

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “B”

Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth

Bogotá D.C. 29 de febrero de 2016

Expediente: 36277
Radicado: 470012331000200700115 01
Actor: Jorge Hernández Vecino
Demandado: Nación-Rama Judicial
Naturaleza: Reparación directa

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 30 de julio de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, por medio de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda. La sentencia será confirmada.

SÍNTESIS DEL CASO

Mediante sentencia del 15 de junio de 2006, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, Sala Penal, al desatar el recurso de apelación interpuesto por uno de los sujetos procesales, declaró prescrita la acción penal en favor del señor Jorge Hernández Vecino, quien había sido condenado por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de la misma ciudad como autor responsable de los delitos de falsedad en documento privado y estafa agravada.

ANTECEDENTES

I. Lo que se demanda

1. Mediante escrito presentado el 27 de febrero de 2007 ante el Tribunal Administrativo del Magdalena, el señor Jorge Hernández Vecino, a través de apoderado, presentó demanda de **reparación directa** contra la Nación-Rama Judicial, con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas (f. 2-7, c.1.):

PRIMERO: *Que se declare administrativa y extracontractualmente responsable a la Nación-Rama Judicial- representada por el Director Ejecutivo de la Administración Judicial, de los perjuicios causados al demandante, por haber sido llamado a juicio penal, por unas supuestas imputaciones y que nunca se probó, por dicha negligencia de la Rama Judicial.*

SEGUNDO: *Condene a la Nación-Rama Judicial, a pagar a mi representado los perjuicios materiales sufridos con motivo de la encarcelación, teniendo en cuenta las siguientes bases de liquidación:*

1. La suma de **DOS MIL DOSCIENTOS SESENTA Y OCHO MILLONES DE PESOS (\$2.268.000.000).**
2. *Que dicho valor sea actualizado de acuerdo con la variación porcentual del índice de precios al consumidor existente cuando se produzca el fallo respectivo de instancia o el auto que liquide los perjuicios materiales.*
3. *Que se dé aplicación a la fórmula de matemática financiera aceptada por el Honorable Consejo de Estado, teniendo en cuenta la indemnización de vida o consolidada y la futura.*
4. *Que la Nación-Rama Judicial- Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial, dará cumplimiento a la sentencia favorable en los términos del art. 176 del C.C.A.*
5. *Que si no se efectúa el pago en forma oportuna, la entidad demandada, liquidará los intereses comerciales y moratorios conforme lo ordena el art. 177 del C.C.A.*

2. En respaldo de sus pretensiones, la parte actora expuso los siguientes hechos: (i) La Fiscalía 13 Delegada de la Unidad Nacional de Delitos contra la Administración Pública, mediante resolución del 11 de marzo de 1999, dictó medida de aseguramiento de detención preventiva en contra del señor Jorge Hernández Vecino, como presunto autor responsable de los delitos de concierto para delinquir, estafa y falsedad en documento privado (ii) en cumplimiento de esta orden fue capturado el 25 del mismo mes y año, y recluido en el establecimiento carcelario Rodrigo Bastidas de la ciudad de Santa Marta por un término de 6

meses, al cabo de los cuales le fue sustituida la medida preventiva por la de caución prendaria; (iii) el 15 de julio de 2006, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta declaró la prescripción de la acción penal a su favor ante la negligencia de la entidad demandada de impulsar el proceso y hallar a los verdaderos infractores de la ley penal.

II. Trámite procesal

3. La Nación-Rama Judicial, presentó de forma extemporánea la contestación de la demanda (f. 92, c. 1).

4. Surtido el trámite de rigor y practicadas las pruebas decretadas, el Tribunal Administrativo del Magdalena profirió **sentencia de primera instancia** el 30 de julio de 2008 (f. 106-125, c. ppl.). En ella negó las pretensiones de la demanda por considerar que no logró demostrarse la ilicitud de la medida privativa de la libertad, si se tiene en cuenta que el proceso culminó con sentencia absolutoria, por aplicación de un aspecto meramente procesal como lo es la prescripción de la acción, del que no es posible constatar la ausencia de responsabilidad penal del procesado. Indicó además que las providencias penales allegadas al expediente acreditaron las graves irregularidades en las actuaciones realizadas por el aquí demandante en el proceso de solicitud de los créditos bancarios a Concasa, como alteraciones, sobreavaluos en los peritajes practicados a los predios a hipotecar, todas ellas constitutivas de indicios graves en contra del sindicado que habilitaban al ente instructor a imponer la medida restrictiva de la libertad. Por último afirmó que *“Así mismo está demostrado que en el presente caso, lejos de haber recuperado el sindicado su libertad porque no existiese elemento alguno demostrativo que obrara en su contra, lo benefició la calificación, de su conducta pues al haber operado individualmente se desvirtuó el concierto para delinquir en la resolución de acusación y a pesar que la investigación penal prosiguió por los de falsedad en documento privado y estafa agravada, en los antecedentes de la sentencia de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito de Santa Marta, se*

observa que se hace referencia a que se va a conocer en apelación la sentencia condenatoria en contra de Jorge Hernández Vecino, por tres delitos, encontrándose esta Corporación en desconocimiento de las motivaciones de esa condena, al no reposar copia de ese proveído en este expediente”.

5. Contra la sentencia de primera instancia, la parte demandante interpuso en tiempo **recurso de apelación**. Adujo que la privación de la libertad de que fue objeto el señor Hernández Vecino fue arbitraria, injusta e ilegal pues el fiscal del turno antes de iniciar la investigación y recopilar las pruebas que sustentaron luego su acusación, impuso la medida de aseguramiento, en una práctica que se volvió común en los investigadores, quienes sacrifican garantías de rango constitucional, como lo es la libertad, en pro de mostrar resultados que miden su productividad. Señaló que el régimen de responsabilidad aplicable es de tipo objetivo, en tanto en el trámite del proceso penal no se logró desvirtuar su inocencia, así la sentencia que decretó su absolución haya sido el resultado de la aplicación del fenómeno extintivo de la prescripción, sanción que se erige en nuestro ordenamiento jurídico como un reproche por la inactividad del Estado en el desarrollo de su poder punitivo sin que sea posible predicar que ella no constituye una verdadera sentencia absolutoria como lo consideró el tribunal (f. 127-130, c. ppl.).

6. Dentro del término para **alegar de conclusión** en segunda instancia, las partes guardaron silencio

6.1. En la misma oportunidad legal dada al Ministerio Público para emitir concepto, señaló que no hubo lugar a una privación injusta de la libertad, por la declaración de la prescripción de la acción penal, pues las providencias expedidas en el proceso penal dan cuenta de que existieron fundamentos fácticos que justificaron la imposición de la medida así como la sentencia condenatoria de primera instancia, razón para negar las pretensiones de la demanda (f. 143-148, c. ppl.).

CONSIDERACIONES

I. Competencia

7. El Consejo de Estado es competente para decidir el asunto por tratarse del recurso de apelación interpuesto en vigencia de la Ley 270 de 1996 contra la sentencia proferida en primera instancia por el Tribunal Administrativo del Magdalena dentro de un proceso de reparación directa derivado de hechos de la Administración de Justicia¹.

7.1. Adicionalmente, se advierte que el asunto puede ser decidido con prelación de fallo, por tratarse de una privación injusta de la libertad que entró al despacho para ser resuelta en el año 2010, de conformidad con lo decidido por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado el 25 de abril de 2013².

