

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO - Presupuestos. Elementos. Daño antijurídico. Imputación / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Presupuestos. Elementos. Daño antijurídico. Imputación / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Constitucionalización. Mecanismo de protección de los administrados

Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización” de la responsabilidad del Estado y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados, sin distinguir su condición, situación e interés. Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la responsabilidad extracontractual del Estado tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión. Dicha imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar: i) atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional); Adicionalmente a lo anterior, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION DE 1991 - ARTICULO 90

NOTA DE RELATORIA: Sobre la responsabilidad del Estado como mecanismo de protección de los administrados, Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996, reiterada en la sentencia C-892 de 2001; cláusula general de responsabilidad estatal, Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001; finalidad de protección por parte de las autoridades públicas, Consejo de Estado, sentencia de 26 de enero de 2006, exp. AG-2001-213; elementos de la responsabilidad, Consejo de Estado, sentencia de 21 de octubre de 1999, exps. 10948 y 11643.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Daño antijurídico / DAÑO ANTIJURIDICO - Principio de solidaridad. Principio de igualdad

En cuanto al daño antijurídico, debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho. De igual manera, el precedente jurisprudencial constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra a los “principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución”.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION DE 1991 - ARTICULO 1 / CONSTITUCION DE 1991 - ARTICULO 2 / CONSTITUCION DE 1991 - ARTICULO 13 / CONSTITUCION DE 1991 - ARTICULO 58

NOTA DE RELATORIA: Daño antijurídico, Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996 y sentencia C-832 de 2001.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Imputación. Principio de imputabilidad / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Atribución jurídica / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Imputación objetiva

Todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica. En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva, título autónomo que “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la “atribución”, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de “cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”. Esto, sin duda, es un aporte que se representa en lo considerado por Larenz según el cual había necesidad de “excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar”. Con lo anterior, se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter permisible o no.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el principio de imputabilidad, Corte Constitucional, sentencia C-254 de 25 de marzo de 2003.

PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Régimen jurídico aplicable. Evolución jurisprudencial

En la primera etapa, la responsabilidad se fundaba en el error judicial, bien porque se practicaba una detención ilegal, porque se produjo la captura sin que se encontrara la persona en situación de flagrancia y, que por razón de tales actuaciones se inició y adelantó la investigación penal por parte de la autoridad judicial. En la segunda etapa, se afirmó la aplicación de los supuestos establecidos en el inciso segundo del artículo 414 del decreto ley 2700 de 1991, de manera que cabía endilgarle la responsabilidad patrimonial al Estado cuando se precluía la investigación o se absolvía porque el hecho no existió, el procesado no lo cometió o el hecho no se constituía en punible. Cuando se trataba de eventos diferentes a los anteriores se exigía probar la existencia de error de la autoridad judicial al ordenar la medida cautelar. En la tercer etapa se viene a sostener que el carácter injusto de los tres supuestos en los que puede encajar la responsabilidad patrimonial del Estado, como consecuencia de la detención preventiva (conforme al inciso segundo del artículo 414 del decreto ley 2700 de 1991) se sustenta en la antijuridicidad del daño sufrido por la víctima. Luego, sistemáticamente interpretado lleva a plantear que es una manifestación concreta de lo consagrado en el artículo 90 de la Carta Política.

NOTA DE RELATORIA: Sobre error judicial, Consejo de Estado, sentencias de 30 de junio de 1994, exp. 9734 y 4 de diciembre de 2006, exp.13168. Sobre la aplicación de los supuestos del inciso 2 del artículo 414 del decreto ley 2700 de 1991, Consejo de Estado, sentencia de 4 de diciembre de 2006, exp.13168. Sobre la antijuridicidad del daño sufrido por el detenido injustamente, Consejo de Estado, sentencia de 4 de diciembre de 2006, exp.13168.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 2700 DE 1991 - ARTICULO 414

PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Régimen jurídico aplicable. Posición actual. Reiteración jurisprudencial / PRIVACION INJUSTA DE LA

LIBERTAD / Régimen objetivo / REGIMEN OBJETIVO DE RESPONSABILIDAD - Privación injusta de la libertad PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Sentencia absolutoria / PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Preclusión de la investigación / PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - In dubio pro reo

En la actualidad, la tesis mayoritaria de la Sala indica que se puede establecer la responsabilidad patrimonial del Estado por la privación de la libertad de un ciudadano cuando el proceso penal termina con sentencia absolutoria (o preclusión de la investigación) u opera por equivalencia la aplicación del in dubio pro reo, pese a que en la detención se hayan cumplido todas las exigencias legales, ya que se entiende que es desproporcionado, inequitativo y rompe con las cargas públicas soportables que una persona en el Estado Social de Derecho debe asumir, máxime cuando se compromete el ejercicio del derecho fundamental a la libertad. No obstante los eventos que se vienen de indicar que se rigen por un sistema objetivo de responsabilidad, las demás hipótesis estarán gobernadas por un régimen subjetivo de falla del servicio.

PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Aspecto normativo / PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Carácter injusto. Régimen subjetivo / PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Daño antijurídico. Régimen objetivo. Reiteración jurisprudencial

Ahora bien, centrado el aspecto normativo, la Sala debe abordar el análisis del caso remitiéndose a lo consagrado en el artículo 68 de la ley 270 de 1996, en virtud del cual se establece que todo aquel que haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado la reparación de los perjuicios que le hayan sido irrogados. Respecto a dicho precepto, el precedente jurisprudencial constitucional sostiene “(...) el término “injustamente” se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria.” (...) Si bien se afirma la constitucionalidad del artículo 68 de la ley 270 de 1996, importa para la Sala tener en cuenta el alcance que dicho precepto tiene conforme a una interpretación sistemática de este con los artículos 65, 69 y 70 de la misma norma, porque como lo ha señalado el precedente de la Sala, “(...) mal podría identificarse el significado del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, prescindiendo de una hermenéutica sistemática con las demás normas de la misma Ley Estatutaria que regulan el objeto al cual ella se refiere o, peor aún, omitiendo conectarla con el artículo 90 constitucional, piedra angular del régimen de responsabilidad del Estado operante en Colombia desde que rige la Carta Política de 1991. Así las cosas, para concretar el alcance del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 resulta imperioso conectarlo con el enunciado normativo contenido en el artículo 65 ibídem, de acuerdo con el cual ‘el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales’, norma que no introduce limitación o condicionamiento alguno encaminado a impedir el juzgamiento o la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado como consecuencia de la actividad de la Administración de Justicia, distinto de la causación de un daño antijurídico. No podía preverlo, por lo demás, como quiera que con ello conculcaría la regulación efectuada por el artículo 90 de la Carta, que igualmente constituye el concepto de “daño antijurídico” en el elemento central cuya concurrencia debe evidenciarse para que proceda el reconocimiento de la responsabilidad estatal –siempre, claro está, que ese daño pueda imputarse jurídicamente a una autoridad pública–”.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION DE 1991 - ARTICULO 90 / LEY 270 DE 1996 - ARTICULO 65 / LEY 270 DE 1996 - ARTICULO 68 / LEY 270 DE 1996 - ARTICULO 69 / LEY 270 DE 1996 - ARTICULO 70

NOTA DE RELATORIA: Sobre la detención preventiva en general, Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2005, párrafos 104, 106 y 109; caso Tibi, sentencia de 7 de septiembre de 2004; caso Hermanos Gómez Paquiyauri, sentencia de 8 de julio de 2004; caso Instituto de Reeducción del Menor, sentencia de 2 de septiembre de 2004; caso Suárez Rosero, sentencia de 12 de noviembre de 1997. Sobre el carácter injusto de la detención preventiva indemnizable, Corte Constitucional, sentencia C-037 de 1996. Sobre el daño antijurídico como eje de la responsabilidad por privación injusta de la libertad, Consejo de Estado, sentencia de 2 de mayo de 2007, exp.15463.

PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Supuestos / PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Eventos

De todo lo anterior, se llega a afirmar que así el artículo 68 no consagra más supuestos, aquellos no contemplados son aplicables cuando se produce un daño antijurídico, como en el evento en el que el ciudadano se ve sometido a una medida de aseguramiento consistente en la detención preventiva en virtud de la cual se priva de su derecho a la libertad, que posteriormente es revocada al concluirse que los elementos fácticos por los que fue investigado no permiten encontrar que constituyeron un delito alguno, supuesto que ya estaba previsto en el artículo 414 del decreto ley 2700 de 1991, pues el fundamento se radica en que la actuación judicial por medio de la cual se impuso la medida de aseguramiento compromete la responsabilidad de la administración de justicia, específicamente por haber causado un daño antijurídico consistente en la privación injusta de la libertad, lo que debe ser objeto de reparación en cabeza de la autoridad que produjo la misma. (...) Luego, no siempre puede esperarse encajar la responsabilidad de la administración de justicia en el evento de privación de la libertad cuando la medida de aseguramiento consistente en detención se produzca por ser contraria a derecho (pese a su carácter sustancial), porque en la mayoría de los casos esta se encontrará conforme a la legalidad en la que se fundamenta, por lo que habrá que indagar si producido el daño antijurídico este se reputa de la decisión bien porque no hay elementos fácticos para determinar la existencia del hecho punible, o en otros eventos porque no existe prueba o esta permita inferir la duda a favor del sindicado o imputado, de tal manera que obre una valoración del in dubio pro reo. (...) De acuerdo con esta precisión, encuentra la Sala que en aplicación sistemática del artículo 90 de la Carta Política, de las hipótesis consagradas en el artículo 414 del decreto ley 2700 de 1991 y en el artículo 68 de la ley 270 de 1996, cabe estudiar el caso y determinar si había lugar a reconocer a los demandantes el derecho a la indemnización de los perjuicios demandados, siempre que se haya acreditado que la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva a las que se sometió a Nohelia Botero de Villanueva fue injusta, lo que será si se demuestra que fue absuelta por sentencia ejecutoriada o por providencia que haya dispuesto la terminación del proceso, bien sea porque el hecho no existió, la procesada no lo cometió, o el mismo no era constitutivo de delito.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 2700 DE 1991 - ARTICULO 414 / LEY 270 DE 1996 - ARTICULO 68

**DETENCION PREVENTIVA - Ejercicio legítimo de los poderes del Estado /
DETENCION PREVENTIVA - Carga pública**

No debe olvidarse, como el precedente de la Sala lo señala, que el fundamento de la indemnización no está en la ilegalidad de la conducta, sino que si hay lugar a la ocurrencia e imputación de un daño antijurídico. Con otras palabras, que se produzca un daño anormal y que se grave de manera excepcional a los demandantes, lo que no quedó demostrado a tenor de las decisiones judiciales de primera y segunda instancia, siendo que en la última de las cuales no se afirmó la existencia de un claro supuesto de “in dubio pro reo”, sino de un supuesto de aquellos que no encaja en este o cualquiera de los otros en los que se funda el régimen objetivo, por lo que la carga de la parte demandante radicaba en demostrar la existencia de la falla del servicio en cabeza de la entidad demandada, lo que no se ofrece en el presente asunto. Y pese a que el daño antijurídico se estableció, se demostró que la entidad demandada adoptó la decisión de imponer la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva a Nohelia Botero Ospina (de Villanueva), en ejercicio legítimo de los poderes reconocidos al Estado, respecto de lo cual tanto la procesada, como toda persona está obligada a asumirlo como una carga pública soportable.

NOTA DE RELATORIA: Sobre daño anormal y excepcional, Consejo de Estado, sentencia de 27 de septiembre de 2000, exp.11601 y sentencia de 5 de abril de 2008, exp. 16819.

