

ACCIÓN DE REPARACION DIRECTA / DAÑO DERIVADO DE MEDIDA NO PRIVATIVA DE LA LIBERTAD – No acreditado / CAUCIÓN PRENDARIA / DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / DILACIÓN INJUSTIFICADA DE INVESTIGACIÓN PENAL - Acreditada / PLAZO RAZONABLE - Violación

Conforme a lo acreditado en el plenario está establecido que si bien al demandante le fue impuesta medida de aseguramiento de detención preventiva, también hay evidencia de que esta nunca se materializó, toda vez que en la misma providencia les concedió la libertad provisional bajo caución (...) Aunado a ello, se considera que la caución prendaria no constituye por sí misma una medida restrictiva de la libertad (...) Verificadas las copias del expediente penal aportadas se tiene que la investigación se abrió formalmente el 22 de abril de 1995 y si bien en los días siguientes se recaudaron las testimoniales decretadas, así como fueron indagados los presuntos autores del ilícito, el expediente cuenta con amplios períodos injustificados de inactividad procesal (...) Todas esas demoras contribuyeron, a juicio de la Sala, a una violación del plazo razonable de la investigación seguida en contra del señor Posada Calderón, que lo mantuvieron *sub judice* por un lapso que, de acuerdo con las particularidades del caso, no resultó razonable ni proporcional a la complejidad del asunto. Lo que se advierten son falencias en la investigación y demoras excesivas en los trámites secretariales que en esas condiciones pueden ser catalogadas como un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.

MEDIDA NO PRIVATIVA DE LA LIBERTAD / CAUCIÓN PRENDARIA

[A]l tenor de las normas del procedimiento penal aplicables al caso, la caución se constituye en una garantía prendaria que una vez otorgada permite obtener la libertad y avala el cumplimiento de los compromisos adquiridos por el sindicado para gozar de ella. No de otra manera puede entenderse, pues, finalmente, el resultado de su pago es la libertad del procesado, con lo que queda sin sustento la configuración de una verdadera restricción al referido derecho fundamental. Es preciso destacar que la caución prendaria apremia al investigado a cumplir los compromisos adquiridos para acceder a la libertad provisional (...) Sin embargo, la imposición de dichos compromisos no puede considerarse *per se* como una restricción a la libertad en la medida en que, por el contrario, están llamados a garantizar que no se restrinja dicho derecho fundamental en el curso de una investigación; por ende, no puede afirmarse válidamente que la libertad condicional otorgada constituya por sí misma una restricción a la libertad o al derecho de locomoción. Cosa distinta es la posibilidad de que tales compromisos puedan generar al procesado algún daño antijurídico que deberá acreditar en cada caso particular para que este pueda serle indemnizado. El daño en estos eventos debe ser cierto y no meramente eventual o hipotético, de modo que corresponde al accionante, en cada caso, la demostración de la lesión padecida, los que no se pueden presumir del hecho del pago de la caución.

DILACIÓN INJUSTIFICADA DE DECISIÓN JUDICIAL O ADMINISTRATIVA - Presupuestos

[L]a jurisprudencia de la Sección ha considerado que la dilación injustificada de una decisión ya sea judicial o administrativa es potencialmente trasgresora del debido proceso y de las garantías que de este se desprenden. Sin embargo, no solo el transcurso del tiempo, en exceso del legalmente previsto, permite estimar que se ha desconocido el plazo razonable de una investigación: “... *para poder predicar la existencia de una dilación injustificada de una decisión administrativa o*

judicial, a la luz del artículo 29 de la Constitución Política, es preciso que se constate la configuración de los siguientes presupuestos: i) los términos fijados en la ley deben haberse sobrepasado, comoquiera que las normas que los señalan obligan no sólo a los administrados, sino a la administración pública, ii) la tardanza en la toma de la decisión no debe tener causa o motivo que la justifique, iii) la mora debe ser producto de una omisión de los funcionarios administrativos que tienen a su cargo el impulso o la decisión administrativa, y iv) la violación del plazo vencido debe catalogarse como desproporcionada frente al trámite respectivo.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el tema, cita sentencias de 7 de noviembre de 2012, exp. 37046 M.P. Enrique Gil Botero y de 30 de marzo de 2017, exp. 41748, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

AFECTACIÓN A DERECHOS CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONALMENTE PROTEGIDOS / ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / RECURSO JUDICIAL EFECTIVO / VIOLACIÓN DE PLAZO RAZONABLE / INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS – Tasación

No se aportó ninguna evidencia del padecimiento moral que el sometimiento a la prolongada investigación le generó al demandante; tampoco de los daños materiales reclamados, por lo cual se negarán las pretensiones encaminadas a su reconocimiento (...) [S]ería lo ideal poder reparar la transgresión a la garantía constitucional vulnerada mediante medidas de carácter no pecuniario que pudieran derivar en un restablecimiento material del derecho a obtener decisión en un plazo razonable. Sin embargo, ya surtida a cabalidad la acción penal y sometido como estuvo el demandante a ella serían inanes las medidas no pecuniarias, por lo cual es preciso disponer una indemnización en dinero. Para establecer el monto correspondiente, la Sala acudirá a lo resuelto en otros casos en los que ha resultado comprometido el derecho al acceso a la administración de justicia, bajo un componente distinto, esto es, la privación del recurso judicial efectivo. En efecto, en eventos en los que se ha demostrado que la víctima se vio privada de la posibilidad de obtener decisión definitiva de un asunto en sede judicial por razón de la inactividad de la administración, la Sala ha reconocido el equivalente a 40 salarios mínimos legales mensuales. Adicionalmente, el presente asunto reviste mayor gravedad en tanto el proceso penal se prolongó por el exagerado término de 10 años, lo que a juicio de la Sala amerita una indemnización mayor, en tanto se mantuvo *sub judice* al demandante por tan prolongado lapso; en consecuencia, se reconocerá indemnización en el equivalente a sesenta (60) salarios mínimos legales mensuales vigentes en la fecha de ejecutoria de esta sentencia. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la tasación de perjuicios en asuntos en que no se ha expedido decisión definitiva de un asunto en sede judicial por razón de la inactividad de la administración, cita sentencia de 28 de agosto de 2014, exp. 32988, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 25000-23-26-000-2008-00715-01(45336)

Actor: LUIS ERNESTO POSADA CALDERÓN

Demandado: NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTRO

Referencia: ACCIÓN DE REPARACION DIRECTA

Sin que se advierta causal de nulidad que invalide la actuación, decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 30 de marzo de 2012, por medio de la cual la Sección Tercera - Subsección C (descongestión) del Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la demanda.

SÍNTESIS DEL CASO

El demandante fue vinculado a una investigación penal que se prolongó por más de 10 años, dentro de la cual se le impuso medida de aseguramiento que se sustituyó por caución prendaria, con ocasión de la cual el demandante no estuvo recluido. Sin embargo, pretende que se le indemnicen los perjuicios derivados de la restricción a su derecho fundamental a la libertad y del hecho de haber permanecido *sub judice* durante la prolongada indagación.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Mediante escrito presentado el 16 de diciembre de 2008 (fl. 17 vto, c. 1), el señor Luis Ernesto Posada Calderón presentó demanda de reparación directa en contra de la Nación – Fiscalía General de la Nación, con el fin de obtener:

1. *La Nación – Ministerio del Interior y de Justicia – Consejo Superior de la Judicatura y Fiscalía General de la Nación, son administrativamente responsables de los perjuicios materiales y morales causados al señor LUIS ERNESTO POSADA CALDERÓN, por la vinculación como presunto autor*

responsable del tipo penal de concusión, proceso que finalmente fue absuelto (sic) mediante sentencia de fecha 6 de febrero de 2007, proferida por el Juzgado Treinta y Tres (33) Penal del Circuito.

2. Como consecuencia de la anterior declaración, condénese a la Nación – Ministerio del Interior y de Justicia – Consejo Superior de la Judicatura y Fiscalía General de la Nación, a pagar como reparación o indemnización del daño ocasionado a los actores, los perjuicios de orden material y moral, objetivados y subjetivados, actuales y futuro, los cuales se estiman como mínimo en la suma de OCHOCIENTOS MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS (\$811.450.000,00), o conforme a lo que resulte probado dentro del proceso.

3. La condena respectiva será actualizada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo y se reconocerán los intereses legales desde la fecha en que ocurrieron los hechos, hasta que se dé cabal cumplimiento a la sentencia que de (sic) fin al proceso.

4. Que la sentencia que le dé fin al proceso se le dé cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

conforme a lo indicado en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

Como fundamentos de hecho de la demanda narró los que la Sala sintetiza así:

El 21 de abril de 1995 el jefe de la División de Investigaciones Fiscales y Policía Judicial de la Fiscalía denunció ante la Fiscalía General de la Nación los hechos que le fueron puestos en su conocimiento por parte del del funcionario público Guido Peña (encargado de la revisión de cuentas de la Asociación de Municipios del Alto Guavio), que el ahora demandante y otras dos personas, todos funcionarios de la Contraloría, lo buscaron para obtener información sobre las cuentas de la referida asociación. Por sugerencia de sus superiores, el señor Guido Peña se reunió con los mencionados funcionarios, quienes le entregaron la suma de \$500.000 para que no consignara en un informe las irregularidades que había detectado en las cuentas de la mencionada entidad.

Con ocasión de esos hechos, el señor Posada Calderón fue suspendido del servicio en mayo de 1995 y destituido del cargo mediante las Resoluciones Nos. 0954 de 2 de agosto de 1995 y 1140 de 1995.