II. Hechos probados

8. De conformidad con las pruebas válidamente allegadas al proceso, se tienen por probados los siguientes hechos relevantes:

8.1. El 15 de septiembre de 1999, la Unidad de Delitos contra la Administración Pública, Fiscalías 2, 11 y 13 Delegadas, profirió resolución de acusación en contra del señor Jorge Hernández Vecino, entre otros, como presuntos autores responsables del delito de falsedad en documento privado en concurso con estafa agravada por la cuantía, al tiempo que precluyó la investigación por el punible de concierto para delinquir. En la misma providencia revocó la medida de aseguramiento de detención preventiva impuesta en su contra el 11 de marzo del

¹ La Ley 270 de 1996 desarrolló la responsabilidad del Estado en los eventos de error jurisdiccional, defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y privación injusta de la libertad, y fijó la competencia funcional para conocer de tales asuntos en primera instancia, en cabeza de los Tribunales Administrativos y, en segunda instancia, en el Consejo de Estado, sin que sea relevante consideración alguna relacionada con la cuantía. Para tal efecto puede consultarse el auto proferido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 9 de septiembre de 2008, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, expediente 11001-03-26-000-2008-00009-00.

² Allí se decidió que este tipo de casos, entre otros, se fallarían sin sujeción al turno, pero respetando la fecha de ingreso.

mismo año, la cual sustituyó por caución prendaria y ordenó su libertad inmediata para lo cual libró la boleta de libertad con destino al director de la cárcel Rodrigo Bastidas ubicada en la ciudad de Santa Marta (copia de la providencia que calificó el sumario con resolución de acusación del 15 de septiembre de 1999, f. 17-64, c.1.)

8.2. El Juzgado Penal del Circuito Especializado de Santa Marta, mediante sentencia del 26 de octubre de 2005, encontró al señor Jorge Hernández Vecino, y a otras 7 personas, responsables de los delitos de falsedad en documento privado y estafa agravada. En consecuencia, lo condenó a la pena principal de prisión de 42 meses e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término. Indicó la autoridad judicial (copia auténtica de la sentencia del 26 de octubre de 2005, f.20-45, c.3.):

*Al procesado **JORGE HERNÁNDEZ VECINO** le figuran dos créditos en los cuales se detectaron las mismas irregularidades de las otras operaciones.*

En una primera oportunidad se le reconoció un crédito por valor de cuarenta y ocho millones de pesos (\$48.000.000.00) para adquirir un bien de propiedad de su madre, con respecto al cual la lonja de propiedad raíz determinó que existió un sobreavalúo del 29.88%.

Más adelante se le aprobó por CONCASA otro crédito por valor de ciento cincuenta millones de pesos (\$150.000.000.00), pero en esta oportunidad a favor de la sociedad VECINO Y Cía. Ltda. del cual era su representante legal, siendo el fin del mismo adquirir un inmueble de propiedad de RODOLFO MARIO ELJACH ZORRO, el sobreavalúo en esta oportunidad fue del 139%

Para acceder al crédito en mención los ingresos acreditados por el procesado fueron, desde todo de vista, exagerados, en donde la solidez financiera (sic) que para infundir equivocación no encontró respaldo con los ingresos que obtenían en la actividad económica de la sastrería.

El procesado conocía la ilicitud de proceder y así lo admitió cuando señaló que tan solo aceptó el monto al cual aspiraba, entre tanto que para los excedentes autorizó que se cancelaran a terceras personas.

Los anteriores son argumentos que crean certeza de su responsabilidad circunstancia, que convalida el juzgado hallándolo culpable de los cargos por los cuales fue llamado a juicio.

8.3. Mediante sentencia del 15 de junio de 2006, que desató el recurso de apelación interpuesto por el condenado y cobró ejecutoria en la misma fecha³, el

³ **Artículo 187.** Ejecutoria de las providencias. Las providencias quedan ejecutoriadas tres (3) días después de notificadas si no se han interpuesto los recursos legalmente procedentes.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, Sala Penal, declaró la prescripción de la acción penal en favor del señor Hernández y los otros procesados. Para el efecto señaló (copia de la sentencia del 15 de junio de 2006, proferida por el Tribunal del Distrito Judicial de Santa Marta, Sala Penal, f. 1-9, c. 3):

La Sala entraría a definir el sustrato de la apelación planteada por los defensores de los procesados-condenados, de no ser porque en el asunto examinado se ha desvanecido la prosecución de la acción penal por el transcurrir del tiempo sin que se tomara una decisión definitiva, circunstancia por la que se procederá a emitir pronunciamiento respecto a la prescripción de la acción de la acción penal, con relación a los delitos de concierto para delinquir, falsedad en documento privado y estafa agravada por los cuales se condenó a (...) Jorge Hernández Vecino.

Se observa de tal forma, que en el presente asunto se da una causal objetiva de improseguibilidad de la acción penal, comoquiera que desde que la resolución de acusación quedó totalmente ejecutoriada –el 28 de octubre de 1.999-, se ha superado el término para que opere el fenómeno jurídico en mención.

*De tal manera que ha cesado el **ius punendi** del Estado, lo cual por razón sustancial elimina la punibilidad de la conducta y extingue la acción penal por el advenimiento del término fijado por la ley para la superación de la etapa procesal, como es la resolución de acusación en firme sin que haya finiquitado el proceso a través de la respectiva sentencia.*

Es de precisar, que en aplicación del principio de favorabilidad para los procesados deviene más benévolo tener en cuenta la legislación vigente ya que si bien, respecto a los punibles de concierto para delinquir y falsedad en documento privado, la pena se mantiene igual en las dos legislaciones, en relación al delito de estafa, en la anterior normatividad el máximo de la pena es de diez (10) años de prisión, mientras que en la nueva codificación, se establece la pena máxima de ocho (8) años de prisión, significando por tanto, más favorable esta última penalidad.

(...)

Conforme a lo anterior, se tiene que la resolución de acusación fue emitida el 15 de septiembre de 1.999, cobrando ejecutoria el 28 de octubre de 1.999-fls 185 a 233 c.o. n.º 19, por lo tanto, a efectos de analizar la prescripción se procederá observando un orden metodológico (...). Descendiendo al caso de los señores Jorge Hernández Vecino, Abigail Emilio Colina Soto y Manuel Salvador Sumeth, se tiene que fueron acusados como presuntos responsables

La que decide los recursos de apelación o de queja contra las providencias interlocutorias, la consulta, la casación, salvo cuando se sustituya la sentencia materia de la misma y la acción de revisión quedan ejecutoriadas el día en que sean suscritas por el funcionario correspondiente.

de las conductas de falsedad en documento privado y estafa agravada, a su vez, el señor Rodolfo Mario Hjach Toro, lo fue únicamente por el delito de estafa agravada, entonces teniendo en cuenta que la resolución de acusación contra estas personas es la misma que fue objeto de análisis en los párrafos anteriores, de bulto refulge la verificación de la prescripción de la acción penal en relación a estos procesados, igual que para los anteriores y como consecuencia se torna improseguible la misma, pues al momento no se ha puesto fin a las instancias.

Se observa que el operador judicial de primera instancia, ante la solicitud del defensor del procesado Jorge Hernández Vecino, de declarar la prescripción de la acción penal, no se toma el trabajo de efectuar un verdadero análisis de dicha pretensión procesal, pues de manera clara y simple descarta tal petición indicando que una vez realizadas las sumatorias no es procedente tal instituto, situación que si bien lo era real, no fue debidamente argumentado y definido ya que en la labor del operador judicial, no basta con que éste crea que tiene la razón e íntimo convencimiento y así se pronunció, sino que debe explicar las razones de su afirmación, lo contrario traduce en una especie de libertad en el ejercicio judicial que trasciende a las esferas deleznable del capricho, la voluntariedad y la arbitrariedad, características propias de Estados absolutistas, totalitarios y no un Estado social, democrático y de derecho como el nuestro.

(...) Lo mismo deberá expresarse de los juicios de responsabilidad que ejecuta frente a las conductas investigadas respecto de cada uno de los procesados, pues aunque lo que es objeto de este asunto es la causal objetiva de improseguibilidad aquí comprobado, la Sala tuvo la oportunidad de examinar el fallo condenatorio, encontrado que el mismo carece de argumentación probatoria.