NOTA DE RELATORIA: Con salvamento de voto del Dr. Enrique Gil Botero.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., Trece (13) de Abril dos mil once (2011)

Radicación número: 66001-23-31-000-2000-00095-01(22679)

Actor: NOHELIA BOTERO DE VILLANUEVA Y OTROS

Demandado: NACION-RAMA JUDICIAL

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (SENTENCIA)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda del 7 de marzo de 2002 mediante la que se dispuso negar las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

1. La demanda.

1 Fue presentada el 4 de febrero de 2000 por Nohelia Botero de Villanueva (detenida), Leonardo Villanueva Ramírez (esposo), quienes actúan en nombre propio y a su vez en representación de su nieta menor Diana Marcela Alvarez Villanueva (nieta); Dina Alexandra Villanueva Botero (hija), María Eva Ospina Jaramillo (madre) y Fabiola Botero Ospina (hermana), mediante apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del C.C.A., con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas.

“1. Se pretende la declaratoria de responsabilidad administrativa de la NACION COLOMBIANA - RAMA JUDICIAL representada por el Director Ejecutivo de Administración Judicial, por la privación injusta de la libertad a que fue sometida la señora NOHELIA BOTERO DE VILLANUEVA, por el proceso penal tramitado por presunta violación al Estatuto Nacional de Estupefacientes, el cual culminó con pronunciamiento absolutorio de segunda instancia emitido por el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial-Sala de Decisión Penal-de Pereira, por ausencia de prueba para condenar.

2. Que como consecuencia de la pretensión, se harán las siguientes CODENAS: - Se reconocerán y pagaran a la señora NOHELIA BOTERO DE VILLANUEVA, o a favor de quien o quienes sus derechos represente para el momento en que se produzca el fallo, en sus modalidades de daño emergente y lucro cesante. DAÑO EMERGENTE: Calculado en un monto de millón quinientos pesos (\$1.500.000.00), en razón de los pagos que por concepto de honorarios profesionales canceló al Dr. MARIO SUAREZ HINCAPIE. LUCRO CESANTE: La suma de doce millones de pesos (\$12.000.000.00), equivalente al dinero que a título de honorarios dejó de percibir, en su condición de modista profesional con cursos de especialización en dicha actividad, durante el periodo que estuvo privada de la libertad por espacio de nueve (9) meses y diecisiete (17) días, manifestando que por esta actividad devengaba un promedio mensual de ochocientos mil pesos (\$800.000.00). PERJUICIOS MORALES: 2.000 gramos oro para la señora NOHELIA BOTERO DE VILLANUEVA, obedece a que se trata de una dama que gozaba de alto prestigio y estimación dentro de la sociedad Pereira y cuya imagen se ve deteriorada con ocasión de la investigación penal y la privación efectiva de la libertad en la cárcel de la Badea de Pereira; en 1.500 gramos oro para su esposo, hija, nieta y madre, y 1.000 gramos oro para su hermana. El precio del oro, será aquel que certifique para la fecha de firmeza del fallo, el Banco de la República” (Fl. 27-28 C.1).

2 Como fundamento de las pretensiones, el actor expuso los hechos que la Sala sintetiza así:

El 7 de mayo de 1998, de acuerdo con el reporte sindicalizado de la policía judicial de Pereira, se capturó a Nohelia Botero de Villanueva, en compañía de John Edisón Ospina Ospina, en razón a que éste llevaba consigo en el interior de un maletín la cantidad aproximada de veinte libras de sustancia a base de cocaína.

Con base en el informe de la policía judicial, y estando capturados, se inició la investigación penal por parte de la Fiscalía Doce Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Pereira contra Botero de Villanueva y Ospina Ospina. Posteriormente, son vinculados formalmente al proceso penal mediante indagatoria, y resuelta la situación jurídica por resolución en la que se impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, sin derecho al subrogado de la libertad provisional, teniendo en cuenta la modalidad del delito.

El sindicado Ospina Ospina en ampliación de indagatoria solicitada aceptó ser el único que había cometido el hecho punible, eximiendo de toda responsabilidad a Nohelia Botero de Villanueva, lo que dio lugar a sentencia anticipada y, a la ruptura de la unidad procesal, continuando la instrucción del proceso penal en contra de la mencionada señora, contra quien se profirió resolución de acusación, manteniéndola privada de su libertad.

Se inició etapa del juicio en el Juzgado Segundo Penal de Pereira, el cual dictó sentencia de primera instancia No. 113 del 13 de noviembre de 1998, en la que condenó a Nohelia Botero de Villanueva, decisión que fue apelada y desatado el recurso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira por sentencia del 22 de febrero de 1999 en la que revocó el fallo de primera instancia y absolvió de todos los cargos imputados y con base en los cuales se condenó a la señora Botero de Villanueva. El juzgado de instancia por providencia del 12 de abril de 1999 declaró ejecutoriada la sentencia de segunda instancia.

2. Actuación procesal en primera Instancia

1 El Tribunal Administrativo de Risaralda mediante providencia del 21 de marzo de 2000 admitió la demanda, la cual fue notificada al Director Seccional de la Administración Judicial el 2 de mayo de 2000 (fl.39 c1) y el mismo día al Director Administrativo y Financiero de la Fiscalía General de la Nación (fl.40 c1).

2 La Rama Judicial del Poder Público contestó la demanda en la oportunidad legal, mediante escrito en el cual se opuso a todas las pretensiones y manifestó no constarle algunos hechos y otros si eran ciertos. Así mismo, planteó los siguientes argumentos:

“Los hechos que dan origen a la presente demanda dejan ver clara y llanamente que la denuncia presentada por los agentes de la Policía Nacional la sustentan en una incautación de 20 libras de base de cocaína, sustancia de comercio restringido por la ley 30 de 1986, en un maletín en poder del señor JOHN EDISON OSPINA OSPINA, quien se encontraba al momento de la detención en compañía de la señora NOHELIA BOTERO DE VILLANUEVA, motivo suficiente en derecho para dictar una resolución de Apertura de instrucción, escucharlos en indagatoria y posteriormente dictarles la Medida de Aseguramiento consistente en Detención Preventiva, pues la norma que regula las medidas así lo faculta y le ordena;

En desarrollo de la instrucción, el señor JOHN EDISON se acoge al beneficio de la sentencia anticipada, y de esta forma hay ruptura de la Unidad Procesal, por lo que el proceso continua en relación a la señora NOHELIA BOTERO, practicadas pruebas de oficio, y las solicitadas por la imputada, se consolida el INDICIO, y el fiscal encuentra mérito para dictar al momento de Calificar el Mérito Sumarial Resolución de Acusación, resolución que no es compartida por la implicada por lo cual en ejercicio del derecho de (sic) Constitucional (sic) y legal que les (sic) asistía interponer (sic) los recursos de ley, y en su providencia el superior revoca la sentencia del Juzgado de Conocimiento., (sic) pero sea del caso manifestar que dicho pronunciamiento lo realiza sustentado en el principio Universal (sic) de la duda o comúnmente conocido IN DUBIO PRO REO, y bajo tal principio Universal (sic) en mi forma de ver no es procedente indemnización alguna...

Siendo así el desarrollo del proceso penal que motiva la presente acción no se encuentra irregularidad alguna en el actuar de los funcionarios de la entidad que represento, hay informe de la Policía Nacional, hay instrucción, hay notificaciones en legal forma, hay audiencia pública, y la potestad de valoración que el Juez hace del caudal probatorio anexo en forma legal y oportuna, encuentra que la decisión ha de ser de CONDENA, siendo así la realidad material y procesal de los hechos no se detecta irregularidad alguna en tales actuaciones...” (fls.122 a 133 c1).

Además, propuso como excepciones la innominada (fl.133 c1).

3 La Fiscalía General de la Nación contestó la demanda en la oportunidad legal, mediante escrito en el cual se opuso a todas las pretensiones y manifestó no constarle los hechos ateniéndose a lo que se pruebe dentro del proceso. Así mismo, planteó los siguientes argumentos:

De acuerdo con la competencia legal y constitucionalmente atribuida a la Fiscalía General de la Nación,

“... se dio inicio a la correspondiente investigación penal, investigación a través de la cual se vinculó, entre otros, a NOHELIA BOTERO DE VILLANUEVA quien tuvo la oportunidad de controvertir las pruebas con las garantías del debido proceso y del derecho de defensa, ajustándose el procedimiento a los principios y ritualidades que prevé la ley penal, tanto para la etapa de instrucción como para la etapa de juicio, sin que haya cuestionado en la demanda interpuesta por la demandante, en ningún momento, la actividad desplegada por la Fiscalía General de la Nación, a través de sus Fiscales Delegados en el presente caso” (fls.144 y 145 c1).

Agregándose,

“Si bien los elementos probatorios que sirvieron de base para proferir la sentencia condenatoria por parte del Juzgado 2º Penal del Circuito de Pereira por el delito de violación al Estatuto Nacional de Estupefacientes, artículo 33 de la Ley 30 de 1986, modificado por el artículo 17 de la Ley 365 de 1997, se vieron desvirtuados y analizados de diferente manera por parte del Tribunal Superior de Pereira al conocer de la Causa (sic) en segunda instancia, dicha decisión absolutoria no se profirió en el proceso penal, porque hubiesen aparecido otras pruebas que en forma fehaciente y contundente demostraran que el hecho punible materia de investigación por parte de la Fiscalía no hubiese existido, o que el sindicado no lo hubiese cometido, o que a pesar de haber existido y haber sido cometido por él, esta conducta no constituía hecho punible, sino porque sencillamente el Tribunal Superior de Pereira le restó mérito probatorio a las pruebas existentes en la investigación penal en contra del sindicado, dando aplicación al principio del “in dubio pro reo”...

... se puede apreciar con claridad meridiana como la absolución decretada en la segunda instancia obedece más a la aplicación del principio de que la duda se resuelve a favor del sindicado, que a la certidumbre, demostración o constatación de cualquiera de las hipótesis contempladas en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal... que dan lugar a la indemnización y responsabilidad del Estado...

*... Lo anterior conlleva necesariamente a concluir que la detención de los demandantes no tiene la connotación de **detención injusta** y en consecuencia, el daño que pudieron sufrir al ordenarse la detención, no tenía la categoría de **antijurídico** y las víctimas en este caso, se encontraban en el deber de soportar las consecuencias de la actividad judicial comoquiera que en la investigación penal sí existían indicios graves de responsabilidad que ameritaban el adelantamiento de la investigación”...*

... debe señalarse que la medida de aseguramiento en el caso materia de la litis, no puede tildarse de “injusta”, pues dicha medida estuvo fundada en pruebas que fueron legalmente aportadas a la investigación, y con ella no se vulneró ningún derecho fundamental, ajustándose la providencia que la determinó a las exigencias tanto de fondo como de forma que prevé la ley penal.

Contra la sindicada en efecto existían graves indicios que comprometían su responsabilidad, al haber sido capturada, en un operativo adelantado por la Policía Nacional, en compañía del señor John Edison Ospina, quien a la postre se acogió al beneficio de la Sentencia Anticipada confesando sus responsabilidades, en posesión de 1.017 gramos de cocaína, que debería ser entregado a otro señor en la casa de la señora NOHELIA BOTERO DE VILLANUEVA, entre otras, aunadas a las serias y graves declaraciones de los Agentes de la Policía Nacional determinaron la adopción de la medida

de aseguramiento de detención preventiva, que finalmente concluirían en la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado 2º Penal del Circuito de Pereira.

Ahora bien, con la medida de aseguramiento impuesta a NOHELIA BOTERO DE VILLANUEVA, sólo se buscaba asegurar su comparecencia al proceso penal hasta tanto se esclarecieran los hechos que eran materia de investigación penal” (fls.144 a 149 c1).

Finalmente, señaló que el propio Fiscal Delegado en la etapa de juicio solicitó que no fuera condenada Nohelia Botero de Villanueva, en atención a que se daban los presupuestos para la aplicación del principio del “in dubio pro reo” (fl.152 c1).

4 Agotada la etapa probatoria a la que se dio inicio mediante auto del 26 de octubre de 2000 (fl.181 c1) y sin haberse convocado para audiencia de conciliación, por auto del 12 de junio de 2001 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y se señaló del traslado especial a que hay lugar en caso de haber sido solicitado por el Ministerio Público (fl.239 c1).

