los convalidan, razón por la que, mal haría el juzgador en desconocer los principios de buena fe y de lealtad que han imperado en el trámite, con el fin de adoptar una decisión que no refleje la justicia material en el caso concreto o no consulte los postulados de eficacia y celeridad.

De allí que, no puede el juez actuar con obstinación frente a los nuevos lineamientos del derecho procesal o adjetivo, en los que se privilegia la confianza y la lealtad de las partes, razón por la cual esa es la hermenéutica que esta Subsección ha favorecido en pluralidad de decisiones, entre ellas vale la pena citar in extenso:

“(…) Ahora, la Sala observa que con la demanda la parte actora aportó en copia simple un documento que contiene la valoración de los daños ocasionados por la toma guerrillera al corregimiento de Tres Esquinas, realizado por el Comité Técnico para la Valoración de Daños, el cual fue suscrito por el Alcalde Municipal, el Secretario de Planeación, el Presidente de la Cruz Roja, el Secretario de Obras Públicas y el Promotor Comunitario. En dicho documento se incluyó el listado de las personas afectadas y el presupuesto establecido por el comité para el resarcimiento de los daños, correspondiéndole a la señora Gloria Orjuela de Lozano la suma de \$55'000.000, con la constancia de que *“el Comité Local de Emergencias del Municipio de Cunday, unánimemente da por aceptado los valores presentados por el Comité Técnico de Valoración para los fines pertinentes”* (fls. 12 a 14 c. 1).

En principio dicho documento carecería de valor probatorio al obrar en copia simple tal como la Sala lo ha explicado en numerosas providencias, comoquiera que no cumple con las reglas contenidas en el artículo 254 del C. de P.C., según las cuales los documentos públicos y privados aportados en fotocopia simple por personas que no los suscriben no pueden ser tenidos en cuenta, en consideración a que únicamente tienen valor probatorio aquellos aportados en original o en copia autorizada por notario, director de oficina administrativa o de policía, secretario de oficina judicial o autenticada por notario, previa

comparación con el original o con la copia autenticada que se le presente.

No obstante lo anterior, en este caso la Nación, al contestar la demanda admitió tenerlo como prueba y aceptó el hecho al que se refería dicho documento. Así se advierte del escrito presentado oportunamente por la Nación:

“Los hechos números 1-2-3-4-5-6-7 y 9 son ciertos de acuerdo a los documentos que se anexan, los hechos números 8-10-11 y 12 no me constan y por lo tanto me atengo a lo que legalmente resulte probado dentro del proceso.

(...).PRUEBAS.

Además de las solicitadas y aportadas con la demanda, muy respetuosamente me permito anexar fotocopia del informe 00711/030498 y sus anexos, por medio del cual se informó a la Dirección Operativa de la Policía Nacional, el hecho ocurrido el 21 de febrero de 1998 en la localidad de Tres Esquinas.

Así mismo me permito solicitar se decrete la siguiente prueba: (...).”

Y en la demanda, en el hecho 6, que fue aceptado como cierto por parte de la Nación, se narró lo siguiente:

“6. El 27 de febrero a las 9 A.M., según acta No. 006 se reúne nuevamente el CLE para escuchar el informe de los señores Jhon Jenry Morales y Ferney Figueroa G., destacándose en dicha acta que la pérdida de la vivienda de mi poderdante Gloria A. Orjuela de Lozano, asciende a cincuenta y cinco millones de pesos, después de haberse reajustado el precio inicial que daba cuenta de cincuenta millones de pesos”.

De conformidad con las manifestaciones de las partes, para la Sala dicho documento que obra en copia simple, tiene en esta oportunidad mérito para ser analizado y valorado, comoquiera que la parte demandada pidió tener esa copia como prueba y valorarla como tal; en otras palabras, la Nación no desconoció dicho documento ni lo tachó de falso, sino que conscientemente manifestó su intención de que el mismo fuese valorado dentro del proceso.

En consideración a lo anterior y a pesar de que no se cumplió con el requisito de autenticación de la copia previsto en el artículo 254 de la ley procesal civil, la Sala considera en esta oportunidad, en aras de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal y de la garantía del derecho de acceso a la justicia consagrado en los artículos 228 y 229 de la Constitución Política, que no pueden aplicarse las formas procesales con excesivo rigorismo y en forma restrictiva, con el fin de desconocer lo que las mismas partes no han hecho y ni siquiera han discutido durante el proceso, como lo es la autenticidad del documento aportado por la parte actora en copia simple, admitido como prueba por la Nación que, además,

aceptó el hecho aducido con el mismo en la contestación de la demanda.

Es dable precisar que la interpretación que hoy se efectúa no puede entenderse como la exoneración de la carga de cumplir con las reglas contenidas en la ley procesal civil frente a la aportación de copias de documentos que siguen vigentes y en pleno rigor. **Lo que sucede en esta ocasión ambas partes aceptaron que ese documento fuera apreciable y coincidieron en la valoración del mismo en forma recíproca no solo al momento de su aportación, sino durante el transcurso del debate procesal.**

Cabe agregar que la autenticación de las copias tiene por objeto que éstas puedan ser valoradas bajo el criterio de la sana crítica como si se tratara de documentos originales, de manera que frente a la parte contra quien se aducen, ese requisito tiene por finalidad garantizar su derecho de defensa, máxime cuando con tal prueba se pretende probar un hecho que en principio se aduce en su contra. Siendo esto así, cuando las partes de común acuerdo solicitan la apreciación y valoración de un documento aportado en copia simple, como en este caso, no sería dable soslayar ese interés para exigir el cumplimiento de una formalidad y las partes no podrían desconocer la decisión que con sustento en tal documento se adoptare por cuanto esa conducta atentaría contra el principio de la buena fe e implicaría atentar contra sus propios actos.

Frente a esto último resulta necesario recordar que en la contestación de la demanda la Nación, no solo aceptó el hecho que se pretendía probar con el documento aportado en copia simple, sino que además admitió a éste último como prueba, sin haber alegado en momento alguno que tal documento no se podía valorar, circunstancia que por demás, hubiere significado la trasgresión al principio constitucional de buena fe que protege la confianza que los particulares depositan al deber de coherencia en el actuar de quien tiene la carga de respetar y de someterse a una situación creada anteriormente por su propia conducta. En estos términos la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha pronunciado:

“En su aspecto subjetivo, la seguridad jurídica está relacionada con la buena fe, consagrada en el artículo 83 de la Constitución, a partir del principio de la confianza legítima. Este principio constitucional garantiza a las personas que ni el Estado, ni los particulares, van a sorprenderlos con actuaciones que, analizadas aisladamente tengan un fundamento jurídico, pero que al compararlas, resulten contradictorias. En estos casos, la actuación posterior es contraria al principio de la buena fe, pues resulta contraria a lo que razonablemente se puede esperar de las autoridades estatales, conforme a su comportamiento anterior frente a una misma situación. ()”¹⁴.

Al respecto cabe resaltar el siguiente texto doctrinal:

¹⁴ Sentencia C-836 que dictó la Corte Constitucional el 9 de agosto de 2001. Exp: D-3374. Actor: Carlos Alberto Maya Restrepo. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

“La conducta contradictoria es una contravención o una infracción del deber de buena fe. Ya antes hemos señalado que el hecho de que una persona trate, en una determinada situación jurídica, de obtener la victoria en un litigio, poniéndose en contradicción con su conducta anterior, constituye un proceder injusto y falto de lealtad. He aquí por donde la regla según la cual nadie puede ir contra sus propios actos, se anuda estrechamente con el principio de derecho que manda comportarse de buena fe en las relaciones jurídicas”

Cabe destacar igualmente el reciente pronunciamiento de la Sala en relación con el valor probatorio de las copias en similares eventos excepcionales:

“Cabe señalar que aunque esas pruebas obran en el expediente en copia simple y fueron aportadas por la parte demandante, las mismas pueden ser valoradas en este proceso, porque:

-La exigencia legal de los requisitos para que una copia simple tenga valor probatorio en un proceso fue declarada exequible por la Corte Constitucional al resolver la demanda presentada en contra del numeral 2 del artículo 254 y el numeral 3 del artículo 268, por considerar que esas disposiciones no quebrantan los artículos 83 y 228 de la Constitución que, respectivamente, consagran la presunción de buena fe de los particulares en todas las gestiones que éstos adelanten ante las autoridades públicas y el principio de la primacía del derecho sustancial: (...).

-No obstante, la Sala, sin desconocer las disposiciones que fueron declaradas exequibles, pero aplicando, entre otros, los principios de equidad y de buena fe y como protección al derecho de defensa, ha considerado que las copias simples de un documento tienen valor probatorio, cuando le resulte imposible a quien las aporte obtener la copia auténtica, porque la parte contra la que se aduce sea justamente quien conserve el original y se niegue a aportarlo al expediente, sin aducir una razón jurídica atendible (...).

-En esa misma providencia destacó la Sala, otros eventos en los cuales el ordenamiento jurídico le confiere valor probatorio a las copias simples: a) en el numeral 6 del artículo 133 del C. de P. Civil a propósito del trámite de reconstrucción por pérdida total o parcial de un expediente, se establece que si sólo concurriere a la audiencia que para el efecto se cita una de las partes o su apoderado, se declarará reconstruido el proceso con base en su exposición jurada y las demás pruebas que se aduzcan en aquélla, dentro de las cuales pueden ser aportadas copias simples de documentos que obraban en el proceso y que estuvieren en su poder; o b) en el artículo 274 ibídem, cuando una vez citado al autor del documento para su reconocimiento, se presenta renuencia por parte del mismo porque no concurre a la diligencia, o si a pesar de comparecer se niega a prestar juramento o a declarar, o da respuestas evasivas, en cuyos casos no obstante la amonestación del juez, se tendrá por surtido el reconocimiento, y así se declarará en nota puesta al pie del documento.

-Pero, además, se añade en esta oportunidad, que con fundamento en el artículo 255 del Código de Procedimiento Civil es posible, sin

contrariar lo dispuesto en los artículo 244 y 268 ibídem, conferir valor probatorio a las copias simples, **cuando la parte contra la cual se aducen conserva el original de las que se señala fueron reproducidas y puede por lo tanto, efectuar su cotejo y tacharlas de falsedad cuando no estén conformes, sin necesidad de que practique la inspección judicial de que trata la norma. (...).**

Sin embargo, resultaría superfluo que la misma parte que tiene bajo su guarda los documentos originales, de los cuales la parte contraria afirma haber obtenido las copias que aporta, solicite una inspección judicial para que se practique el cotejo, cuando esa misma parte puede practicar la confrontación sin intervención judicial y en caso de encontrar disconformidad, proponer la tacha de falsedad de que tratan los artículos 289 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. (...).

-Más evidente aún resulta la carencia de necesidad de que se autentiquen las copias simples aportadas en contra de quien tiene a su disposición los originales o copias auténticas anteriores, o de que éstas se cotejen en diligencia de inspección judicial, **en aquellos eventos en los que quien tiene bajo su guarda esos originales o copias auténticas y en contra de quien se aducen las copias simples, en vez de tachar éstas de falsedad, se remite a las mismas para fundamentar su defensa, con ese comportamiento procesal, ha de entenderse que la parte contra quien se aducen las copias ha verificado su autenticidad y las acepta como pruebas válidas del proceso.**

(...). Esa actuación de la parte contra la cual se aducen las copias debe ser valorada atendiendo el principio de lealtad procesal, que debe gobernar el comportamiento de las partes en toda la actividad procesal, principio que la Sala ha aplicado, por ejemplo, para flexibilizar las exigencias legales en relación con la prueba trasladada, por considerar que en los eventos en los cuales el traslado de las pruebas recaudadas dentro de otro proceso es solicitado por ambas partes, éstas pueden ser valoradas, aun cuando hayan sido practicadas sin citación o intervención de alguna de ellas en el proceso original y no hayan sido ratificadas en el proceso al cual se trasladan, considerando que, en tales eventos, resulta contrario a la lealtad procesal que una de las partes solicite que la prueba haga parte del acervo probatorio, bien sea por petición expresa o coadyuvancia pero que, en el evento de resultar desfavorable a sus intereses, invoque las formalidades legales para su inadmisión.

-Finalmente, que para la Sala no cabe duda de que las pruebas traídas por las partes en copia simple, pueden ser apreciadas sin limitación alguna en lo que le resulten desfavorables, en aplicación, igualmente, del principio de lealtad procesal. Por lo tanto, todas las consideraciones anteriores resultan relevantes pero cuando esas copias simples se aducen en contra de la otra parte, que, se reitera, tiene en su poder los originales en las que ellas reposan o las copias auténticas de los mismos". (...)"¹⁵⁻¹⁶ (negrillas fuera del texto).

¹⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 18 de enero de 2012. Rad. 1999-01250 C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹⁶ Ver entre otras, Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Rad. No. 1996-0142 y 1994-0845. C.P. Enrique Gil Botero.