Se aclara que no se está insinuando que habría lugar a una absolución de los procesados, sino que las afirmaciones desarrolladas por el a quo debieron acompañarse con la debida comparación de los medios de convicción que abundaban en este asunto, haciendo un verdadero estudio y análisis tanto conceptual como fáctico y jurídico-probatorio.

III. Problema jurídico

9. Procede la Sala a determinar si en el caso bajo análisis resulta imputable al Estado el daño ocasionado a Jorge Hernández Vecino por la privación de la libertad a la que fue sometido, teniendo en cuenta que la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta decretó la prescripción de la acción penal.

IV. Análisis de la Sala

10. La Sala encuentra acreditado el **daño** pues está probado dentro del expediente

que el señor Jorge Hernández Vecino estuvo privado de su libertad por cuenta del proceso penal adelantado en su contra por la Unidad de Delitos contra la Administración Pública, Fiscalías 2, 11 y 13 Delegadas sindicado de los delitos de concierto para delinquir, falsedad en documento privado y estafa agravada. La Sala advierte que no obra en el expediente certificación que dé cuenta del tiempo de privación de la libertad padecido por el aquí demandante, pero sí de que efectivamente estuvo internado en la cárcel distrital Rodrigo Bastidas de la ciudad de Santa Marta a donde fue recluido en cumplimiento de la medida de aseguramiento decretada mediante providencia del 11 de marzo 1999, situación que se logró constatar con base en lo consignado en la parte resolutive de la resolución de acusación proferida por el ente instructor –ver párrafo 8.1.-.

Con apoyo en la referida información, además de los hechos narrados por la parte actora en su demanda, para el cálculo del tiempo de privación de la libertad, la Sala tendrá como fecha inicial de detención el 25 de marzo de 1999, por ser esta posterior a la que profirió la medida de aseguramiento y, como fecha final el 15 de septiembre del mismo año, en la cual se le sustituyó la detención preventiva por caución prendaria y se ordenó su libertad inmediata –ver párrafo 8.1-, periodo en cual transcurrieron 5,8 meses.

11. El fundamento normativo de la responsabilidad a cargo del Estado por los daños derivados de la imposición de una medida de aseguramiento restrictiva del derecho fundamental a la libertad personal es el artículo 90 de la Constitución Política, cuyo texto es el siguiente: *“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas”*.

12. En aplicación de lo anterior, se considera que la responsabilidad extracontractual de la administración no resulta comprometida sólo en los eventos en los que se demuestra el carácter injusto de la detención, derivado de un error judicial o de un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, pues

el fundamento del deber de reparar descansa en la antijuridicidad del daño sufrido por la víctima y no en la legalidad o ilegalidad de la decisión judicial o de la actuación estatal⁴.

13. Esto explica por qué el Consejo de Estado ha considerado de forma reiterada y consistente que existen ciertos supuestos fácticos en los cuales la responsabilidad de la administración adquiere un carácter objetivo. Estos supuestos son, fundamentalmente, los consagrados en el artículo 414 del derogado Decreto 2700 de 1991 –el hecho no existió, el sindicado no lo cometió y la conducta no constituía hecho punible–, pues cada uno de ellos revela la causación de un daño antijurídico dada la falta de responsabilidad penal del implicado:

Quando se produce la exoneración del sindicado por sentencia absolutoria o su equivalente, porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no constituía hecho punible, la privación de la libertad resulta siempre injusta, puesto que quien estuvo detenido sufrió un daño que no estaba en la obligación de soportar⁵.

14. El mismo criterio ha sido empleado en aquellos casos ocurridos en vigencia de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de Administración de Justicia, que en su artículo 68 establece que “[q]uien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios”. En efecto, pese a que la Corte Constitucional, al revisar la constitucionalidad de la mencionada disposición, indicó que el concepto “injustamente” se refiere a “una actuación abiertamente contraria y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria”⁶, el Consejo de Estado ha señalado que esta norma

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de abril de 2002, exp. 13.606, C.P. María Elena Giraldo.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 15 de diciembre de 2004, exp. 14.717, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. En similar sentido, véase la sentencia de 25 de febrero de 2009, exp. 25.508, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁶ Corte Constitucional, sentencia C-037 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

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 a la causación de un daño antijurídico⁷.

15. Esto significa que las hipótesis fácticas consagradas en el artículo 414 del derogado Decreto 2700 de 1991 mantienen vigencia para resolver, de la misma forma, la responsabilidad del Estado por restricciones a la libertad individual, puesto que si se profiere una sentencia absolutoria o su equivalente con fundamento en que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no constituía hecho punible, la antijuridicidad del daño queda en evidencia al demostrarse que la persona afectada con la detención era inocente y, por tanto, no estaba en el deber jurídico de soportarla.

16. Fuera de los tres eventos anteriores, la responsabilidad extracontractual de la administración puede resultar comprometida, según ya se señaló, cuando la medida privativa de la libertad se ordena o se prolonga sin estricta sujeción a la ley. En estos casos, el fundamento jurídico del deber de reparar continúa siendo el daño antijurídico que se causa al particular que resulta afectado con una orden de captura o una medida de aseguramiento ilegal, arbitraria o contraria a derecho, o en otros términos, que es producto de una falla del servicio o de un error jurisdiccional.

17. En el caso concreto, la parte actora sostiene que la entidad demandada incurrió en una falla del servicio por no adelantar la investigación penal en tiempo, situación que lo llevó a soportar un proceso que no le permitió obtener una sentencia de fondo que decidiera sobre su responsabilidad penal en la comisión de los hechos que se le endilgaban, sino que, por el contrario, culminó por prescripción de la

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 26 de marzo de 2008, exp. 16.902, C.P. Enrique Gil Botero; de 25 de febrero de 2009, exp. 25.508, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; de 6 de abril de 2011, exp. 21.653, C.P. Ruth Stella Correa, entre otras.

acción penal, que si bien tiene los mismos efectos de una providencia absoluta, no fue producto del análisis de las pruebas obrantes en el expediente que daban cuenta de su inocencia.

18. La Sala encuentra que efectivamente la sentencia de segunda instancia mediante la cual se desató el recurso de apelación interpuesto por el demandante que lo declaró responsable de los delitos de falsedad en documento privado y estafa agravada, no realizó ninguna consideración sobre la responsabilidad penal del señor Hernández Vecino, pues se limitó a verificar un aspecto netamente procesal que no permitió continuar con la acción penal en cabeza del Estado, circunstancia que como acertadamente lo planteó el *a quo*, no comporta de suyo ninguna de las causales consagradas en el artículo 414 del derogado Decreto 2700 de 1991, constitutivas de una suerte de cláusula general de responsabilidad del Estado en los casos de privación de la libertad, pues lo que se configuró fue el fenómeno prescriptivo de la acción penal.

19. Sin embargo, fuera de los tres eventos contemplados en la norma en mención, la responsabilidad extracontractual de la administración puede resultar comprometida también cuando por ejemplo cuando al término del proceso penal la presunción de inocencia del sindicado se mantiene incólume, lo cual ocurre en los eventos en los que la absolución se origina en la aplicación del principio *indubio pro reo* o por prescripción de la acción penal.

20. En otros términos, la responsabilidad del Estado en tratándose de casos de privación injusta de la libertad no se encuentra supeditada exclusivamente a la configuración de una de las tres causales señaladas en la norma sustantiva penal, que si bien constituye su marco normativo, encuentra su génesis y justificación en la causación de un daño antijurídico que el afectado no está en la obligación de soportar, esto en los términos del artículo 90 constitucional.