En el curso de la investigación adelantada, mediante auto de 22 de agosto de 1996, se resolvió la situación jurídica del demandante y se le impuso medida de

aseguramiento de detención preventiva como presunto autor del delito de concusión; empero, se le otorgó la libertad mediante el pago de una caución prendaria de \$200.000.

Mediante providencia de 22 de febrero de 1999 el ente investigador calificó el mérito de la investigación y acusó al demandante como presunto coautor del delito de concusión, decisión que fue confirmada en segunda instancia¹. No obstante, el 6 de febrero de 2007, el Juzgado 33 Penal del Circuito de Bogotá absolvió al señor Posada Calderón. Dicha sentencia quedó ejecutoriada el 21 de febrero del mismo año.

Indicó que con ocasión de dicha investigación el demandante estuvo *sub judice* por un lapso superior a 10 años y por razón de ello padeció daños tales como el retiro de la institución en la que laboraba, el pago de honorarios profesionales al abogado que asumió su defensa en el proceso y el dolor propio y el de sus familiares al verse sometidos a dicha situación. También estimó que las providencias por las cuales se le impuso medida de aseguramiento y se le acusó como presunto autor de un hecho punible fueron constitutivas de error judicial, lo que quedó en evidencia con la decisión absolutoria.

2. Trámite procesal

Mediante auto de 19 de febrero de 2009 (fl. 20, c. ppal), el *a quo* inadmitió la demanda con el fin de que, entre otras cosas, se precisara el extremo demandado. En escrito de 3 de marzo de 2009 (fl. 22, c. 2), la actora precisó que *“la única entidad demandada dentro del proceso de la referencia, es la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN”*.

3. Contestación de la demanda

En la oportunidad procesal concedida para el efecto, la Fiscalía General de la Nación (fl. 34) se opuso a las pretensiones de la demanda, por cuanto consideró que el demandante estaba llamado a soportar los efectos adversos de la investigación adelantada en su contra y de la privación de la libertad en su contra. Señaló que el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 no previó un régimen de

¹ No se precisa en la demanda la fecha de la providencia confirmatoria ni la razón por la que el asunto llegó a dicha instancia.

responsabilidad objetiva por razón de la privación de la libertad, de modo que el solo hecho de la absolución no compromete *per se* la responsabilidad estatal, siendo necesario para ello que se acredite una falla del servicio, lo que no ocurrió en el *sub lite*. Indicó:

Así, la responsabilidad estatal está construida a partir de la consideración de antijuridicidad de la conducta o actividad del agente público, carente de título jurídico válido y que excede las obligaciones que debe soportar el individuo como integrante de la sociedad, en el caso específico de la privación de la libertad, tales argumentos se dirigen a quienes ostentan facultad para ello, pero que lo hacen sin los presupuestos de la ley, y lo que reciben sentencias condenatorias en ausencia de la certeza legal objetiva que demanda la norma procedimental penal para que el juez proceda de tal manera.

El ordenamiento jurídico prevé unos presupuestos mínimos para que proceda la privación de la libertad; de tal manera, cuando estos se cumplen la detención se torna legal y, en tal virtud, no puede comprometer la responsabilidad estatal.

Formuló la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, bajo la consideración de que la imposición de la medida de aseguramiento en este caso se impuso en estricto cumplimiento de un deber legal, en aplicación de una norma jurídica dictada por el Congreso de la República, por lo que *“constituye un hecho propio del legislador, entendido este como aquel que surge cuando el Estado, en cumplimiento de su función legislativa, expide una ley bien sea constitucional o inconstitucional que genera directamente a un particular o a varios particulares identificables, un daño antijurídico que supera los cargos que los individuos normalmente deben soportar”*.

4. Contestación de excepciones

La actora se pronunció respecto de la excepción de falta de legitimación en la causa propuesta por la accionada (fl. 54, c. 1), en el sentido de reiterar que el fundamento de la demanda lo constituye el hecho de que la víctima se mantuvo *sub judice* por un lapso superior a 10 años en razón de un error judicial. Como el procesado nunca fue condenado tiene derecho a ser reparado.

4. La sentencia apelada

El 30 de marzo de 2012 (fl. 117, c. ppal), la Sección Tercera - Subsección C del Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la demanda. Como fundamento de tal determinación estimó que no hubo error en la providencia de 22 de agosto de 1996 por medio de la cual se vinculó al demandante a una investigación penal, por cuanto ello tuvo lugar previa valoración de las normas aplicables y con fundamento en los indicios de responsabilidad penal del procesado. El hecho de que finalmente hubiera sido absuelto no conduce a señalar que la Fiscalía erró en la mencionada providencia, pues esta se sustentó en un juicioso análisis de las piezas procesales de las que para entonces disponía.

De igual manera, no puede señalarse que la sola vinculación al proceso penal constituya un daño antijurídico, por cuanto los procesados tenían la carga de colaborar con la administración de justicia.

5. El recurso

El 9 de julio de 2012 (fl. 126, c. ppal) la parte actora promovió y sustentó recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, con la finalidad de que sea revocada y, en su lugar, se acojan las pretensiones de la demanda.

Como fundamento de su inconformidad señaló que la conducta del ente investigador durante la indagación conllevó una ruptura de las cargas públicas en detrimento del demandante, por cuanto lo sometió a un proceso de 10 años de duración, luego de los cuales lo absolvió. Por ello, se impone que la accionada equilibre nuevamente dichas cargas mediante la correspondiente indemnización de perjuicios.

La cláusula general de responsabilidad, de rango constitucional, no puede ser restringida bajo interpretaciones restrictivas de la noción de error judicial cuando en este caso lo que se configuró fue un verdadero defectuoso funcionamiento de la administración de justicia por razón de la infundada y prolongada investigación a la que fue sometido el demandante.

La administración no solo está llamada a responder por la privación de la libertad, sino por cualquier daño antijurídico que genere, por lo que en este caso particular las pretensiones debieron prosperar.

5. Alegatos de conclusión

En la oportunidad para presentar alegaciones finales, la actora reiteró en su integridad los fundamentos del recurso (fl. 144, c. 1); la accionada y el Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Presupuestos procesales de la acción

1.1. Jurisdicción y competencia

Es esta jurisdicción la llamada a resolver la controversia, en atención al carácter público de la demandada².

La Sala es competente para resolver el caso *sub lite* en razón de la naturaleza del asunto, habida cuenta de que los 65, 68 y 73 de la Ley 270 de 1996³, fijaron la competencia para conocer los casos de responsabilidad de la administración de justicia, en primera instancia, en cabeza de los Tribunales Administrativos y, en segunda, en el Consejo de Estado, siendo, por ello, irrelevante algún análisis relacionado a la cuantía⁴.

1.2. Acción procedente

En los términos del artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, la acción procedente para deprecar en sede judicial la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado y la correspondiente reparación de perjuicios derivada de una acción de la administración de justicia, incluidos los presuntos yerros contenidos en las decisiones judiciales, es la de reparación directa tal como fue promovida por el demandante.

² Código Contencioso Administrativo, artículo 82. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la constitución y la ley.

⁴ El asunto lo estudió 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, actor: Luz Elena Muñoz y otros.

1.3. Legitimación en la causa de los extremos de la *litis*

1.3.1. De la parte activa

Está acreditado el legítimo interés que le asiste al demandante Luis Ernesto Posada en calidad de presunto afectado por la investigación que se adelantó en su contra.

1.3.2. De la parte pasiva

Frente a la legitimación en la causa de la demandada, la Sala encuentra que la parte actora cuestiona en su demanda unas decisiones de la Fiscalía General de la Nación y funda sus pretensiones en presuntos yerros contenidos en ellas, así como en omisiones derivadas del prolongado lapso de duración del proceso penal al que fue sometida, de donde deriva su legítimo interés como extremo pasivo de la controversia.

1.4. La caducidad de la acción

En cuanto a las pretensiones que se ventilan a través de la acción de reparación directa, el numeral 8 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, dispone que esta debe promoverse en un término máximo de dos años contados a partir del día siguiente a la ocurrencia de la causa del daño (hecho, omisión, operación administrativa u ocupación temporal o permanente).

Tratándose de responsabilidad por privación injusta de la libertad la jurisprudencia de la Sala ha sido pacífica en sostener que el término para accionar solo inicia a contabilizarse a partir de la ejecutoria de la decisión absolutoria, por ser este el único momento a partir del cual el afectado encuentra certeza acerca del carácter antijurídico del daño padecido. La misma sub regla puede aplicarse en relación con el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia alegado, pues solo con la absolución pudo evidenciar el accionante que el proceso penal al que se le sometió carecía de fundamento.

La absolución del demandante tuvo lugar mediante sentencia de 6 de febrero de 2007 (fl. 29, c. 2) y quedó ejecutoriada el 21 de febrero del mismo año (fl. 41, c. 2) según lo hizo constar la secretaría del Juzgado 33 Penal del Circuito de Bogotá,

mientras que la demanda se promovió el 16 de diciembre de 2008 (fl. 17 vto, c. 2), esto es, en forma oportuna.

2. Problema jurídico

Para definir la controversia analizará la Sala (i) si el título jurídico de imputación invocado en la demanda hace parte de la *causa petendi* de la demanda, con el fin de analizar si las variaciones de postura, que al respecto son evidentes en el decurso procesal, resultan admisibles. Establecido lo anterior habrá de precisarse (ii) si producto de una investigación penal pueden surgir daños distintos a la privación de la libertad y, en caso afirmativo (iii) cuándo pueden ser calificados como antijurídicos.