Lo anterior, no quiere significar en modo alguno, que la Sala desconozca la existencia de procesos en los cuales, para su admisión y trámite, es totalmente pertinente el original o la copia auténtica del documento respectivo público o privado. En efecto, existirán escenarios –como los procesos ejecutivos– en los cuales será indispensable que el demandante aporte el título ejecutivo con los requisitos establecidos en la ley (v.gr. el original de la factura comercial, el original o la copia auténtica del acta de liquidación bilateral, el título valor, etc.). Por consiguiente, el criterio jurisprudencial que se prohija en esta providencia, está relacionado específicamente con los procesos ordinarios contencioso administrativos (objetivos o subjetivos) en los cuales las partes a lo largo de la actuación han aportado documentos en copia simple, sin que en ningún momento se haya llegado a su objeción en virtud de la tacha de falsedad (v.gr. contractuales, reparación directa, nulidad simple, nulidad y restablecimiento del derecho), salvo, se itera, que exista una disposición en contrario que haga exigible el requisito de las copias auténticas como por ejemplo el artículo 141 del C.C.A., norma reproducida en el artículo 167 de la ley 1437 de 2011 –nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo–.

No obstante, el legislador del año 2011, al reconocer la importancia de los principios constitucionales y la función que ejercen o cumplen en la armonización de los postulados legales del orden procesal, determinó en la nueva disposición del artículo 167 ibídem, que “no será necesario acompañar su copia [la de las normas de alcance no nacional], en el caso de que las normas de carácter local que se señalen como infringidas se encuentren en el sitio web de la respectiva entidad, circunstancia que deberá ser manifestada en la demanda con indicación del sitio de internet correspondiente.”

Como se aprecia, el derecho procesal moderno parte de la confianza que existe en la sociedad, se trata de una visión filosófica que encuentra su fundamento en la dimensión de la filosofía y sociología funcionalista, así como en la teoría de los sistemas sociales.

En otros términos, la hermenéutica contenida en esta sentencia privilegia –en los procesos ordinarios– la buena fe y el principio de confianza que debe existir entre

los sujetos procesales, máxime si uno de los extremos es la administración pública.

En otros términos, desconoce de manera flagrante los principios de confianza y buena fe el hecho de que las partes luego del trámite del proceso invoquen como justificación para la negativa de las pretensiones de la demanda o para impedir que prospere una excepción, el hecho de que el fundamento fáctico que las soporta se encuentra en copia simple. Este escenario, de ser avalado por el juez, sería recompensar una actitud desleal que privilegia la incertidumbre sobre la búsqueda de la certeza procesal. De modo que, a partir del artículo 228 de la Constitución Política el contenido y alcance de las normas formales y procesales – necesarias en cualquier ordenamiento jurídico para la operatividad y eficacia de las disposiciones de índole sustantivo– es preciso efectuarse de consuno con los principios constitucionales en los que, sin hesitación, se privilegia la materialización del derecho sustancial sobre el procesal, es decir, un derecho justo que se acopla y entra en permanente interacción con la realidad a través de vasos comunicantes¹⁷.

De allí que, el proceso contencioso administrativo y, por lo tanto, las diversas etapas que lo integran y que constituyen el procedimiento judicial litigioso no pueden ser ajenas al llamado de los principios constitucionales en los que se hace privilegiar la buena fe y la confianza. Esta circunstancia de la superación fáctica frente a lo normativo, fue puesta de presente por la teoría del método científico del

¹⁷ "Concierne por igual a los filósofos y a los juristas la cuestión de determinar los requisitos que un ordenamiento jurídico tiene que llenar para poder ser considerado como un "derecho justo" o, lo que es lo mismo conforme con la justicia en la medida de lo posible. Concierne esta cuestión a los filósofos, porque por lo menos desde Platón el tema de los contenidos de justicia y de la ordenación "justa" de la convivencia humana es uno de los problemas centrales de la ética. Y concierne a los juristas, porque, si bien es cierto que los juristas pueden limitarse a cumplir las normas de un concreto derecho positivo, o las decisiones judiciales que en ese derecho positivo sean vinculantes, no pueden evitar que se les coloque incesantemente ante el problema de saber si lo que hacen es o no "justo", sobre todo cuando las relaciones vitales cambian y los casos no se plantean ya de un modo igual. La perspectiva que en esta materia arroja más luz es, sin embargo, otra. De acuerdo con una larga tradición de la filosofía occidental, la tarea de los filósofos consiste en buscar la "unidad" que subyace bajo la multiplicidad de las normas y de las decisiones, en buscar dónde está la razón última de la validez. La tarea del jurista, en cambio, consiste en encontrar decisiones justas de casos concretos. De esto modo los unos apenas tienen noticia de lo que los otros hacen y ello es igualmente nocivo para ambos. Si los filósofos hubieran tenido en cuenta el material que los juristas han puesto a su disposición al reflexionar sobre puntos de vista que tienen que utilizar en la búsqueda de decisiones "justas", hubieran podido ofrecernos algo más que unas formulaciones de una indeterminación tan grande que no siempre sin razón se les reprocha ser poco más que simples "fórmulas vacías". Y si los juristas hubieran contemplado los puntos de vista que buscan y que utilizan, desde la perspectiva de una ética jurídica que vaya más allá de cada concreto derecho positivo, hubieran apreciado mejor y más conscientemente el "valor" de tales puntos de vista. Hace falta, pues, tender un puente..." LARENZ, Karl "Derecho Justo", Reimpresión, Ed. Civitas, Madrid, 1985, proemio.

derecho (antiformalista) de Francois Geny, quien con total claridad sobre la materia, puntualizó:

“Así considerado el problema, se reduce a los términos siguientes: la legislación, esté o no codificada, y entendiéndola en su sentido más amplio, esto es, tomándola como todo acto de la autoridad que tenga por fin dictar reglas jurídicas generales en forma de imposición obligatoria, ley propiamente dicha, decretos, reglamentos legalmente dictados, el *jus scriptum*, en una palabra, ¿puede, en nuestro estado social y constitucional ser suficiente para la revelación del derecho, permitiendo su completa aplicación, que hace completamente inútil para la práctica toda jurisprudencia positiva? ¿No descubrimos, por el contrario, en la naturaleza y en la acción de la ley, lagunas y limitaciones esenciales, que hagan necesarias otras fuentes de derecho, tal como la costumbre, o bien cuando menos la intervención de la libre investigación científica, dirigida a la elaboración del sistema jurídico, capaz de dar satisfacción a todas las necesidades de la vida social?

“Este campo de investigación que descubrimos parece poco explorado. Y esto, si no me equivoco, procede del que se hayan contentado fácilmente con el principio de omnipotencia legislativa. Se ha pensado indudablemente que este dogma constitucional excluía *a priori* toda idea de medida de la acción del poder en materia de revelación del derecho, y se ha considerado además que en nuestro estado político y social el legislador creía manifiestamente reservar para sí solo el monopolio de toda innovación jurídica”¹⁸.

Esta hermenéutica jurídica que permite la interacción permanente de los principios constitucionales con los aspectos legislativos, máxime si existen lagunas o puntos oscuros en el derecho, tales como saber si es posible a la luz de diáfanos y sistemáticas modificaciones normativas aplicar un sistema interpretativo en el que las copias simples tengan valor probatorio en los procesos ordinarios en materia contencioso administrativa, es lo que el neo iusnaturalismo, en cabeza de Ronald Dworkin ha señalado como la necesidad de estructuración de un sistema jurídico en el que las reglas o normas –en sentido estricto– devienen insuficientes, razón por la cual los operadores jurídicos “echan mano de estándares que no funcionan como normas, sino que operan de manera diferente, como principios, directrices políticas y otro tipo de pautas.”¹⁹

Por último, esta tesis ha sido avalada por otras Secciones del Consejo de Estado, de manera concreta, la Segunda, al establecer que el hecho de que no se

¹⁸ GENY, Francois “Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo”, Ed. Biblioteca de autores españoles y extranjeros, 2ª edición, Madrid, 1925, pág. 111.

¹⁹ DWORKIN, Ronald “Los derechos en serio”, Ed. Ariel, Barcelona, 1999, pág. 72.

hubieran tachado de falsas las copias simples permite deducir la anuencia frente a los citados documentos. Sobre el particular, la mencionada Sección señaló:

“En el sub-lite las copias simples corresponden a documentos que obran en los archivos de la Gobernación del Departamento de Boyacá, como son las Órdenes de Prestación de Servicios y la petición ante la Gobernación Departamental del reconocimiento de las prestaciones reclamadas, entre otros. Además, se trata de copias de documentos públicos que no fueron tachados de falsos y tienen el reconocimiento implícito de quien los aporta (artículo 276, ejusdem), por lo que no puede descartarse de plano su valor probatorio. El Tribunal desconoció el valor probatorio de las copias aportadas sin valorar lo antes dicho y olvidando, además que en materia de conciliación podía solicitar en forma oficiosa los documentos. Así, el sólo aporte en copia simple de algunos documentos no constituía óbice para improbar el Acuerdo Conciliatorio. Entrando al fondo del asunto conviene indicar que, según reiterada jurisprudencia, cuando se trata del contrato realidad es el valor pactado en el contrato y no otro el que sirve de base para la liquidación de la indemnización equivalente a las prestaciones sociales que devenga cualquier docente y que el tiempo a reconocer en el “*contrato realidad*” es el efectivamente laborado.”²⁰

En esa perspectiva, constituye una realidad insoslayable que el moderno derecho procesal parte de bases de confianza e igualdad de armas, en las que los aspectos formales no pueden estar dirigidos a enervar la efectividad del derecho material, sino que deben ser requisitos que garanticen la búsqueda de la certeza en el caso concreto y, por lo tanto, impidan que el juez adopte decisiones inhibitorias. Así las cosas, se debe abogar por un derecho procesal dinámico, en el que las partes asuman sus responsabilidades a partir de un escenario serio en el que se defiendan los intereses subjetivos que se debaten al interior del litigio, sin que el operador judicial promueva rigorismos formales que entorpezcan la aplicación del mismo.

Así las cosas, conviene que la aplicación de esta hermenéutica influya en la materia, tal como lo ha hecho esta Subsección, toda vez que el tradicionalismo férreo no puede constituir razón suficiente para mantener la vigencia de una tesis que no consulta los postulados constitucionales y los lineamientos procesales modernos. Una de las finalidades principales del orden jurídico o normativo reside en la efectividad de los derechos y las garantías de los sujetos procesales, por lo tanto, una postura excesivamente formal deslegitima los fines esenciales del derecho procesal o adjetivo, máxime si las partes han guardado silencio a lo largo

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 2 de agosto de 2007, exp. 2003-01162-01(1926-04), M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

de la actuación –o han consentido expresamente en la valoración-, lo que ha permitido convalidar su postura frente a los documentos que reposan en el plenario en copia simple, respecto de los que se ha hecho referencia.

3. Excepciones propuestas

Inexistencia de la parte demandada

A manera de cuestión previa, debe realizarse un pronunciamiento en cuanto a los argumentos planteados en la primera instancia por la entidad demandada, quien solicitó la declaración de la falta de legitimación en la causa por pasiva, en razón a que, en el momento en que se presentó la demanda ya se encontraba vigente la ley 270 de 1996, que radicó en cabeza del Director Ejecutivo de Administración Judicial la representación judicial de la Rama Judicial, así como los planteados en segunda instancia frente a la inexistencia de la parte demandada en atención a la incapacidad de la Fiscalía General de la Nación para ser parte, por sí misma, en la relación procesal.

Frente a este planteamiento, la jurisprudencia de esta Corporación^[1], tiene por decantado que el centro jurídico y genérico de imputación es la Nación cuya representación está en cabeza del Ministerio de Justicia, Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial, por igual, de allí que, no es aceptable el argumento expuesto, en atención a que la entidad demandada si la representa^[2] y sobre ella recae el interés debatido en el proceso, razón suficiente para despachar de forma negativa la censura plasmada en la contestación de la demanda y en los alegatos de conclusión.

Es así como, desde el plano material de la imputación, el daño antijurídico es atribuible a La Nación – Fiscalía General de la Nación, faltando por establecer, sí lo es desde el plano jurídico mediante los títulos de atribución que han sido construidos por la doctrina y la jurisprudencia del Consejo de Estado.

4. Los hechos probados

^[1] Ver entre otras las siguientes sentencias proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado: sentencia del 4 de septiembre de 1997, expediente 10.285, sentencia del 10 de mayo de 2001, expediente 12.719 y sentencia del 26 de mayo de 2010, expediente 18.467.

^[2] Al momento de la presentación de la demanda, la representación de la Nación en los procesos judiciales estaba a cargo de la Fiscalía General de la Nación, conforme al artículo 149 del Código Contencioso Administrativo y la Ley 270 de 1996.

Del análisis del acervo probatorio allegado al expediente, se destacan los siguientes aspectos:

4.1 La Unidad Especial de Fiscalía Delegada para Urabá fue comisionada por la Fiscalía General de la Nación para adelantar la investigación pertinente con ocasión de la muerte violenta del precandidato a la Alcaldía del Municipio de Chigorodó, por el Partido Comunista Colombiano – Unión Patriótica, señor Gabriel Ortega Orozco, ocurrida el 20 de mayo de 1994 en el barrio Kennedy de ese municipio (fls. 19 a 30 del cdno. No. 1).