21. En este orden de ideas, la privación de la libertad comporta un daño antijurídico también en los casos en que el aparato jurisdiccional, en desarrollo de una

investigación penal, desborda los términos para adelantar las diferentes etapas del proceso sin proferir una decisión de fondo de cara a absolver o condenar penalmente al procesado y como consecuencia pierde su función punitiva, por prescripción de la acción penal⁸. Allí es dable declarar la responsabilidad del Estado pues no se desvirtuó la presunción de inocencia del procesado, lo que indefectiblemente conlleva la antijuridicidad de la medida impuesta⁹.

22. Así, el acaecimiento del fenómeno prescriptivo no solo se erige como una garantía de rango constitucional en favor de todas las personas que se ven involucradas en un proceso judicial de no soportar indefinidamente en el tiempo los rigores de una investigación que el operador jurídico no adelantó en los términos establecidos, principio que cobra más protagonismo en tratándose de procedimientos sancionatorios y que logra materializar garantías de orden

⁸ “La prescripción de la acción penal es una institución de orden público, en virtud de la cual el Estado cesa su potestad punitiva -ius puniendi- por el cumplimiento del término señalado en la respectiva ley. Dicho fenómeno ocurre cuando los operadores jurídicos dejan vencer el plazo señalado por el legislador para el ejercicio de la acción penal sin haber adelantado las gestiones necesarias tendientes a determinar la responsabilidad del infractor de la ley penal, lo cual a la postre implica que la autoridad judicial competente pierde la potestad de seguir una investigación en contra del ciudadano beneficiado con la prescripción.

“La prescripción de la acción penal tiene una doble connotación. La primera es a favor del procesado y consiste en la garantía constitucional que le asiste a todo ciudadano de que se le defina su situación jurídica, pues éste no puede quedar sujeto perennemente a la imputación que se ha proferido en su contra; la segunda en tanto y en cuanto se trata para el Estado de una sanción frente a su inactividad.

“Al analizar la prescripción en materia penal, la jurisprudencia ha señalado que “es un instituto jurídico liberador, en virtud del cual por el transcurso del tiempo se extingue la acción o cesa el derecho del Estado a imponer una sanción” cuyo fundamento es el principio de la seguridad jurídica ya que la finalidad esencial de la prescripción de la acción penal está íntimamente vinculada con el derecho que tiene todo procesado de que se le defina su situación jurídica, pues “ni el sindicado tiene el deber constitucional de esperar indefinidamente que el Estado califique el sumario o profiera una sentencia condenatoria, ni la sociedad puede esperar por siempre el señalamiento de los autores o de los inocentes de los delitos que crean zozobra en la comunidad”. “En cuanto a su naturaleza, la prescripción es una institución de carácter sustantivo “si bien su reconocimiento precisará, dado el carácter de necesidad del proceso penal, de la actuación procesal procedente. Este carácter sustantivo permite que la prescripción pueda ser declarada de oficio, sin necesidad de alegación de parte como es obligado en el proceso civil”. Corte Constitucional, sentencia del 28 de mayo 2002, actor: Luis Eduardo Montoya Medina, exp: 3788, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁹ Al respecto puede consultarse la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia del 31 de agosto de 2015, exp: 37 530, actor: Uriel Catalino Muñoz Jiménez, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

supranacional incorporadas a nuestra Constitución como parámetros vinculantes de interpretación de los deberes y derechos protegidos por la norma suprema, sino también acarrea para la administración el despojo de su función punitiva y con ello la asunción de todas las consecuencias que su inoperatividad produce, de las que no se escapan las de tipo patrimonial derivadas de la imposición de condenas en su contra.

22. De tal suerte que si el Estado no logró desvirtuar la presunción de inocencia¹⁰ del procesado dentro del término fijado por la ley adjetiva penal, verá

¹⁰ “La presunción de inocencia es una garantía integrante del derecho fundamental al debido proceso reconocida en el artículo 29 de la Constitución, al tenor del cual ‘toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable’. Los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia –que hacen parte del bloque de constitucionalidad en virtud del artículo 93 de la Constitución- contienen dicha garantía en términos similares. Así, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 8 que ‘toda persona inculpada del delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad’. Y, a su turno, el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe que ‘toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley’. Como se deriva de las normas transcritas, la presunción de inocencia acompaña a la persona investigada por un delito ‘hasta el fallo o veredicto definitivo y firme de culpabilidad’. 18.- De este ‘postulado cardinal de nuestro ordenamiento’, se desprenden, entre otras, las siguientes consecuencias identificadas por la jurisprudencia constitucional: // · ‘Cualquier persona es inicial y esencialmente inocente, partiendo del supuesto de que sólo se puede declarar responsable al acusado al término de un proceso en el que deba estar rodeado de las plenas garantías procesales y se le haya demostrado su culpabilidad’. // · La presunción de inocencia ‘se constituye en regla básica sobre la carga de la prueba’ de acuerdo con la cual ‘corresponde siempre a la organización estatal la carga de probar que una persona es responsable de un delito (...) lo que se conoce como principio onus probandi incumbit actori. La actividad probatoria que despliegue el organismo investigador debe entonces encaminarse a destruir la presunción de inocencia de que goza el acusado, a producir una prueba que respete las exigencias legales para su producción, de manera suficiente y racional, en el sentido de acomodarse a la experiencia y la sana crítica. Así pues, no le incumbe al acusado desplegar ninguna actividad a fin de demostrar su inocencia, lo que conduciría a exigirle la demostración de un hecho negativo, pues por el contrario es el acusador el que debe demostrarle su culpabilidad’ // · ‘Para que, en el caso concreto de una persona, puedan ser aplicadas las sanciones previstas en la ley, es indispensable (...) que se configure y establezca con certeza, por la competente autoridad judicial, que el procesado es responsable por el hecho punible que ha dado lugar al juicio’ // · ‘Ni el legislador ni los jueces pueden presumir la culpabilidad de nadie’. Así, ‘todo proceso penal debe iniciarse con una prueba a cargo del Estado que comience a desvirtuar la presunción de inocencia. Por ello, el legislador no puede implantar en una norma penal de carácter sustantivo una presunción de culpabilidad en sustitución de la presunción de inocencia so pena de violar el artículo 29 de la Constitución’ // 19.- Ahora bien, la presunción de inocencia no sólo tiene consecuencias relativas al proceso penal como tal. Toda persona tiene derecho a ‘ser considerada y tratada como inocente hasta tanto no se demuestre lo contrario y sea declarada culpable mediante sentencia ejecutoriada’, y ello aplica en todos los ámbitos. Corte

comprometida su responsabilidad patrimonial, en tanto dicha decisión revela su incapacidad para demostrar, dentro del plazo legalmente previsto para ello, que aquel hubiese cometido el delito que le endilgó.

23. La Sala insiste en que la obligación de adelantar el proceso penal corresponde exclusivamente al Estado y no a los asociados, quienes se encuentran amparados por la garantía de orden supranacional de la presunción de inocencia, la cual, en caso de ser desvirtuada, lo debe ser a tal punto que permita con grado de certeza declarar la responsabilidad penal en el delito investigado.

24. Así, resulta desproporcionado exigirle a un ciudadano, que sin ningún tipo de compensación, soporte tal limitación a su derecho fundamental de libertad, pues de ninguna manera ésta constituye una carga pública que deba soportar, y por ende cuando el Estado no demuestre que el procesado cometió la conducta que sirvió de base para imponer la medida de aseguramiento, habrá lugar a declarar su responsabilidad patrimonial.

25. Para el caso concreto se tiene entonces que el artículo 83 de la Ley 599 de 2000, norma vigente al momento de los hechos¹¹, establecía un término de prescripción igual al máximo de la pena fijada en la ley *si fuere privativa de libertad*, la cual en ningún caso podía ser inferior a cinco años ni exceder de veinte. Por su parte el artículo 86 de la misma codificación disponía que el referido término se interrumpía con la resolución de acusación debidamente ejecutoriada lo que para este caso se concretó el 28 de octubre de 1999¹² y comenzaría a correr

Constitucional, sentencia del 18 de abril de 2012, exp: C-289, actor: Wilfredo Parra Lozano, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

¹¹ Si bien las posibles conductas punibles fueron cometidas en vigencia del Decreto 100 de 1980, al proferir la sentencia de segunda instancia que culminó el proceso penal, había entrado en vigencia la Ley 599 de 2000 que por ser más favorable para el procesado se erigió como la norma aplicable.