Seguidamente (iv) se descenderá al caso concreto de cara a las evidencias presentadas en el presente asunto, para establecer si hay certeza de un daño antijurídico padecido por el demandante e imputable a la demandada y (v) se determinará, si ello es así, el valor de la indemnización a que haya lugar.

3. Análisis probatorio

3.1. El 21 de abril de 1995, el señor Ramón Alberto Puentes Torres (fl. 488, c. 3), jefe de la División de Investigaciones Especiales de la Contraloría de Cundinamarca denunció que algunos funcionarios del ente de control tuvieron contactos con el director de la Asociación de Municipios del Alto Guavio, con el fin de exigirle dinero a cambio de no incluir en los informes oficiales sobre las cuentas de dicha asociación las presuntas irregularidades encontradas, que correspondían a un faltante de \$33.000.000, según la versión que sobre los hechos le entregó el también funcionario de dicha entidad de nombre Guido Peña.

3.2. En auto de la misma fecha se dispuso escuchar la declaración del señor Guido Peña (fl. 487, c. 3) y se recaudó de inmediato dicho testimonio; afirmó que hacía parte de la comisión designada por la Contraloría para investigar posibles irregularidades en el manejo presupuestal de la Asociación de Municipios del Alto Guavio, al igual que la señora Gladys Marina Peña. Contó que, efectivamente, encontraron algunas irregularidades tales como el faltante de la suma de dinero indicada por el denunciante y falencias en el manejo de las cajas de previsión social, depósitos, no afiliación de los empleados al sistema de seguridad social y

uso de la maquinaria de la asociación contra pagos en efectivo que no ingresaban a las cuentas de dicha entidad. Agregó:

[E]l jueves veinte de este mes y año, osea ayer, antes no había ocurrido, aproximadamente a las nueve de la mañana, mi compañera de trabajo GLADYS MARINA PEÑA CASTAÑEDA, me informó “que un señor canoso, que trabaja en el octavo piso de la contraloría general de Cundinamarca le había preguntado si ella había hecho revisión de lo del ALTO GUAVIO, porque el señor JEIMAR OSORIO necesitaba hablar con ella y con el compañero que había realizado la auditoría antes de pasar el informe” así me lo dijo, ella en ese momento salió de permiso, sin embargo en el transcurso de la mañana, aproximadamente diez y media de la mañana, contesté una llamada en mi oficina del señor ALFREDO ARÉVALO, el cual me dijo que no me moviera de la oficina que necesitaba hablar conmigo, yo le pregunté sobre qué y él me dijo que yo sabía, me dijo: usted ya sabe, yo le dije no sé de qué me está hablando y él me dijo “sobre lo del ALTO GUAVIO”, hice una expresión de admiración y extrñesa (sic) y él me interrogó: “está muy jodido eso”, “será que se puede hacer algo”, interrumpió y me dijo: “mejor nos vemos a medio día, espéreme y nos vemos allá” y colgamos (...) en ese momento llamamos a mi compañera GLADYS MARINA y la pusimos al tanto de que la jefatura estaba enterada ya, después de un momento fui llamado a la Contraloría Auxiliar (...) ellos me interrogaron sobre lo que había sucedido y me pidieron que siguiera colaborando para tratar de esclarecer lo que estaba sucediendo, me dijeron que si podía acudir a la cita con el señor ARÉVALO con una grabadora, lo cual yo acepté, la grabadora fue suministrada por el Dr. URIEL AMAYA (...) bajamos con la doctora CLARA AYDEE al piso sexto donde encontramos ya al señor ARÉVALO, entonces al rato él me dijo bajemos, sin embargo no se pudo accionar la grabadora (sic), porque no se paró ni un momento, al bajar me dijo que a la vuelta se encontraba el señor POSADA, a quien conozco de vista, tomando, que fuéramos y charláramos con él, yo le dije que no, que charláramos los dos, fuimos a una cafetería que está a media cuadra (...) tomamos dos tintos y me dijo que si se podía hacer algo por lo del ALTO GUAVIO el tipo así me dijo, quería averiguar si se podía arreglar algo. Yo le interrogué que cómo había hecho el contacto, y él me dijo que a través de JEIMAR OSORIO, seguidamente le dije que habría que pensarlo, que tenía que hacer una llamada, claro que era un pretexto, por lo cual él me dijo que iba a sacar unas fotocopias y que n o veíamos en unos diez minutos, subí inmediatamente a la oficina del contralor auxiliar, le informé lo que había pasado, que no había podido accionar la grabadora y él me pidió que bajara nuevamente con la grabadora prendida de una vez y lo buscara o me acercara a él, bajé y después de un rato, me encontré nuevamente con el señor ARÉVALO (...) me manifestó palabra más palabras menos, ya que en la grabación está (...) “ahí (sic) un millón de pesos por arreglar eso para usted”, yo le dije que tenía que pensarlo, porque también tenía una compañera a la que informe (sic) y no estuvo en ningún momento de acuerdo con la propuesta hecha por estos señores, y ella estuvo igualmente hablando con mi jefe la doctora Clara Aydee Sanabria todo lo que yo decía había sido planeado con mis superiores, por lo que ellos se encontraban enterados de tal situación, sin embargo, él me dijo que si no se podía hacer las cosas bien, que él le decía a LUIS ERNESTO POSADA que nosotros ya habíamos entregado el informe y que no se podía y que si se podía él frentiaba todo.

3.3. Con fundamento en esas testimoniales, el 22 de abril de 1995 (fl. 526, c. 3) se abrió investigación formal. A partir de ese momento se recaudaron distintos testimonios tendientes a evidenciar la existencia de las presuntas irregularidades en la asociación de municipios. Con fundamento en los testimonios sobre las presuntas irregularidades se vinculó a la investigación a los señores José Baltazar Amaya Garzón y Flor Ángela Prieto como presuntos responsables del delito de peculado.

3.4. El 9 de mayo de 1995 (fl. 730, c. 3) se escuchó en indagatoria a Luis Alfredo Arévalo Rubio, quien informó que Luis Ernesto Posada Calderón lo llamó y le pidió que se reunieran en la Contraloría, a lo cual accedió pese a que para ese momento se encontraba en vacaciones. Declaró:

[U]na vez allí me dijo este señor que si yo era amigo de GUIDO PEÑA a lo cual manifesté que sí, acto seguido me dijo que hablara con JEILMAR ÁLVARO OSORIO MORALES, también compañero y este a su vez me manifestó que si yo tenía alguna amistad con GUIDO PEÑA, a lo cual manifesté que sí y me dijo que lo contactara, bajé a buscar a GUIDO pero no lo encontré y ya saliendo del edificio lo encontré y le dije que si quería entrevistarse con JEILMAR OSORIO que necesitaba pedirle un favor, a lo cual manifestó que no podía en esos momentos pero que le fijara una cita lo cual hice. (...) yo no hice el contacto el que lo hizo repito nuevamente fue JEIMAR (sic) OSORIO el contacto, previa llamada del señor LUIS POSADA.

3.5. En providencia de 10 de mayo de 1995 (fl. 743, c. 4), la Fiscalía 222 consideró que las pruebas recaudadas no eran indicativas del delito de concusión, sino posiblemente del de cohecho impropio o tráfico de influencias.

3.6. El 8 de junio de 1995 (fl. 763, c. 4) se ordenó vincular mediante indagatoria al señor Luis Ernesto Posada Calderón. Pese a que se ordenó aportar la copia íntegra del expediente, en las copias que reposan en la actuación no está contenida la de la referida diligencia.

3.7. Por su parte, la señora Gladys Marina Peña de Castañeda (fl. 607, c. 4) quien dio cuenta de las labores de investigación que como empleada de la Contraloría de Cundinamarca le correspondió adelantar en la Asociación de Municipios del Alto Guavio. Sobre los hechos materia de la indagación penal en contra del ahora demandante refirió:

PREGUNTADO. Diga al Despacho si por razón de esa investigación usted fue requerida por alguna persona a fin de intervenir en la misma o se le ofreció dinero o dádiva alguna por ello. CONTESTÓ. Eso fue el día 20 de abril me disponía a legalizar un permiso por motivo de enfermedad de mi niño entonces yo estaba muy afanada en irme a la casa por que (sic) el niño estaba muy enfermo en ese momento se me acercó un señor que por la frecuencia que lo veo en la Contraloría supongo que es compañero pero nunca lo he tratado él es una persona mayor de cabello casi blanco de mediana estatura, de unos cincuenta años aproximadamente, entonces yo subía a legalizar el permiso y él me abordó al momento de abordar el ascensor y me pregunto (sic) que si yo era Gladys, yo le dije que sí, entonces me dijo que si podía subir al piso octavo que un compañero quería hablar conmigo que era urgente, entonces yo le dije que quien era ese compañero y me dijo quera JEIMAR (SIC) OSORIO, no lo conozco lo he podido ver pero no por el nombre, que necesitaba hablar urgentemente conmigo, entonces yo le dije que no podía porque ya me iba estaba en esas vueltas de legalizar el permiso él me insistió que era no más un momentico, o que si le decía a él que bajara, que él necesitaba hablar conmigo de algo urgente antes de presentar el informa (sic) pero antes me dijo que si yo era la que estuve en la comisión del Guavio, yo le pregunté en el Guavio, él corrigió y me dijo no en el Alto Guavio, entonces yo le dije que sí, yo entonces le dije que (...) no podía hablar con el (sic) entonces me preguntó que con quién había ido a esa comisión, entonces yo le dije que con Guido Peña, yo fui y le comenté Guido le comenté lo que él me había dicho (...) después ese compañero Guido me llamo (sic) y me comento (sic) que esos señores había hablado con él y le habían puesto una cita, que él le había contado al jefe y ella tenía conocimiento de todo (...) él me comentó que le habían ofrecido plata para que pasara el informe que la asociación no tenía ningún problema.