4.2. Se allegó copia de la Resolución del 17 de julio de 1994, proferida por la Comisión Especial de Fiscalía Delegada para Urabá, mediante la cual se decidió el allanamiento -entre otros inmuebles-, del despacho del Alcalde y su vivienda. Seguidamente, en proveído del mismo día, se decidió la orden de captura en contra de Carlos Andrés Pérez Berrío y su vinculación al proceso en indagatoria, después de la cual se decidiría su situación jurídica (fls. 36 a 40 del cdno. No. 1).

4.3. En acta de entrega de los detenidos sindicados por el delito de homicidio agravado, suscrita por el Departamento de Policía Judicial de Urabá –Unidad Investigativa-, se constató que el 18 de julio de 1994, habiéndose efectuado su captura en horas de la mañana, fue puesto a disposición de la Comisión Especial de Fiscalía Delegada para Urabá, el entonces Alcalde del Municipio de Chigorodó – Antioquia, Carlos Andrés Pérez Berrío, junto a algunos de sus colaboradores (fls. 41 y 42 del cdno. No. 1).

4.4. A continuación se auscultó la Resolución del 11 de agosto de 1994, proferida por la misma unidad delegada del ente acusador en Urabá que, luego del análisis de las pruebas practicadas en la correspondiente pesquisa y las evidencias allí encontradas, estableció la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva de la libertad -sin beneficio de excarcelación-, en contra de Carlos Andrés Pérez Berrío, así como de los demás ex funcionarios de su despacho vinculados, medida que fue confirmada en su totalidad el 20 de enero de 1995, por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional (fls. 136 a 153 del cdno. No. 1).

4.5. Precluida la investigación, la Fiscalía Regional Delegada para Urabá decidió el cierre de la etapa de instrucción mediante Resolución del 10 de marzo de 1995

y –agotado el término para la presentación de las respectivas alegaciones y el concepto del Ministerio Público-, en providencia del 2 de junio siguiente, previo a declarar la preclusión del procedimiento en contra de todos los sindicados, argumentó la calificación del mérito del sumario, así:

“(…) Del acopio probatorio allegado no logra extractarse idóneamente probanzas que puedan o permitan clarificar la participación de los procesados en los hechos investigados y menos como autores intelectuales y materiales como se señaló en el auto detentivo (…).

(…)

Siendo así las cosas y observando cómo cada uno de los implicados como presuntos partícipes de los hechos, explicaron y lograron a través de las pruebas aportadas clarificar su situación, es por lo que estima esta Fiscalía a su honesto sentir y considerar, que **no hay prueba de la contundencia requerida para cobijarlos con resolución acusatoria, pues solamente contamos con algunos indicios que no se tornan en graves como para soportar la acusación y algunos de ellos que fueron el soporte de la medida de aseguramiento fueron siendo desvirtuados por la prueba sobreviniente tal como ya se ha relacionado**. No contamos con testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad o que cree por lo menos en esta Fiscalía cierto grado de certeza sobre la responsabilidad o autoría en cabeza de los procesados (…)” (fls. 221 a 244 del cdno. No. 1) (Negrillas y subrayas de la Sala).

En consecuencia, el 5 de junio de 1995 se expidió la boleta de libertad inmediata No. 213, en favor de Carlos Andrés Pérez Berrío, y en acta del mismo día, el ex alcalde suscribió compromiso de comparecencia en caso de ser requerido previo a la ejecutoria de la decisión (fls. 245 y 246 del cdno. No. 1).

Posteriormente, ésta providencia fue confirmada el 26 de julio de 1995, en vía jurisdiccional de consulta, por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional, en los siguientes términos:

“(…) Conforme se ha dejado reseñado anteriormente el día 20 de mayo de 1994, se produjo en forma violenta la muerte del candidato a la alcaldía de Chigorodó GABRIEL ORTEGA OROZCO. Empero, **en relación con la autoría de los implicados, en los hechos ilícitos por los que se procede, el expediente carece de elementos de convicción idóneos que avalen algún juicio de responsabilidad**.

(…)

(…) Sin embargo, **no fue posible desvirtuar las explicaciones dadas en sus indagatorias, pues los señalamientos de los testigos acusadores carecen de objetividad, concordancia y precisión que ofrezcan motivos de credibilidad para avalar una resolución de**

acusación, pues en sus relatos se observa disparidad en cuanto al verdadero número de personas que participaron en el atentado; de otro lado, algunos afirman que fueron escoltas del alcalde, otros que fueron las milicias bolivarianas al servicio del burgomaestre los que atentaron contra la vida de ORTEGA OROZCO en fin, una serie de incongruencias en las imputaciones allegadas en contra de éstos que no lograron ser corroboradas a través de la etapa instructiva, máxime cuando el testigo presencial de los hechos EDUARDO RIVAS, en comentario a sus allegados manifiesta haber reconocido a dos que parecían de la Sijín, para posteriormente declarar lo contrario, pues dice haber observado a tres personas jóvenes, una de estas ex escolta del alcalde, sin dar nombres ni apellidos, lástima en realidad esta declaración pues viniendo de quien viene “testigo presencial” hubiese sido clave para el esclarecimiento de los hechos, pero por lo confusa y contradictoria pierde toda fuerza probatoria.

Sumado a lo anterior y desvirtuando aún más la ajenidad de los procesados en el punible de marras aparecen dentro del plenario el estudio al texto manuscrito “los hijos del pueblo” y las grafías a los implicados arrojando resultados negativos, pues no se encontró uniprocedencia entre estos 8...” (fls. 247 a 251 del cdno. No. 1) (Negrillas y subrayas fuera del texto original).

5. Valoración probatoria y conclusiones

De acuerdo con las pruebas allegadas al proceso de la referencia, se puede concluir lo siguiente:

5.1. Se encuentra acreditado que el señor Carlos Andrés Pérez Berrío estuvo privado de la libertad durante el período comprendido entre el 18 de julio de 1994 y el 5 de junio de 1995, en virtud de la medida cautelar -en la modalidad de detención preventiva- que le fue decretada por la Comisión Especial de Fiscalía Delegada para Uraba, en el marco de la investigación adelantada por el homicidio del precandidato a la alcaldía, señor Gabriel Ortega Orozco, al cabo de la cual se decidió la preclusión del procedimiento, en atención a la falta de contundencia probatoria para fundamentar la responsabilidad de los sindicatos.

En ese contexto, resulta preciso concluir la existencia de un daño antijurídico en el asunto objeto de análisis, comoquiera que, a partir del auto que revocó la medida de aseguramiento y precluyó la instrucción, se tiene plena certeza de que Carlos Andrés Pérez Berrío no se encontraba en la obligación jurídica de soportar la limitación de los derechos que le fueron afectados, en especial el de la libertad.

Lo anterior, toda vez que, si bien, en un Estado Social y Democrático de Derecho

los asociados deben contribuir en mayor o menor medida a la materialización de los objetivos trazados para la búsqueda de los fines comunes –entre ellos la paz y la convivencia pacífica- y, en muchos casos, para ello es necesario que se tengan que someter a ciertas restricciones de derechos y garantías, incluida la libertad²¹, lo cierto es que existen precisos eventos en los cuales el propio ordenamiento jurídico establece la obligación objetiva de reparar los daños derivados de la privación injusta de la libertad que impone a los ciudadanos.

En efecto, para la Sala es claro que el asunto *sub examine*, debe ser analizado desde la perspectiva del título de imputación objetivo, toda vez que el supuesto fáctico que se debate, se enmarca en las puntuales hipótesis que dan lugar a resolver la controversia a partir de allí.

En otros términos, es posible verificar circunstancias de privación de la libertad, en las cuales la detención del asociado encuentra fundamento constitucional y legal en un determinado momento, pero este desaparece cuando el ciudadano es dejado en libertad bajo las condiciones precisadas en la ley, o bien, porque se demuestra una clara falla del servicio al momento de librar la medida coercitiva.

En efecto, la Sala sobre el contenido y alcance del derecho a la libertad, ha puntualizado:

“Después de la vida, el derecho a la libertad constituye fundamento y presupuesto indispensable para que sea posible el ejercicio de los demás derechos y garantías de los que es titular el individuo. No es gratuito que, en el catálogo de derechos fundamentales contenido en el Capítulo 1 del Título II de la Constitución Política, inmediatamente después de consagrar el derecho a la vida —artículos 11 y 12— se plasme el derecho a la libertad. La garantía de la libertad es, a no dudarlo, el principal rasgo distintivo entre las formas de Estado absolutistas, totalitarias y el Estado de Derecho”²².

Por otro lado, la garantía de la libertad, ponderada desde la perspectiva de la

²¹ Al respecto, la doctrina ha señalado: “La prisión provisional constituye una grave intromisión en el derecho fundamental a la libertad de toda persona, por lo que su regulación, tanto doctrinal como legal y jurisprudencial, es objeto de la máxima atención, no sólo en el plano interno de cada Estado sino también en el plano internacional, lo que evidencia su trascendencia real... La prisión provisional indebida, como expresión de la violación de los derechos humanos, por lo que el ordenamiento jurídico dispensa a la víctima una garantía específica de reparación...” (GARCÍA PONS, Enrique: Responsabilidad del Estado: la justicia y sus límites temporales, J.M. Bosch, Págs. 232 y 239)

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006, exp. 13168, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

justicia, ha sido explicada por la teoría jurídica en los siguientes términos:

“(…) Cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que ni siquiera el bienestar de la sociedad en conjunto puede atropellar. Es por esta razón por la que la justicia niega que la pérdida de la libertad para algunas se vuelva justa por el hecho de que un mayor bien es compartido por otros.”²³

Desde la anterior perspectiva, es posible afirmar, sin ambigüedad alguna, que en un Estado Social de Derecho como lo es Colombia, en donde el ordenamiento jurídico se establece y gira en torno a una concepción antropocéntrica, paradigma, en el cual la persona como ser individual dotado de racionalidad que vive y se interrelaciona con otros seres, a partir de la acción comunicativa, para la conformación de la sociedad, debe ser protegido en sus derechos, bienes y garantías, de tal forma que la satisfacción de sus necesidades se materialice de manera plena, y en consecuencia cualquier reserva o limitación a las condiciones de libertad, debe estar lo suficientemente fundada, de no ser así revestirá el carácter de ilegítima; por esta incontrastable razón, corresponderá al juez en cada caso concreto, analizar si la limitante al derecho en cuestión tiene la fundamentación y racionalidad que el ordenamiento jurídico demandan, so pena de ser en caso contrario: antijurídica.

5.2. Así las cosas, una vez determinada la existencia del daño antijurídico, como se ha constatado en el *sub lite*, corresponde verificar si éste es imputable a la parte demandada, para lo cual es preciso acudir, en primer término, a la aplicación de los supuestos normativos de responsabilidad objetiva consagrados en el art. 414 del Código de Procedimiento Penal de 1991 -decreto ley 2700-. La norma en comento, aplicable al caso concreto, en razón a que las decisiones proferidas en la etapa de instrucción se expidieron bajo su vigencia, prescribía:

“Indemnización por privación injusta de la libertad. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios. **Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no**

²³ RAWLS, John “Teoría de la Justicia”, Ed. Fondo de Cultura Económica, 6ª reimpresión, México, Pág. 17.

“(…) ninguna concepción del bien público debe anteponerse a la justicia. Así, la libertad nunca será un bien secundario. Podrá estar limitada por otras libertades, pero no por otros bienes. Por ejemplo una determinada noción de salud pública o seguridad no debe, en principio, coartar la libertad de expresión o de asociación. Aunque sí puede hacerlo el principio de las libertades físicas e integridad de las personas. El juego está, entonces, entre libertades distintas, no entre la libertad y cualquier otro derecho.” Extraído de la Introducción de Victoria Camps. RAWLS, John “Sobre las libertades”, Ed. Paidós, Barcelona, 1990, pág. 21.

lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave. -Negrilla y subrayado de la Sala-

Por otro lado, en eventos de privación injusta de la libertad, se deben tener en cuenta algunos aspectos y parámetros que, en los últimos años, han sido trazados por la jurisprudencia de esta Corporación, criterios que podrían catalogarse en los siguientes términos:

i) Las hipótesis establecidas en el artículo 414 del C.P.P. de 1991 (decreto ley 2700) mantienen vigencia para resolver, de manera objetiva, la responsabilidad del Estado derivada de privaciones injustas de la libertad, en las cuales se haya arribado a cualquiera de las conclusiones a las que hace referencia la citada disposición, inclusive, con posterioridad a la ley 270 de 1996, en los términos precisados por la jurisprudencia de la Corporación²⁴.

ii) Cuando se absuelva a la persona sindicada, en aplicación del *in dubio pro reo*²⁵ -*strictu sensu*-, de conformidad con los planteamientos contenidos en las sentencias proferidas en los procesos números 13168 (2006)²⁶ y 15463 (2007)²⁷, el juez de lo contencioso administrativo deberá constatar siempre, que el aparato jurisdiccional ordinario penal, sí haya aplicado efectivamente esa figura procesal penal que integra el derecho al debido proceso.