5 La parte actora guardó silencio.

6 La Fiscalía General de la Nación presentó los alegatos de conclusión mediante escrito en el cual solicitó que se despacharan desfavorablemente las súplicas de la demanda por cuanto no se encuentran acreditados los presupuestos que permitan estructurar una responsabilidad patrimonial de la Fiscalía General de la Nación. Con base en que no hay lugar a una falla del servicio, un defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia o un daño antijurídico por detención privativa de la libertad injustamente de la señora Nohelia Botero de Villanueva, reiterando lo afirmado en otras instancias procesales (fls.247 y 248 c1).

7 La Rama Judicial presentó alegatos de conclusión mediante escrito en donde reitera que se nieguen las pretensiones de la demanda y se declare que la entidad, no tiene ninguna responsabilidad en los hechos que atañen el presente proceso. Se argumenta que dentro de las actuaciones judiciales que se realizaron no se quebrantó en ningún momento el ordenamiento legal existente (fls.279 y 280 c1).

8 La Procuraduría General de la Nación rindió alegato de conclusión, considerando que las partes han quedado legitimadas dentro del proceso, sin embargo, frente a la señora Fabiola Botero Ospina, hermana de Nohelia Botero,

no deben prosperar sus pretensiones, de manera que según la Jurisprudencia del Consejo de Estado, los parientes en calidad de hermanos no solo deben de probar mediante documentos, sino que deben demostrar que hubo un perjuicio moral o material, para reclamar su indemnización. Frente al daño causado a la señora Nohelia Botero de Villanueva argumenta lo siguiente:

“... no fue solo el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, sino también otra autoridad, diferente a dicha Corporación las que observaron que con las pruebas existentes en el proceso, no se podía establecer un indicio grave que permitiera proferir una sentencia condenatoria en contra de la señora Nohelia Botero Ospina (sic), y que por ende, se debía proceder a su liberación inmediata.

El otro punto es el de traer a colación el principio universal del derecho penal, que dice “nadie es culpable, hasta que no se le demuestre lo contrario”, pues, al ser absuelta la señora Botero Ospina, se está diciendo que no fue posible demostrar su culpabilidad, considerando este despacho que tanto la Fiscalía Doce Unidad de Ley 30/86 y el Juzgado 2º Penal del Circuito de Pereira, sin tener la prueba convincente le coartaron el derecho a la libertad de la sindicada, causándole perjuicios que deben ser reparados mediante la acción que aquí propone” (fl. 304 c1).

3. Sentencia de primera instancia.

El Tribunal negó las suplicas de la demanda, para lo que planteó los siguientes argumentos:

Para el *a quo* el problema jurídico a resolver era el siguiente: “Determinar si se dan los presupuestos jurídicos de la falla del servicio por detención injusta de la libertad en el caso de que fue objeto la señora Noelia Botero de Villa Nueva el día 7 de mayo de 1998” (fl.313 cp).

De acuerdo con la prueba recaudada,

“... indica sin lugar a dudas la existencia de un hecho y su adecuación típica. Como puede observarse del informe policivo y el testimonio de los agentes del orden que efectuaron el procedimiento, Nohelia y Jhon (sic) Edison fueron sorprendidos llevando consigo un bloque de cocaína con un peso de 992.39 gramos, comportamiento que se adecua a la descripción legal del tipo. (folio 53).

Si analizamos el conjunto de las circunstancias antecedentes a la captura, las manifestaciones de los procesados a los judiciales, narrados por estos en sus testimonios, es evidente que tanto Nohelia como Jhon (sic) Fredy

(sic) no solo conocían el contenido del maletín, sino que se encontraban en el lugar con el fin de realizar una transacción con la droga

No es creíble la excusa vertida por los procesados, si su misión inocente era llevar unas placas de computadores cómo explican que les fuera entregado un maletín tan grande para un contenido pequeño y no verifican el mismo, cómo explican que fueran a una esquina a esperar que un desconocido le (sic) dijera que iba por ellas,. (sic) Esa historia ni el más ingenuo lo admite.(Folio 55).

La actuación de Nohelia Botero de Ospina no es tan ajena a la responsabilidad en el hecho como ella aduce, nótese como el informante indicaba con toda claridad las características de la mujer que entregaría el estupefaciente, tal información la recibió la judicial (sic) un día antes de la captura y era en su casa donde se finiquitaría la transacción. (Folio 56).

La Fiscalía le da plena credibilidad al documento público con el que fueron puestos a disposición de la Fiscalía los aprehendidos y a los testimonios de los miembros de la policía judicial toda vez que éstos obraron en cumplimiento de su deber legal y no se aprecia circunstancia alguna que denote fin torticero al denunciar la acción investigada y señalar a los procesados como sus autores. (Folio 56)-

“La sala encuentra, que la fiscalía doce delegada, hizo un juicioso análisis de las pruebas y la (sic) circunstancias que rodearon los hechos, que la llevaron inexorablemente a resolver la situación jurídica imponiendo una medida de aseguramiento consistente en Detención preventiva contra quien aquí se demanda.

La Fiscalía tenía los presupuestos fácticos y legales para dictar la medida que se analiza pues no aparece circunstancia (sic) que lleven a pensar que la medida se tomó por fuera de la ley. Era absolutamente necesario hacer la instigación (sic) completa para averiguar la verdad...

... La Fiscalía tenía los presupuestos fácticos y legales para dictar la medida que se analiza pues no aparecen circunstancia (sic) que lleven a pensar que la medida se tomo (sic) por fuera de la ley. Era absolutamente necesario hacer la instigación (sic) completa para averiguar la verdad...

... En la calificación del merito (sic) del sumario (folio 124), la fiscalia (sic) no tiene elementos nuevos que lo lleven a cambiar su posición de cuando dicto (sic) la medida de aseguramiento y es por ello que también con los presupuestos procesales necesarios procede a formular resolución de acusación. Es decir es esta etapa procesal nada ha cambiado para Nohelia...

La sala encuentra que el Juzgado segundo Penal del Circuito de Pereira en la sentencia hace un análisis detallado de la situación y llega a (sic) convicción que la accionante sí participó en el ilícito, razón por la cual profiere sentencia condenatoria...

... Como se observa del recorrido jurídico del asunto (Fiscalía-Juzgado del Circuito y Tribunal), el asunto en ciernes ameritaba la total investigación para el esclarecimiento de los hechos, que es la base fundamental para administrar justicia, investigación que la actora tenía que soportar dadas las circunstancias que se presentaron...

En el presente asunto, se observa que la medida de detención o perdida (sic) de la libertad por parte de la actora fue razonada y proporcionada y por lo tanto justa, desapareciendo entonces toda posibilidad de falla en el servicio que pudiera presentarse para una eventual indemnización” (fls.315 a 323 cp).

4. Actuación en segunda instancia

4.1. El recurso de apelación

Contra la sentencia de primera instancia la parte demandante interpuso recurso de apelación dentro del término legal, sustentándolo en ese mismo momento y planteando los siguientes argumentos:

*“... si hubo sentencia **ABSOLUTORIA DE SEGUNDA INSTANCIA** es porque se cumplieron los presupuestos legales para **CONFIRMAR** la sentencia **CONDENATORIA** y así, sin más análisis profundos o largas exposiciones podemos entonces concluir que están dados eso sí, los postulados que exige la Ley para pedir del **ESTADO** la **INDEMNIZACION** de los perjuicios causados...*

*... La extensa sentencia Administrativa (sic) que en el fondo parece más bien una tercera instancia penal o una pieza procesal que resuelve un recurso extraordinario, en dicha materia toca asuntos que no son del resorte de la justicia Administrativa, ya que deja de lado los postulados que exige la norma los cuales son taxativos y no merecen otros significados, paso por alto el fallo recurrido que aplicar el principio del **INDUBIO** (sic) **PROREO** (sic) equivale para el caso que nos ocupa a que el **HECHO PUNIBLE** no lo cometió la señora **NOHELIA BOTERO DE VILLANUEVA**, pues en nuestra legislación penal sólo se puede dictar sentencia condenatoria cuando exista **CERTEZA** sobre la comisión del hecho punible y la **RESPONSABILIDAD** del sindicado...*

Es por ello que se considera con absoluta certeza que el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal es aplicable al caso que nos ocupa y nos permite reclamar del Estado...” (fls.331 y 332 cp).

2 El Tribunal Administrativo de Risaralda concedió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, mediante auto de 11 de abril de 2002 (fl.335 cp).

3 Esta Corporación admitió el recurso de apelación mediante auto de 18 de junio de 2002 (fl. 340 cp). Posteriormente por medio de auto de 19 de julio de 2002 se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público por el término común de diez (10) días para que presentaran oportunamente los alegatos de conclusión y se surtiera el traslado especial para emitir concepto (fl.342 cp).

4 La Fiscalía General de la Nación por medio de escrito de 26 de julio de 2002 presentó sus alegatos, reiterando lo manifestando en otras instancias procesales (fls.343 a 353 cp).

5 Las demás partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

1 Competencia

1 Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda del 7 de marzo de 2002, mediante la que se dispuso negar las súplicas de la demanda.

2 Se advierte por la Sala, que como la sentencia sólo es apelada por la parte demandante, deberá cumplirse lo establecido en el artículo 357 del C. de P. C., de tal manera que el recurso se entiende interpuesto respecto a lo desfavorable al apelante.

2. Presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado

Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización” de la responsabilidad del Estado y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados¹, sin distinguir su condición, situación e interés². Como bien se sostiene en la doctrina,

“La responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad³; los daños

¹ La “responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización”. Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. Postura que fue seguida en la sentencia C-892 de 2001, considerándose que el artículo 90 de la Carta Política “consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos”. Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001.

² La “razón de ser de las autoridades públicas es defender a todos los ciudadanos y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Omitir tales funciones entraña la responsabilidad institucional y la pérdida de legitimidad. El estado debe utilizar todos los medios disponibles para que el respeto de la vida y derechos sea real y no solo meramente formal”. Sentencia de 26 de enero de 2006, Exp. AG-2001-213. En la doctrina puede verse STARCK, Boris. *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris, 1947.

³ “La responsabilidad, a diferencia de la expropiación, no representa un instrumento en manos de la Administración para satisfacer el interés general, una potestad más de las que ésta dispone al llevar a cabo su actividad, sino un mecanismo de garantía destinado a paliar, precisamente, las consecuencias negativas que pueda generar dicha actividad. La responsabilidad, por así decirlo, no constituye una herramienta de actuación de la Administración, sino de reacción, de reparación de los daños por ésta producidos”. MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*. 1ª ed. Madrid, Civitas, 2001, p.120.

cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público”⁴.

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la responsabilidad extracontractual del Estado tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública⁵ tanto por la acción, como por la omisión. Dicha imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar: i) atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional); Adicionalmente a lo anterior, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado.

En cuanto al daño antijurídico, debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho. Así pues, el precedente jurisprudencial constitucional ha señalado,

“La Corte Constitucional ha entendido que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración”⁶.

De igual manera, el precedente jurisprudencial constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra a los “principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución”⁷.

⁴ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema.*, ob., cit., pp.120-121.

⁵ Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política “los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado”. Sentencia de 21 de octubre de 1999, Exps.10948-11643. Es, pues “menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, ‘la imputatio juris’ además de la ‘imputatio facti’”. Sentencia de 13 de julio de 1993

⁶ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996.

⁷ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001.

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad⁸, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica⁹. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”¹⁰.

En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva, título autónomo que “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”¹¹. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la “atribución”, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de “cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”¹².

Esto, sin duda, es un aporte que se representa en lo considerado por Larenz según el cual había necesidad de “excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar”¹³. Con lo anterior, se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo

⁸ En los términos de Kant, dicha imputación se entiende: “Imputación (*imputatio*) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (*causa libera*) de una acción, que entonces se llama acto (*factum*) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (*imputatio iudiciaria*), en caso contrario, sólo una imputación dictaminadora (*imputatio diiudicatoria*)”. KANT, I. *La metafísica de las costumbres*. Madrid, Alianza, 1989, p.35.