En el expediente penal aparecen en forma posterior a las pruebas referidas, las correspondientes a las hojas de vida de los implicados, los actos administrativos que definieron las situaciones particulares laborales de cada uno de ellos y evidencias sobre el manejo de la asociación de municipios tantas veces referida (fls. 737 – 1288, c. 3).

3.8. El 22 de agosto de 1996 (fl. 1, c. 2), la Fiscalía 222 de Delitos Contra la Administración Pública resolvió la situación jurídica del demandante y de las demás personas vinculadas a la investigación⁵. Aunque les impuso medida de aseguramiento de detención preventiva, como presuntos coautores del delito de concusión, les concedió la libertad provisional que debían garantizada mediante el pago de una caución prendaria en cuantía de \$200.000 cada uno. Como fundamento de tal determinación se estimó:

⁵ No reposa en el presente asunto la copia de la diligencia de indagatoria del ahora demandante.

Como bien se sabe, el 20 de abril de 1995, en las primeras horas laborales, empleados de la Contraloría General de Cundinamarca comenzaron a buscar la forma de contactar a quienes les correspondía, o, mejor, a quienes estaban adelantando la revisión de las cuentas de la Asociación de Municipios del Alto Guavio, AMAGO, con el fin de obtener un posible arreglo. Ello se inició con la interceptación, en uno de los pasillos, por parte de Luis Ernesto Posada Calderón a Gladys Marina Peña de Castañeda, para que ella subiera urgentemente a la oficina de Jeilmar Osorio, quien la requería para hablar antes de que entregaran el respectivo informe sobre el Alto Guavio. Luego, se produjo una llamada telefónica de Alfredo Arévalo a Guido Peña, y posterior varios encuentros entre los dos, en las que se fueron ultimando detalles, incluida la cantidad de dinero que podían obtener, si todo salía bien. Posteriormente se produjo la reunión, en una de las cafeterías aledañas a la Contraloría, entre José Baltazar Amaya Garzón, Luis Aldredo (sic) Arevalo Rbio (sic), Jeilmar Alvaro (sic) Osorio Morales y Guido Peña Arenas, en la que Amaya Garzón le entregó a Peña Arenas la suma de quinientos mil pesos.

Ante el equivocado rumbo que inicialmente la Fiscalía 288 le dio a la investigación y a otras circunstancias que la rodearon, se llegó a mencionar que se estaba ante los posibles punibles de cohecho propio, cohecho por dar u ofrecer y tráfico de influencias. Con el devenir de la instrucción se establece que se está ante el punible de concusión (...)

Ello porque, en verdad, existe prueba atendible que conlleva a demostrar que efectivamente Luis Alfredo Arévalo Rubio, Luis Ernesto Posada Calderón y Jeilmar Alvaro (sic) Osorio Morales, para ese entonces funcionarios de la Contraloría General de Cundinamarca y por tanto empleados oficiales, abusando de sus cargos, indujeron a José Baltazar Amaya Garzón a darles un millón de pesos, (quinientos mil el mismo jueves y quinientos mil el sábado) y prometer otra suma igual o superior, prevalidos de que en la División de Revisión de Cuentas de la Administración Municipal Guido Peña Arenas y Gladys Marina Peña Castañeda revisaban las cuentas de la Asociación de Municipios del Alto Guavio, AMAGO, y que en ellas, al parecer, habían inconsistencias de consideración a cargo de Amaya Garzón, con el propósito entonces de que ellos le ayudarían a subsanar el problema.

3.9. El 28 de octubre de 1996, el mismo funcionario instructor decidió no reponer la providencia referida en el numeral que antecede (fl. 10, c. 2), bajo la siguiente consideración relativa a la particular situación del ahora accionante dentro de la indagación:

Es verdad que Luis Alberto Posada Calderón, como lo pregona la defensa, en ningún momento acudió a las reuniones que se llevaron a cabo, como tampoco llegó a hacer siquiera insinuaciones a José Baltazar Amaya Garzón para que diera o prometiera alguna suma de dinero, desde luego para los fines propuestos en la rendición de cuentas que adelantaba la Contraloría de Cundinamarca de la Asociación de Municipios del Alto Guavio; pero, hechos positivos demuestran, al menos para este acto procesal –resolver situación jurídica–, que fue el artífice para que el plan propuesto a obtener provecho ilícito de quien para esa época dirigía la

Asociación de Municipios del Alto Guavio, a cambio de subsanar algunas anomalías graves o inconsistencias que presentaban las cuentas que él rindiera.

En efecto, fue Posada Calderón la primera persona que buscó los contactos necesarios para ese propósito, pues, fue quien en las primeras horas laborales del día jueves, veinte de abril de 1995, en uno de los pasillos del inmueble donde está ubicada la Contraloría de Cundinamarca, interceptó a la señora Gladys Marina Peña de Castañeda, quien en compañía de Guido Peña Arenas adelantaban la revisión, justamente para que fuera a hablar con Leilmar (sic) Osorio sobre el problema del Alto Guavio. Y fue él quien –según sus propias palabras– luego de hablar telefónicamente, esa misma mañana, con Alfredo Arévalo, quien disfrutaba de vacaciones, sobre quién podría dar informes del paradero del exdirector de la Asociación de Municipios del Alto Guavio, acudió a Jailmar Osorio, quien efectivamente dijo conocerlo, por lo cual volvió a comunicarse con Arévalo.

Pero, más allá de este comportamiento indicador de un afán inusitado porque se llevaran a cabo tales contactos, es Luis Alfredo Arévalo Rubio quien clarificó la situación cuando en diligencia de indagatoria, pero bajo la gravedad del juramento ante los cargos que hizo, textualmente expresó: “quiero dejar en claro que como a las seis de la tarde estando yo dando vueltas quemando tiempo con el objeto de cumplir la cita antes mencionada se me acercó el señor LUIS ERNESTO POSADA me dijo que él estaba autorizado por JEIMAR (sic) para cobrar la comisión que era de \$150.000, que a él le iban a dar \$60.000, que le dijera a GUIDO que me diera la plata a mí y que yo se la llevara a una tienda donde él iba a estar, situación que no se cumplió por lo antes expuesto.

Por manera que ante estas declaraciones no es posible reponer la medida de aseguramiento que se le impuso, puesto que sí se dan las exigencias del artículo 388 del C. de P.P., para tal acto procesal (...).

3.10. El 4 de noviembre de 1998 (fl. 1289, c. 3), la Fiscalía 222 consideró que no era posible calificar el mérito de la instrucción en ese momento, por cuanto no se notificó en legal forma al apoderado del hoy demandante, de la resolución de cierre de la investigación, así como al defensor de otro de los investigados. Por ello, ordenó repetir la notificación y otorgar el término para presentar alegatos de conclusión (8 días).

3.11. El 22 de febrero de 1999 (fl. 15, c. 2), la Fiscalía 222 calificó el mérito de la investigación y acusó al señor Luis Ernesto Posada Calderón como presunto coautor del delito de concusión. Lo anterior por cuanto consideró que existía evidencia suficiente respecto de su conducta irregular, en la cual el accionante y los demás investigados “abusando de sus cargos, indujeron al director de la Asociación de Municipios del Alto Guavio a darles determinada cantidad de dinero,

previados (sic) de que en la División de Revisión de cuentas de la administración municipal se adelantaba investigación contra el citado directivo”.

Sin embargo, no fue sino hasta el 3 de enero de 2001 (fl. 1, c. 4) que la Unidad Segundad de Administración Pública, Fiscalía 222 Seccional ordenó remitir la actuación a los jueces penales del circuito (Reparto).

3.12. Durante el juicio, el Juzgado 33 Penal del Circuito, mediante providencia de 9 de noviembre de 2001 (fl. 28, c. 4) revocó la medida de aseguramiento impuesta a los procesados en aplicación de la Ley 600 de 2000, nueva norma procesal que era más favorable a los procesados en la medida en que bajo dicha nueva normativa, el delito por el cual se les juzgaba no era de aquellos frente a los cuales debía resolverse situación jurídica. En la misma providencia se dispuso *“devolver la caución prestada por los acusados en razón a la medida de aseguramiento impuesta”.*

3.13. El 26 de mayo de 2005 (fl. 129, c. 4) se inició la audiencia de juzgamiento, la cual culminó el 20 de junio del mismo año. El 6 de febrero de 2007 (fl. 29, c. 2), el Juzgado 33 Penal del Circuito de Bogotá absolvió al señor Luis Ernesto Posada Calderón, pues si bien encontró acreditada la ocurrencia del delito investigado, también advirtió que no había prueba de la que pudiera derivarse certeza sobre la participación del ahora demandante en este. Estimó:

Análoga situación considera la instancia, se presenta en relación con el acusado LUIS ERNESTO POSADA CALDERON (sic), contra quien solo existe en el proceso, el señalamiento que le hizo su compañero de causa ARÉVALO RUBIO, como la persona que mostró mayor interés en que se realizara la conducta punible, señalamiento que se fue desvirtuando a lo largo de la investigación. El acervo probatorio evidencia que fue la persona que contacto (sic) a ARÉVALO RUBIO con JEILMER OSORIO, porque este último sí conocía al señor JOSÉ BALTASAR AMAYA GARZÓN, desconociendo cuál era la finalidad de dicho asunto, no asistió ni tuvo conocimiento de las reuniones surtidas. Atribuyó su comportamiento al deseo de hacerle un favor a su compañero LUIS ALFREDO ARÉVALO. Exculpación coincidente con lo manifestado por OSORIO e inclusive con la manifestación del propio afectado AMAYA GARZÓN, cuando afirmó no haber tenido contacto con él y ni siquiera conocerlo.