En otros términos, la responsabilidad de la administración pública derivada de la absolución o su equivalente, con apoyo en la máxima de que la "*duda se resuelve a favor del procesado*", se analiza y aplica a través de un régimen objetivo, pero

²⁴ Sobre el particular, consultar la sentencia de 4 de diciembre de 2006, exp. 13168, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

²⁵ "La certeza del derecho penal mínimo de que ningún inocente sea castigado viene garantizada por el principio del *in dubio pro reo*. Este es el fin al que atienden los procesos regulares y sus garantías. Y expresa el sentido de la presunción de no culpabilidad del imputado hasta prueba en contrario: es necesaria la prueba –es decir, la certidumbre, aunque sea subjetiva– no de la inocencia sino de su culpabilidad, sin tolerarse la condena sino exigiéndose la absolución en caso de incertidumbre. La incertidumbre es en realidad resuelta por una presunción legal de inocencia en favor del imputado precisamente porque la única certidumbre que se pretende del proceso afecta a los presupuestos de las condenas y de las penas, y no a los de las absoluciones y de las no penas. Por lo demás, es ésta la forma lógica de todos los principios garantistas más arriba formalizados: los cuales, como se ha observado, establecen las condiciones necesarias en ausencia de las cuales no es lícito castigar y no las suficientes en presencia de las cuales no es lícito no castigar." FERRAJOLI, Luigi "Derecho y Razón", Ed. Trotta, Pág. 106.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006, M.P. Mauricio Fajardo Gómez

²⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 2 de mayo de 2007, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

siempre y cuando se logre verificar, fehacientemente, que el juez penal al momento de evaluar el material probatorio –que por cierto necesariamente debe existir con pruebas tanto en contra como a favor del sindicado o acusado–²⁸, manejó una duda razonable que le impidió llegar a la plena certeza sobre la materialización y autoría de la conducta punible.

iii) La absolución o preclusión de la investigación que emana de falencias probatorias en la instrucción o juicio penal, traduciría en verdad una falla del servicio que no puede considerarse como una conclusión establecida a partir de la aplicación del mencionado principio del *in dubio pro reo*. Por consiguiente, en estos eventos, es necesario que la parte demandante en el proceso contencioso administrativo de reparación, demuestre, de manera clara, que la privación de la libertad se produjo a partir del error del funcionario, o del sistema, derivado éste de una ausencia probatoria que sustentara la detención preventiva.

No es que se sitúe, por capricho, a la persona en un grado mayor de exigencia probatoria, sino que en estos eventos en los cuales la decisión no se refiere a la aplicación del principio de la duda razonable –porque materialmente no hay incertidumbre, en tanto no hay medios probatorios en ninguno de los extremos de la relación procesal– o en los cuales la libertad se produce por la absolución o su equivalente en alguno de los supuestos del artículo 414 del C.P.P., es necesario demostrar que la medida de aseguramiento fue arbitraria²⁹.

iv) Como se aprecia, en cada caso concreto de reparación por privación injusta de la libertad, corresponde determinar a las partes y al operador jurídico en qué supuesto se enmarcó dicha privación, a efectos de tener claridad sobre el título de imputación aplicable al asunto respectivo, como quiera que no toda absolución, preclusión de la investigación, o cesación del procedimiento penal, se deriva de la aplicación del instrumento del *in dubio pro reo*, motivo por el cual, no

²⁸ "Cuando no resultan refutadas ni la hipótesis acusatoria ni las hipótesis en competencia con ella, la duda se resuelve, conforme al principio del *in dubio pro reo*, contra la primera." *Ibid.* Pág. 151-152.

²⁹ "Los historiadores de las ideas atribuyen fácilmente a los filósofos y juristas del siglo XVIII el sueño de una sociedad perfecta; pero ha habido también un sueño militar de la sociedad; su referencia fundamental se hallaba no en el estado de naturaleza, sino en los engranajes cuidadosamente subordinados de una máquina, no en el contrato primitivo, sino en las coerciones permanentes, no en los derechos fundamentales, sino en la educación y formación indefinidamente progresivos, no en la voluntad general, sino en la docilidad automática." FOUCAULT, Michel "Vigilar y Castigar", Ed. Siglo Veintiuno, 27ª ed., pág. 173. "Como lo muestran los objetos anteriores, la prioridad de la libertad significa que la libertad solamente puede ser restringida en favor de la libertad en sí misma." RAWLS, John "Teoría de la Justicia", Ed. Fondo de Cultura Económica, Pág. 273.

siempre se deducirá la responsabilidad de la organización pública a través de un régimen de naturaleza objetiva.

v) En conclusión, cuando se atribuye la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, existen eventos precisos y específicos en los cuales la jurisprudencia –con fundamento en el principio *iura novit curia*–, ha aceptado la definición de la controversia a través de la aplicación de títulos de imputación de carácter objetivo, en los cuales, la conducta asumida por la administración pública no juega un papel determinante para la atribución del resultado. Por el contrario, las demás situaciones que desborden ese específico marco conceptual, deberán ser definidas y desatadas a partir de la verificación de una falla del servicio en cabeza del aparato estatal.

En esta perspectiva, y considerando que la Fiscalía General Delegada revocó la medida de aseguramiento dictada contra los demandantes, y precluyó la instrucción, con fundamento en que las pruebas resultaban endebles para, con base en ellas, proferir acusación en contra de los sindicatos -determinación que fue confirmada en vía de consulta por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional, el 26 de julio de 1995-, es imperioso para la Sala ultimar que el título de imputación del daño es el objetivo, de acuerdo con la disposición citada, pues se configuró una de las causales allí previstas para acudir a ese régimen.

En efecto, acreditada la restricción a la libertad del actor –durante 322 días-, es preciso concluir, a partir de la preclusión de la investigación –proferida con fundamento en que los indicios que sustentaron la medida de aseguramiento fueron desvirtuados-, que no existía idoneidad del acervo probatorio para ofrecer suficientes motivos de credibilidad sobre la responsabilidad de los acusados, y se torna inequívoca e inhesitable la aplicación de la consecuencia jurídica a dicho supuesto -el de la privación injusta de la libertad-, toda vez que fue el legislador, quien inspirado en principios tutelares de una visión política de Estado, tales como la justicia, la libertad³⁰, la locomoción, entre otros, dispuso en desarrollo de la

³⁰ En este sentido se ha expresado: **“La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento. Por esta razón, la justicia rechaza el que la pérdida de libertad de algunos sea justificada en el mayor bienestar compartido por otros. No puede permitirse que el sacrificio impuesto sobre unos pocos sea sobrepasado por la mayor cantidad de ventajas disfrutadas por muchos... los derechos garantizados por la justicia no están sujetos a regateos políticos ni al cálculo de intereses sociales.** Siendo las primeras virtudes de las actividades humanas, la verdad y la justicia son innegociables.” –Resalta la Sala- (John Rawls, “A Theory of Justice”, Cambridge: Harvard University Press, 1971, pág. 3-4, citado por MEJÍA Quintana, Óscar “Carácter y

soberanía legislativa, que frente a la materialización de cualquiera de esas hipótesis normativas –dispuestas en el art. 414 del CPP.-, se habría de calificar la privación de la libertad como injusta, consagrando, en consecuencia, una responsabilidad objetiva para aquéllos eventos.

Por lo expuesto, con la prueba de las resoluciones proferidas por los fiscales encargados de la instrucción, es preciso imputar el daño antijurídico al Estado, ya que en los términos del art. 414 *ibídem*, basta la comprobación de que la absolución o su equivalente fue decretada: i) bien, porque la persona no cometió el ilícito; ii) el hecho no constituía conducta punible –esto es, era atípico–; o iii) porque el hecho delictivo investigado no existió, para que se derive de manera automática la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, en virtud del título objetivo contenido en la citada disposición, siempre y cuando no exista una causa extraña comprobada que imposibilite la imputación.

Acerca del contenido y alcance de esta norma, la jurisprudencia de esta Sala ha precisado:

“6. La responsabilidad en estos casos, como lo señaló también la Sala es ‘fiel desarrollo del artículo 90 de la Carta Política, sólo que circunscrito al daño antijurídico proveniente de las precisas circunstancias allí previstas’ y ‘es objetiva, motivo por el cual resulta irrelevante el estudio de la conducta del juez o magistrado, para tratar de definir si por parte de él hubo dolo o culpa.’ (Ver sentencias del 30 de junio de 1994, exp. 9734, actor Neiro José Martínez, ponente Dr. Daniel Suárez Hernández y del 15 de septiembre de 1994, exp. No. 9391, actor Alberto Uribe Oñate, ponente Dr. Julio César Uribe Acosta).

“7. Se reitera que es un tipo de responsabilidad objetiva en la medida en que no recurre la existencia de falla del servicio, razón por la cual no tiene ninguna incidencia la determinación de si en la providencia que ordenó la privación de la libertad hubo o no error judicial; y no es posible la exoneración de responsabilidad de la administración con la sola prueba de diligencia que en este caso se traduciría en la demostración de que la providencia estuvo ajustada a la ley.”³¹

En esa línea de pensamiento, para la estructuración de las hipótesis establecidas en la norma aludida, no se requiere de la constatación de un error judicial, sino, simplemente, del acaecimiento de cualquiera de los supuestos sin referencia alguna al contenido de la providencia judicial que impuso la medida de

proyección de la filosofía del derecho en el pensamiento contemporáneo”, Ed. Universidad Nacional de Colombia, Pág 22)

³¹ Sentencia de noviembre 17 de 1995, exp. 10.056.

aseguramiento. Se trata por lo tanto de la obligación objetiva establecida en la ley de reparar el perjuicio causado a la persona que fue privada de la libertad con fundamento en una providencia legal y, en principio, ajustada al ordenamiento jurídico, y sin embargo se precluye la investigación, cesa el procedimiento, o se absuelve en la sentencia³².

Es importante precisar que las hipótesis establecidas en el artículo 414 del C.P.P. de 1991 (decreto ley 2700), al margen de la derogatoria de la disposición, han continuado rigiéndose por una perspectiva objetiva de responsabilidad. En consecuencia, el régimen aplicable para definir si la privación de la libertad fue injusta en estos tres supuestos sigue siendo el objetivo, inclusive con posterioridad a la ley 270 de 1996, en los términos precisados por la jurisprudencia de la Corporación³³.

En consecuencia, la Sala no avala una aplicación ultractiva del citado precepto legal (art. 414) que se encuentra derogado, sino de los supuestos que se regulaban de manera específica en el mismo. No quiere significar, entonces, que la Corporación esté modificando los efectos en el tiempo de una norma que se encuentra claramente abrogada. No obstante, en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, por ser una institución donde rige el principio *iura novit curia*, es posible que el juez adopte o acoja supuestos de responsabilidad objetiva o subjetiva, lo cual dependerá del fundamento en que se soporte la misma.

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

³² Sobre el particular se ha expuesto: "Sin embargo, es posible que el juez haya actuado con absoluta imparcialidad y objetividad al valorar las pruebas y los indicios y dicte un auto de detención a una persona que después resulta absuelta o es condenada a una pena privativa de la libertad inferior a la efectivamente padecida.

"Sin lugar a dudas en este caso y a pesar de que el servicio de justicia funcionó adecuada y normalmente, al haberse causado un perjuicio a una persona que no tiene la obligación de soportarlo, el daño es antijurídico y por lo tanto exige una adecuada reparación..." (HOYOS DUQUE, Ricardo: La responsabilidad del Estado y de los jueces por la actividad jurisdiccional en Colombia, Revista Vasca de Administración Pública, No. 49, 1997, pág. 140 y 141)

³³ Sobre el particular, consultar la sentencia del 4 de diciembre de 2006, expediente 13.168, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

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

En este orden de ideas, se insiste, es evidente la existencia de un daño antijurídico que el demandante no tenía la obligación de soportar, pues no existía razón alguna para la limitación de los derechos que le fueron afectados.

Se concluye, entonces, que la preclusión de la investigación en favor del señor Carlos Andrés Pérez Berrío, es suficiente y torna en inequívoca la aplicación de la consecuencia jurídica de la privación injusta de la libertad, consagrada en el artículo 414 del C.P.P. de 1991.

6. Indemnización de perjuicios

Previo a formular la liquidación por el detrimento material y moral sufrido, se considera pertinente hacer énfasis respecto a las pretensiones de la demanda y a su fundamento probatorio, comoquiera que no todos los perjuicios que allí se alegaron tienen asidero, ni tampoco *-verbi gracia-*, todas las pruebas son idóneas, bajo la perspectiva fáctica y jurídica en que se planteó el caso.

En efecto, el actor elevó pretensiones por perjuicios materiales -bajo las modalidades de daño emergente y lucro cesante, ambas en las categorías de pasado y futuro-, así como perjuicios morales, tanto para él como para los demás demandantes.