¹² Fecha de ejecutoria de la resolución de acusación registrada en la sentencia mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, Sala Penal declaró la prescripción de la acción penal.

de nuevo por un tiempo igual a la mitad del señalado precedentemente, sin que en ningún caso pudiere ser inferior a 5 ni superior a 10 años.

26. Tratándose del delito de falsedad en documento privado, la pena máxima era de seis (6) años (art. 289, C.P.), la que rebajada en la mitad nos arrojaría un plazo máximo de 3 años, que debían ser aumentados hasta 5 en virtud del límite legal que viene de ser citado. Con relación al punible de estafa el legislador impuso como pena máxima 8 años, incrementados en 4 años por las circunstancias de agravación para el caso específico, lo que significa que una vez se profirió la resolución de acusación el juzgado de conocimiento contaba con seis (6) años adicionales para proferir una sentencia de fondo.

27. De acuerdo a lo anterior, puede afirmarse que el Estado en su función punitiva podía, una vez proferida la resolución de acusación, emitir una decisión de fondo hasta el 28 de octubre de 2005; sin embargo fue solo hasta el 15 de junio de 2006 que al desatar el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia, logró constatar que se encontraba imposibilitado para proseguir la investigación iniciada.

28. Es importante aclarar que la ley no hizo ninguna consideración frente a la pluralidad de sujetos investigados por lo menos en lo que tiene que ver con la prescripción de la acción penal, como sí lo hizo respecto al tiempo de duración de la etapa instructiva, para lo cual definió que en tratándose de tres o más sindicados aquella se ampliaría por un término máximo de 24 meses al cabo de los cuales lo único procedente era la calificación de la instrucción. Se tiene, entonces, que pese a que el proceso se adelantó en contra de 8 acusados el término de prescripción de la potestad del Estado para desvirtuar la presunción de inocencia de los investigados acaeció sin exculpación alguna.

29. La Sala encuentra que, acreditado como está que en el proceso penal adelantado por los delitos de falsedad en documento privado y estafa agravada en contra del señor Hernández Vecino, proceso por el que fue absuelto de

responsabilidad, en virtud de la aplicación de la prescripción de la acción penal – supra párr. 8.3-, esto es, que la presunción de inocencia que lo cobijaba no fue desvirtuada, no cabe lugar a dudas de que, en la línea jurisprudencial antes expuesta, la privación de la libertad a la que aquél fue sometido por cuenta de estos hechos fue injusta y, en principio, sería susceptible de comprometer la responsabilidad del Estado, de serle imputable.

30. Ahora bien, igualmente en estos casos, el juez de la responsabilidad del Estado debe analizar, de oficio o a petición de parte¹³, la existencia de las causales de eximentes de responsabilidad del Estado, aplicables también en los regímenes objetivos de responsabilidad, entre ellas, el **hecho de la víctima** y pueda concluir, por ejemplo, que esta última se expuso, “*de manera dolosa o culposa, al riesgo de ser objeto de una medida de aseguramiento de detención preventiva*”. Ello en tanto que¹⁴:

...mal puede perderse de vista que con el propósito de determinar la existencia de responsabilidad patrimonial del Estado como consecuencia de la acción o de la omisión de alguna autoridad pública, se tiene que según las voces del artículo 90 constitucional, uno de los elementos que insoslayablemente debe establecerse como concurrente en cada caso concreto es el de la imputabilidad del daño a la entidad demandada –además de la antijuridicidad del mismo, claro está–, análisis de imputación que de modo invariable debe conducir al Juez de lo Contencioso Administrativo, propóngase, o no, la excepción respectiva por la parte interesada, esto es de oficio o a petición de parte, a examinar si concurre en el respectivo supuesto en estudio alguna eximente de responsabilidad, toda vez que la configuración de alguna de ellas impondría necesariamente, como resultado del correspondiente juicio de imputación, la imposibilidad de atribuir la responsabilidad de reparar el daño sufrido por la víctima, total o parcialmente, a la entidad accionada.

Dicho de otra manera, si el juez de lo contencioso administrativo encuentra, en el análisis que debe realizar en cada caso en el cual se demanda la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado, que efectivamente hay lugar a

¹³ Se recuerda que, de conformidad con el artículo 164 del Código Contencioso Administrativo, en la sentencia definitiva el juez de lo contencioso administrativo debe pronunciarse “*sobre las excepciones propuestas y sobre cualquier otra que el fallador encuentre probada*”.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013, exp: 23354, actor: Luis Carlos Orozco Osorio, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

estimar las pretensiones de la demanda, ello necesariamente debe tener como antecedente la convicción cierta de que se reúnen todos los elementos que estructuran dicha responsabilidad, lo cual excluye de plano la existencia de alguna causal eximente, puesto que si al adelantar ese análisis el juez encuentra debidamente acreditada la configuración de alguna o varias de tales causales - independientemente de que así lo hubiere alegado, o no, la defensa de la entidad demandada-, obligatoriamente deberá concluir que la alegada responsabilidad no se encuentra configurada y, consiguientemente, deberá entonces denegar la pretensiones de la parte actora.

31. Tradicionalmente se ha considerado que, para que se configure alguna de las causales de exoneración —fuerza mayor, hecho de la víctima y hecho exclusivo y determinante de un tercero—, se requiere la concurrencia de tres elementos: i) su irresistibilidad; ii) su imprevisibilidad y iii) su exterioridad respecto de la demandada¹⁵ y, en materia de privación injusta de la libertad, se ha entendido que la regla general cuenta con una subregla de carácter especial según la cual el hecho de la víctima que exonera de responsabilidad es aquel que puede ser calificado de dolo o culpa grave¹⁶.

32. En efecto, a partir de lo dispuesto en la parte final del citado artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, según el cual en los supuestos en él señalados la víctima tenía derecho a ser indemnizada por la privación injusta de la libertad a la cual fue sometida “*siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave*”, esta Corporación ha estimado que cuando se demuestra que la privación de la libertad padecida se produjo por cuenta de su conducta dolosa o culposa, esto es, con incumplimiento de los deberes de comportamiento que le eran exigibles, el Estado se exonera de la responsabilidad por los perjuicios que aquella hubiere podido causar. Subregla que, pese a la derogatoria del Decreto 2700 de 1991, se ha mantenido en virtud de lo dispuesto en el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 a cuyo tenor: “(...) *El daño se entenderá como culpa exclusiva de la víctima cuando ésta*

¹⁵ Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 24 de Marzo de 2011, exp. 19067, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁶ En este punto se retoman las consideraciones vertidas en la sentencia de la Subsección “B” de 30 de abril de 2014, exp. 27414, con ponencia de quien proyecta este fallo.

haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley. En estos eventos se exonerará de responsabilidad al Estado (...)”.

33. Así pues, se ha establecido que la conducta del individuo, su proceder, es susceptible de valoración para llegar a determinar si efectivamente la administración es responsable por haberlo privado injustamente de la libertad; lo cual resulta compatible con lo consagrado en el artículo 14.6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

34. Ahora bien, es indispensable aclarar que, como lo ha recordado esta Subsección¹⁷, en las acciones de responsabilidad patrimonial, el dolo o culpa grave se definen a partir de los criterios establecidos en el artículo 63 del Código Civil¹⁸; razón por la que se ha reiterado¹⁹:

...culpa se ha dicho que es la reprochable conducta de un agente que generó un daño antijurídico (injusto) no querido por él pero producido por la omisión voluntaria del deber objetivo de cuidado que le era exigible de acuerdo a sus condiciones personales y las circunstancias en que actuó; o sea, la conducta

¹⁷ Op. cit., sentencia de 30 de abril de 2014, exp. 27414.