⁹ El “otro principio de responsabilidad patrimonial del Estado es el de imputabilidad. De conformidad con éste, la indemnización del daño antijurídico le corresponde al estado cuando exista título jurídico de atribución, es decir, cuando de la voluntad del constituyente o del legislador pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad pública compromete al Estado con sus resultados”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 25 de marzo de 2003.

¹⁰ “Tenía razón Welzel al considerar que el Derecho debe respetar estructuras antropológicas como la capacidad de anticipación mental de objetivos cuando se dirige al hombre mediante normas. Desde luego, si el ser humano no tuviera capacidad de adoptar o dejar de adoptar decisiones teniendo en cuenta motivos normativos, sería inútil tratar de influir en el comportamiento humano mediante normas prohibitivas o preceptivas”. MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 05-05-2003 [<http://criminet.urg.es/recpc>], pp.6 y 7.

¹¹ “El Derecho se dirige a hombre y no a adivinos. Declarar típica toda acción que produzca un resultado dañoso, aun cuando éste fuese imprevisible, significaría que la ley no tiene en cuenta para nada la naturaleza de sus destinatarios; pues una característica del hombre es precisamente la de que no puede prever más que muy limitadamente las consecuencias condicionados por sus actos. Vincular un juicio de valor negativo (el de antijuridicidad) a la producción de un resultado que el hombre prudente no puede prever sería desconocer la naturaleza de las cosas (más concretamente): la naturaleza del hombre”. GIMBERNAT ORDEIG, E. *Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad*. Madrid, 1990, pp.77 ss.

¹² MIR PUIG, Santiago. Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

¹³ LARENZ, K. “Hegelszurechnungslehre”, en MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter permisible o no¹⁴.

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

En ese sentido, el precedente jurisprudencial constitucional indica:

*“... el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar **si el sujeto era competente** para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible¹⁵. Ejemplo: un desprevenido transeúnte encuentra súbitamente en la calle un herido en grave peligro (situación de peligro generante del deber) y no le presta ayuda (no realización de la acción esperada); posteriormente fallece por falta de una oportuna intervención médica que el peatón tenía posibilidad de facilitarle trasladándolo a un hospital cercano (capacidad individual de acción). La muerte no le es imputable a pesar de la evitabilidad y el conocimiento. En efecto, si no tiene una posición de garante porque él no ha creado el riesgo para los bienes jurídicos, ni tampoco tiene una obligación institucional de donde surja un deber concreto de evitar el resultado mediante una acción de salvamento, el resultado no le es atribuible. Responde sólo por la omisión de socorro y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano”¹⁶.*

A lo que se agrega por el mismo precedente,

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

1) En la interacción social se reconoce una libertad de configuración del mundo (competencia por organización) que le permite al sujeto poner en peligro los bienes jurídicos ajenos; el ciudadano está facultado para crear riesgos, como la construcción de viviendas a gran escala, la aviación, la

¹⁴ JAKOBS, G. *La imputación objetiva en el derecho penal*. Bogotá, Universidad Externado, 1994.

¹⁵ Cfr. Günther Jakobs. Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

exploración nuclear, la explotación minera, el tráfico automotor etc. Sin embargo, la contrapartida a esa libertad es el surgimiento de **deberes de seguridad en el tráfico**, consistentes en la adopción de medidas especiales para evitar que el peligro creado produzca daños excediendo los límites de lo permitido. Vg. Si alguien abre una zanja frente a su casa, tiene el deber de colocar artefactos que impidan que un transeúnte caiga en ella. Ahora bien, si las medidas de seguridad fracasan y el riesgo se exterioriza amenazando con daños a terceros o el daño se produce - un peatón cae en la zanja- surgen los llamados **deberes de salvamento**, en los cuales el sujeto que ha creado con su comportamiento peligroso anterior (generalmente antijurídico) un riesgo para los bienes jurídicos, debe revocar el riesgo - prestarle ayuda al peatón y trasladarlo a un hospital si es necesario- (pensamiento de la injerencia). Esos deberes de seguridad en el tráfico, también pueden surgir por **asunción** de una función de seguridad o de salvamento, como en el caso del salvavidas que se compromete a prestar ayuda a los bañistas en caso de peligro.

Los anteriores deberes nacen porque el sujeto ha configurado un peligro para los bienes jurídicos y su fundamento no es la solidaridad sino la creación del riesgo. Son **deberes negativos** porque su contenido esencial es no perturbar o inmiscuirse en los ámbitos ajenos. Corresponde a la máxima del derecho antiguo de no ocasionar daño a los demás.

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

Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de **deberes positivos**, porque contrario a los negativos en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos^{17”18}.

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

“Si alguien tiene deberes de seguridad en el tráfico, lo trascendente para la imputación es si esa persona desplegó deberes de diligencia para evitar que el peligro creado no excediera los límites de lo prohibido. Si se es garante, no interesa si el sujeto originó un curso causal (acción) o no impidió el desarrollo del mismo (omisión), sino, si ha cumplido con los deberes de seguridad que le impone el ejercicio de una actividad peligrosa.

¹⁷ Cfr. Günther Jakobs. Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre (studienausgabe). 2 Auflage. Walter de Gruyter. Berlin. New York. 1993. Pags. 796 y ss.

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

Vg. Si alguien maneja una represa y el agua se desborda ocasionándole daño a una población, en el juicio de imputación lo sustancial no es si el operario abrió la compuerta mas de lo debido (acción) o simplemente no la cerró a tiempo (omisión); lo fundamental es si cumplió o no con los deberes de seguridad que surgían del control de una fuente de peligro. Lo mismo acontece, cuando en virtud de relaciones institucionales se tiene el deber de resguardar un determinado bien jurídico contra determinados riesgos. El padre de familia incumple sus deberes de protección frente a su hijo, no sólo cuando entrega el arma homicida, también lo hace cuando no evita que un tercero le ocasione una lesión mortal. En la actualidad, se afirma que la técnica moderna y el sistema social, hacen intercambiables la acción y la omisión¹⁹. Günther Jakobs ha demostrado que todos los problemas del delito de omisión son trasladables a la acción. Hay conductas activas, socialmente adecuadas, que se convierten en un riesgo jurídicamente desaprobado cuando la persona tiene una posición de garante. Ejemplo: es socialmente adecuado apagar la luz del portón de una casa (acción) aun cuando sea probable que un peatón puede tropezar en la oscuridad; pero se convierte en un comportamiento prohibido (apagar la luz) si el propietario ha realizado una construcción frente a ella, porque al crear una fuente de peligro aparecen deberes de seguridad en el tráfico: alumbrar la obra para que nadie colisione con ella²⁰.

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

3. El régimen jurídico aplicable a la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad cuando entra en vigencia la ley 270 de 1996

La responsabilidad patrimonial del Estado derivada de la privación injusta de la libertad en su construcción normativa y jurisprudencial ha pasado por las siguientes etapas:

En la primera etapa, la responsabilidad se fundaba en el error judicial, bien porque se practicaba una detención ilegal, porque se produjo la captura sin que se encontrara la persona en situación de flagrancia y, que por razón de tales actuaciones se inició y adelantó la investigación penal por parte de la autoridad judicial²¹.

¹⁹ Cfr. Javier Sánchez-Vera. Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen. Duncker & Humboldt Berlin 1999. Pags. 51 y ss Kurt Seelmann. Grundlagen der Strafbarkeit. Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 1. Reihe. Alternativkommentare. Luchterhand. Neuwied. 1990.Pag.389.

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

²¹ Sentencia de 30 de junio de 1994. Exp. 9734. Sentencia de 4 de diciembre de 2006. Exp.13168.

En la segunda etapa, se afirmó la aplicación de los supuestos establecidos en el inciso segundo del artículo 414 del decreto ley 2700 de 1991, de manera que cabía endilgarle la responsabilidad patrimonial al Estado cuando se precluía la investigación o se absolvía porque el hecho no existió, el procesado no lo cometió o el hecho no se constituía en punible. Cuando se trataba de eventos diferentes a los anteriores se exigía probar la existencia de error de la autoridad judicial al ordenar la medida cautelar²².

En la tercer etapa se viene a sostener que el carácter injusto de los tres supuestos en los que puede encajar la responsabilidad patrimonial del Estado, como consecuencia de la detención preventiva (conforme al inciso segundo del artículo 414 del decreto ley 2700 de 1991) se sustenta en la antijuridicidad del daño sufrido por la víctima. Luego, sistemáticamente interpretado lleva a plantear que es una manifestación concreta de lo consagrado en el artículo 90 de la Carta Política²³.

En la actualidad, la tesis mayoritaria de la Sala indica que se puede establecer la responsabilidad patrimonial del Estado por la privación de la libertad de un ciudadano cuando el proceso penal termina con sentencia absolutoria (o preclusión de la investigación) u opera por equivalencia la aplicación del *in dubio pro reo*, pese a que en la detención se hayan cumplido todas las exigencias legales, ya que se entiende que es desproporcionado, inequitativo y rompe con las cargas públicas soportables que una persona en el Estado Social de Derecho debe asumir, máxime cuando se compromete el ejercicio del derecho fundamental a la libertad. No obstante los eventos que se vienen de indicar que se rigen por un sistema objetivo de responsabilidad, las demás hipótesis estarán gobernadas por un régimen subjetivo de falla del servicio.

La Sala debe precisar que el elemento sustancial para afirmar la responsabilidad patrimonial del Estado se encuentra en la detención preventiva, ya que a partir de ella se debe acreditar si se produjo o no un daño antijurídico que tendrá que indagarse si es imputable a la administración de justicia. Y, teniendo la detención preventiva ese carácter, cabe observar las orientaciones de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la materia, según la cual:

- *De acuerdo con el artículo 7.1 de la Convención Americana "la protección de la libertad salvaguarda <tanto la libertad física de los individuos como la seguridad personal en un contexto en el que la ausencia de garantías puede resultar en la subversión de la regla del*

²² Sentencia de 4 de diciembre de 2006. Exp.13168.

²³ Sentencia de 4 de diciembre de 2006. Exp.13168.

derecho y en la privación a los detenidos de las formas mínimas de protección legal>”²⁴.

- *“El Tribunal entiende que la prisión preventiva es la medida más severa que se puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática”*²⁵.
- *La detención preventiva “es una medida cautelar, no punitiva”*²⁶.
- *En un “Estado de derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario, y procurar, en general, que se trate al inculpado de manera consecuente con la presunción de inocencia”*.²⁷

Ahora bien, centrado el aspecto normativo, la Sala debe abordar el análisis del caso remitiéndose a lo consagrado en el artículo 68 de la ley 270 de 1996, en virtud del cual se establece que todo aquel que haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado la reparación de los perjuicios que le hayan sido irrogados. Respecto a dicho precepto, el precedente jurisprudencial constitucional sostiene

*“Este artículo, en principio, no merece objeción alguna, pues su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 6º, 28, 29 y 90 de la Carta. Con todo, conviene aclarar que el término “injustamente” se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria. Si ello no fuese así, entonces se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados. Por el contrario, la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de la responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia, debe contemplarse dentro de los parámetros fijados y teniendo siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención”*²⁸.

²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2005, párrafo 104. Puede verse en similar sentido: Caso Tibi. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Caso Hermanos Gómez Paquiyauri. Sentencia de 8 de julio de 2004.

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

²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2005, párrafo 106. Puede verse en similar sentido: Caso Suárez Rosero. Sentencia de 12 de noviembre de 1997.

²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2005, párrafo 109.

²⁸ Corte Constitucional, sentencia C-037 de 1996.