Se deprecó la indemnización correspondiente al dinero que tuvo que invertir la familia de Carlos Andrés Pérez Berrío, una vez fue puesto en libertad, durante el período en que tuvieron que asilarse en Ecuador –debido al riesgo que corría su

vida en medio de la persecución política a la que se vio expuesto-, y posteriormente en Suiza, país que los acogió en condición de refugiados políticos.

No obstante, en la demanda se confunden las pretensiones que se derivan propias de la privación injusta de la libertad, con otras de diferente naturaleza, cuyo soporte proviene de la imputación al Estado por faltar al deber de seguridad y protección que le asiste frente a todo ciudadano, pero respecto a esta pretendida falla en el servicio nada se argumentó ni se aportó respaldo probatorio alguno.

En otras palabras, en el presente caso no es posible el estudio de las pretensiones cuyos fundamentos se amparan a la luz del título de imputación del deber de seguridad y protección, toda vez que el marco de la demanda se construyó con fundamento en el título autónomo de la privación injusta de la libertad, y al analizar el acervo probatorio se colige sin dificultad que no es posible considerar que las vicisitudes que debieron afrontar los demandantes en el exilio, -además de no estar demostradas, en estricto sentido³⁴-, no emergieron como consecuencia de la injusta privación de la libertad, sino de una presunta falla en el servicio de deber y seguridad que, valga destacarse, nada se hizo por probar y, más importante aún, ni siquiera se alegó.

6.1 Perjuicios morales

En relación con el perjuicio moral, la Sala de manera reiterada³⁵ ha señalado que este tipo de daño se presume en los grados de parentesco cercanos, puesto que la familia constituye el eje central de la sociedad en los términos definidos en el

³⁴ Los demandantes aportaron, con el fin de acreditar su situación de exilio en Ecuador y Suiza, una serie de documentos informales, tales como: copia de una carta del 30 de octubre de 1995, dirigida a Gardenia y Patricio, en la que su autor se suscribe como "familia Pérez" (fl. 293 del cdno. No. 1); copias de dos comunicados, suscritos por Andrés Pérez Berrío, en papel membrete de la Asociación Americana de Juristas, de las que se dice son testimonios orales ante la ONU (fls. 301 a 307 del cdno. No. 1); copia de las directrices trazadas por el relator de la ONU Theo Van Boven en asocio con la Comisión Internacional de Juristas y el Centro de Derechos de Maastricht de la Universidad de Limburg, sobre los "*principios y directrices sobre el derecho de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos y al derecho humanitario a obtener reparación*" (fls. 313 a 315 del cdno. No. 1); copia de la constancia del Alto Comisionado para los Refugiados de la ONU de que se reconoció bajo dicha condición a Andrés Pérez, Idalides González López y Herneys Pérez Altamiranda, fechada en noviembre 1 de 1995 (fl. 322 del cdno. No. 1); copia de solicitud del encargado de negocios de la embajada de Suiza en Ecuador, solicitando al Alto Comisionado para los Refugiados de la ONU agilizar el trámite para la obtención de los tiquetes aéreos de las personas mencionadas (fl. 323 del cdno. No. 1) y copia de extractos del "Banque Coop" de Ginebra, del abonado bancario perteneciente a Andrés Pérez Berrío y María González López, presentadas en idioma francés (fls. 324 a 326 del cdno. No. 1).

³⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera: sentencias del 15 de octubre de 2008, exp. 18586, del 13 de agosto de 2008, exp. 17042, y del 1º de octubre de 2008, exp. 27268.

artículo 42 de la Carta Política. De allí que, el juez no puede desconocer la regla de la experiencia que señala que el núcleo familiar cercano se aflige o acongoja con los daños irrogados a uno de sus miembros, lo cual es constitutivo de un perjuicio moral. En ese orden de ideas, habrá lugar a reconocer, vía presunción de aflicción, perjuicios morales a favor de los demandantes que hayan acreditado el parentesco o un vínculo afectivo con el injustamente privado de la libertad.

En dicho sentido, se debe destacar que en los Registros Civiles de Nacimiento de Carlos Andrés, Fanny, Miryam, Euclides y José Guillermo Pérez Berrío, se pudo constatar que figuran como sus padres el señor Guillermo Pérez y la señora Genoveva Berrío, con lo cual la legitimación en la causa, tanto del actor como de sus padres y hermanos, se da por acreditada.

No obstante, no ocurre lo mismo frente a la señora María Idalides González López, de quien se aseguró es la cónyuge del señor Andrés Pérez Berrío, lo cual sería configurativo de la presunción de aflicción. Aún así, la Sala evidencia que al proceso no se aportó la prueba idónea para acreditar dicha calidad, es decir, el registro civil de matrimonio, por lo cual no es posible su reconocimiento como tal³⁶.

Sin embargo, en el asunto *sub examine* resulta incuestionable que existen diversos instrumentos probatorios que conducen de manera indefectible e inexorable a tener como víctima a María Idalides González López; en efecto, los poderes otorgados desde el Consulado de Colombia en Ginebra, así como el documento del Alto Comisionado para los Refugiados de la ONU, suscrito por la Directora del C.P.R –Comité Pro Refugiados-, no sólo comprueban que la señora González López se exilió en Suiza junto con Andrés Pérez Berrío, sino que además constituye un indicio de la relación existente entre los dos demandantes.

Por otro lado, en el acta de allanamiento y registro que adelantaran funcionarios del CTI a la residencia de Carlos Andrés Pérez Berrío, para entonces Alcalde del municipio de Chigorodó -ordenada por la resolución del 17 de julio de 1994 y visible en los folios del proceso de instrucción-, se pudo observar:

“(…) El suscrito Fiscal Especial Comisionado, con el apoyo operativo de efectivos de la Policía Nacional, al mando del CT. A. Meneses Ruíz, se hizo presente en la residencia del señor Alcalde municipal (...) con el fin

³⁶ De conformidad con lo dispuesto por el Decreto 1260 de 1970, la relación entre cónyuges requiere de prueba formal y documental idónea, es decir, el Registro Civil de Matrimonio.

de practicar diligencia de allanamiento y registro. Una vez en el lugar, fuimos atendidos por la señora Benilda Fuentes –empleada de la familia-, (...) Moradores: al momento de practicar el allanamiento, en el inmueble se encontraban las siguientes personas: Andrés Pérez, Herneys Altamiranda, menor hijo del Alcalde, y la señora Benilda Fuentes. **Posteriormente se hace presente la señora María Idalides González López (...), esposa de Andrés Pérez Berrío, quien continua atendiendo la diligencia (...)** (fls. 287 a 289 del cdno. No. 1) (Negrillas y subrayas fuera del texto original).

Ello, aunado a la constante y abierta alusión que a lo largo de las etapas de instrucción se hace de “*Andrés Pérez y su familia*” y la intrínseca asociación con la señora González López, genera en la Sala certeza de la existencia de profundos lazos de solidaridad y afecto que los estrechan.

Lo anterior, toda vez que de las pruebas practicadas –que no fueron cuestionadas, controvertidas o tachadas por la demandada– se tiene por establecida la aflicción y el sufrimiento padecido por ella con la privación injusta de Carlos Andrés Pérez Berrío, con quien existían vínculos de solidaridad y fraternidad, por lo que se deduce la existencia de sentimientos de familiaridad entre ambos, lo que, a su vez, permite inferir el sufrimiento o dolor moral.

La familia en la Constitución Política de 1991, lejos de ser una institución establecida por lazos consanguíneos está definida a partir de los principios de solidaridad, igualdad y respeto. De manera que, la familia como núcleo esencial de la sociedad debe ser protegida por el Estado en su conformación y en la protección de los derechos de las personas que la integran.

Por consiguiente, la noción de familia en la modernidad ha sufrido un cambio de paradigma para abandonar su existencia y fundamentación en la relación biológica y genética, para apoyarse en el apoyo mutuo y en el concepto de amor.

En efecto, desde la antigua Grecia se ejerció una clara distinción o clasificación del “amor” como sentimiento humano. Para esos efectos, se indicó que la primera manifestación de aquél consistía en el denominado “eros” o la pasión, la segunda, en el “*philia*” o el cariño y el tercero el “*ágape*” o el amor más profundo (incondicional – religioso).

Ahora bien, el estudio de la historia de la familia comienza en 1861 con “El derecho materno” de Johann Jakob Bachofen, en el que el autor plantea la

siguiente tesis: i) en los tiempos primitivos los seres humanos vivieron en promiscuidad sexual, a la que el autor le asigna el nombre de “heterismo”, ii) tales relaciones excluían la posibilidad de establecer con certeza la paternidad, por lo que la filiación sólo podía determinarse por la vía materna, iii) como consecuencia de este hecho, las mujeres como madres y como únicas progenitoras conocidas de la joven generación, gozaban de un gran aprecio y respeto, que llegaba –según lo precisa el autor– hasta el dominio femenino absoluto, o sea la ginecocracia, iv) el paso a la monogamia, en la que la mujer “pertenece” a un solo hombre, encerraba la trasgresión de una antiquísima ley religiosa, vulneración que debía ser castigada o cuya tolerancia se resarcía con la posesión de la mujer por otros, durante determinado tiempo³⁷.

El paso del heterismo a la monogamia se produce en los griegos, a partir del reflejo religioso en la conciencia de los habitantes, lo que desencadenó cambios históricos en la situación social recíproca del hombre y de la mujer.

Inclusive, según lo pone de presente Bachofen en la literatura griega se hallan evidencias de aquel estadio inicial de promiscuidad sexual, en el que no solamente el hombre mantenía relaciones sexuales con mujeres sino con varios hombres, sin faltar por ello a los hábitos sociales preestablecidos.

Con posterioridad, el teórico John Ferguson Mac-Lennan (1865) clasifica las vinculaciones entre personas en dos tipos: i) exógamas, es decir aquellas en las que los hombres de la tribu adquirían mujeres, tomándolas por la fuerza en dominios exteriores, para luego incorporarlas al grupo, ii) endógenas, en las que los hombres se encontraban obligados a tomar mujeres del seno de su mismo grupo³⁸.

De otra parte, Mac Lennan reconoció tres formas de matrimonio: i) la poligamia (régimen familiar en que se permite al varón tener pluralidad de esposas), ii) la poliandria (estado de la mujer casada simultáneamente con dos o más hombres), y iii) la monogamia.

³⁷ Cf. VERAT Tornell, Ricardo “Historia de la civilización”, Ed. Sopena, Barcelona, 1966, pág. 262., y ROSELLÓ, María “5.000 años de historia”, Ed. Sopena, Barcelona, 1966, pág. 287. ÉNGELS, Federico “El origen de la familia, la propiedad privada y el estado”, Ed. Progreso, Moscú, pág. 160.

³⁸ Ibidem.

En 1871 aparece en el contexto el doctrinante Lewis H. Morgan, con su libro “La sociedad antigua”, texto en el que desarrolló varias clasificaciones de la familia. La primera se refiere a la indisolubilidad: i) familia patriarcal: en la que los hijos y descendientes no salen de la casa paterna y forma una sola unión, ii) familia de estirpe: aquella en la que salen todos los hijos, excepto el primogénito que perpetúa la sociedad familia, y iii) inestable: en la que se separan todos los hijos de la casa paterna para dar origen a nuevas familias. La segunda, tiene que ver con el grado de evolución de la institución: i) familia consanguínea: fundada en el matrimonio de hermanos con hermanas, ii) familia punalua: estructurada en el matrimonio de varios hermanos con las esposas de los otros, en grupo, y de varias hermanas con los esposos de las otras en grupo, iii) la familia sindiásmica: fundada en el apareo de un varón y una mujer, bajo la forma de matrimonio, pero sin cohabitación exclusiva; aparece entonces el germen de la familia monogámica, iv) la familia patriarcal: fundada en el matrimonio de un hombre con una mujer, con cohabitación exclusiva, constituyendo este último el elemento esencial de la institución³⁹.

Como se aprecia, la monogamia fue un gran progreso histórico, pero al mismo tiempo inaugura, junto con la esclavitud, y las riquezas privadas, aquella época que dura hasta nuestros días y en la cual cada progreso es al mismo tiempo un regreso relativo, y el bienestar y desarrollo de unos, se logra a través de las expensas, el dolor y la represión de otros. La monogamia y el matrimonio tradicional es la forma celular de la “supuesta sociedad civilizada”, en la cual se puede estudiar la naturaleza de las contradicciones y de los antagonismos que alcanzan su pleno desarrollo en la sociedad.

Así las cosas, hay tres formas principales de matrimonio que corresponden, de manera aproximada, a tres estadios fundamentales de la evolución humana: al salvajismo corresponde el matrimonio por grupos; a la barbarie el matrimonio sindiásmico; a la civilización la monogamia, con sus complementos, el adulterio y la prostitución. Entre el matrimonio sindiásmico y la monogamia se intercalan, en el estado anterior de la barbarie, la sujeción de las mujeres esclavas a los hombres y la poligamia.