Evidenciado como se encuentra que no existe certeza probatoria que permita establecer la responsabilidad o participación del procesado POSADA CALDERÓN en la realización del delito material de debate.

La mencionada providencia quedó ejecutoriada el 21 de febrero de 2007 (fl. 42, c. 2). De igual manera se hizo constar que *“revisado el expediente se constató que el señor LUIS ERNESTO POSADA CALDERÓN GOZA DE LIBERTAD, en consecuencia no es requerido por este Despacho en razón a las presentes diligencias”*.

4. Análisis de la Sala

Para resolver el asunto la Sala tiene en cuenta, de acuerdo con una lectura integral de la demanda, que esta se sustenta en dos supuestos de hecho constitutivos de sendos daños perfectamente diferenciables: (i) la presunta privación injusta de la libertad a que se vio sometido el actor por cuenta de la medida de aseguramiento que le fue impuesta y por virtud de la cual se vio compelido a prestar caución prendaria y (ii) la excesiva duración del proceso penal que lo mantuvo *sub judice* por un término superior a diez (10) años. Así, tanto la alegada privación de la libertad, como los daños derivados del desconocimiento de un plazo razonable de duración del proceso penal se constituyen en la *causa petendi* de la demanda y, en tal virtud, como ambos hechos hicieron parte de los fundamentos esbozados en sustento de las pretensiones indemnizatorias, la litis quedó fijada en relación con estas dos presuntas fuentes de daños, por lo que se impone definir si se comprobaron las alegadas afectaciones y si estas son imputables a la demandada.

Para tal efecto resulta irrelevante la enunciación de los diferentes títulos de imputación que adujeron los accionantes durante las distintas etapas procesales; así, aunque en la demanda se alegó que el fundamento de la pretendida responsabilidad era el error judicial, al tiempo que en el recurso se invocó el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, ello no impone límite alguno a la Sala para la decisión que debe adoptar, por cuanto lo que corresponde es determinar si a la luz de la evidencias presentadas se probaron los daños invocados y si estos son imputables a la demandada.

El principio *iura novit curia*, cuya aplicación propende por la garantía de acceso efectivo a la administración de justicia, se traduce en el deber del juez de establecer el régimen jurídico aplicable a cada caso sometido a su conocimiento, de modo tal que le corresponde *“la aplicación del derecho con prescindencia del invocado por las partes, constituyendo tal prerrogativa, un deber para el juzgador,*

a quien incumbe la determinación correcta del derecho, debiendo discernir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando autónomamente, la realidad del hecho y subsumiéndolo en las normas jurídicas que lo rigen”⁶.

Bajo dichos postulados se asumirá la decisión del recurso. El análisis se abordará a partir de cada uno de los hechos dañinos antes referidos.

4.1. De la privación al derecho fundamental a la libertad

Conforme a lo acreditado en el plenario está establecido que si bien al demandante le fue impuesta medida de aseguramiento de detención preventiva, también hay evidencia de que esta nunca se materializó, toda vez que en la misma providencia les concedió la libertad provisional bajo caución.

Aunque desde la imposición de la medida (22 de agosto de 1996) hasta el momento en que fue revocada (9 de noviembre de 2001) transcurrieron más de cinco años, lo cierto es que no hubo privación efectiva de la libertad, pues consta que a los sindicatos les fue concedida libertad provisional en el mismo acto que impuso la medida cautelar.

Aunado a ello, se considera que la caución prendaria no constituye por sí misma una medida restrictiva de la libertad. Por el contrario, al tenor de las normas del procedimiento penal aplicables al caso⁷, la caución se constituye en una garantía prendaria que una vez otorgada permite obtener la libertad y avala el cumplimiento de los compromisos adquiridos por el sindicato para gozar de ella. No de otra manera puede entenderse, pues, finalmente, el resultado de su pago es la libertad del procesado, con lo que queda sin sustento la configuración de una verdadera restricción al referido derecho fundamental.

⁶ Corte Constitucional, sentencia T-851 de 2010.

⁷ Código de Procedimiento Penal Decreto 2700 de 1991. Artículo 415. Causales. Además de lo establecido en otras disposiciones, el sindicato tendrá derecho a la libertad provisional garantizada mediante caución juratoria o prendaria en los siguientes casos (...).

Artículo 369. *De la caución prendaria.* Consiste en el depósito de dinero o la constitución de una póliza de garantía, en cuantía de uno (1) hasta mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, que se fijará de acuerdo a las condiciones económicas del sindicato y la gravedad de la conducta punible.

Es preciso destacar que la caución prendaria apremia al investigado a cumplir los compromisos adquiridos para acceder a la libertad provisional, que al tenor de la ley procesal penal aplicable al caso eran los siguientes:

ARTICULO 419. OBLIGACIONES DEL SINDICADO. En los casos de conminación, caución, detención domiciliaria y libertad provisional, se le impondrán las siguientes obligaciones:

1o) Presentarse cuando el funcionario competente lo solicite. No se pueden imponer presentaciones periódicas.

2o) Observar buena conducta individual, familiar y social.

3o) Informar todo cambio de residencia.

4o) No salir del país sin previa autorización del funcionario.

Sin embargo, la imposición de dichos compromisos no puede considerarse *per se* como una restricción a la libertad en la medida en que, por el contrario, están llamados a garantizar que no se restrinja dicho derecho fundamental en el curso de una investigación; por ende, no puede afirmarse válidamente que la libertad condicional otorgada constituya por sí misma una restricción a la libertad o al derecho de locomoción. Cosa distinta es la posibilidad de que tales compromisos puedan generar al procesado algún daño antijurídico que deberá acreditar en cada caso particular para que este pueda serle indemnizado.

El daño en estos eventos debe ser cierto y no meramente eventual o hipotético, de modo que corresponde al accionante, en cada caso, la demostración de la lesión padecida, los que no se pueden presumir del hecho del pago de la caución. Para ejemplificar lo anterior puede decirse que la sola necesidad de solicitar autorización para la salida del país no genera un daño indemnizable salvo que acredite que la autorización para ello fue oportunamente solicitada y negada por la autoridad correspondiente.

Entonces, si bien la actuación de la administración de justicia puede generar daños distintos a la privación física de la libertad del procesado, estos deben ser debidamente acreditados en cada caso particular para que puedan ser reparados, pero no es posible presumirlos a partir de la simple constitución de una garantía para acceder a un beneficio que la ley penal otorga, precisamente con el fin de gozar de libertad mientras se surte el proceso y menos aún de la sola vinculación al proceso penal. En efecto, el uso de los mecanismos legales para evitar que el afectado padezca las consecuencias adversas de una detención preventiva, tales

como la libertad bajo caución, no puede considerarse en sí mismo como fuente de daños.

Nótese que los compromisos adquiridos por el sindicato en razón de la caución otorgada le imponían unas obligaciones que no resultan desproporcionadas, irracionales o contrarias al ejercicio del derecho fundamental a la libertad personal, en tanto estaban llamadas a garantizar la comparecencia del procesado (numerales 1 al 3) y, en todo caso, no hay prueba de que el sindicato hubiera solicitado sin éxito un permiso para salir del país, por lo que no está acreditada una efectiva restricción a su derecho a la locomoción.

Ahora, si el accionante aceptó voluntariamente el pago de una caución dineraria con el fin de acceder a un beneficio, tenía la carga de asumir las consecuencias adversas que dicho pago pudiera generarle, esto es, estaba llamado a soportar el hecho de verse privado de dichos dineros durante el curso de la investigación. De igual manera, no puede afirmarse, sin incurrir en imprecisión, que el pago de una caución sea asimilable a una restricción a la libertad.

Bajo dichas precisiones se concluye que el demandante no estuvo privado de su libertad, por lo que lo que no se acreditó ese daño, de modo que las pretensiones derivadas de este no están llamadas a prosperar, sin que sea necesario ahondar en el juicio de imputación de responsabilidad.

Con todo, en gracia de discusión es preciso advertir que si bien no se acreditó la responsabilidad penal del procesado, sí hay evidencia no desvirtuada respecto de la conducta correspondiente al interés que exteriorizó frente a algunos de sus compañeros de trabajo de la Contraloría en una investigación adelantada por ese ente de control.

Al respecto nótese que Gladys Marina Peña afirmó que un compañero de trabajo de la Contraloría, cuyo nombre dijo no conocer, la indagó de manera informal en un pasillo de la entidad respecto de la investigación que ella había adelantado y la inquirió sobre los demás funcionarios asignados a esta, al tiempo que la invitó a una reunión que, según se estableció después, tenía como finalidad interferir en los resultados del informe que se rendiría sobre el particular. El testimonio del señor Guido Peña, otro de los involucrados en el hecho, permite inferir que quien

realizó dichas preguntas fue precisamente el ahora demandante Luis Ernesto Posada⁸.

Esa manifiesta preocupación del ahora demandante en un asunto no asignado a su competencia corresponde a una conducta demostrada del accionado, que exteriorizó frente a una de sus compañeras de trabajo, fue determinante en la investigación que se adelantó en su contra en tanto permitió inferir razonablemente su eventual interés en el asunto, razón por la que terminó vinculado a la actuación y fue afectado con medida de aseguramiento.