¹⁸ “ARTÍCULO 63. CLASES DE CULPA Y DOLO. La ley distingue tres especies de culpa o descuido. // Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materia civil equivale al dolo. // Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone al a diligencia o cuidado ordinario o mediano. // El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa. // Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpas se opone a la suma diligencia o cuidado.// El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”.

¹⁹ Subsección B, sentencia de 18 de febrero de 2010, exp. 17933, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

es culposa cuando el resultado dañino es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo. También por culpa se ha entendido el error de conducta en que no habría incurrido una persona en las mismas circunstancias en que obró aquella cuyo comportamiento es analizado y en consideración al deber de diligencia y cuidado que le era exigible. Tradicionalmente se ha calificado como culpa la actuación no intencional de un sujeto en forma negligente, imprudente o imperita, a la de quien de manera descuidada y sin la cautela requerida deja de cumplir u omite el deber funcional o conducta que le es exigible; y por su gravedad o intensidad, siguiendo la tradición romanista, se ha distinguido entre la culpa grave o lata, la culpa leve y la culpa levísima, clasificación tripartita con consecuencias en el ámbito de la responsabilidad contractual o extracontractual, conforme a lo que expresamente a este respecto señale el ordenamiento jurídico. De la norma que antecede [artículo 63 del Código Civil] se entiende que la culpa leve consiste en la omisión de la diligencia del hombre normal (diligens paterfamilias) o sea la omisión de la diligencia ordinaria en los asuntos propios; la levísima u omisión de diligencia que el hombre juicioso, experto y previsivo emplea en sus asuntos relevantes y de importancia; y la culpa lata u omisión de la diligencia mínima exigible aún al hombre descuidado y que consiste en no poner el cuidado en los negocios ajenos que este tipo de personas ponen en los suyos, y que en el régimen civil se asimila al dolo²⁰.

35. En este mismo sentido es importante anotar que las consideraciones relativas a si el hecho de la víctima, esto es, la actuación dolosa o gravemente culposa de la persona privada injustamente de su libertad, fue determinante para la producción de este daño, es decir, si fue o no su causa eficiente, se circunscriben al análisis de imputabilidad de este último, indispensable en cualquier juicio de responsabilidad, pero de ningún modo implican un juicio sobre lo bien o mal fundado de la actuación de la autoridad que haya dispuesto la captura o la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva. En efecto, al margen de que la actuación de la víctima fuera o no de aquéllas que dan lugar a la captura; o constituyera o no un indicio de responsabilidad que, de acuerdo con la normativa penal, habilitara proferir medida de aseguramiento –análisis propios del régimen de responsabilidad subjetivo, esto es, el fundado en la falla del

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección B, sentencia de 18 de febrero de 2010, rad. 52001-23-31-000-1997-08394-01(17933), C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

servicio-, lo que interesa para el estudio de la causal eximente de responsabilidad del hecho de la víctima es que su conducta, dolosa o gravemente culposa desde la perspectiva civil, haya sido la causa eficiente del daño, es decir, la razón sin la que aquél no se habría producido, estudio que puede ser adelantado sin que ello signifique que, al mismo tiempo, se esté valorando si la autoridad penal correspondiente actuó correctamente o no a la hora de tener en cuenta dicha conducta para efectos de ordenar la privación de la libertad. Así pues, al analizar el carácter determinante y exclusivo del hecho de la víctima como causal eximente de responsabilidad en materia de privación injusta de la libertad, el juez de lo contencioso administrativo se limita a verificar que si la que ahora, y desde la perspectiva civil, se califica como conducta dolosa o gravemente culposa de la persona privada de la libertad, fue la que llevó a la autoridad correspondiente a imponer dicha privación, absteniéndose de valorar si, desde el punto de vista penal, esa conducta daba lugar o no a la detención.

36. Lo anterior significa que, al margen de la manera como el juez penal haya valorado o calificado la conducta desplegada por la persona privada de la libertad, el de la responsabilidad bien puede concluir que, a la luz de las definiciones antes enunciadas, se trató de una conducta dolosa o culposa que, de ser causa determinante de la captura o de la imposición de la medida de aseguramiento, exoneraría al Estado de responsabilidad por los daños que la detención haya podido causar. Y es que, como se ha sostenido en múltiples oportunidades, las decisiones adoptadas en materia penal no condicionan al juez de lo contencioso administrativo, toda vez que ambos procesos atienden finalidades disímiles y se rigen por normas, principios y objetivos diferentes²¹:

Independientemente de que la justicia penal militar en sentencia proferida el 18 de marzo de 1994, absolviera a los procesados y en sentencia de 25 de julio de 1994, el Tribunal Superior Militar mantuviera la decisión, por falta de pruebas, ello no condiciona esta decisión, en tanto la valoración probatoria en materia

²¹ Subsección B, sentencia de 26 de octubre de 2011, exp. 18850, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

penal difiere sustancialmente de la realizada por el juez de lo contencioso administrativo en un asunto de responsabilidad estatal, de tal manera que mientras la prueba indiciaria puede resultar insuficiente para endilgar una responsabilidad penal y personal, dadas las exigencias de la misma, puede no serlo, en un juicio establecido para determinar la responsabilidad estatal por el daño antijurídico, causado por la acción y omisión de los agentes estatales.

37. Es indispensable insistir en que si bien es cierto que, en virtud del principio de la presunción de inocencia, la sentencia absolutoria proferida en favor de un sindicato implica que éste último no estaba en el deber jurídico de soportar la detención preventiva de la que fue objeto y que, por lo tanto, resultó injusta; también lo es que, de haber sido impuesta en virtud de su actuar doloso o culposo, el daño antijurídico por ella causada –la privación de su libertad- no es imputable a las autoridades que impusieron y prolongaron la medida, sino a su propio hecho. En otras palabras, en los casos de demandas resarcitorias por privaciones injustas de la libertad, el análisis del grado de incidencia que en la causación del daño tuvo el hecho de la víctima, no tiene que ver con la antijuridicidad de aquel –establecida en virtud de la decisión absolutoria-, sino con su imputabilidad.

38. Así pues, el estudio de esa causal eximente de responsabilidad no puede, de ninguna manera, llevar a poner en entredicho la inocencia del sindicato -declarada ya por el juez competente para ello-, o el carácter injusto de la detención de la libertad padecida –derivado de la decisión final absolutoria-; aunque, sin lugar a dudas, sí supone admitir que dicha privación puede ser imputable a la misma víctima cuando quiera que, por haber actuado de forma dolosa o culposa, esto es, con incumplimiento de los deberes de conducta que le eran exigibles, se expuso al riesgo de ser objeto de una medida de aseguramiento de detención preventiva.

39. En el **caso concreto** la Sala observa que la conducta del señor Hernández Vecino fue determinante en la producción del daño, en tanto la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva se produjo como consecuencia directa del hallazgo por parte del ente instructor, de serias inconsistencias en la

documentación aportada para la obtención de los créditos hipotecarios, lo que constituye un incumplimiento de los deberes de conducta que le eran exigibles.

40. El proceso penal se enmarcó en la investigación por la presunta comisión de las conductas punibles de falsedad en documento público y estafa agravada por parte de los empleados de la entidad financiera así como por algunos consumidores bancarios, grupo dentro del cual se ubicó el señor Hernández Vecino, quien fue beneficiario de dos créditos con garantía real, el primero por un monto de \$48 000 000 y el segundo por valor de \$150 000 000.