De modo que, aunque la familia se haya iniciado como un fenómeno biológico, como unidad reproductora de los primates, ha venido a ser un fenómeno social,

³⁹ Ibidem.

algo más cercano a unidades de colaboración, cooperación, apoyo, y fraternidad, es decir, más como una orden monástica o un gremio de artesanos, que a su propio antecesor remoto. Entonces, aunque los factores biológicos que dan origen a la familia persisten en su funcionamiento, su influencia sobre las familias como instituciones sociales están a la par con las que pudiera tener determinadas categorías de sexos o edades sobre los estatus y funciones que se asignen a los miembros de esas categorías.

Por consiguiente, el triunfo del cristianismo en el ocaso romano y el predominio de la iglesia durante la edad media, trajeron como consecuencia una familia de tipo patriarcal semejante al clásico modelo romano pero transformándola sustancialmente en varios aspectos, ya que volvió sacramental e indisoluble una institución que por diversas causas tiende a ser dinámica y variable (v.gr. la independencia de los hijos, el divorcio, la viudez, etc.).

De este modo, la familia sufre una redelimitación en la Constitución Política de 1991, para dar campo o cabida a nuevas formas que las tradicionalmente aceptadas por el derecho civil. Sobre el particular, resultan ilustrativas las palabras del reconocido profesor Ciro Angarita Barón:

“Porque en la Constitución de 1991, más claramente que en el Código Civil, la familia no es un producto necesariamente surgido de manifestaciones afectivas. Es un producto y es una institución en donde está clara una visión de solidaridad entre seres humanos y una visión de solidaridad que adquiere todo su sentido, sobre todo frente a los niños, porque los niños tienen el derecho fundamental y prevalente a tener una familia. Tienen ese derecho fundamental y prevalente por encima de las coyunturas en los afectos de sus padres... Aquí viene a ponerse de presente, como la concepción de familia de la Constitución de 1991, es una concepción solidarista – no individualista–. No depende del íntimo querer del marido y mujer o, de hombre y mujer. Depende de lo que exija esa realidad social de la familia. Los conflictos son importantes, muestran desacuerdos, malformaciones, a veces hasta patologías, pero no son los límites a la existencia de esa unidad familiar.”⁴⁰

De otra parte, la Sala ha razonado *a fortiori* para denegar perjuicios morales a favor de padres biológicos quienes lejos de proporcionar afecto, cariño y solidaridad para con sus hijos, ven en la producción del daño una fuente de

⁴⁰ ANGARITA Barón, Ciro “La familia en la nueva Constitución”, Talleres Macroregionales sobre Conciliación – Memorias, ICBF, Pág. 4 y 6.

recursos económicos a favor de su patrimonio. En efecto, en sentencia del 4 de diciembre de 2007, esta Sección puntualizó:

“Ahora bien, en relación con el supuesto daño padecido por el señor Jorge Enrique Galicia Barragán -padre del menor lesionado-, para la Sala, del acervo probatorio, se desprenden una serie de indicios que llevan a concluir que aquél no veía en forma alguna en el sostenimiento económico y afectivo requerido por el niño; lo anterior, como quiera que sólo mostró interés en el reconocimiento de su paternidad, una vez avizó la posibilidad de demandar el reconocimiento ante esta jurisdicción de una serie de perjuicios eventualmente a él causados, toda vez que a partir de su conducta procesal, no pudo padecer un detrimento o aflicción de rango afectivo frente a su hijo, como quiera que del acervo probatorio se desprende con meridiana claridad que nunca veló por la subsistencia de aquél antes de que ocurriera el desafortunado hecho; de allí que se ha enervado la presunción respecto a los perjuicios morales sufridos por el padre.

“La sola condición biológica de padre, no legitima ni habilita para valerse de un daño que sufre el hijo, a efectos de sacar provecho de la tragedia del mismo, proceder así, cuando no se ha cumplido con los deberes y obligaciones inherentes a la condición paterna, no sólo es censurable, sino que de contera significa utilizar como medio al hijo, cuando éste como persona, es un fin en sí mismo en términos Kantianos (Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres). En fin, para la Sala resulta acreditado a plenitud que frente al padre del menor no opera la presunción de perjuicios morales, en su favor, por el contrario, la prueba evidencia la orfandad económica, espiritual y afectiva en que mantuvo a su hijo, es por ello que ni jurídica ni moralmente, sufrió perjuicio alguno, por las graves lesiones del infante.”⁴¹

En Colombia, la Corte Constitucional ha aceptado la existencia de dos tipos de familias en Colombia: i) la biológica y ii) la de crianza, sin embargo, lo cierto es que esa institución no se desarrolla por el vínculo netamente genético o reproductivo, sino que, *a contrario sensu*, su fundamentación reside en la noción de “amor” y su manifestación de solidaridad y afecto (*philia*)⁴².

⁴¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2007, exp. 17918, M.P. Enrique Gil Botero.

⁴² “Aristóteles tiene, por tanto, razón cuando, al describir el amor filial o parental, no utiliza la palabra *eros*. Aristóteles utiliza *philia*, mientras que en francés se habla rara vez de amistad en el seno de la familia: hablaríamos más bien de afecto, de ternura, apego, amor... Este amor –el amor paternal o filial– en griego, podía llamarse *storgé* (afecto), pero también *philia*, y es este último concepto el que prefiere Aristóteles: “la familia –escribe– es una *philia*.”

“Además, cuando Aristóteles (que ya ha estado casado dos veces, y en ambos casos felizmente) se propone describir el amor entre un hombre y su esposa, entre la mujer y su marido, no utiliza *eros*, utiliza *philia*. No es que no exista deseo sexual en la pareja (*eros*, como ya dije, no es sexo, sino la pasión amorosa, la falta devoradora del otro), pero esa pasión amorosa, aunque hubiera existido antes del matrimonio (algo que no era nada común en la antigüedad), no puede haber sobrevivido. ¿Cómo es posible echar en falta al hombre o a la mujer que comparte su vida, que está ahí, que se

En otros términos, según lo precisa la Carta Política en el artículo 42, la familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos (v.gr. el matrimonio o la unión marital de hecho), pero lo cierto es que su fundamentación filosófica reside en la solidaridad que se profesan los miembros y los integrantes de ese núcleo. Por lo tanto, es una estructura social que se constituye a partir de un proceso que genera vínculos de consanguinidad o afinidad entre sus miembros. Por lo tanto, si bien la familia puede surgir como un fenómeno natural producto de la decisión libre de dos personas, lo cierto es que son las manifestaciones de solidaridad, fraternidad, apoyo, cariño y amor, lo que la estructuran y le brindan cohesión a la institución.

Como se aprecia, la familia es el eje central o estructural de la sociedad, la cual debe ser protegida por el Estado; aunado a lo anterior, el matrimonio y la familia son instituciones sociales diferentes que si bien están relacionadas son disímiles. En efecto, el matrimonio es una de las formas jurídicas –por intermedio de la celebración de un negocio jurídico– por medio de las cuales los contratantes conforman de manera libre, voluntaria y consensual una familia, sin que la única forma de constituirla sea el vínculo jurídico referido.

La anterior ha sido la razón por la cual la interpretación literal del artículo 42 de la Constitución Política ha sido articulada con otras disposiciones superiores, como la contenida en el artículo 13, para determinar que en materia legal existe un déficit de protección en relación con los derechos de las parejas del mismo sexo, ya que de esas uniones también resulta predicable la posibilidad de conformar una familia⁴³.

Así mismo, la familia no sólo se estructura de forma horizontal sino también a nivel vertical, es decir, no sólo surge de los vínculos naturales y jurídicos entre dos personas heterosexuales u homosexuales (familia nuclear), sino que también puede surgir a nivel monoparental (uno de los padres y un hijo(a)), o puede ser analizada de forma extensiva, es decir, la que integran abuelos, padres, hijos y nietos (consanguíneos o de crianza).

entrega, que no falta? El amor conyugal, en griego no se llama *eros*, sino *philia*... Pero Montaigne, por ejemplo, lo hacía con frecuencia: para describir el amor entre esposos, usaba la bella expresión "amistad marital", la que nace o se desarrolla dentro de la pareja." COMPTE-SPONVILLE, André "Ni el sexo ni la muerte. Tres ensayos sobre el amor y la sexualidad", Ed. Paidós, Barcelona, 2012, pág. 77 y 78.

⁴³ Corte Constitucional, sentencia C-577 de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

En esa línea de pensamiento, la familia no depende inefablemente del matrimonio, sino que más allá de la existencia de un contrato o vínculo formal, nace de la decisión libre y voluntaria entre dos personas que de manera consciente asumen la existencia de lazos de solidaridad, apoyo, cariño, amor y convivencia que generan cohesión entre ellos, al grado que pueden procrear, adoptar o asumir la crianza de hijos o hijas para acogerlos dentro de la misma.

Por consiguiente, hay que superar los atavismos que hacen nugatorio el derecho de las personas de cualquier clase, raza, orientación sexual, etc., a conformar de manera libre y autónoma familia, para dar paso a una protección efectiva y garantista que respete los derechos de las personas en un verdadero y real plano de igualdad, es decir, la posibilidad de constituir una familia con el ser que se quiere con el fin de proteger a los hijos biológicos, adoptados o de crianza, en un panorama de solidaridad y apoyo mutuo permanente.

En conclusión, el matrimonio y, principalmente, la familia han dejado de ser unas instituciones ancestrales estructuradas sobre conceptos eminentemente biológicos y religiosos; *a contrario sensu*, como lo demuestra la historia, son fenómenos o procesos dinámicos o vivientes que han evolucionado con el paso del tiempo para transformarse o mutar en organismos sociales que pueden presentar diversas manifestaciones, estructuras o integraciones. En esa medida, la familia podrá estar constituida –a modo simplemente ilustrativo– por un padre y una hija, o por una madre soltera con su respectivo primogénito, o por la tradicional decisión libre y voluntaria entre un hombre y una mujer de hacer vida conyugal, o por la decisión libre y voluntaria de dos personas del mismo sexo que se profesan amor y desean realizar vida conyugal.

Por lo tanto, la Constitución de 1991 lejos de establecer o fijar una sola concepción de familia, avaló con apoyo en los principios de igualdad y de libre desarrollo de la personalidad, la posibilidad de configuración de distintos tipos y clases de familia, todas ellas merecedoras de la protección estatal del artículo 42 superior⁴⁴.

⁴⁴ Sobre el particular, esta misma Sala en reciente oportunidad precisó: "La Sala advierte en esta oportunidad, que dadas las cambiantes formas de familia que constitucionalmente se han venido reconociendo, lo que aquí se ha expresado en relación con las amas de casa, es aplicable también cuando el hombre es el que se ocupa de las labores domésticas, y de esta forma aporta al sustento material y afectivo del círculo familiar. Lo será igualmente predicable respecto de las familias conformadas por parejas del mismo sexo." Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 13 de junio de 2013, exp. 26800, M.P. Jaime Orlando Santofimio G.

En lo que respecta a la institución de familia biológica no existe dificultad en cuanto a su naturaleza y desarrollo, y en lo que concierne a la de crianza, la jurisprudencia contencioso administrativa ha decantado con suficiencia, su naturaleza, evolución y comprensión. En efecto, en sentencia del 26 de marzo de 2008, exp. 18846, se puntualizó⁴⁵:

“De la prueba obrante en el proceso, se da por acreditada la condición de “hijo de crianza” de Carlos Mauricio Devia Cerquera, respecto a Rafael Antonio Atara Ortiz, y aunque si bien, es sabido que se encuentra legitimado para intervenir o incoar en el proceso de reparación directa, todo aquel que sea perjudicado directo con el hecho dañoso, al margen del *ius sanguinis* o parentesco, encuentra oportuno la Sala esbozar unos leves lineamientos sobre lo que con inusitada frecuencia en nuestra realidad social se denomina “hijo de crianza”. Condición que puede tener origen no del todo en el marco de la solemnidad de la adopción como institución jurídica, sino en la facticidad de las relaciones sociales propias de nuestra cultura. En efecto: “Tomemos ahora latamente esta palabra, y digamos ¿qué es adopción tomada en este sentido general y lato? Respuesta. Es una acción solemne, por la cual se toma el lugar de hijo o nieto a uno que no lo es por naturaleza”⁴. Y no empece a la ausencia del requisito de la solemnidad propio del Derecho Romano en la medida que dicho acto se hacía en presencia del pueblo en los comicios o por la moneda y el peso delante de cinco testigos, no puede dejarse de lado el hecho, de que la familia aunque se haya iniciado como fenómeno biológico, como unidad reproductiva de los primates, mutó a ser una realidad o categoría social, de allí que como lo enseña el ilustre romanista Lucrecio Jaramillo Vélez:

“Familia en el sentido estricto

“La familia está integrada por personas sometidas a la potestad *del pater familias* (Ulpiano D. 50, 15, 195, 2) a saber:

“(…)

“d) Los hijos adoptivos...”⁵.

“No se confunde desde luego, y se advierte nuevamente, la adopción como categoría jurídica regulada en el ordenamiento propio, con la constatación de una realidad social que es manifiesta en nuestro medio y que se ha conocido como hijos de crianza, cuya naturaleza y características se viene de describir. La realidad social es la que impone ese reconocimiento:

⁴⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de marzo de 2008, exp. 18846, M.P. Enrique Gil Botero.