Así las cosas, se presentó un hecho de la víctima en los términos del artículo 70 de la Ley 270 de 1996, derivado del injustificado interés en la indagación que al interior de la Contraloría se adelantaba en contra de la Asociación de Municipios del Alto Guavio, con la entidad suficiente para exonerar de responsabilidad a la administración, pues si bien ese solo hecho no era punible, razón por la cual fue exonerado de responsabilidad penal, sí constituía muestra de una eventual parcialidad, contraria a los fines de la función administrativa⁹ que deben enmarcar la actuación de todo servidor público. La actuación contraria, una vez en conocimiento de las autoridades, generó un manto de duda sobre su conducta, que lo determinó a ser sujeto de una investigación penal y a las eventuales restricciones derivadas de esta.

Para la Sala, el deber ético de todo servidor público conlleva no solo la actuación conforme al ordenamiento jurídico, sino la necesidad de exteriorizar conductas acordes con esta, deberes que son exigibles aún del servidor negligente o descuidado, por lo que la demostrada conducta del accionante puede calificarse, cuando menos, como gravemente culposa. En tal virtud, las pretensiones derivadas de la presunta restricción a la libertad del actor no pueden prosperar.

⁸ Está probado además el dicho de estos declarantes en cuanto a su participación en ella auditoria a la tantas veces mencionada asociación de municipios. Se aportó la Resolución NO. 369 de 30 de marzo de 1995 por medio de la cual se comisionó a Gladys Marina Peña y a Guido Peña Arenas para auditar dicha entidad (fl. 671, c. 4).

⁹ Constitución Política de Colombia, artículo 209. Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, **imparcialidad** y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley. –Se resalta–

4.2. Daños derivados de la investigación penal

Como lo ha reiterado la Sala, ser investigado por las autoridades del Estado constituye una carga que todos los ciudadanos están en la obligación de soportar, como materialización del deber de colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia, en los términos según lo dispone el numeral 7 del artículo 95 de la Constitución Política; de modo que, en principio, las incomodidades derivadas de las investigaciones adelantadas en contra de un ciudadano no son antijurídicas y están llamados a ser soportadas por los investigados¹⁰, a menos que la indagación, bajo sus particulares incidencias, comporte una ruptura del equilibrio frente a las cargas públicas o genere daños concretos distintos del simple hecho de haberse visto sujeto a la potestad punitiva del Estado.

En efecto, el deber de someterse a dichos poderes estatales no exonera a este último del deber de adelantar los procesos a su cargo en forma expedita y dentro de plazos razonables; por el contrario, maximiza dicha obligación en procura de los derechos del administrado, por lo que una transgresión injustificada del tiempo esperado en la resolución de una investigación, en la que se mantiene *sub judice* a un ciudadano durante un tiempo desproporcionado, es susceptible de generar daños que deben ser resarcidos con el fin de restablecer el equilibrio frente a las cargas públicas.

Así las cosas, el poder sancionador del Estado conlleva obligaciones de dos vías, pues, de una parte, obliga a someterse a la jurisdicción del Estado y, de otra, impone diligencia en los trámites a cargo de las autoridades. En palabras de la Corte Constitucional¹¹:

50. Uno de los deberes que impuso el Constituyente a las personas que conviven en el Estado Social de Derecho fue el de “colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia”, esto implica, que una vez la autoridad judicial ordena la intervención de una persona ya como demandado, investigado, tercero, interesado, etc., ésta debe atender, sin demora, los requerimientos que haya establecido el ente jurisdiccional.

51. Por su parte, el Estado tiene la obligación de garantizar la debida

¹⁰ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 8 de julio de 2016, exp. 39043, C.P. Danilo Rojas Betancourth y Subsección B, sentencia del 26 de noviembre de 2015, exp. 35085, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

¹¹ Corte Constitucional, sentencia SU-394 de 2016.

diligencia en la adopción de sus decisiones y de observar los términos procesales, cuyo incumplimiento debe ser sancionado por mandato de la Constitución (art. 229 C.P.).

De acuerdo con lo anterior, la jurisprudencia de la Sección ha considerado que la dilación injustificada de una decisión ya sea judicial o administrativa es potencialmente trasgresora del debido proceso y de las garantías que de este se desprenden. Sin embargo, no solo el transcurso del tiempo, en exceso del legalmente previsto, permite estimar que se ha desconocido el plazo razonable de una investigación:

[P]ara la determinación de qué se entiende por “violación o desconocimiento del plazo razonable” corresponde al juzgador analizar las condiciones de tiempo, modo y lugar, así como los factores internos y externos en los que se presta el servicio, en otros términos, con qué instrumentos o herramientas se contaba para adoptar la decisión y, por lo tanto, si no existen circunstancias que justifiquen el retardo en la definición del asunto administrativo o jurisdiccional.

De modo que, no toda tardanza es indebida porque pueden existir razones que la justifiquen y que conduzcan al operador jurídico a la conclusión de que no se vulneró el artículo 29 de la Constitución Política, conclusión a la que arribó el juez constitucional al señalar que la mora judicial no desconoce el derecho a un juicio en un plazo razonable si existen factores que justifiquen el sobrepasar los términos fijados en la ley (v.gr. la congestión judicial, las resoluciones de peticiones formuladas por las partes, la petición de los agentes del Ministerio Público para estudiar el proceso, etc.)¹².

En esa línea de pensamiento, para poder predicar la existencia de una dilación injustificada de una decisión administrativa o judicial, a la luz del artículo 29 de la Constitución Política, es preciso que se constate la configuración de los siguientes presupuestos: i) los términos fijados en la ley deben haberse sobrepasado, comoquiera que las normas que los señalan obligan no sólo a los administrados, sino a la administración pública, ii) la tardanza en la toma de la decisión no debe tener causa o motivo que la justifique, iii) la mora debe ser producto de una omisión de los funcionarios administrativos que tienen a su cargo el impulso o la decisión administrativa, y iv) la violación del plazo vencido debe catalogarse como desproporcionada frente al trámite respectivo.

Frente a este último aspecto, es importante indicar que son dos los factores que determinan la razonabilidad o no del plazo: i) la duración de trámites o procesos similares al que es objeto de juzgamiento, y ii) el estudio riguroso de las circunstancias fácticas para aplicar estrictamente las reglas de la experiencia.¹³

¹² [95] Corte Constitucional, sentencia T-612 de 2003.

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 7 de noviembre de 2012, exp. 37.046, C.P. Enrique Gil Botero.

Por ello, la Sala ha afirmado¹⁴:

[D]iscernir sobre la duración excesiva de un proceso, implica algo más que la operación mecánica de cotejar el plazo legalmente establecido con el tiempo real que le ha tomado a este en desarrollarse. Implica, confrontar los factores que ya se han mencionado y otros que se han ido agregando en consideración a que un trámite y/o proceso debe ser visto desde la integralidad de las particularidades que lo rodean, si lo que se pretende es dirimir su ajustada o retardada temporalidad. Lo contrario sería juzgar sobre la base de un efficientismo ideal propio de un Estado perfecto. Por tanto, un plazo razonable debe ponderarse con fundamentos de lo posible y lo alcanzable en el contexto micro y macro procesal; es decir, en el plano del caso concreto y de la generalidad de los casos. (...)

En síntesis, la anquilosis del sistema judicial se torna inaceptable cuando retarda, sin justificación plausible, la resolución de un caso¹⁵.

A nivel interamericano, el derecho a obtener decisión de las autoridades dentro de un plazo razonable deriva de lo previsto en los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos respecto de la protección de la libertad personal y el derecho al debido proceso, respectivamente. En cuanto a esta última garantía, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha señalado que para determinar si un Estado parte ha infringido la garantía judicial a un plazo razonable debe analizarse (i) la complejidad del asunto, (ii) la conducta procesal del interesado y (iii) la conducta de las autoridades¹⁶.

Verificadas las copias del expediente penal aportadas se tiene que la investigación se abrió formalmente el 22 de abril de 1995 y si bien en los días siguientes se recaudaron las testimoniales decretadas, así como fueron indagados los presuntos autores del ilícito, el expediente cuenta con amplios períodos injustificados de

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 30 de marzo de 2017, exp. 41748, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "B", sentencia del 12 de diciembre de 2013, exp. 27252, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos humanos, caso *Furlan y familiares vs. Argentina*, sentencia del 31 de agosto de 2012. Párrafo 152. Estos criterios también han sido tenidos en cuenta por la Corte Europea de Derechos Humanos que ha establecido que el carácter razonable de la duración de un proceso se aprecia según las circunstancias particulares del asunto y frente a tres criterios: la complejidad del asunto, el comportamiento del interesado, el comportamiento de las autoridades nacionales (particularmente las autoridades judiciales), teniendo en cuenta el contexto político y social. Ver Caso Pretto contra Italia, del 08 de diciembre de 1983, citado por Frederic Sudre en *Droit europeen et international des droits de l'homme*. Ed. Presses Universitaires de France. 10 edition, Paris 2011, p. 452

inactividad procesal. Es así como surtidas las indagatorias en mayo de 1995 (fl. 730, c. 3), la decisión de la situación jurídica de los implicados se prolongó durante 15 meses, sin que en el expediente se aprecie una justificación de tal demora. Finalmente, en agosto de 1996 se dictó la providencia que impuso la medida de aseguramiento.