Si bien se afirma la constitucionalidad del artículo 68 de la ley 270 de 1996, importa para la Sala tener en cuenta el alcance que dicho precepto tiene conforme a una interpretación sistemática de este con los artículos 65, 69 y 70 de la misma norma, porque como lo ha señalado el precedente de la Sala,

“Una lectura aislada del artículo 68 de la Ley 270, junto con las consideraciones tenidas en cuenta por la Corte Constitucional para declarar exequible el proyecto de dicha disposición, podría conducir a entender que la referida norma estatutaria habría restringido el ámbito de posibilidades dentro de las cuales sería posible declarar la responsabilidad del Estado por el hecho de la detención ordenada por autoridad judicial dentro de una investigación penal, a aquellos casos en los cuales tenga lugar “una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria”, es decir a supuestos en los cuales se acredite una falla del servicio de Administración de Justicia de las características descritas por la Corte en el apartado que se acaba de reproducir.

Sin embargo, tal conclusión no consulta la obligación del intérprete de buscar el sentido de las disposiciones no de forma aislada e inconexa, sino en el conjunto tanto del cuerpo normativo en el cual se insertan, como de la totalidad del ordenamiento jurídico y, en especial, poniéndolas en contacto con aquellos preceptos de la Norma Fundamental que no pueden soslayarse al momento de precisar su contenido y alcance. En consecuencia, mal podría identificarse el significado del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, prescindiendo de una hermenéutica sistemática con las demás normas de la misma Ley Estatutaria que regulan el objeto al cual ella se refiere o, peor aún, omitiendo conectarla con el artículo 90 constitucional, piedra angular del régimen de responsabilidad del Estado operante en Colombia desde que rige la Carta Política de 1991.

Así las cosas, para concretar el alcance del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 resulta imperioso conectarlo con el enunciado normativo contenido en el artículo 65 ibídem, de acuerdo con el cual “el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales”, norma que no introduce limitación o condicionamiento alguno encaminado a impedir el juzgamiento o la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado como consecuencia de la actividad de la Administración de Justicia, distinto de la causación de un daño antijurídico. No podía preverlo, por lo demás, como quiera que con ello conculcaría la regulación efectuada por el artículo 90 de la Carta, que igualmente constituye el concepto de “daño antijurídico” en el elemento central cuya concurrencia debe evidenciarse para que proceda el reconocimiento de la responsabilidad estatal –siempre, claro está, que ese daño pueda imputarse jurídicamente a una autoridad pública–²⁹.

Lo anterior implica, por lo tanto, que lo contenido en el artículo 65 de la ley 270 de 1996 no excluye, ni podría excluir la aplicación del artículo 90 de la Carta Política, es decir que así como se afirma que opera la falla del servicio, también procede la

²⁹ Sentencia de 2 de mayo de 2007, Exp.15463.

responsabilidad cuando se demuestra la producción de un daño antijurídico, tal como se señala en el precedente de la Sala,

*“No es viable, en consecuencia, considerar que un precepto contenido en una ley estatutaria pudiera restringir los alcances que a la responsabilidad del Estado le vienen determinados desde el artículo 90 de la Constitución. Al remarcarlo así, la propia Corte Constitucional no hace otra cosa que señalar que, más allá de las previsiones contenidas en la comentada Ley 270 de 1996, los parámetros a los cuales se ciñe la responsabilidad patrimonial de las autoridades públicas son los estructurados por el artículo 90 de la Carta, que pueden ser precisados, **más no limitados**, por una norma infraconstitucional. El anterior aserto encuentra refuerzo adicional en lo dispuesto por el artículo 69 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, el cual, desarrollando el querer del plurimencionado artículo 90 constitucional, amplía el plexo de hipótesis en las cuales puede declararse la responsabilidad del Estado derivada de la función de Administración de Justicia, al estatuir que “quien haya sufrido un daño antijurídico, a consecuencia de la función jurisdiccional tendrá derecho a obtener la consiguiente reparación”.*

Como corolario de lo anterior, ha de entenderse que la hipótesis precisada por el artículo 68 de la Ley 270 de 1996 referida a la calificación de injusta de la privación de la libertad y el alcance que la Corte Constitucional le ha dado a la norma no excluye la posibilidad de que tenga lugar el reconocimiento de otros casos en los cuales el Estado deba ser declarado responsable por el hecho de haber dispuesto la privación de la libertad de un individuo dentro del curso de una investigación penal, siempre que en ellos se haya producido un daño antijurídico en los términos del artículo 90 de la Constitución Política.

Tal es la interpretación a la que conducen no sólo las incuestionables superioridad y preeminencia que le corresponden al citado canon constitucional, sino también una hermenéutica armónica y sistemática de los comentados preceptos de la misma Ley 270 de 1996, así como de los razonamientos plasmados por la propia Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1997, mediante la cual los encontró ajustados a la Carta Fundamental. En consecuencia, los demás supuestos en los cuales el juez de lo contencioso administrativo ha encontrado que la privación de la libertad ordenada por autoridad competente ha conducido a la producción de daños antijurídicos, con arraigo directamente en el artículo 90 de la Carta, tienen igualmente asidero tanto en la regulación que de este ámbito de la responsabilidad estatal efectúa la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, como en la jurisprudencia de la Corte Constitucional relacionada con este asunto. De manera que aquellas hipótesis en las cuales la evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado —a la que se hizo referencia en apartado precedente— ha determinado que concurren las exigencias del artículo 90 de la Constitución para declarar la responsabilidad estatal por el hecho de la Administración de Justicia al proferir medidas de aseguramiento privativas de la libertad, mantienen su aplicabilidad tras la entrada en vigor de la Ley 270 de 1996”³⁰.

De todo lo anterior, se llega a afirmar que así el artículo 68 no consagra más supuestos, aquellos no contemplados son aplicables cuando se produce un daño antijurídico, como en el evento en el que el ciudadano se ve sometido a una

³⁰ Sentencia de 2 de mayo de 2007, Exp.15463.

medida de aseguramiento consistente en la detención preventiva en virtud de la cual se priva de su derecho a la libertad, que posteriormente es revocada al concluirse que los elementos fácticos por los que fue investigado no permiten encontrar que constituyeron un delito alguno, supuesto que ya estaba previsto en el artículo 414 del decreto ley 2700 de 1991, pues el fundamento se radica en que la actuación judicial por medio de la cual se impuso la medida de aseguramiento compromete la responsabilidad de la administración de justicia, específicamente por haber causado un daño antijurídico consistente en la privación injusta de la libertad, lo que debe ser objeto de reparación en cabeza de la autoridad que produjo la misma.

En este sentido, el precedente de la Sala precisa,

“3. Visto lo anterior, debe tenerse en cuenta que la privación de la libertad que se discute en este proceso, ocurrió entre el primero de octubre de 1996 y el 30 de octubre de 1997, cuando había entrado a regir la ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, promulgada el 7 de marzo de 1996, y en cuyo artículo 68 se establece: “Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios”...

“Respecto del mismo artículo, la Sala ha considerado que su interpretación no se agota en la posibilidad de declarar la responsabilidad del Estado por detención injusta, cuando ésta sea ilegal o arbitraria. En jurisprudencia reciente³¹, se ha determinado que las hipótesis de responsabilidad objetiva, también por detención injusta, contempladas en el derogado artículo 414 del decreto 2700 de 1991, mantienen vigencia para resolver, de la misma forma, la responsabilidad del Estado derivada de privaciones de la libertad en las cuales se haya arribado a cualquiera de los tres supuestos a los que hacía referencia la citada disposición. Es decir, que después de la entrada en vigencia de la ley 270 de 1996, cuando una persona privada de la libertad sea absuelta “porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible”, se configura un evento de detención injusta. A las hipótesis citadas se les ha agregado el evento de absolución en aplicación del in dubio pro reo.

“De acuerdo con los principios tutelares del Estado Social y Democrático de Derecho, entre los cuales la libertad y la justicia ocupan un lugar privilegiado, frente a la materialización de cualquiera de las hipótesis enunciadas, cuando una persona privada de la libertad sea absuelta, porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, la conducta no constituía hecho punible o por in dubio pro reo, se habrá de calificar sin ambages como detención injusta. Es por ello, que se trata de una responsabilidad objetiva, dado que en eventos de esta naturaleza, ambos valores se encuentran en juego y un argumento de tipo utilitarista, en el sentido de afirmar que se trata de una carga que se debe soportar en bien de la mayoría, no tiene justificación alguna³².

³¹ Sentencia de 2 de mayo de 2007, Exp.15463.

³² Sentencia del 26 de marzo de 2008, expediente 16.902. M.P.: Dr. Enrique Gil Botero. Ver también sentencia del 23 de abril de 2008, expediente 17.534. “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 ... v) En conclusión, cuando se atribuye la

Luego, no siempre puede esperarse encajar la responsabilidad de la administración de justicia en el evento de privación de la libertad cuando la medida de aseguramiento consistente en detención se produzca por ser contraria a derecho (pese a su carácter sustancial), porque en la mayoría de los casos esta se encontrará conforme a la legalidad en la que se fundamenta³³, por lo que habrá que indagar si producido el daño antijurídico este se reputa de la decisión bien porque no hay elementos fácticos para determinar la existencia del hecho punible, o en otros eventos porque no existe prueba o esta permita inferir la duda a favor del sindicado o imputado, de tal manera que obre una valoración del *in dubio pro reo*.

Para la Sala, los anteriores fundamentos relativos al régimen de responsabilidad aplicable al caso concreto y las normas aplicables, son importantes para el momento de valorar el acervo probatorio que obra en el expediente, con la finalidad de establecer si está demostrada o no la responsabilidad de la entidad demandada.

En este contexto, la Sala entra a estudiar los hechos probados en el caso, para valorar y analizarlo.

4. Los hechos probados.

De acuerdo con los medios probatorios allegados al proceso, y que son objeto de valoración probatoria, se debe tener en cuenta como hechos probados:

- Copia auténtica de los datos del Registro Civil de Nacimiento de Nohelia Botero Ospina (fl.5 c1).
- Copia auténtica de los registros civiles de nacimiento de Leonardo Villanueva, Saradiva Villanueva Botero, Dina Alexandra Villanueva Botero, Fabiola Botero Ospina y Diana Marcela Alvarez Villanueva (fls.6, 9, 11, 12 y 13 c1).
- Partida de bautismo original de María Eva Ospina Jaramillo (fl.8 c1).

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”.

³³ HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alier; FRANCO GÓMEZ, Catalina. *Responsabilidad extracontractual del Estado. Análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado*. Bogotá, Nueva Jurídica, 2007, pp.195-197.

- Copia auténtica del registro de matrimonio de Leonardo Villanueva y Nohelia Botero Ospina (fl.7 c1).

- Copia del oficio 141 de 9 de octubre de 1998 de la Directora de la Reclusión de Mujeres de Pereira (INPEC) en el que se consignó que Nohelia Botero de Villanueva no registraba para la época sentencias condenatorias en dicho centro (sin número de folio c3).

- Copia del oficio de 7 de mayo de 1998 del Jefe del Grupo Antipiratería Terrestre de la Policía Nacional-Departamento de Policía de Risaralda, Sección Policía Judicial con el que se dejó a disposición de la Fiscalía a la señora Nohelia Botero Ospina que junto a John Edisón Ospina Ospina le fue incautados 1000 gramos de cocaína. En el mismo se dijo:

“... de acuerdo a una llamada recibida por el Agente URREGO ROJAS EDGAR se suministró la información según la cual se iba a producir el transporte de una droga...” (fls.1 a 3 c3).

- Copia de la diligencia preliminar de inspección judicial realizada a la sustancia estupefaciente, según lo establecido en el artículo 78 de la ley 30 de 1986 (fl.3 c3).

- Copia del acta de los derechos del capturado, pro el presunto delito de violación a la ley 30 de 1986 (fl.5 c3).

- Copia del auto de apertura de instrucción de 8 de mayo de 1998 de la Fiscalía Doce de la Unidad Especial de la ley 30 de 1986 de la Fiscalía General de la Nación (fl.8 ambas caras c3).

- Copia de la boleta de remisión del 8 de mayo de 1998 (ordenando) para rendir indagatoria a Nohelia Botero Ospina (fl.11 c3).

- Copia del acta de la diligencia de inspección judicial realizada el 11 de mayo de 1998 (fl.12 ambas caras c3).

- Copia de la indagatoria de Nohelia Botero de Villanueva rendida el 11 de mayo de 1998 (fls.13 ambas caras y 14 c3).