⁴ HEINECCIO J. GOTTL, “Recitaciones del Derecho Civil según el orden de la Instituta, Paris, 3ª edición, tomo I, 1875, pág. 244.

⁵ Derecho Romano, tomo I, Editorial Universidad de Antioquia, 1965, pág. 94.

“Pero también, y más importante quizás bajo la óptica de las transformaciones del derecho, esa permeabilización de la familia no se realiza bajo la simple fórmula de la regulación jurídica de un espacio privado. Más que ello incluso, es la invasión de la normatividad familiar (la tradición, que no se consideró jamás jurídica) en el derecho, lo que ha terminado transformado el derecho como tal.

“(…)

“Otra de las razones aunque no una cualquiera por las que la familia es cada vez menos una institución privada políticamente insignificante es porque ha adquirido la función de “conducto regular” que comunica a los individuos con los programas sociales del Estado...

“Es presupuesto de esa función eliminar distinciones de fondo entre familia “legítima” (fundada en matrimonio válido) y las formas de familia de hecho, pues el crecimiento de esta última entre sectores populares así lo exige. La paradoja sirve para entender algunos de los tránsitos del derecho actual: la crisis de la legitimidad jurídica se aprovecha en esta como en muchas otras ocasiones para extender el radio de acción del derecho”⁶.

“Y es en el anterior entendimiento, que acreditado por cualquiera de los medios probatorios, la circunstancia o relación de especial afecto y protección que se adjetiva como “hijo de crianza”, lo que permite se infiera de allí el dolor moral padecido por aquél o por el *pater familias*.”

En otra oportunidad, en relación con un “hijo de crianza”, se reiteraron los planteamientos desarrollados y, adicionalmente, se discurrió sobre el particular de la siguiente forma:

“De otro lado, en relación con los perjuicios reclamados por Eliana Maricela Restrepo Uribe y Arley Alejandro Durán Uribe, se encuentra acreditado a través de los testimonios de los señores Elda Mary Gómez, Hernando de Jesús Cortés Arredondo, y Luz Melida García Gómez que existía entre aquellos y el occiso una relación fraterna, motivo por el cual la Sala debe reiterar su línea jurisprudencial referida a que la familia no sólo se constituye por vínculos jurídicos o de consanguinidad, sino que puede tener un sustrato natural o social, a partir de la constatación de una serie de relaciones de afecto, de convivencia, de amor, de apoyo y solidaridad, que son configurativas de un núcleo en el que rigen los principios de igualdad de derechos y deberes para una pareja, y el respeto recíproco de los derechos y libertades de todos los integrantes. En esa perspectiva, es posible hacer referencia a las acepciones de “padres (papá o mamá) de

⁶ ARAMBURO RESTREPO, José Luis, “La familia en las transformaciones del derecho”, en: Pensamiento Jurídico, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, N° 1, sin fecha.

crianza", "hijos de crianza", e inclusive de "abuelos de crianza"⁴⁶, toda vez que en muchos eventos las relaciones de solidaridad, afecto y apoyo son más fuertes con quien no se tiene vínculo de consanguinidad, sin que esto suponga la inexistencia de los lazos familiares, como quiera que la familia no se configura sólo a partir de un nombre y un apellido, y menos de la constatación de un parámetro o código genético, sino que el concepto se fundamenta, se itera, en ese conjunto de relaciones e interacciones humanas que se desarrollan con el día a día, y que se refieren a ese lugar metafísico que tiene como ingredientes principales el amor, el afecto, la solidaridad y la protección

⁴⁶ "Según el Diccionario de la Lengua Española, crianza tiene, entre otros, los siguientes significados: "Acción y efecto de criar. Con particularidad se llama así la que se recibe de las madres o nodrizas mientras dura la lactancia. // Época de la lactancia. ..."

"Para Guillermo Cabanellas, en su Diccionario Enciclopédico Jurídico, las palabras criar y crianza, tienen las siguientes acepciones:

'Crianza. Cría o manutención de los hijos por sus madres o nodrizas.// Educación, cortesía, urbanidad.'

'Criar. Formar de la nada.// Producir. // Nutrir durante la lactancia. // Educar; instruir.// . . .'

"En reciente sentencia de esta Corte, sobre los derechos que reclamaban unos padres de crianza de un soldado fallecido en servicio, además de hacer consideraciones sobre la naturaleza de las relaciones que surgen en esta circunstancia, se señaló que las manifestaciones, públicas y privadas que se dieron entre los padres, demandantes de la tutela, y el hijo, correspondían a las que ordinariamente se dan entre padres e hijos, y de allí los derechos que surgieron para dichos padres.

"En lo pertinente, dijo la sentencia:

'La situación de abandono en que se encontraba Juan Guillermo en 1979, terminó cuando los demandantes decidieron hacer de él el hijo de familia que no habían tenido; las relaciones que entonces se establecieron entre los actores y el soldado fallecido fueron, hasta la muerte de éste último, las que ordinariamente se dan entre padres e hijos; los peticionarios se preocuparon por proporcionar a Juan Guillermo un hogar, y por brindarle en él la estabilidad emocional, afectiva y económica que ya no recibía de sus padres carnales. A su vez, Juan Guillermo reaccionó a la acogida que Tomás Enrique y María del Carmen le dieron, comportándose para con ellos como si fuera un hijo de esa pareja.

'Surgió así de esa relación, una familia que para propios y extraños no era diferente a la surgida de la adopción o, incluso, a la originada por vínculos de consanguinidad, en la que la solidaridad afianzó los lazos de afecto, respeto y asistencia entre los tres miembros, realidad material de la que dan fe los testimonios de las personas que les conocieron.

'De esta manera, si el trato, el afecto y la asistencia mutua que se presentaron en el seno del círculo integrado por los peticionarios y el soldado fallecido, eran similares a las que se predicen de cualquier familia formalmente constituida, la muerte de Juan Guillermo mientras se hallaba en servicio activo debió generar para sus "padres de crianza", las mismas consecuencias jurídicas que la muerte de otro soldado para sus padres formalmente reconocidos; porque no hay duda de que el comportamiento mutuo de padres e hijo ("de crianza") revelaba una voluntad inequívoca de conformar una familia, y el artículo 228 de la Carta Política establece que prevalecerá el derecho sustantivo.' (sentencia T-495, del 3 de octubre de 1997, Magistrado ponente., doctor Carlos Gaviria Díaz)" Sentencia T-592 proferida por la Corte Constitucional el 18 de noviembre de 1997.

De otro lado, en cuanto al concepto de familia, la Corte Constitucional tiene por establecido: "Puede hablarse de familia legítima para referirse a la originada en el matrimonio, en el vínculo jurídico; y de familia natural para referirse a la que se establece solamente por vínculos naturales. Esta clasificación no implica discriminación alguna: significa únicamente que la propia Constitución ha reconocido el diverso origen que puede tener la familia. No hay duda alguna sobre la igualdad de derechos y obligaciones entre los hijos y sobre cómo esta igualdad comprende a los ascendientes y descendientes." Sentencia C-595 proferida por la Corte Constitucional, el 6 de noviembre de 1996.

de sus miembros entre sí, e indudablemente también a factores sociológicos y culturales.”⁴⁷

Así las cosas, tratándose de perjuicios morales será viable que quien invoque la condición de familiar (consanguíneo, afín, por adopción o de crianza) –del núcleo cercano y en los grados que han sido objeto de presunción por esta Corporación– y lo acredite en el proceso a través de los diversos medios de convicción será beneficiario de la presunción de aflicción que opera para los grados cercanos de parentesco, sin que le sea exigible la acreditación de tercero afectado, es decir, la prueba directa de la congoja y del sufrimiento. En otros términos, si en el proceso se prueba la condición de familiar de la víctima directa, los demandantes serán beneficiarios de la misma presunción que opera para aquellos que con el registro civil demostraron el parentesco.

Así las cosas, se reconocerán este tipo de perjuicios para todos los demandantes, previa aclaración de que conforme a lo expresado en sentencia del 6 de septiembre de 2001, se ha abandonado 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 perjuicio moral, y ha considerado que la valoración del mismo debe ser hecha por el juzgador, en cada caso, según su prudente juicio y con apoyo en el *arbitrio juris*, y ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado⁴⁸.

Según lo ha reiterado la jurisprudencia del Consejo de Estado, en casos de privación injusta de la libertad y con apoyo en las máximas de la experiencia hay lugar a inferir que esa situación genera dolor moral, angustia y aflicción a las personas que por esas circunstancias hubieren visto afectada o limitada su libertad⁴⁹; en esa línea de pensamiento, se debe considerar que ese dolor moral también se genera en sus seres queridos más cercanos, tal como la Sala lo ha reconocido en diferentes oportunidades⁵⁰, al tiempo que se ha precisado que según las aludidas reglas de la experiencia, el dolor de los padres es, cuando

⁴⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de septiembre de 2009, exp. 17997, M.P. Enrique Gil Botero.

⁴⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232-15.646.

⁴⁹ Entre otras, sentencia del 14 de marzo de 2002, exp. 12076, M.P. Germán Rodríguez Villamizar.

⁵⁰ Cf. Sentencia del 20 de febrero de 2008, exp. 15980, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

menos, tan grande como el del hijo que fue privado injustamente de su libertad, cuestión que cabe predicar por igual en relación con el cónyuge, compañera o compañero permanente o los hijos de quien debió soportar directamente la afectación injusta de su derecho fundamental a la libertad⁵¹.”

De manera que, la Subsección aprovecha esta oportunidad para reiterar la jurisprudencia –acogida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de la Sala Plena de la Sección Tercera y la posición mayoritaria de la Subsección C⁵²– sobre la materia, según la cual el daño moral al hacer referencia a la órbita interna del sujeto, no puede ser tasado a partir de criterios objetivos o tablas de punto, razón por la que para su liquidación se ha optado por la aplicación del *arbitrio juris*, postulado que se integra a la nomaárquica jurídica, y que, lejos de reflejar parámetros de arbitrariedad, su existencia y validez normativa encuentra fundamento en la sana crítica y en la reglas de la experiencia de las que se vale legítimamente el operador judicial para reconocer vía compensación una afectación a un bien tan personalísimo como las lesiones a la esfera u órbita interna y afectiva de la persona⁵³.

Comoquiera que en el *sub judice* la demandada no desvirtuó la presunción de aflicción, habrá que decretar el perjuicio solicitado, según el arbitrio judicial, para lo cual es imprescindible tener en cuenta la prueba de la relación de consanguinidad, entre la víctima, sus padres y sus hermanos.

En el asunto sub examine, se tiene que Carlos Andrés Pérez Berrío era hijo de Guillermo Pérez Gulfo y Genoveva Berrío Guerrero, y hermano de Fanny, Miryam, Euclides y José Guillermo Pérez Berrío, según dan cuenta los registros civiles de nacimiento visibles a folios 6, 7, 11, 16 y 17 del cuaderno No. 1.

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta lo anteriormente discernido, se condenará a la demandada a pagar la suma de 40 salarios mínimos legales mensuales por concepto de perjuicios morales para: María Idalides González

⁵¹ Cf. Sentencia del 11 de julio de 2012, exp. 23688, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, reiterada en sentencia del 30 de enero de 2013, exp. 23998 y del 13 de febrero de 2013, exp. 24296, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, proferidas por la Subsección A de esta Sección.

⁵² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencias del 1º de febrero de 2012, exp. 20106 y del 14 de marzo de 2012, exp. 21859, M.P. Enrique Gil Botero.

⁵³ Sobre la improcedencia de la aplicación del *test de proporcionalidad* en la tasación de los perjuicios morales, véase: Sentencia del 5 de julio de 2012, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Exp. 21.928; Sentencia del 19 de noviembre de 2012, exp. 24.260; Sentencia del 24 de abril de 2013, exp. 26.195; Sentencia del 8 de mayo de 2013, exp. 26.754, entre otras.

López, Fanny, Miryam, Euclides y José Guillermo Pérez Berrío, para cada uno; y, la suma de 80 salarios mínimos legales mensuales, por el mismo concepto, para: Carlos Andrés Pérez Berrío, Guillermo Pérez Gulfo y Genoveva Berrío Guerrero, para cada uno.

6.2. Perjuicios Materiales

6.2.1. Daño emergente

Bajo esta modalidad, se deprecaron las sumas irrogadas por la defensa judicial del actor, durante el tiempo en que se surtió la investigación penal en su contra, a cargo de un apoderado contractual, egreso que se estimó en \$3'000.000. Por otro lado, se pidió la suma de \$30'000.000 por concepto del período que se prolongó su exilio en Ecuador. Habiendo conjurado su asilo en Suiza, el actor solicitó el pago de los emolumentos que el gobierno de ese país le facilitó para su subsistencia -bajo el compromiso de regresar dichas cifras de dinero-, que se calcularon, hacia futuro, en \$200'000.000. Sin embargo, ninguna de estas cifras se concederá; la primera en cuanto no se allegó soporte alguno que demostrara las expensas que debieron sufragar al apoderado judicial en lo penal y, la segunda y tercera porque -además de no estar probadas-, como ya se estableció, el pago por las erogaciones que adujeron realizar en su paso por los dos países constituiría la pretensión lógica derivada de la falla en el deber de seguridad y protección del Estado, imputación que no se argumentó ni se demostró.