41. Del material probatorio analizado²² en desarrollo de la causa penal, se logró acreditar que para la obtención del primer crédito el señor Hernández Vecino aportó una declaración de renta correspondiente al periodo fiscal de 1995 la cual fue presentada dos años más tarde junto con estados financieros y certificaciones de ingresos suscritos por contador público en los que se registraron utilidades exageradas en aras de demostrar una solvencia económica que le permitiría atender de manera oportuna las obligaciones que este negocio jurídico le impondría, la cual no correspondía a su real situación económica si se tiene en cuenta que para ese entonces laboraba en el taller de modistería de propiedad de su progenitora.

42. Con relación al segundo contrato de mutuo constituido con garantía hipotecaria a favor de la entidad bancaria por valor de ciento cincuenta millones de pesos (\$150 000 000), solicitado por el señor Hernández Vecino en calidad de representante legal de la sociedad Vecino & Cía. Ltda., igualmente se evidencian irregularidades en la documentación aportada. En primer lugar, se tiene acreditado

²² Esta misma Corporación ha señalado que la sentencia penal o su equivalente (resolución de preclusión o cesación de procedimiento) debe tenerse como *“una prueba documental para el proceso, que bien puede brindar al juez contencioso certeza sobre los elementos de la responsabilidad”*. Al respecto consultar la sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 13 de agosto de 2008, exp. 16.533, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; de 29 de enero de 2009, exp. 30.340, C.P. Enrique Gil Botero y de 26 de abril de 2012, exp. 20.290, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

que la referida sociedad de responsabilidad limitada tan solo fue constituida con 15 días de anticipación a la suscripción del contrato y, sin embargo ya reportaba utilidades que aseguraban la atención de las obligaciones que del negocio jurídico se derivaban. Así mismo, se pudo establecer que el actor incumplió con la obligación contenida en la cláusula cuarta, numeral 2 del pagaré suscrito²³, título valor que respaldó el crédito hipotecario, la cual lo obligaba a no dar al préstamo destinación distinta a la prevista en la carta de aprobación, esto es, la adquisición del inmueble objeto de gravamen, el que de acuerdo a los pruebas documentales vertidas, se adelantó por un valor de \$55 000 000, cuando lo cierto es que en la escritura pública de enajenación se registró un valor superior.

43. En el mismo sentido en la resolución de acusación se documentó sobre la existencia de tres cheques correspondientes al valor del segundo crédito otorgado a favor del procesado, girados por la Corporación Cafetera de Ahorro y Vivienda “Concasa” a solicitud del vendedor del inmueble adquirido por este: uno por valor de \$55 000 000 a favor del mismo propietario; el segundo por valor de \$84 000 000 cuyo beneficiario fue el señor Hernández Vecino; y el último por un monto de \$11 000 000 girado a favor de un familiar de uno de los funcionarios del establecimiento bancario, situaciones de las que se puede advertir el uso, por lo menos inapropiado, que el actor le dio al dinero recibido y lo que se constituyó en un indicio grave en su contra.

44. Igualmente obra en el expediente penal el interrogatorio rendido por el sindicado en el desarrollo de la audiencia pública, en el que manifestó (f. 549-551, c.2.):

Preguntado: Díganos cuántos préstamos obtuvo de la Corporación Concasa, por qué valores, con que destinación. Contestó: Dos créditos, el uno por 48 millones de pesos y el otro por 150 millones, la destinación que se le dio al dinero fue obviamente para trabajar pero hago la salvedad de que el segundo crédito fue más. Se deja constancia que el procesado se queda pensando porque no encuentra la palabra correcta. Continúa diciendo: fue por

²³ Folios 573^a 574 del cuaderno 2.

conveniencia del banco que mía. Preguntado: Díganos si estos préstamos estaban destinados a la adquisición por parte suya de un inmueble de su señora madre. Contestó: Si. Preguntado: Con qué finalidad se constituyó el establecimiento de comercio denominado Inversiones José Luis. Contestó: No sé con que finalidad se constituyó. Preguntado: Quienes intervinieron en el trámite de la solicitud del préstamo que usted hizo a Concasa. Contestó: directamente solicité mi crédito. Preguntado: Díganos entonces quiénes recibieron los dineros por concepto de los préstamos que le hizo Concasa. Contestó: Como ya dije en mi primera declaración, se me dijo que de los préstamos se me iba a descontar un dinero por concepto de impuestos, timbre y demás papeles, yo recibí todo el desembolso de la Corporación. (...) Preguntado: Usted refiere ser el primer sorprendido cuando el segundo crédito se le aprobó una suma de 150 millones de pesos, pero de dicho valor únicamente recibió la suma de \$84 millones de pesos, explique la razón del por qué recibió tan solo esta última suma. Contestó: El resto de dinero fue para pagarle al dueño de dicho local y lo supuesto que había que pagar al banco

45. De las anteriores pruebas se puede colegir que el señor Hernández Vecino actuó de manera gravemente culposa, comoquiera que utilizó los dineros dados a título de mutuo para la adquisición de un inmueble para inversiones de tipo personal a sabiendas de la prohibición consignada en el pagaré suscrito. Del mismo modo, aportó certificaciones de ingresos que no correspondían a sus verdaderas utilidades en aras demostrar su solvencia económica. Realizó pagos a favor de terceras personas que supuestamente representaban los intereses del banco, cuando lo cierto es que conocía que se trataban de familiares de funcionarios que habían participado en el otorgamiento del crédito. Igualmente, acordó establecer en la escritura pública como precio de compra del inmueble sobre el cual se constituyó la garantía real, un valor superior al que realmente pagó por él, actuaciones que analizadas en conjunto permiten establecer que la medida de aseguramiento que se decretó en su contra le resulta imputable de manera exclusiva.

46. Y es que no puede perderse de vista que las actuaciones adelantadas por los particulares entre sí o ante entidades públicas, deben ser orientadas por el postulado constitucional de la buena fe, consagrado en la Carta Política en su artículo 83, el que en términos prácticos se traduce en la confianza y la credibilidad en el otro, en la presunción de que los actos realizados en desarrollo de relaciones

sociales o comerciales comportan veracidad y transparencia, postulado que permite tejer sin mayores exigencias las relaciones humanas. Al respecto la Corte Constitucional ha manifestado²⁴:

Dispone el artículo 83 de la Constitución:

"Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante éstas".

La buena fe ha sido, desde tiempos inmemoriales, uno de los principios fundamentales del derecho, ya se mire por su aspecto activo, como el deber de proceder con lealtad en nuestras relaciones jurídicas, o por el aspecto pasivo, como el derecho a esperar que los demás procedan en la misma forma. En general, los hombres proceden de buena fe: es lo que usualmente ocurre. Además, el proceder de mala fe, cuando media una relación jurídica, en principio constituye una conducta contraria al orden jurídico y sancionada por éste. En consecuencia, es una regla general que la buena fe se presume: de una parte es la manera usual de comportarse; y de la otra, a la luz del derecho, las faltas deben comprobarse. Y es una falta el quebrantar la buena fe.

Teniendo en cuenta lo anterior, a primera vista, el artículo transcrito parecería inútil. ¿Por qué se incluyó en la Constitución? La explicación es sencilla: se quiso proteger al particular de los obstáculos y trabas que las autoridades públicas, y los particulares que ejercen funciones públicas, ponen frente a él, como si se presumiera su mala fe, y no su buena fe. En la exposición de motivos de la norma originalmente propuesta, se escribió:

"La buena fe, como principio general que es, no requiere consagración normativa, pero se hace aquí explícita su presunción respecto de los particulares en razón de la situación de inferioridad en que ellos se encuentran frente a las autoridades públicas y como mandato para éstas en el sentido de mirar al administrado primeramente como el destinatario de una actividad de servicio. Este mandato, que por evidente parecería innecesario, estaría orientado a combatir ese mundo absurdo de la burocracia, en el cual se invierten los principios y en el cual, para poner un ejemplo, no basta con la presencia física del interesado para recibir una pensión, sino que es necesario un certificado de autoridad que acredite su supervivencia, el cual, en ocasiones, tiene mayor valor que la presentación personal". (Gaceta Constitucional No. 19. Ponentes: Dr. Alvaro Gómez Hurtado y Juan Carlos Esguerra Potocarrero. Pág 3)

Claro resulta por qué la norma tiene dos partes: la primera, la consagración de la obligación de actuar de buena fe, obligación que se predica por igual de los

³ Corte Constitucional, sentencia del 1 de diciembre de 1994, exp: C-544, actor: Michell Pineda Ramírez y otros, M.P. Jorge Arango Mejía.

particulares y de las autoridades públicas. La segunda, la reiteración de la presunción de la buena fe de los particulares en todas las gestiones que adelanten ante las autoridades públicas.