- Copia de la indagatoria de John Edisón Ospina Ospina rendida el 11 de mayo de 1998 (fls.15 ambas caras y 17 c3).

- Copia de la declaración rendida por el Sargento de la Policía Nacional, Jefe Antipiratería Terrestre, el 13 de mayo de 1998, Iturriel Pérez Cardona (fls.25 y 26 c3).

- Copia de la declaración rendida por el Agente de la Policía Nacional, Investigador (SIJIN), Hernando Urrego Rojas, el 13 de mayo de 1998 (fls.27 a 28 ambas caras c3).

- Copia del informe rendido por Luis Alfonso Flórez Sánchez del CTI, Unidad Investigativa de Pereira, de mayo 13 de 1998 (fls.34 a 36 c3).

- Copia de la resolución de situación jurídica de 15 de mayo de 1998 proferida por la Fiscalía Doce Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Pereira, Unidad especial de ley 30 de 1986 (fls.49 a 62 c3). De acuerdo con dicha providencia:

i) Se decretó la detención preventiva de Nohelia Botero de Villanueva como presunta autora de la infracción al capítulo V de la ley 30 de 1986.

ii) No había lugar a libertad provisional.

iii) Se prohibió la salida del país.

iv) No se concedió la detención domiciliaria.

- Copia de la prueba de campo realizada el 11 de mayo de 1998 en el Módulo de Pesajes Unidad ley 30 de 1986 (fls 76 a 77 c3).

- Informes en el que se determinó el tipo de sustancia estupefaciente (fls.78 a 80 c3).

- Copia de la ampliación de indagatoria rendida por John Edisón Ospina Ospina el 8 de junio de 1998 en la que aceptó que en el maletín se contenía la cocaína, pero que Nohelia desconocía el contenido y la transacción (fls.94 ambas caras y 95 c3).

- Copia del Acta de formulación de cargos para sentencia anticipada (artículo 37 del CPP) de 8 de junio de 1998 contra John Edisón Ospina Ospina (fls.96 a 98 c3).

- Copia del auto de cierre de la investigación penal de 3 de julio de 1998 contra Nohelia Botero Ospina, de la Fiscalía Doce Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Pereira, Unidad especial de ley 30 de 1986 (fl.108 c3).

- Copia de la resolución de calificación del mérito del sumario de 4 de agosto de 1998 contra Nohelia Botero Ospina por el delito consagrado en el capítulo V de la ley 30 de 1986, artículo 33, modificado por la ley 365 de 1997. Se declaró que la procesada no tenía derecho a libertad provisional. Dentro de sus consideraciones expuso que no basta la confesión del señor John Ospina para que se desvirtúe la responsabilidad de la implicada, puesto que sus indagatorias han sido reformadas, en beneficio propio y de su posible coautora, caso distinto al de los agentes de la Policía Nacional ya que sus declaraciones han permanecido intactas y no se han alterado (Fl. 124 a 132 c3)

- Copia del oficio 03/F15/527 de 11 de noviembre de 1998 en el que se consignó que Otoniel Giraldo Osorio está siendo investigado por “proporcionar estupefaciente cocaína a los señores Jhon Edison Ospina Ospina y Nohelia Botero de Villanueva” (fl.182 c3).

- Copia de la sentencia de 30 de noviembre de 1998 (No.0113) proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito, donde se condenó a la pena principal de cuatro años de prisión, multa por la suma de dos millones treinta y ocho mil doscientos pesos (\$2.038.260.00). No se concedió el subrogado de la condena de ejecución condicional (fls.198-199 c3).

- Copia del recurso de apelación interpuesto por el defensor de Nohelia Botero de Villanueva (fls.204 a 206 c3).

- Copia del concepto penal 003 de 14 de enero de 1999 del Ministerio Público (fls.208 a 210 c3) en el que se planteó:

i) Si el informe policial y las versiones son las pruebas sustanciales la valoración debía ser rigurosa, exigiéndose “absoluta certeza de la responsabilidad de la procesada” (fl.209 c3).

ii) Se criticó el procedimiento desplegado por la autoridad policial. Pudo haber algún tipo de instigación, y posiblemente no hubo llamada (fl.210 c3).

iii) Luego, para el Ministerio Público no hubo fuerza de certeza para proferir un fallo de condena, por lo que solicitó absolver a la procesada “por existir dudas insalvables” (fl.210 c3).

- Copia de la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala Penal, de Pereira de 22 de febrero de 1999 (fls.220 a 229 c3), en la que se revocó la sentencia del juez penal de primera instancia y absolvió a la procesada de todos los cargos. Así mismo, se dispuso la libertad inmediata e incondicional (fl.228 c3).

6. Problema jurídico

¿Cabe imputar la responsabilidad a la entidad demandada por los daños ocasionados a la procesada como consecuencia de la imposición de una medida cautelar de detención preventiva dentro del proceso penal cursado, con el lleno de los requisitos legales, cuando posteriormente la procesada resulta absuelta en sentencia de segunda instancia?

7. Daño antijurídico

El daño se encuentra establecido, en cuanto la señora Nohelia Botero de Villanueva estuvo privada de la libertad desde el 7 de mayo de 1998, como se demuestra con la copia del oficio de 7 de mayo de 1998 del Jefe del Grupo Antipiratería Terrestre de la Policía Nacional-Departamento de Policía de Risaralda, Sección Policía Judicial con el que se dejó a disposición de la Fiscalía y hasta el 22 de febrero de 1999, como se demuestra con lo ordenado en la sentencia de la segunda instancia. Luego, se produjo la detención de Nohelia por un período de 9 meses y 15 días.

8. La imputación de la responsabilidad

1 Antes de analizar desde el aspecto fáctico y de la atribución jurídica la imputación de la responsabilidad de la entidad demandada, la Sala advierte que para la fecha en que se profirió la medida de aseguramiento consistente en la detención preventiva de los demandantes (entre el 17 de octubre de 2000 y el 12

de junio de 2002) ya era aplicable el artículo 68 de la ley 270 de 1996, a cuyo tenor reza:

“Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios”.

Dicha norma fue objeto de control de constitucionalidad (se trataba de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia) en la sentencia C-037 de 1996, según la cual,

“Este artículo, en principio, no merece objeción alguna, pues su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 6o, 28, 29 y 90 de la Carta. Con todo, conviene aclarar que el término “injustamente” se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria. Si ello no fuese así, entonces se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados. Por el contrario, la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de la responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia, debe contemplarse dentro de los parámetros fijados y teniendo siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención.

En virtud de lo anterior, y a propósito de lo explicado en torno al artículo 66 del presente proyecto, debe entenderse que es propio de la ley ordinaria definir el órgano competente y el procedimiento a seguir respecto de la responsabilidad proveniente del error judicial en que incurran las demás autoridades judiciales”³⁴.

Sin embargo, el aporte del precedente jurisprudencial constitucional fue limitado ya que permitió que se subsumiera la responsabilidad por privación injusta de la libertad en el supuesto contenido en el artículo 66 de la ley 270 de 1996, esto es, en el supuesto del error jurisdiccional, respecto de lo cual el precedente de la Sala viene advirtiendo que tanto lo consagrado normativamente, como el alcance jurisprudencial dado no puede implicar un recorte a la dimensión propia del artículo 90 de la Carta Política, de tal manera que la imputación de la responsabilidad no se reduce sólo a la actividad o actuación “desproporcionada y violatoria de los principios legales”, sino que esta se extiende a todos “los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 1996.

públicas”, manteniendo su vigencia las hipótesis de responsabilidad objetiva previstas en el artículo 414 del decreto ley 2700 de 1991. En ese sentido, el precedente de la Sala indica,

“Respecto del mismo artículo, la Sala ha considerado que su interpretación no se agota en la posibilidad de declarar la responsabilidad del Estado por detención injusta, cuando ésta sea ilegal o arbitraria. En jurisprudencia reciente³⁵, se ha determinado que las hipótesis de responsabilidad objetiva, también por detención injusta, contempladas en el derogado artículo 414 del decreto 2700 de 1991, mantienen vigencia para resolver, de la misma forma, la responsabilidad del Estado derivada de privaciones de la libertad en las cuales se haya arribado a cualquiera de los tres supuestos a los que hacía referencia la citada disposición. Es decir, que después de la entrada en vigencia de la ley 270 de 1996, cuando una persona privada de la libertad sea absuelta “porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible”, se configura un evento de detención injusta”³⁶.

2 De acuerdo con esta precisión, encuentra la Sala que en aplicación sistemática del artículo 90 de la Carta Política, de las hipótesis consagradas en el artículo 414 del decreto ley 2700 de 1991 y en el artículo 68 de la ley 270 de 1996, cabe estudiar el caso y determinar si había lugar a reconocer a los demandantes el derecho a la indemnización de los perjuicios demandados, siempre que se haya acreditado que la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva a las que se sometió a Nohelia Botero de Villanueva fue injusta, lo que será si se demuestra que fue absuelta por sentencia ejecutoriada o por providencia que haya dispuesto la terminación del proceso, bien sea porque el hecho no existió, la procesada no lo cometió, o el mismo no era constitutivo de delito.

3 En este momento del análisis, la Sala encuentra que la procesada fue capturada el 7 de mayo de 1998, puesta a disposición de la Fiscalía y recluida en centro carcelario y penitenciario, vinculada al proceso penal mediante indagatoria, la que una vez surtida llevó a la imposición de la medida de aseguramiento por medio de la Resolución de la Fiscalía Doce Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Pereira, Unidad Especial de ley 30 de 1986, de 15 de mayo de 1998 2000, a Nohelia Botero Ospina (o de Villanueva) como presunta autora de la infracción al capítulo V de la ley 30 de 1986, se determinó que no hubo lugar a la libertad

³⁵ Sentencia de 2 de mayo de 2007. Exp. 15463.

³⁶ Sentencia de 2 de mayo de 2007, exp. 15.463. En el mismo sentido, sentencias de 23 de abril de 2008, Exp. 17534 y de 25 de febrero de 2009, Exp. 25508.

provisional, se prohibió la salida del país y no se concedió la detención domiciliaria.

4 Sin que haya sido objeto de apelación la Resolución de Acusación proferida por la Fiscalía, se surtió la audiencia pública de juzgamiento de la que se produjo la sentencia del Juez Segundo Penal del Circuito de Pereira, de 30 de noviembre de 1998, quien condenó a Nohelia Botero Ospina (de Villanueva), para lo que examinó la situación de la misma llegando a las siguientes conclusiones: i) la “construcción de la sindicación” está en el informe del Sargento de la Policía Nacional Ituriel Pérez Cardona (fl.189 c3); ii) el problema jurídico se centraba en determinar ¿si Nohelia Botero Ospina “cohonestaba en el porte” de la cocaína incautada? (fl.190 c3); iii) la sindicación adquiere mayor fuerza y contundencia con las declaraciones de los agentes de la Policía Nacional que intervinieron (fls.190-191 c3); iv) la señora Nohelia Botero de Villanueva cambió de versión de la indagatoria a la audiencia de juzgamiento lo que no la favorece (fl.192 c3); v) se afirmó la seguridad, reiteración y objetividad del informe policial y de las versiones de los agentes de la Policía Nacional (fl.193 c3); vi) se constató que en el sector donde fue capturada “se dieron varios operativos gracias a señuelos que con agentes en cubierta (sic) montó un grupo antinarcótico” (fl.193 c3); vii) se señaló por el juez penal de primera instancia: “Bien pueden criticarse algunas actuaciones de las autoridades en su lucha por combatir el flagelo del narcotráfico, en que prácticamente se convierten en provocadores” (fl.194 c3); viii) se le endilgó coautoría y dolo (fls.194-194 c3); ix) debe resaltarse, que en la instancia de juzgamiento la Fiscalía Delegada varió su posición (esto es, la sostenida en la calificación del mérito del sumario) y solicitó la absolución en la audiencia pública (fl.195 c3); x) finalmente, el juez penal de primera instancia determinó que no se reunían los requisitos objetivos o de quantum de pena que exigía el artículo 68 del Código Penal (vigente para la época) para que hubiera obrado la condena de ejecución condicional (fl.197 c3).