6.2.2. Lucro Cesante

Se argumentó como pretensión la indemnización de los salarios que dejó de percibir Carlos Andrés Pérez Berrío durante el tiempo que estuvo privado de la libertad, y se especificó que los mismos corresponderían a la remuneración percibida por el desempeño de sus funciones como Alcalde del Municipio de Chigorodó – Antioquia.

Sin embargo, se constató que la elección popular del señor Pérez Berrío fue para desempeñarse en el cargo de burgomaestre de Chigorodó durante el período 1992 – 1994, tal como lo indica el acta de posesión, levantada por el Juzgado Civil Municipal el 1 de junio de 1992:

“(…) En la fecha comparece al despacho el señor ANDRÉS PÉREZ BERRÍO, con el fin de tomar posesión del cargo de Alcalde Popular de este Municipio, para el cual fue elegido en elecciones realizadas el día ocho de marzo del presente año. Por tal motivo, el suscrito Juez por ante su secretaria le toma el juramento (...). A continuación presentó los siguientes documentos: (...9 respectiva credencial expedida por la Registraduría Nacional del Estado Civil, en la que consta su elección como tal para el Período 1992 a 1994 (...)” (fl. 338 del cdno. No. 1).

En efecto, a folio 310 del cuaderno del Tribunal, se verificó la copia auténtica de la credencial electoral, en la que se certifica que Andrés Pérez Berrío fue elegido por el partido Unión Patriótica, mediante mecanismo del voto popular, como Alcalde del Municipio de Chigorodó – Antioquia para ejercer el cargo por el período de dos años, entre 1992 y 1994.

Se advierte entonces que -por razones que no se especifican en el expediente-, aunque para el día en que se efectuó la captura del señor Pérez Berrío –18 de julio de 1994- aún se encontraba ejerciendo como primera autoridad del municipio, lo cierto es que su período oficial en el cargo se acreditó sólo hasta el 31 de mayo de 1994, de allí que no se encuentra procedente elaborar la liquidación con base en el salario devengado como burgomaestre, puesto que el tiempo adicional durante el cual se hubieran extendido sus funciones aparece no menos que incierto e indemostrado.

Bajo esta misma modalidad, en la categoría futura, se solicitó la indemnización por razón de las asignaciones salariales y las prestaciones sociales dejadas de percibir por Andrés Pérez Berrío, en caso de haber continuado al servicio del municipio.

Sin embargo, resulta evidente que -conforme a la pretensión-, la condición a la que se sujeta y se multiplica la expectativa de ingresos, no corresponde a un derecho adquirido, sino a la simple expectativa del mismo. Así, téngase presente el artículo 58 superior, que consagra:

“(…) Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores (...).

En consecuencia, no es posible asegurar que el señor Carlos Andrés Pérez Berrío tuviera el devenir conjurado para asegurar su permanencia como funcionario o servidor del municipio en el futuro, de allí que, aún cuando su expectativa se pudo

ver truncada a partir del ilícito investigado, lo cierto es que en ningún momento demostró que sus aspiraciones de vinculación con la administración municipal se trataran de un derecho adquirido, por lo cual dicha expectativa pertenece al mundo de lo incierto, haciendo imposible anticipar su materialización.

Por demás, así lo ha expresado la Corte Constitucional:

“(…) En conclusión: el derecho adquirido se incorpora de modo definitivo al patrimonio de su titular y queda a cubierto de cualquier acto oficial que pretenda desconocerlo, pues la propia Constitución lo garantiza y protege; no ocurre lo mismo con la expectativa que, en general, carece de relevancia jurídica y, en consecuencia, puede ser modificada o extinguida por el legislador (...)”⁵⁴

En consecuencia, el rubro deprecado como expectativa futura de ingresos por su eventual vinculación laboral o contractual con el municipio, no será concedido, comoquiera que no se trata de derechos que se hayan encontrado en la órbita de su patrimonio por virtud legal, sino de simples expectativas de llegar a alcanzarlos en el futuro.

A continuación, bajo la misma categoría futura, se solicitó la indemnización por el perjuicio padecido con ocasión de la disolución de una sociedad de la que el señor Pérez Berrío, aseguró, hacía parte. El monto aproximado en que se tazó el perjuicio fue de \$180.000.000, cuantificado conforme a la expectativa probable de vida del señor Pérez Berrío y las utilidades por él percibidas.

Así las cosas, con el fin de acreditar dichas afirmaciones, se allegó copia simple del acto de constitución de la sociedad “Depósito Cosmodrogas Ltda.” (fls. 316 a 321 del cudno. No. 1), y de una relación de algunos gastos urgentes del establecimiento, suscrita por una de sus empleadas (fl. 333 del cdno. No. 1). Sin embargo, ninguna de las relacionadas son pruebas que puedan conducir a establecer que la mencionada sociedad se liquidó, tampoco a que su disolución se haya configurado por causa y con ocasión de la detención preventiva a que fue sometido Carlos Andrés Pérez Berrío y, mucho menos, a corroborar las presuntas utilidades que la sociedad le proveía al actor, de allí que, el rubro solicitado por este concepto será denegado.

⁵⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-198 de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Por lo demás, es preciso destacar que la parte demandante tampoco se esforzó por demostrar si, previo al cumplimiento de su mandato popular, el señor Andrés Pérez Berrío ejercía alguna profesión u oficio diferente, por lo que en ausencia de certidumbre al respecto, y toda vez que por disposición legal y desarrollo jurisprudencial a toda persona en edad productiva que se desempeñe laboralmente se le presume un ingreso mínimo -cuya vigencia es anual-, una vez determinado que la actualización del salario mínimo del año 1995 es inferior al salario mínimo actual⁵⁵, se tomará como base para la liquidación el más reciente, que asciende a \$589.500., suma que adicionada en un 25%, correspondiente al valor de las prestaciones sociales, arroja el salario base de liquidación en **\$736.875.**

Por concepto de lucro cesante, se liquidará no sólo el período consolidado comprendido entre el 18 de julio de 1994 y el 5 de junio de 1995, es decir 10 meses y 18 días -tiempo que permaneció privado de la libertad el demandante principal-, 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)^{56, 57}”

Por lo tanto, si bien Carlos Andrés Pérez Berrío estuvo privado de la libertad hasta el 5 de junio de 1995, lo cierto es que según los parámetros jurisprudenciales a este período es necesario sumarle el tiempo en que, según los datos oficiales, una

$$\begin{array}{r} \text{Va} = \$118.170 \quad \frac{113,74 \text{ (IPC Mayo 2013)}}{29,75 \text{ (IPC junio 1995)}} = \$451.786,74 \end{array}$$

⁵⁶ 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.

⁵⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2006, exp. 13168, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

persona tarda en conseguir trabajo con posterioridad a su salida de la cárcel, es decir 8 meses y 22 días, lo que daría un consolidado de 19 meses y 10 días, o lo que es igual, 19,33 meses.

Para la liquidación del período consolidado, se aplicará la fórmula matemático – actuarial utilizada por la jurisprudencia. La misma se expresa en los siguientes términos, donde “i” es una constante y “n” corresponde al número de meses transcurridos desde la fecha de la captura adicionada en 8,75 meses:

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

$$S = \$736.875 \frac{(1+0.004867)^{19,33} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$14'897.377$$

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

FALLA:

REVÓCASE la sentencia del 31 de octubre de 2003, proferida por la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia.

1) Declárase patrimonialmente responsable a la Fiscalía General de la Nación, por los daños ocasionados con la privación injusta de la libertad de Carlos Andrés Pérez Berrío.

2) Condénase a la Fiscalía General de la Nación a pagar, por perjuicios morales a Carlos Andrés Pérez Berrío, Guillermo Pérez y Genoveva Berrío la suma equivalente en pesos a ochenta (80) salarios mínimos legales mensuales vigentes a cada uno; por el mismo concepto a María Idalides González López, Fanny, Miryam, Euclides y José Guillermo Pérez Berrío, la suma equivalente en pesos a cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a cada uno de ellos.

3) Condénase a la Fiscalía General de la Nación a pagar a Carlos Andrés Pérez Berrío, la suma de catorce millones ochocientos noventa y siete mil trescientos setenta y siete pesos (\$14'897.377), por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante.

4) Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

5) Sin condena en costas

6) Dese cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual se expedirá copia de la sentencia de segunda instancia, conforme al artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

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

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase

Jaime Orlando Santofimio Gamboa
Presidente de la Sala

Enrique Gil Botero

Olga Mélida Valle de De La Hoz

ACLARACION DE VOTO DE LA DOCTORA OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ

ESTUDIO DE LA EVOLUCION HISTORICA Y CONCEPTO DE FAMILIA - Considerados como obiter dicta. Procesos de pensamiento del ponente de la sentencia

Si bien comparto lo decidido en la parte resolutive del fallo, me aparto de él en lo concerniente al estudio y análisis histórico que se hace en las páginas 59 a 70 de la sentencia, acerca de la evolución histórica de las nociones o conceptos de familia, matrimonio, sus diferentes estadios, hasta llegar a la modernidad, por considerar que son temas que en nada tocan con la decisión o ratio decidendi de la controversia puesta a consideración de la Sala; sino que los argumentos esbozados sobre los distintos temas que allí se exponen, constituyen un obiter

dicta o “dichos de paso” en consideración a que cuando en la sentencia se afirma que “...hay que superar los atavismos que hacen nugatorio el derecho de las personas de cualquier clase, raza, orientación sexual, etc., a conformar de manera libre y autónoma familia...”; entre otras consideraciones, son posiciones que comportan un proceso de pensamiento autónomo del ponente,-que no dejan de ser solo eso, procesos de pensamientos, que no encarnan una verdad absoluta-que no comprometen de ninguna manera la posición que tiene la suscrita magistrada sobre esos temas-que no son del caso traerlos a colación, por no ser este el escenario propicio para hacerlo

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de julio de dos mil trece (2013)

Radicación número: 05001-23-31-000-1997-01368-01(27289)

Actor: ANDRES PEREZ BERRIO

Demandado: NACION - FISCALIA GENERAL DE LA NACION

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

ACLARACIÓN DE VOTO

Con la debida consideración y respeto por las decisiones de la Sala, procedo a aclarar el voto con relación a la sentencia de 24 de julio de 2013, pronunciada en el asunto de la referencia, a través de la cual se dispuso en la parte resolutive lo siguiente: “*FALLA: **REVÓCASE** la sentencia del 31 de octubre de 2003, proferida por la Sala Segunda de decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia. 1) **Declárase** patrimonialmente responsable a la Fiscalía General de la nación por los daños ocasionados con la privación injusta de la libertad de Carlos Andrés Pérez Berrío. 2) **Condénase** a la Fiscalía General de la Nación a pagar, por perjuicios morales a Carlos Andrés Pérez Berrío, Guillermo Pérez y Genoveva Berrío la suma equivalente en pesos a ochenta (80) salarios mínimos legales mensuales vigentes a cada uno; por el mismo concepto a María Idalides González López, Fanny, Miryam, Euclides y José Guillermo Pérez Berrío, la suma equivalente en*

pesos a cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a cada uno de ellos. **3) Condénase** a la Fiscalía General de la Nación a pagar a Carlos Andrés Pérez Berrío, la suma de catorce millones ochocientos noventa y siete mil trescientos setenta y siete pesos (\$14'897.377), por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante. **4) Niéganse** las demás pretensiones de la demanda. **5) Sin condena en costas.** **6) Dese cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual se expedirá copia de la sentencia de segunda instancia, conforme al artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.** **7) En firme esta providencia vuelva el expediente al Tribunal de origen."**

Si bien comparto lo decidido en la parte resolutive del fallo, me aparto de él en lo concerniente al estudio y análisis histórico que se hace en las páginas 59 a 70 de la sentencia, acerca de la evolución histórica de las nociones o conceptos de familia, matrimonio, sus diferentes estadios, hasta llegar a la modernidad, por considerar que son temas que en nada tocan con la decisión o ratio decidendi de la controversia puesta a consideración de la Sala; sino que los argumentos esbozados sobre los distintos temas que allí se exponen, constituyen un obiter dicta o "dichos de paso" en consideración a que cuando en la sentencia se afirma que "...hay que superar los atavismos que hacen nugatorio el derecho de las personas de cualquier clase, raza, orientación sexual, etc., a conformar de manera libre y autónoma familia..."; entre otras consideraciones, son posiciones que comportan un proceso de pensamiento autónomo del ponente,-que no dejan de ser solo eso, procesos de pensamientos, que no encarnan una verdad absoluta- que no comprometen de ninguna manera la posición que tiene la suscrita magistrada sobre esos temas-que no son del caso traerlos a colación, por no ser este el escenario propicio para hacerlo-

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