Seguidamente, la Fiscalía se ocupó de recaudar evidencias tendientes a la demostración de las presuntas irregularidades en las cuentas de la Asociación de Municipios del Alto Guavio, que por sí mismas no resultaban idóneas respecto del punible investigado, concusión, que solo imponía la demostración de la exigencia de remuneración por parte de los encartados, en su calidad de servidores públicos, para omitir las funciones propias de su cargo.

Sin embargo, no fue sino hasta 1999 (22 de febrero) que la Fiscalía calificó el mérito de la investigación y acusó al señor Posada Calderón como presunto coautor del delito de concusión. Hasta ese momento la investigación tardó 3 años y 10 meses (46 meses). No obstante, solo mediante el Oficio No. 001 de 3 de enero de 2001 el expediente fue remitido a los jueces, esto es, una vez calificado el mérito de la investigación, la Fiscalía se tardó más de 20 meses en remitir el proceso para que se surtiera la etapa del juicio, sin que se aprecie justificación alguna respecto de la referida dilación, por lo que la investigación alcanzó la excesiva duración de 66 meses.

Ahora bien, dentro de las diligencias aportadas no se aprecia conducta alguna dilatoria a cargo del accionante o de su defensa, que se limitó a pronunciarse dentro de las oportunidades legales y solo recurrió la medida de aseguramiento, providencia que fue confirmada en un período de aproximadamente dos meses¹⁷.

Tampoco se alegó por parte de la Fiscalía, ni menos aún se acreditó la existencia de un cúmulo de trabajo que justificara tal demora; por el contrario, de lo que dan cuenta las evidencias es de falencias en la identificación del tipo penal, reconocidas por el mismo ente investigador, que lo llevaron a centrarse en la demostración de las irregularidades al seno de la cooperativa auditada, cuando lo que correspondía demostrar, de acuerdo con la adecuación típica de concusión,

¹⁷ Aunque solo se demanda en relación con la responsabilidad del ente investigador, se verifica que, la etapa del juicio se prolongó hasta el 6 de febrero de 2007 (fl. 29, c. 2), esto es, durante poco más de seis años años.

era la coacción de los servidores públicos a los investigados. Seguidamente se verifica la injustificable demora de casi dos años en la remisión de las diligencias a la justicia penal para que se surtiera la etapa de la investigación.

Todas esas demoras contribuyeron, a juicio de la Sala, a una violación del plazo razonable de la investigación seguida en contra del señor Posada Calderón, que lo mantuvieron *sub judice* por un lapso que, de acuerdo con las particularidades del caso, no resultó razonable ni proporcional a la complejidad del asunto. Lo que se advierten son falencias en la investigación y demoras excesivas en los trámites secretariales que en esas condiciones pueden ser catalogadas como un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.

Por su parte, la norma procesal aplicable preveía un término máximo para la instrucción de 30 meses¹⁸, en razón al número de investigados, plazo objetivo que se excedió en más del doble por razón de los anotados defectos atribuibles a la Fiscalía y sin que estos se hubieran justificado en situaciones de congestión judicial. Se insiste en que el ente investigador nunca esgrimió en su defensa justificación alguna para la mora en la investigación.

De acuerdo con lo expuesto se tiene que (i) el plazo legal para la investigación se excedió sobradamente, (ii) la conducta del investigado no contribuyó a ello, (iii) se aprecian falencias en la dirección de la investigación, así como fallas secretariales en la remisión del expediente a la justicia que denotan un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y (iv) falencias que no fueron justificadas por el ente investigador.

De acuerdo con ello no hay duda de la ocurrencia de un funcionamiento deficiente de la administración de justicia que se tradujo en mora excesiva en la resolución

¹⁸ Decreto 2700 de 1991. ARTICULO 329. TERMINO PARA LA INSTRUCCIÓN. El funcionario que haya dirigido o realizado la investigación previa, si fuere competente será el mismo que abra y adelante la instrucción, salvo que se haya dispuesto su desplazamiento.

El término de instrucción que corresponda a cualquier autoridad judicial no podrá exceder de dieciocho (18) meses, contados a partir de la fecha de su iniciación.

No obstante si se tratare de tres (3) o más sindicados o delitos, el término máximo será de treinta (30) meses.

Vencido el término, la única actuación procedente será la calificación.

de la controversia y que determinó que, pese a ser inocente, como finamente se declaró, el demandante hubiera soportado una actuación penal en su contra durante un plazo no razonable ni justificado, durante el cual se mantuvo *sub judice*, con la incertidumbre propia del eventual resultado de la indagación, lo que a juicio de la Sala le causó un daño mayor al que todo ciudadano debe soportar y, en tal virtud, se rompió en detrimento suyo el equilibrio frente a las cargas públicas.

Si bien en condiciones normales el demandante estaba llamado a soportar la indagación adelantada en su contra, ese deber jurídico no se extiende frente a investigaciones excesiva e infundadamente prolongadas, pues someterse a estas últimas conlleva una carga desmedida para los ciudadanos, generadora de daños antijurídicos derivados de la transgresión a la garantía judicial a obtener la decisión dentro de un plazo razonable.

Bajo dicha óptica se impone revocar la sentencia impugnada para, en su lugar, declarar administrativamente responsable a la Nación – Fiscalía General de la Nación, de los daños padecidos por el accionante, producto de la transgresión a la garantía judicial a la decisión dentro de un plazo razonable.

5. Indemnización de perjuicios

No se aportó ninguna evidencia del padecimiento moral que el sometimiento a la prolongada investigación le generó al demandante; tampoco de los daños materiales reclamados, por lo cual se negarán las pretensiones encaminadas a su reconocimiento.

Sin embargo, no hay duda de la transgresión a la garantía constitucional y convencionalmente amparada. La jurisprudencia de la Sección ha precisado que la reparación de este tipo de perjuicios debe realizarse, siempre que sea posible, a través de medidas de restitución *in natura*, que restablezcan en la medida de lo posible el derecho afectado, en aras de obtener su reparación integral.

En sentencia de unificación de 14 de septiembre de 2011¹⁹, se sostuvo que la afectaciones a bienes o derechos constitucional o convencionalmente deben ser

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de Sala Plena del 14 de septiembre de 2011, exp. 19031 y 38222, M.P. Enrique Gil Botero.

reconocidos como una tercera categoría de daños inmateriales autónomos. Bajo esta óptica, se sistematizó en su momento de la siguiente manera:

La tipología del perjuicio inmaterial se puede sistematizar de la siguiente manera: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de “daño corporal o afectación a la integridad psicofísica” y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros), siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento, de conformidad con los lineamientos que fije en su momento esta Corporación.

En reciente decisión de unificación²⁰, la Sección Tercera de esta Corporación precisó las características del daño a bienes o derecho convencional y constitucionalmente amparados como una nueva categoría autónoma de daño inmaterial, en los siguientes términos:

i) Es un daño inmaterial que proviene de la vulneración o afectación a derechos contenidos en fuentes normativas diversas: sus causas emanan de vulneraciones o afectaciones a bienes o derechos constitucionales y convencionales. Por lo tanto, es una nueva categoría de daño inmaterial.

ii) Se trata de vulneraciones o afectaciones relevantes, las cuales producen un efecto dañoso, negativo y antijurídico a bienes o derechos constitucionales y convencionales.

iii) Es un daño autónomo: no depende de otras categorías de daños, porque no está condicionado a la configuración de otros tradicionalmente reconocidos, como los perjuicios materiales, el daño a la salud y el daño moral, ni depende del agotamiento previo de otros requisitos, ya que su concreción se realiza mediante presupuestos de configuración propios, que se comprueban o acreditan en cada situación fáctica particular.

iv) La vulneración o afectación relevante puede ser temporal o definitiva: los efectos del daño se manifiestan en el tiempo, de acuerdo al grado de intensidad de la afectación, esto es, el impedimento para la víctima directa e indirecta de gozar y disfrutar plena y legítimamente de sus derechos constitucionales y convencionales.

En el mismo pronunciamiento la Sección destacó que los objetivos de la reparación de esa categoría autónoma de daño son: el restablecimiento pleno de los derechos de las víctimas, su restitución más aproximada al *statuo quo ante*, las

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de Sala Plena de 28 de agosto de 2014, exp. 32.988, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

garantías de no repetición y la búsqueda de la realización efectiva de la igualdad sustancial. También se precisó que el resarcimiento de esas garantías puede tener lugar aún en forma oficiosa y que deben privilegiarse, en cuanto resulte posible, las medidas de carácter no pecuniario, entre otros aspectos relevantes que a continuación se transcriben:

i) El objetivo de reparar este daño es el de restablecer plenamente a la víctima en el ejercicio de sus derechos. La reparación de la víctima está orientada a: (a) restaurar plenamente los bienes o derechos constitucionales y convencionales, de manera individual y colectiva; (b) lograr no solo que desaparezcan las causas originarias de la lesividad, sino también que la víctima, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas, pueda volver a disfrutar de sus derechos, en lo posible en similares condiciones en las que estuvo antes de que ocurriera el daño; (c) propender para que en el futuro la vulneración o afectación a bienes o derechos constitucionales y convencionales no tengan lugar; y (d) buscar la realización efectiva de la igualdad sustancial.

ii) La reparación del daño es dispositiva: si bien las medidas de reparación de este tipo de daños pueden serlo a petición de parte, también operan de oficio, siempre y cuando aparezca acreditada su existencia.

iii) La legitimación de las víctimas del daño: se reconoce a la víctima directa de la lesión como a su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero (a) permanente y los parientes hasta el 1º de consanguinidad, incluida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas "de crianza", en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se presumen entre ellos.

iv) Es un daño que se repara principalmente a través de medidas de carácter no pecuniario: se privilegian por excelencia las medidas reparatorias no indemnizatorias; sin embargo, en casos excepcionales cuya reparación integral, a consideración del juez, no sean suficientes, pertinentes, oportunas o posibles podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria hasta 100 SMLMV, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud. Ese quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño y/o la naturaleza del bien o derecho afectado.

v) Es un daño que requiere de un presupuesto de declaración: debe existir una expresa declaración de responsabilidad del Estado por la existencia de un daño a bienes constitucionales y convencionales imputables al mismo, y se deben justificar y especificar las medidas de reparación integral adecuadas y pertinentes al caso, de tal manera que el Estado ejecute el debitum iuris. Las medidas de reparación integral operarán teniendo en cuenta la relevancia del caso y la gravedad de los hechos, todo con el propósito de restablecer la dignidad de las víctimas, reprobando las relevantes violaciones a los derechos humanos y concretando las medidas de garantía de verdad, justicia, reparación, no repetición y las demás definidas por el derecho internacional.

vi) Es un daño frente al cual se confirme el rol del juez de responsabilidad extracontractual como reparador integral de derechos vulnerados, sin desconocer que las indemnizaciones que tradicionalmente han venido siendo reconocidas impactan directa o indirectamente en los derechos de las víctimas; sin embargo, en tratándose de vulneraciones o afectaciones relevantes a derechos constitucional y convencionalmente amparados, se impone la necesidad de que el juez acuda a otras medidas, con el fin de reparar plenamente a las víctimas.

En efecto, sería lo ideal poder reparar la transgresión a la garantía constitucional vulnerada mediante medidas de carácter no pecuniario que pudieran derivar en un restablecimiento material del derecho a obtener decisión en un plazo razonable. Sin embargo, ya surtida a cabalidad la acción penal y sometido como estuvo el demandante a ella serían inanes las medidas no pecuniarias, por lo cual es preciso disponer una indemnización en dinero.

Para establecer el monto correspondiente, la Sala acudirá a lo resuelto en otros casos en los que ha resultado comprometido el derecho al acceso a la administración de justicia, bajo un componente distinto, esto es, la privación del recurso judicial efectivo. En efecto, en eventos en los que se ha demostrado que la víctima se vio privada de la posibilidad de obtener decisión definitiva de un asunto en sede judicial por razón de la inactividad de la administración, la Sala ha reconocido el equivalente a 40 salarios mínimos legales mensuales²¹. Adicionalmente, el presente asunto reviste mayor gravedad en tanto el proceso penal se prolongó por el exagerado término de 10 años, lo que a juicio de la Sala amerita una indemnización mayor, en tanto se mantuvo *sub judice* al demandante por tan prolongado lapso; en consecuencia, se reconocerá indemnización en el equivalente a sesenta (60) salarios mínimos legales mensuales vigentes en la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

5. Costas

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.

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 19 de abril de 2015, exp. 25327, M.P. Ramiro Pazos Guerrero. En el mismo sentido ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 2 de mayo de 2016, exp. 37111, M.P. Ramiro Pazos Guerrero

III. DECISIÓN

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 y por autoridad de la constitución y la ley,

FALLA

REVOCAR la sentencia de 30 de marzo de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera, Subsección C, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda. En su lugar se dispone:

PRIMERO. DECLARAR administrativa y extracontractualmente a la Nación – Fiscalía General de la Nación, de los daños antijurídicos sufridos por el señor Luis Ernesto Posada Calderón con ocasión de la investigación adelantada en su contra que prolongó más allá del plazo razonable.

SEGUNDO. CONDENAR a la Nación – Fiscalía General de la Nación, a pagar al señor Luis Ernesto Posada Calderón el equivalente a sesenta (60) salarios mínimos legales mensuales vigentes, como indemnización por la transgresión al derecho constitucional y convencionalmente amparado a obtener decisión judicial dentro de plazos razonables.

TERCERO. NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO. Sin costas.

QUINTO. En firme esta providencia devuélvase el expediente a la Corporación de origen para lo de su cargo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Aclara voto

Ausente con excusa

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO DANILO ROJAS BETANCOURTH

Presidenta

Magistrado

RAMIRO PAZOS GUERRERO

Magistrado

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 25000-23-26-000-2008-00715-01(45336)

Actor: LUIS ERNESTO POSADA CALDERÓN

Demandado: NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTRO

Referencia: ACCIÓN DE REPARACION DIRECTA

**ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA STELLA CONTO DÍAZ DEL
CASTILLO**

De conformidad con el núm. 7 del art. 33 del Reglamento Interno del Consejo de Estado -Acuerdo n. 0 58 de 1999, modificado por el art. 1 del Acuerdo n. 0 35 de 2001-, procedo a consignar las razones por las cuales aclaro mi voto favorable a la decisión de fondo, aprobada por la Subsección en el asunto de la referencia, en lo que tiene que ver con las consideraciones consignadas respecto al análisis del daño antijurídico por privación injusta de la libertad cuyo reconocimiento fue solicitado por la actora.

1. Se resolvió revocar la sentencia proferida el 30 de marzo de 2012 por la Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca — Sección Tercera — Subsección C, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda, para, en su lugar, declarar administrativa y extracontractualmente responsable a la Nación—Fiscalía General, por los daños antijurídicos sufridos por el señor Luis Ernesto Posada Calderón, con ocasión de la investigación adelantada en su contra, la que se prolongó más allá del plazo razonable.

2. Comparto la decisión en cuanto se encontró acreditado el daño antijurídico, por cuenta de la dilación injustificada, dado que se mantuvo al demandante sub judice

por el término de 10 años, lo que transgredió su derecho constitucionalmente protegido a obtener decisión judicial oportuna.

3. Así mismo, acompañó la decisión en cuanto denegatoria de las pretensiones incoadas por la presunta privación injusta de la libertad del demandante; empero, me consideraciones relativas a la ausencia de daño por la privación o imposición de medida de aseguramiento. Como se pasa a analizar:

3.1. Señala la Sala que, aunque desde la imposición de la medida de aseguramiento el 22 de agosto de 1996 hasta el momento en que fue revocada, el día 9 de noviembre de 2001, transcurrieron más de cinco años, lo cierto es que no hubo privación efectiva de la libertad pues consta que al sindicado le fue concedida libertad provisional en el mismo acto que impuso la medida cautelar. Aunado a ello, se considera que la caución prendaria no constituye por sí misma una medida restrictiva de la libertad, aun cuando la misma conlleve unas obligaciones al sindicado como (i) no salir del país sin autorización del ente acusador, (ii) informar todo cambio de residencia y (iii) presentarse ante los funcionarios competentes cuando se le requiera. En ese orden, consideró la Sala que el daño antijurídico se generó en la dilación únicamente.

3.2 Lo anterior, aunado a que está acreditada la culpa grave de la víctima, consistente en el interés manifiesto del demandante en las resultas de un asunto no asignado a su competencia, relativo a la indagación; que al interior de la Contraloría se adelantaba en contra de la Asociación de Municipios del Alto Guavio, manifestado ante una de sus compañeras de trabajo. Asunto que denotó un interés indebido en la investigación fiscal que conllevó su vinculación a la investigación por la comisión del delito de concusión.

3.3. Al respecto, se debe aclarar que, no comparto las consideraciones precitadas, en lo atinente a la ausencia de daño por la imposición de la medida de aseguramiento, pues, como lo ha considerado la Sala en múltiples providencias, su imposición aun cuando conlleve el beneficio de libertad bajo caución o provisional, implica una restricción efectiva al ejercicio de ese derecho fundamental. En múltiples ocasiones, esta Corporación ha considerado que el sometimiento a los rigores de la investigación penal, aun sin que se prive efectivamente de la libertad al procesado, vulnera sus derechos, específicamente a la libertad personal, siempre que la presunción de inocencia no quede

desvirtuada, es decir, permanezca incólume. Ahora, si se restringe la libertad de locomoción, condicionándola al pago de la caución prendaria, asunto que la jurisprudencia ha denominado como "privación jurídica de la libertad", aun cuando resulta menor la afectación, la misma existe y en consecuencia, debe determinarse la responsabilidad.²²

4. En ese orden, no cabe duda para la suscrita que se acreditó la privación jurídica de la libertad de que fue objeto el demandante por el término de cinco años, esto es, el daño antijurídico demandado. Pese a lo cual, se acompaña la decisión denegatoria, en la medida en que de los hechos probados se colige la culpa grave de la víctima que imposibilita su indemnización, en estricto seguimiento de lo dispuesto por el artículo 70 de la Ley 270 de 1996. Es que los funcionarios públicos deben dar ejemplo de probidad en el desarrollo de sus funciones y ello pasa por la exteriorización de un comportamiento recto, susceptible del escrutinio público, al punto de no despertar dudas sobre su conducta²³. De ahí mi disenso, dado que se acompaña la decisión de fondo.

En los anteriores términos dejo expuesta mi aclaración de voto a la decisión adoptada por la Sala en el asunto de la referencia.

Fecha ut supra.

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Consejera de Estado

²² Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad en casos se somete a la víctima a los rigores de la investigación penal, aun sin que se prive efectivamente de la libertad al procesado, consultar, entre otras, las sentencias de 6 de marzo de 2008, Exp. 16075, CP. Ruth Stella Correa Palacio; de 8 de febrero de 2012, Exp. 20322, CP. Danilo Rojas Betancourth; y de 30 de julio de 2015, Exp. 37457, cp. Stella Conto Díaz del Castillo.

²³ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 28 de mayo de 2015, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo, Exp. 33907.