5 La sentencia del Juez Segundo Penal del Circuito de Pereira fue apelada, ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala Penal. Al desatar el recurso, el Tribunal decidió revocar la providencia de primera instancia argumentando: i) hubo plena prueba o completa “en relación con la existencia del Hecho (sic) Punible (sic)” (fl.224 c3); ii) si la prueba de cargo se circunscribía a los dicho por los agentes policiales se exigía que fuera: “consistente, armónica, precisa y completa para que pueda ser suficiente para crear... certeza” (fl.225 c3); iii) se

revela inconsistencia entre el informe y las declaraciones de los agentes de la Policía Nacional (fl.225 c3); iv) la conducta de Nohelia durante la captura es un “hecho circunstancial” que no puede capitalizarse en su contra (fl.226 c3); v) si el procedimiento empleaba señuelos, no es creíble que recibieron una llamada telefónica (fl.226 c3); vi) de acuerdo con la inspección judicial practicada durante el juzgamiento, en los operativos se vinculó a todos los que hicieron presencia, muchos de ellos acompañantes inocentes respecto de los cuales la jurisdicción los desvinculó (fl.226 c3); vi) por lo tanto, surgió “duda imposible de ser dilucidada” (fl.226 c3); vii) así pues, no podía predicarse la inocencia “porque en verdad pudo ser partícipe del hecho”, pero emergió “la duda que debe ser definida a favor de la misma” (fl.227 c3); viii) el fallo debía “estar basado en unas probanzas de una solidez irrefutable... Si hay ausencia de esa firmeza, se impone en nombre de la equidad, una decisión favorable al imputado” (fl.227 c3); ix) la vinculación de Nohelia Botero de Villanueva se pudo deber al “afán de cumplir la misión” (fl.227 c3). En ese sentido, se expuso,

“... la única prueba de cargo surge de los agentes del orden que en ese momento tenían como meta, unos logros. Ellos en su afán de cumplir la misión, pudieron involucrar a la señora BOTERO, como antes lo habían hecho con personas que solamente acompañaban a los verdaderos traficantes. No es explicable que mientras en el informe y en la declaración de uno de los agentes no se diga cuál de los capturados dijo que la droga pertenecía a Otoniel Giraldo, el otro tímidamente señale a la señora Nohelia como quien hizo esa aseveración.” (Fl. 227 c3)

6 En el caso concreto no hay duda que la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva ordenada contra Nohelia Botero Ospina (de Villanueva) no fue injusta, en los términos de los supuestos establecidos en el mencionado artículo 414 del decreto ley 2700 de 1991, pese a la contradicción de las decisiones de primera y segunda instancia de juzgamiento, se acoge la postura del Tribunal Superior según la cual el hecho existió, pudo ser partícipe y se trataba de un hecho punible consagrado legalmente. Luego, la actuación o actividad desplegada por la Fiscalía en la fase de investigación e instrucción del proceso penal se correspondió con el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, con la exigencia de un indicio grave de responsabilidad y con la diligencia debida para el esclarecimiento probatorio de la comisión de delitos que, como los asociados al tráfico ilegal de estupefacientes, imponen a las autoridades la utilización del mayor rigor probatorio, no la perfección, y de todos los medios disponibles para lograr la identificación y vinculación de las complejas e intrincadas redes que se construyen alrededor de este tipo de ilícitos. Y, si bien la Fiscalía en la audiencia pública solicitó la absolución de Nohelia Botero Ospina (de Villanueva), lo hacía

precisamente a partir de la valoración de la prueba allegada hasta ese momento procesal, lo que en consideración del juez penal de primera instancia si permitía determinar la condena de la procesada al tratarse de una conducta típica, antijurídica y culpable.

Pese a lo anterior, y advertida la Sala que el cuestionamiento de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira no se hizo a la medida de aseguramiento impuesta por la Fiscalía, sino a la forma de recaudar la prueba y al procedimiento llevado a cabo por la autoridad policial, no cabe duda que para la instancia procesal en la que se profirió la medida de aseguramiento se reunían los suficientes elementos demostrativos de la comisión del ilícito penal, así como los requisitos legales y procesales, sin que pueda considerarse dicha decisión como una actuación grosera y flagrante, ni que se hayan quebrado los criterios establecidos en la ley procesal³⁷.

8 Además de lo anterior, y tratándose de delitos que tipificados para la época de su ocurrencia en el Código Penal de 1980, la decisión de la Fiscalía al momento de proferir la Resolución de Acusación se ajustó al procedimiento penal ya que por el punible de la infracción del artículo 33 de la ley 30 de 1986 no procedía libertad provisional, condena de ejecución condicional o libertad condicional, por lo que se imponía legalmente la detención preventiva³⁸.

Con base en lo anterior, y reiterando el precedente de la Sala debe decirse que la detención producto de la investigación e instrucción penal adelantada por la Fiscalía Doce Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Pereira contra Nohelia Botero Ospina (de Villanueva) sí se fundó en un indicio serio para imponer la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, sustentando en lo afirmado claramente por el Tribunal Superior, esto es, “porque en verdad, pudo ser partícipe del hecho”, convirtiendo a esta en una carga que proporcionalmente debía ser soportada por la procesada, lo que no se pone en cuestión con la decisión de segunda instancia, porque como bien lo ha señalado el precedente de la Sala si en el mismo proceso se llega al final a absolver, esto no es indicativo “de que hubo algo indebido en la detención”³⁹. Así pues, existían elementos suficientes para “considerar razonable” la decisión de privar de la libertad a la

³⁷ Sentencia de 3 de abril de 2011. Exp.33238.

³⁸ Sentencia de 1 de octubre de 1992. Exp.7058.

³⁹ Sentencia de 25 de julio de 1994. Exp.8666.

procesada, sin que esto constituya reelaboración alguna de la valoración probatoria efectuada por la jurisdicción penal⁴⁰, por el contrario considerándose lo sostenido por el Tribunal Superior en segunda instancia.

9 Así mismo, la Sala reitera, que es necesario distinguir entre la decisión legal que ordena la detención preventiva, que luego se cuestiona como equivocada, y la decisión absolutoria, siempre que el error salte a la vista, debiendo analizarse si se produjo el daño antijurídico reclamado por los demandantes y es imputable a la entidad demandada⁴¹. En ese sentido, el precedente de la Sala advierte:

“No puede considerarse, en principio, que el Estado deba responder siempre que cause inconvenientes a los particulares, en desarrollo de su función de administrar justicia... Sin embargo, tampoco pueden hacerse afirmaciones categóricas, para suponer que, en determinados casos, será siempre inexistente el daño antijurídico, mucho menos cuando ha habido lugar a la privación de la libertad de una persona”⁴².

No debe olvidarse, como el precedente de la Sala lo señala, que el fundamento de la indemnización no está en la ilegalidad de la conducta, sino que si hay lugar a la ocurrencia e imputación de un daño antijurídico. Con otras palabras, que se produzca un daño anormal y que se grave de manera excepcional a los demandantes⁴³, lo que no quedó demostrado a tenor de las decisiones judiciales de primera y segunda instancia, siendo que en la última de las cuales no se afirmó la existencia de un claro supuesto de “in dubio pro reo”, sino de un supuesto de aquellos que no encaja en este o cualquiera de los otros en los que se funda el régimen objetivo, por lo que la carga de la parte demandante radicaba en demostrar la existencia de la falla del servicio en cabeza de la entidad demandada, lo que no se ofrece en el presente asunto.

Y pese a que el daño antijurídico se estableció, se demostró que la entidad demandada adoptó la decisión de imponer la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva a Nohelia Botero Ospina (de Villanueva), en ejercicio legítimo de los poderes reconocidos al Estado, respecto de lo cual tanto la procesada, como toda persona está obligada a asumirlo como una carga pública soportable.

⁴⁰ Sentencia de 4 de diciembre de 2006. Exp.13168.

⁴¹ Sentencia de 4 de diciembre de 2006. Exp.13168. Sentencia de 3 de abril de 2011. Exp. 33238.

⁴² Sentencia de 27 de septiembre de 2000. Exp.11601.

⁴³ Sentencia de 5 de abril de 2008. Exp. 16819. Puede verse también: Sentencia de 27 de septiembre de 2000. Exp.11601.

Por todo lo anterior, y en virtud de los anteriores argumentos con los que se decide el recurso de apelación, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia en la que se denegaron las súplicas de la demanda.

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

FALLA

PRIMERO. Confírmase la sentencia del Tribunal Administrativo de Risaralda del 7 de marzo de 2002 en la que se denegaron las súplicas de la demanda.

SEGUNDO. Ejecutoriada esta providencia, DEVUELVASE el expediente al tribunal de origen”

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE

ENRIQUE GIL BOTERO

Presidente

OLGA VALLE DE DE LA HOZ

Magistrada

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR ENRIQUE GIL BOTERO

PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Régimen de responsabilidad objetivo. Daño especial / PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Principio iura novit curia / PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - In dubio pro reo

Discrepo del criterio mayoritario para absolver a la demandada al considerar que en el caso concreto no se configuró una falla en el servicio, cuando le era aplicable el régimen objetivo de daño especial, toda vez que se enmarcaba en uno de los supuestos reconocidos por la jurisprudencia de la Sala, para ese tipo de eventos.

(...) En mi criterio el fundamento de la decisión anterior resulta incongruente, a la luz de la valoración probatoria que se hace del caso en la propia sentencia; toda vez que de ella se deduce, claramente, que se estaba en uno de los supuestos de aplicación del régimen objetivo de daño especial en materia de privación injusta de la libertad. (...) Siendo así, agotada la vía de la falla del servicio, era necesario determinar, en aplicación del principio iura novit curia, si el caso le era aplicable el supuesto del in dubio pro reo, como claramente se deduce de la sentencia penal que absolvió a la demandante, pero la providencia de la Sala carece de algún razonamiento al respecto. Efectivamente, si se deducía que se trataba de la aplicación de esa figura strictu sensu, era perfectamente aplicable el régimen objetivo de daño especial, como así lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corporación en reiteradas oportunidades. Así mismo, si se trata de un “falso in dubio pro reo”, no era posible concluir que se trataba de una providencia conforme a derecho y era necesario profundizar sobre el punto. Sin embargo, la providencia omite cualquier razonamiento sobre estos dos aspectos, y concluye, sin más, que no se configuró una falla del servicio.

PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Régimen subjetivo de responsabilidad. Régimen subsidiario / PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Falla del servicio

(...) mi discernimiento no va orientado a defender la postura según la cual la responsabilidad se torna objetiva en todos los supuestos en que se priva de la libertad a una persona y luego se precluye la investigación o cesa el procedimiento adelantado en su contra. Por lo tanto, me parece necesario dejar abierta la posibilidad de declarar la falla del servicio, al margen de que se acepte que un régimen de responsabilidad es objetivo (v.gr. actividades peligrosas), siempre que aparezca materializada en el proceso y se imponga la necesidad de declarar el incumplimiento tardío, irregular o defectuoso de una obligación estatal. En consecuencia, si bien es cierto que conforme a una hermenéutica constitucional, la Corporación ha delimitado una línea jurisprudencial que, en materia de la privación injusta de la libertad, establece una primacía de los títulos de imputación objetivos por el quebrantamiento de las cargas públicas, lo cierto es que es necesario matizar esa afirmación en línea de principio, puesto que existen dos excepciones a esa regla; en efecto, será posible declarar una falla del servicio en eventos de privación injusta de la libertad cuando: i) el supuesto específico de absolción no se encuentre comprendido en aquellos que la Sala ha considerado como objetivos, es decir, que la exoneración del sindicado o acusado se produzca por una razón disímil a las tres contempladas por el derogado artículo 414 del C.P.P. de 1991 –y cuyo tratamiento se ha mantenido aún en vigencia de la ley 270 de 1996–, o con apoyo en el principio constitucional del in dubio pro reo, o ii) cuando no obstante a que la absolción o preclusión estén enmarcadas en uno de los mencionados cuatro escenarios, del proceso se desprenda la configuración de una falla del servicio que amerite su declaratoria, puesto que como bien se precisa en la providencia referida: “...cuando quiera que en un proceso, en el cual se clame por la declaración de responsabilidad del Estado y por la condena consecuente, se acredite la presencia de una falla del servicio, será este el título de imputación de responsabilidad con base en el cual se habrá de decidir...” En ese orden de ideas, mi razonamiento se dirige a señalar que la responsabilidad patrimonial del Estado por la privación injusta de la libertad no puede ser objetivada de forma general y absoluta, sino que se impone una sistematización que permita articular, en determinados supuestos, la aplicación de títulos objetivos de responsabilidad con un régimen subsidiario regido por la falla del servicio, dirigido a cubrir aquellos espacios sobre los cuales no opera el principio del rompimiento de las cargas públicas.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA
SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., Trece (13) de Abril dos mil once (2011)

Radicación número: 66001-23-31-000-2000-00095-01(22679)

Actor: NOHELIA BOTERO DE VILLANUEVA Y OTROS

Demandado: NACION-RAMA JUDICIAL

Referencia: SALVAMENTO DE VOTO

Con mi acostumbrado respeto, procedo a señalar los motivos por los cuales me aparto de la decisión adoptada el 13 de abril del año en curso, y salvo mi voto en relación con la forma en que se abordó el fundamento de la responsabilidad del Estado en el caso concreto.

1. Argumentos sobre los cuales recae el presente salvamento de voto

En la sentencia se confirmó la decisión apelada en el sentido de negar las pretensiones, por los daños derivados de una privación de la libertad de la señora Nohelia Botero de Villanueva, entre el 7 de mayo de 1998 y el 22 de febrero de 1999.

Discrepo del criterio mayoritario para absolver a la demandada al considerar que en el caso concreto no se configuró una falla en el servicio, cuando le era aplicable el régimen objetivo de daño especial, toda vez que se enmarcaba en uno de los supuestos reconocidos por la jurisprudencia de la Sala, para ese tipo de eventos. Supuestos que el ponente no pretende modificar, como se deduce de la conclusión de la disertación acerca del “régimen jurídico aplicable a la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, cuando entra en vigencia la ley 270 de 1996”, en la que señala:

“Luego, no siempre puede esperarse encajar la responsabilidad de la responsabilidad de justicia en el evento de la libertad cuando la medida de aseguramiento consistente en detención se produzca por ser contraria a derecho (pese a su carácter sustancial), porque en la mayoría de los casos esta se encontrará conforme a la legalidad en la que se fundamenta, por lo que habrá de indagar si producido el daño antijurídico este se reputa de la decisión bien porque no hay elementos fácticos para determinar la existencia del hecho punible, o en otros eventos porque no existe prueba o esta permita inferir la duda a favor del sindicado o imputado, de tal manera que obre una valoración del *in dubio pro reo*” Folio 21 de la providencia).

Sin embargo frente al caso concreto concluye:

“Con base en lo anterior, y reiterando el precedente de la Sala debe decirse que la detención producto de la investigación e instrucción penal adelantada por la Fiscalía Doce Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Pereira contra Nohelia Botero Ospina (de Villanueva) sí se fundó en un indicio serio para imponer la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, sustentado claramente por el Tribunal Superior, esto es “porque en verdad pudo ser partícipe del hecho”, convirtiendo a esta en una carga que proporcionalmente debía ser soportada por la procesada, lo que no se pone en cuestión con la sentencia de segunda instancia, porque como bien lo ha señalado el precedente de la Sala si en el mismo proceso se llega al final a absolver, esto no es indicativo “de que hubo algo indebido en la detención”⁴⁴. Así pues existían supuestos suficientes para “considerar razonable” la decisión de privar de la libertad a la procesada, sin que ello constituya reelaboración alguna de la valoración probatoria efectuada por la jurisdicción penal⁴⁵, por el contrario considerándose lo sostenido por el Tribunal Superior en segunda instancia.

“Así mismo, la Sala reitera que es necesario distinguir entre la decisión legal que ordena la detención preventiva, que luego se cuestiona como equivocada, y la decisión absolutoria, siempre que el error salte a la vista,

⁴⁴ Sentencia de 25 de julio de 1994. Exp. 8666.

⁴⁵ Sentencia de 4 de diciembre de 2006. Exp. 13168.

debiendo analizarse si se produjo el daño antijurídico reclamado por los demandantes y es imputable a la demandada⁴⁶...

“No debe olvidarse, como el precedente de la Sala lo señala, que el fundamento de la indemnización no está en la ilegalidad de la conducta, sino que hay lugar a la ocurrencia e imputación de un daño antijurídico. Con otras palabras, que se produzca un daño anormal y que se grave de manera excepcional a los demandante⁴⁷, lo que no queda demostrado a tenor de las decisiones judiciales de primera y segunda instancia, siendo que en la última de las cuales no se afirmó la existencia de un claro supuesto de *“in dubio pro reo”*, sino de un supuesto de aquellos que no encaja en este o en cualquiera de los otros en los que se funda el régimen objetivo, por lo que la carga del demandante radicaba en demostrar la existencia de la falla del servicio en cabeza de la demandada, lo que no se ofrece en el presente asunto” (folios 31 y 32 de la providencia).

2. Razones y fundamentos del salvamento de voto

2.1. En mi criterio el fundamento de la decisión anterior resulta incongruente, a la luz de la valoración probatoria que se hace del caso en la propia sentencia; toda vez que de ella se deduce, claramente, que se estaba en uno de los supuestos de aplicación del régimen objetivo de daño especial en materia de privación injusta de la libertad.

En efecto, cuando se considera la decisión del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pereira, Sala Penal, en la que se revocó la decisión de primera instancia y se absolvió a la procesada, se transcribe:

“... vi) por lo tanto, surgió “duda imposible de ser dilucidada” (fl. 226 c.3); vii) así pues, no podía predicarse la inocencia “porque en verdad pudo se participe del hecho”, pero emergió “la duda que debe ser definida a favor de la misma” (fl. 227 c. 3); viii) el fallo debía estar basado en unas probanzas

⁴⁶ Sentencia de 4 de diciembre de 2006. Exp. 13168. Sentencia de 3 de abril de 2011. Expe. 33238.

⁴⁷ Sentencia de 5 de abril de 2008. Exp. 16819. Puede verse también: Sentencia de 27 de septiembre de 2000. Exp. 11601.

de una solidez irrefutable... Si hay ausencia de esa firmeza, se impone en nombre de la equidad, una decisión a favor del imputado” (fl. 227 c. 3)...” (folio 29 de la providencia).

Inmediatamente, después de la anterior transcripción, se afirma que el caso no se ajusta a alguno de los supuestos del artículo 414 decreto ley 2700 de 1991 y que la decisión es ajustada a derecho, no se configura una falla del servicio y se deniegan pretensiones.

Siendo así, agotada la vía de la falla del servicio, era necesario determinar, en aplicación del principio *iura novit curia*, si el caso le era aplicable el supuesto del *in dubio pro reo*, como claramente se deduce de la sentencia penal que absolvió a la demandante, pero la providencia de la Sala carece de algún razonamiento al respecto.

Efectivamente, si se deducía que se trataba de la aplicación de esa figura *strictu sensu*, era perfectamente aplicable el régimen objetivo de daño especial, como así lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corporación en reiteradas oportunidades. Así mismo, si se trata de un “falso *in dubio pro reo*”, no era posible concluir que se trataba de una providencia conforme a derecho y era necesario profundizar sobre el punto. Sin embargo, la providencia omite cualquier razonamiento sobre estos dos aspectos, y concluye, sin más, que no se configuró una falla del servicio.

2.2. Las consideraciones de la providencia de la cual discrepo, echan por la borda la destacada labor de sistematización que desde el año 2006⁴⁸ se ha dado en relación con la imputación de la privación injusta de la libertad. En efecto, la Sala en otra providencia reciente estructuró la responsabilidad del Estado en esos casos como se transcribe a continuación⁴⁹:

“(...) 3.3.3. 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:

⁴⁸ Al respecto consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 4 de diciembre de 2006, exp. 13168, de 2 de mayo de 2007, exp. 15463, de 26 de marzo de 2008, exp. 16530, y 25 de febrero de 2009, exp. 25508, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁴⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de abril de 2008, exp. 17534, M.P. Enrique Gil Botero.

“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 Corporación⁵⁰.

“ii) Cuando se absuelva a la persona sindicada, en aplicación del *in dubio pro reo*⁵¹ -*strictu sensu*–, de conformidad con los planteamientos contenidos en las sentencias proferidas en los procesos números 13168 (2006)⁵² y 15463 (2007)⁵³, 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 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–⁵⁴, 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

⁵⁰ Sobre el particular, consultar la sentencia de 4 de diciembre de 2006, exp. 13168, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁵¹ “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.

⁵² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006, M.P. Mauricio Fajardo Gómez

⁵³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 2 de mayo de 2007, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁵⁴ “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.

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 arbitraria⁵⁵.

“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. 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.”

2.3. Debo reiterar, como lo he manifestado en otras aclaraciones y salvamentos de voto, que mi discernimiento no va orientado a defender la postura según la cual la responsabilidad se torna objetiva en todos los supuestos en que se priva de la libertad a una persona y luego se precluye la investigación o cesa el procedimiento adelantado en su contra.

⁵⁵ “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.

Por lo tanto, me parece necesario dejar abierta la posibilidad de declarar la falla del servicio, al margen de que se acepte que un régimen de responsabilidad es objetivo (v.gr. actividades peligrosas), siempre que aparezca materializada en el proceso y se imponga la necesidad de declarar el incumplimiento tardío, irregular o defectuoso de una obligación estatal.

En consecuencia, si bien es cierto que conforme a una hermenéutica constitucional, la Corporación ha delimitado una línea jurisprudencial que, en materia de la privación injusta de la libertad, establece una primacía de los títulos de imputación objetivos por el quebrantamiento de las cargas públicas, lo cierto es que es necesario matizar esa afirmación en línea de principio, puesto que existen dos excepciones a esa regla; en efecto, será posible declarar una falla del servicio en eventos de privación injusta de la libertad cuando: i) el supuesto específico de absolucón no se encuentre comprendido en aquellos que la Sala ha considerado como objetivos, es decir, que la exoneración del sindicado o acusado se produzca por una razón disímil a las tres contempladas por el derogado artículo 414 del C.P.P. de 1991 –y cuyo tratamiento se ha mantenido aún en vigencia de la ley 270 de 1996–, o con apoyo en el principio constitucional del *in dubio pro reo*, o ii) cuando no obstante a que la absolucón o preclusión estén enmarcadas en uno de los mencionados cuatro escenarios, del proceso se desprenda la configuración de una falla del servicio que amerite su declaratoria, puesto que como bien se precisa en la providencia referida: “...cuando quiera que en un proceso, en el cual se clame por la declaración de responsabilidad del Estado y por la condena consecuente, se acredite la presencia de una falla del servicio, será este el título de imputación de responsabilidad con base en el cual se habrá de decidir...” (Página 26).

2.4. En ese orden de ideas, mi razonamiento se dirige a señalar que la responsabilidad patrimonial del Estado por la privación injusta de la libertad no puede ser objetivada de forma general y absoluta, sino que se impone una sistematización que permita articular, en determinados supuestos, la aplicación de títulos objetivos de responsabilidad con un régimen subsidiario regido por la falla del servicio, dirigido a cubrir aquellos espacios sobre los cuales no opera el principio del rompimiento de las cargas públicas.

En la sentencia respecto de la cual salvo el voto, se razona de manera contraria, se aplica de forma preferente el régimen de falla del servicio, y se excluye, sin una razón satisfactoria, el régimen objetivo en eventos de privación injusta de la libertad.

Atentamente,

ENRIQUE GIL BOTERO

Fecha ut supra