Es, pues, una norma que establece el marco dentro del cual deben cumplirse las relaciones de los particulares con las autoridades públicas. Naturalmente, es discutible si el hecho de consagrar en la Constitución la regla de la buena fe, contribuya a darle una vigencia mayor en la vida de relación, o disminuya la frecuencia de los comportamientos que la contrarían.

47. En el mismo sentido, el artículo 1603 del Código Civil conmina a quienes acuden, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, a la suscripción de contratos, a observar en todas sus actuaciones, bien sean anteriores, concomitantes o posteriores a los mismos, los principios fundantes de un Estado Social de Derecho, dentro de los cuales cobra gran protagonismo el de la buena fe como postulado integrador y regulador de las relaciones entre particulares y entre estos y el mismo Estado. La Corte suprema de justicia al analizar este precepto concluyó:

Justamente, la buena fe es un principio general del derecho, presente en todas las instituciones, figuras y reglas del ordenamiento jurídico.

Por su particular connotación, a no dudarlo, el juez, en su labor aplicativa y hermenéutica del ordenamiento en la solución de los conflictos, debe considerarla en especial, en las relaciones obligatorias y contractuales, “cuanto principio directriz de todo sistema jurídico, del tráfico jurídico y de la convivencia social, ‘con sujeción al cual deben actuar las personas -sin distingo alguno- en el ámbito de las relaciones jurídicas e interpersonales en las que participan, bien a través del cumplimiento de deberes de índole positiva que se traducen en una determinada actuación, bien mediante la observancia de una conducta de carácter negativo (típica abstención), entre otras formas de manifestación. Este adamantino axioma, insuflado al ordenamiento jurídico – constitucional y legal- y, en concreto, engastado en un apreciable número de instituciones, grosso modo, presupone que se actúe con honradez, probidad, honorabilidad, transparencia, diligencia, responsabilidad y sin dobleces. Identifícase entonces, en sentido muy lato, la bona FIDES con la confianza, la legítima creencia, la honestidad, la lealtad, la corrección (...) La buena fe, someramente esbozada en lo que a su alcance concierne, se torna bifronte, en atención a que se desdobra, preponderantemente para efectos metodológicos, en la apellidada ‘buena fe subjetiva’ (creencia o confianza), al igual que en la ‘objetiva’ (probidad, corrección o lealtad), sin que por ello se lesione su concepción unitaria que, con un carácter más panorámico, luce unívoca de cara al ordenamiento jurídico. Al fin y al cabo, se anticipó, es un principio general - e informador- del derecho, amén que un estándar o patrón jurídicos, sobre todo

en el campo de la hermenéutica comercial y de la responsabilidad civil' (cas. civ., 2 de julio de 2001, exp. 6146). La buena fe, se identifica, con el actuar real, honesto, probo, correcto, apreciado objetivamente, o sea, 'con determinado estándar de usos sociales y buenas costumbres', no 'hace referencia a la ignorancia o a la inexperiencia, sino a la ausencia de obras fraudulentas, de engaño, de reserva mental, astucia o viveza, en fin de una conducta lesiva de la buena costumbre que impera en la colectividad', es 'realidad actuante y no simple intención de legalidad y carencia de legitimidad' y se equipara 'a la conducta de quien obra con espíritu de justicia y equidad al proceder razonable del comerciante honesto y cumplidor' (cas. civ. Sentencias de 23 de junio de 1958, LXXXVIII, 234; 20 de mayo de 1936; XLIII, 46 y ss., 2 de abril de 1941, LI, 172; 24 de marzo de 1954, LXXXVIII, 129; 3 de junio de 1954, LXXXVII, 767 y ss.)" (cas. civ. sentencia de 15 de julio de 2008, exp. 68001-3103-006-2002-00196-01).

Por esto, "cuando las partes realizan una regulación específica de los intereses involucrados en sus esferas dispositivas (negocio jurídico), con apego a la reglamentación normativa vigente, propician, paralelamente, que la ley les brinde el reconocimiento y convalidación de la voluntad declarada, en los términos por los que hayan optado los mismos contratantes. Pero ese posicionamiento les impone, colateralmente, la observancia irrestricta de reglas de conducta que involucran conceptos ligados a la lealtad y buena fe, tanto para sí como para con aquellos que de una u otra forma resultan afectados (Art. 1603 ibídem). La buena fe implica que las personas, cuando acuden a concretar sus negocios, deben honrar sus obligaciones y, en general, asumir para con los demás una conducta leal y plegada a los mandatos de corrección socialmente exigibles. El acatamiento de dichos principios implica para el contratante el sentimiento de proceder como lo hace cualquier ser humano digno de confianza, que honra su palabra, que actúa conforme a las buenas costumbres, que respeta a sus semejantes, que responde con honestidad sus compromisos, aviniéndose, incondicionalmente, a reconocer a sus congéneres lo que les corresponde. Obrar dentro de esos parámetros es prohiar conductas que han sido erigidas como referentes sociales de comportamientos apropiados. Obrar de buena fe es proceder con la rectitud debida, con el respeto esperado, es la actitud correcta y desprovista de elementos de engaño, de fraude o aprovechamiento de debilidades ajenas. Inclusive, bueno es destacarlo, desarrollo de estos parámetros es la regla que impide reclamar amparo a partir de la negligencia o descuido propios: "[n]emo auditur propriam turpitudinem allegans" (Resaltado en el texto original, cas. civ. sentencia de 9 de agosto de 2007, exp. No. 08001-31-03-004-2000-00254-01).

48. De modo que no hacen falta mayores elucubraciones para concluir que, el señor Hernández Vecino al aportar documentación falsa de cara a obtener su crédito hipotecario, al destinar el dinero dado por la entidad bancaria para la compra del inmueble sobre el que se constituyó la garantía real para uso personal,

al haber registrado en la escritura de compraventa un valor muy superior al que realmente había pagado y al haber entregado dineros a un familiar de uno de los funcionarios del banco que participó en su aprobación, desconoció abiertamente los deberes mínimos que le impone el ordenamiento jurídico a quienes desarrollan relaciones de tipo comercial, las que deben atender en todo caso al postulado de buena fe.

49. En este orden de ideas la Sala concluye que, habiendo sido determinada única y exclusivamente por el actuar gravemente culposo del señor Hernández Vecino al desconocer el deber de observar el postulado de buena fe en la suscripción y ejecución del contrato de mutuo, la privación injusta de la libertad de la que fue objeto no le es imputable a la parte demandada, sino a él mismo; razón por la que hay lugar a confirmar la sentencia de primera instancia, denegatoria de las pretensiones de la demanda.

V. Costas

34. No hay lugar a la imposición de costas, debido a que no se evidencia en el caso concreto actuación temeraria de ninguna de las partes, condición exigida por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para que se proceda de esta forma.

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

FALLA

CONFIRMAR la sentencia del 30 de julio de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

Ejecutoriada la presente sentencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de primera instancia para lo de su cargo.



CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Presidenta de la Sala

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Magistrado

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado