

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Privación injusta de la libertad / CADUCIDAD - Término dos años / CADUCIDAD - Cómputo / CADUCIDAD - Reiteración jurisprudencial

En el precedente jurisprudencial es pacífica la premisa según la cual el término bienal de caducidad de la acción de reparación directa, previsto en el art. 136 del C.C.A., debe computarse desde “la ejecutoria de la providencia judicial que determina la inexistencia del fundamento jurídico que justificaba la decisión” lo que para el sub júdice se traduce en la firmeza de la sentencia absolutoria proferida el 11 de marzo de 1998 por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, ejecutoria cumplida el mismo día.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 136

NOTA DE RELATORIA: Consultar sentencia de 25 de febrero de 2009, Exp. 15983, MP: Myriam Guerrero de Escobar

FALLA DEL SERVICIO DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA - Por privación injusta de la libertad de sindicada por delito de homicidio que no cometió / IN DUBIO PRO REO - Causal de absolución que aplicó el Tribunal Superior de Distrito Judicial / ABSOLUCION DE LA PROCESADA - Declarada inocente por falta de acervo probatorio / MEDIDA DE ASEGURAMIENTO - Revocada / SENTENCIA PENAL CONDENATORIA - Revocada

Está probado que la señora Hermelinda Díaz López (i) es madre de Frank David y Álvaro Stevens Ochoa Díaz (registros civiles de nacimientos aportados con la demanda, (ii) fue detenida, acusada y enjuiciada por el homicidio del señor Álvaro Antonio Ochoa (medida de aseguramiento, resolución de acusación y sentencia condenatoria de primera instancia, (iii) estuvo privada de la libertad entre el 18 de noviembre de 1996 y el 11 de marzo de 1998 (certificación de la penitenciaría donde estuvo recluida y (iv) fue absuelta mediante sentencia proferida, en esta última fecha, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, en aplicación del principio in dubio pro reo. (...) la Sala encuentra que, con independencia de las consideraciones expuestas por las autoridades competentes en las actuaciones judiciales adelantadas contra la señora Hermelinda Díaz López, por el homicidio del señor Álvaro Antonio Ochoa, lo cierto es que la encartada penalmente no cometió el delito que se le imputó y por el que se le privó de la libertad, lo que hace responsable al Estado por los perjuicios causados. Efectivamente no le asiste razón al tribunal ad quem cuando desestima la responsabilidad estatal, fundado en que “la absolución de la señora HERMELINDA DÍAZ LÓPEZ no obedeció a causal alguna de las señaladas en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, sino a que no había prueba suficiente para condenarla, debiéndose aplicar el principio del in dubio pro reo”. A contrario sensu, está demostrado que la absolución de la procesada se dio por no encontrar, en el acervo probatorio, elementos que llevaran a concluir su autoría en el homicidio del señor Álvaro Antonio Ochoa.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL - ARTICULO 414

FALLA DEL SERVICIO EN LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA - Por injusta la medida cautelar de detención preventiva y la condena impuesta a la sindicada por delito de homicidio de su cónyuge / MEDIDA DE ASEGURAMIENTO - Detención preventiva

De manera que (i) como se le impuso medida asegurativa de detención preventiva y acusó a la señora Hermelinda Díaz López, por considerarla autora intelectual del homicidio de quien en vida respondió al nombre de Álvaro Antonio Ochoa y no se demostró que la inculpada efectivamente cometió la conducta y (ii) como el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Valledupar condenó a la procesada por el delito señalado, no cabe duda que la cautela restrictiva de la libertad y la condena padecida por la señora Hermelinda Díaz López fueron injustas, pues quien no ejecutó un hecho delictivo, ni participó en él no tiene que soportar la restricción de la libertad y las consecuencias previstas para sus autores.

IN DUBUIO PRO REO - Principio de legalidad aplicado por Tribunal Superior de Distrito Judicial. Segunda instancia / ABSOLUCION DE LA SINDICADA - No se demostró autoría en el delito de homicidio / ABSUELTA SINDICADA - Por principio de inocencia

Debe aclararse, por lo demás, que en el sub lite aunque el juez penal invocó el in dubio pro reo al momento de proferir sentencia, del examen del análisis probatorio realizado por éste se colige que la señora Hermelinda Díaz en realidad fue absuelta porque no se demostró su autoría, como quiera que una cosa es el in dubio pro reo fundado en la duda y otra distinta la absolución en razón de la inocencia, así el primero se invoque, lo que quedaría en el campo puramente nominal. En efecto, el principio in dubio pro reo se aplica cuando cabe la duda razonable, es decir, cuando las pruebas aportadas a favor y en contra de la culpabilidad del procesado son de tal peso que es imposible arribar a un conocimiento certero de los hechos. Fuera de este caso, lo que se da es la consecuencia lógica del principio de presunción de inocencia que rige todo el ordenamiento penal, el cual pugna con el supuesto de que alguien pueda ser condenado con base en elementos que carecen de fuerza probatoria. (...) Es que la defensa esgrimida en esta causa por la Fiscalía, fundada en que la actora debe soportar la privación de la libertad -habida cuenta de que fue absuelta no por su inocencia sino por la aplicación del principio in dubio pro reo-, deviene inadmisibles, pues cuando no se demuestra la responsabilidad penal del acusado no se puede sino afirmar que éste no cometió el delito que se le imputa, en virtud de la presunción constitucional de inocencia [inc. 3, art. 29, C.P.], sin que pueda trasladarse al procesado la carga de desvirtuarla y, en esta medida, no hay diferencia en afirmar que se demostró la inocencia o que no se probó la autoría de la conducta.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 29 NUMERAL 3

PRUEBA INDIRECTA - Los indicios graves soporte de la decisión del juez penal de primera instancia / INDICIO GRAVE - Infidelidad / INDICIO GRAVE - Amenazas de la procesada a tres señoras / INDICIO GRAVE - Disolución de sociedad comercial. Móvil económico del homicidio / INDICIO GRAVE - Exclamación de la sindicada al escuchar disparos y afirmar que mataron al esposo / ESTEREOTIPO DE GENERO - Análisis discriminatorio cargado de perjuicios de género se observaron en la decisión del juez penal

La sentencia absolutoria, la sana crítica bastaba para no dar crédito a los mal llamados “indicios graves”, alejados de las reglas de la lógica y de la seriedad que comporta esta clase de pruebas indirectas. A lo que debe agregarse que se echa de menos un análisis probatorio desprovisto de estereotipos de género que, de haber existido, no habría conducido a considerar que la sindicada atentó contra su cónyuge en razón de su propia infidelidad, dado que esta fue conocida por

terceros y para hacerse al control económico de la sociedad familiar. Lo anterior porque sólo un análisis discriminatorio, cargado de prejuicios de género, explica que se haya concebido como indicios graves del homicidio del cónyuge la infidelidad de la mujer sindicada, falta que se conoció y el manejo de la sociedad familiar, a cargo de la víctima, pues de haber fallado el hombre no cabría la misma deducción. Esto en cuanto (i) las reglas de la experiencia indican que el agraviado suele atentar contra la vida del infiel y no éste contra el inocente, (ii) culturalmente se considera mayor el compromiso de la mujer con el matrimonio y así mismo la dificultad para el rompimiento, lo que conduciría a imaginar -en lógica perversa- que para la mujer, y no para el hombre, el homicidio es la única salida ante una situación conyugal adversa, (iii) históricamente la mujer estuvo subordinada al hombre, especialmente en el campo matrimonial, lo que conllevaría a considerar -sin fundamento alguno en el sub lite- el homicidio como medio de emancipación, (iv) es la mujer y no el hombre quien, cuidando las apariencias, deberá parecer virtuosa y (v) persiste la infundada creencia de que la mujer no es capaz de forjarse un futuro económico propio.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Indemnización de perjuicios ocasionados a la víctima y familiares

Dado que en el proceso penal no se demostró que la demandante cometió el homicidio del señor Álvaro Antonio Ochoa, la Nación-Rama Judicial-Fiscalía General de la Nación deberá responder por los perjuicios ocasionados en cuanto privó, injustamente, a la accionante de su libertad. (...) En esta medida, se impone la revocatoria de la sentencia apelada para, en su lugar, declarar la responsabilidad patrimonial del Estado por la privación injusta de la libertad que sufrió la demandante desde el 18 de noviembre de 1996 hasta el 11 de marzo de 1998, fechas acreditadas con la certificación del centro carcelario donde estuvo recluida.

PROHIBICION EN LAS DECISIONES JUDICIALES - Discriminar por razón del género / DERECHO A LA IGUALDAD - Género masculino y femenino / DERECHO A LA IGUALDAD - Hombre y mujer / DERECHO A LA IGUALDAD - Vulnerado en el proceso penal

Los casos de discriminación, por razón de género, bien pueden tener origen en actuaciones judiciales que coloquen en posición desfavorable a la mujer por el hecho de serlo, lo que desconoce el principio de igualdad y, en suma, la axiología que irradia los sistemas internacionales de protección de los Derechos Humanos y la propia Constitución. Sin duda alguna, se resquebraja el valor de la igualdad real ante la ley cuando, en el escenario de un proceso judicial, se analiza sesgadamente el material probatorio y, como en el caso de autos, se detiene a una mujer y se le imponen 42 años de prisión, por el homicidio de su cónyuge o compañero, con fundamento en que ella le era infiel, que esto se llegó a conocer y que la víctima administraba un capital. Argumentos que, de suyo, no permiten concluir la responsabilidad penal y que, como lo anotó el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, no constituyen indicios que revistan la seriedad exigida en un juicio de tal naturaleza.

PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Valoración discriminatoria de las pruebas allegadas al proceso penal

Se privó injustamente de la libertad a la señora Hermelinda Díaz López y todo indica que lo acontecido se explica por la valoración discriminatoria de las pruebas

allegadas, pues no se entiende de otra manera cómo, aduciéndose que la sindicada era infiel, que se conoció de su infidelidad y que la víctima contaba con un patrimonio, se concluyó que todo indicaba que la antes nombrada ordenó la muerte de su esposo.

DECISIONES JUDICIALES CON PERSPECTIVAS DE GENERO - Se deben garantizar criterios de equidad

Se han definido criterios de equidad para garantizar decisiones judiciales con perspectiva de género y, para el efecto, se acude a preguntas claves que ayudan a identificar si se está ante una situación de discriminación de género. Lo primero consiste en constatar si, en el caso a resolver, está de por medio una mujer, presupuesto que se cumple en autos, para luego analizar si la vinculada actúa como sujeto activo o pasivo; si la decisión la favorece o perjudica y, en últimas, si lo resuelto habría sido diferente de tratarse de un integrante del sexo opuesto. (...) observando el contexto sub examine, las respuestas que surgen de los interrogantes -enunciados al pie de página- dejan claro que la actora fungió como sindicada de la muerte de su esposo y que fue privada de la libertad con base en una valoración indiciaria que habría sido diferente, de tratarse del homicidio de la mujer, pues en este último caso se habría concluido que el hombre infiel no requiere del homicidio para romper el compromiso matrimonial; ni se sentiría presionado hasta atentar contra la vida de su esposa, porque se conoció su propia infidelidad y no trataría de hacerse al patrimonio de ésta, en cuanto cuenta con las capacidades para forjar el suyo. De dónde afirmar entonces, sino con base en el estereotipo acorde con el cual la mujer adquiere un compromiso particular y un estatus social y económico propio y permanente por el hecho del matrimonio, para así vincularla con el homicidio de su esposo.

CONTRIBUCION DE LOS JUECES EN LAS DECISIONES JUDICIALES - Combatir la discriminación y marginamiento en providencias judiciales

Los jueces, como cultores de la justicia y guardianes del orden jurídico, están llamados a contribuir a la realización de los fines esenciales del Estado y, entre ellos, a combatir la discriminación y el marginamiento. No en vano, la sociedad actual se interesa, cada vez más, en superar las injusticias seculares y promocionar a las personas o sectores de la población que, tradicionalmente, han sufrido las inclemencias de la desigualdad y la discriminación. (...) Es un hecho notorio que, aún en ciertos contextos, nuestra sociedad, sin atender a criterios razonables de distinción, asigna, según el sexo, los roles y funciones que deben cumplir unas y otras personas -por ejemplo el trabajo doméstico, asumido exclusivamente por las mujeres y las labores mejor remuneradas, desempeñadas generalmente por los hombres-. No obstante, es una realidad incontrovertible que las mujeres avanzan, cada día más, en el camino hacia la igualdad sustancial, de manera que tendría que haberse considerado por parte del juez (i) que la sindicada bien podía ponerle fin a su relación conyugal, de haber sido éste su deseo, (ii) que el conocimiento de su infidelidad no comportaba para la mujer, en sí mismo, un marginamiento social y (iii) que la sindicada tenía una profesión independiente que le permitía solventar sus necesidades y gozar de un bienestar, sin aguardar a hacerse, por cualquier medio, al patrimonio conyugal. En este sentido, la Sala exhorta a los jueces de la república para que contribuyan, activamente y en el marco de sus competencias, a la materialización de la igualdad y, por tanto, a la construcción de una nación justa, respetuosa de la dignidad humana y de los derechos de todos los asociados. Sólo en esa medida es posible alcanzar la convivencia pacífica y los fines constitucionales.

PERJUICIOS MORALES - Indemnización en salario mínimo mensual legal vigente

Para la cuantificación de este pretium doloris no se acudirá a los gramos oro como se solicitó en la demanda, sino a salarios mínimos mensuales legales como se viene sosteniendo por esta Corporación.

NOTA DE RELATORIA: Consultar sentencia de 6 de septiembre de 2001, proferida dentro de los procesos acumulados Nos. 13232 y 15646

PERJUICIOS MORALES - Monto de indemnización partiendo de la facultad discrecional del juez

Habida cuenta de que el daño moral es, de suyo, imposible de cuantificar de un modo exacto, por ser éste de carácter inmaterial, es necesario fijar el monto de la indemnización valiéndose de la facultad discrecional que le asiste al juez en estos casos y de conformidad con estos parámetros establecidos jurisprudencialmente: i) la indemnización se hace a título de compensación, más no de restitución ni de reparación; ii) la tasación debe realizarse con aplicación del principio de equidad, previsto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998; iii) la determinación del monto debe estar sustentada en los medios probatorios que obran en el proceso y que están relacionados con las características del perjuicio y iv) debe estar fundamentada, cuando sea del caso, en otras providencias para garantizar el principio de igualdad.

FUENTE FORMAL: LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 16

DIVISIBILIDAD ENTRE LAS DOS ENTIDADES DEMANDADAS DE LA OBLIGACION EMANADA DE LA SENTENCIA - Pago total de perjuicios acreditados. Fiscalía General de la Nación y Rama judicial

Opera, en el sub júdice, la divisibilidad de la obligación, teniendo en cuenta que, desde la detención -18 de noviembre de 1996- hasta la sentencia penal de primera instancia -21 de octubre de 1997-, la privación injusta de la libertad resulta imputable, de manera directa, al ente acusador. Empero desde que el fallador a quo sentenció condenatoriamente a la encartada, sin contar con elementos probatorios que desvirtuaran su presunción de inocencia, es dable inferir que la libertad se mantuvo restringida por cuenta de la Rama Judicial hasta la fecha en que la implicada fue absuelta -11 de marzo de 1998. Así las cosas, la Fiscalía General de la Nación asumirá, en un 70.89%, el pago de la totalidad de los perjuicios acreditados y la Rama Judicial lo hará en un 29.11%.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejera ponente: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

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

Radicación número: 20001-23-31-000-2000-00567-01(24093)

Actor: HERMELINDA DIAZ LOPEZ Y OTROS

Demandado: NACION-RAMA JUDICIAL-FISCALIA GENERAL DE LA NACION

Referencia: REPARACION DIRECTA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 10 de octubre de 2002, proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, mediante la cual se dispuso:

PRIMERO: Niégase la excepción propuesta por la Nación - Fiscalía General de la Nación.

SEGUNDO: Negar las súplicas de la demanda.

TERCERO: Sin costas.

CUARTO: En firme esta providencia, archívese el expediente.

I. ANTECEDENTES

1.1 Síntesis del caso

La demanda interpuesta el 13 de marzo de 2000¹ presenta una serie de supuestos fácticos que bien pueden resumirse en que la señora Hermelinda Díaz López fue capturada el 18 de noviembre de 1996 por orden de la Fiscalía General de la Nación, entidad que le impuso medida asegurativa de detención preventiva, por la presunta participación en la muerte² de su cónyuge, Álvaro Antonio Ochoa. Luego de ser condenada en primera instancia por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Valledupar, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de ese distrito judicial la absolvió en segunda instancia y recuperó la libertad el 11 de marzo de 1998.

1.2 Lo que se pretende

Con fundamento en los hechos precedentes, el señor Frank David Ochoa Díaz y su progenitora Hermelinda Díaz López, esta última actuando en nombre propio y en representación de su hijo Álvaro Stevens Ochoa Díaz, formulan -a través de

¹ Folios 55 a 70 del cuaderno 1°.

² Ocurrida el 8 de junio de 1996.

apoderado- demanda de reparación directa contra la Nación, Ministerio de Justicia, Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación, en la cual solicitan:

1.1. Declarar Administrativa y Extracontractualmente responsable a la Nación-Ministerio de Justicia-Rama Judicial-Fiscalía General de la Nación, del daño antijurídico ocasionado a los demandantes, con motivo de las fallas del servicio en la Administración de Justicia por error jurisdiccional que conllevó a la privación injusta de la libertad de la señora HERMELINDA DÍAZ LÓPEZ.

1.2. Condenar a la Nación-Ministerio de Justicia-Rama Judicial-Fiscalía General de la Nación a pagar a cada uno de los demandantes el equivalente en pesos de las siguientes cantidades de oro fino, según su precio internacional certificado por el Banco de la República a la fecha de la ejecutoria de la sentencia de segunda instancia:

1.2.1. Para HERMELINDA DÍAZ LÓPEZ, mil (\$1.000) gramos oro en condición de afectada directa del daño.

1.2.2. Para ALVARO STEVENS OCHOA DÍAZ, y FRANK OCHOA DÍAZ, quinientos (\$500) gramos para cada uno, en su condición de hijos de la lesionada.

1.3. Condenar a la Nación-Ministerio de Justicia-Rama Judicial-Fiscalía General de la Nación, a pagar a favor de HERMELINDA DÍAZ LÓPEZ, los perjuicios materiales sufridos con motivo de error jurisdiccional y la consiguiente privación injusta de su libertad, teniendo en cuenta las siguientes bases de liquidación:

1.3.1. La suma de tres millones cuatrocientos veinte mil pesos (\$3.420.000) mda cte, mensuales, más un veinticinco (25%) de prestaciones sociales, como ingresos fijos mensuales.

1.3.2. La privación efectiva de la libertad que se extendió desde el 18 de Noviembre de 1.996 hasta el 11 de Marzo de 1.998 (cuatrocientos setenta y ocho días).

1.3.3. Actualizada dicha cantidad según la variación porcentual del índice de precios al consumidor existente entre el mes de diciembre de 1.996 y el que exista cuando se produzca el fallo de segunda instancia o el auto que liquide los perjuicios materiales.

1.3.4. La fórmula de matemáticas financieras aceptada por el Honorable Consejo de Estado, teniendo en cuenta la indemnización debida o consolidada y la futura.

1.3 La defensa de la parte demandada

La Fiscalía General de la Nación -a través de abogado- se opuso a las pretensiones³. Argumentó que la actuación de la administración, en cuanto a la medida de aseguramiento y a la resolución de acusación, fue ajustada a la ley y que la absolución de la actora, en el proceso penal, se debió a la duda resuelta a su favor y no a su inocencia.

³ Memorial original que obra a folios 107 a 124 del cuaderno 1°.

La Nación-Rama Judicial presentó, extemporáneamente, su escrito de contestación.

1.4 Alegaciones ante el a quo

Surtido el traslado para que las partes presentaran sus alegaciones finales, los demandantes adujeron que se configuró una falla del servicio, atribuible a la Fiscalía General de la Nación, en razón de que se privó a la señora Hermelinda Díaz López de su libertad, con base en *“meras conjeturas y sospechas”*.

La Fiscalía General de la Nación intervino para insistir en su posición de la contestación. En este sentido reiteró la legalidad de la medida impuesta a la encartada, dado que su absolución obedeció a la duda existente en torno de la autoría del ilícito y no a su inocencia⁴.

II. SENTENCIA IMPUGNADA

Mediante sentencia del 10 de octubre de 2002, proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar⁵, se negaron las súplicas y, para el efecto, se consideró:

(...)

Debemos agregar al análisis que hizo la fiscalía cuando dictó la medida de aseguramiento, que los indicios tienen la calidad de graves, pues respecto al de la infidelidad que dio lugar al trámite de la separación y divorcio, tomado conjuntamente con el del móvil económico, ya que el señor ALVARO ANTONIO OCHOA iba a recibir el pago de un seguro, no teniendo ninguna enemistad con persona alguna que le pudiera causar la muerte; agregado a lo anterior las manifestaciones proferidas por HERMELINDA DÍAZ de causarle la muerte a unas señoras por haber informado sobre su infidelidad y el preguntarle a un médico sobre la forma de matar a una persona lentamente, lo cual demuestra su capacidad de delinquir. Todo esto reunido constituyen indicios graves para dictar medida de aseguramiento en contra de la sindicada y resolución de acusación, tanto fue así que sólo el Tribunal Superior de Valledupar consideró que no había prueba para dictar sentencia condenatoria, los demás funcionarios que conocieron del proceso fueron partidarios de la condena de la sindicada. Luego, en este caso no se observa el referido error judicial de la Fiscalía al dictar medida de aseguramiento y la resolución de acusación en contra de esta persona.

(...)

⁴ Folios legibles 226 a 243 del cuaderno 1°.

⁵ Folios 247 a 260 del cuaderno principal.

Si observamos la sentencia de 11 de marzo de 1998, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar (folios 25 a 54), la absolución de la señora HERMELINDA DÍAZ LÓPEZ, no obedeció a causal alguna de las señaladas en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, sino a que no había prueba suficiente para condenarla, debiéndose aplicar el principio del in dubio pro reo. Al respecto dice: “Del extenso análisis valorativo negativo de los posibles indicios graves que podrían determinar la culpabilidad de la procesada Hermelinda Díaz López, la Sala llega a la conclusión de que este elemento integrante del delito no está plenamente demostrado en este proceso, como lo exige el artículo 247 del C. de P.P. pero tampoco es factible afirmar que su inocencia esté plenamente demostrada, desde luego que no existen en el proceso los suficientes elementos de juicios *[sic]* que permitan llegar a una conclusión de tal índole, pues en verdad se presentan algunas circunstancias procesales que no logran sino engendrar la duda...”. Por lo tanto, no existe la privación injusta de la libertad alegada por los demandantes.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte actora recurre en apelación⁶ para que se revoque el fallo y, en su lugar, se acceda a las pretensiones.

Como fundamento de su impugnación, los accionantes alegan que la actuación de los demandados fue contraria al ordenamiento, desconoció el principio de igualdad ante la ley y les causó un daño antijurídico, como quiera que la privación de la libertad de la señora Hermelinda Díaz López tuvo origen en decisiones apartadas de las reglas de la sana crítica.

IV. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el traslado para que las partes presentaran sus alegaciones finales, la Fiscalía General de la Nación reitera, en suma, los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

El Ministerio Público y la parte actora guardaron silencio.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1 Competencia

⁶ Folios 262 a 267 del cuaderno principal.

La Sala es competente para conocer del presente asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de primer grado, dado que, en aplicación de los artículos 73 de la Ley 270 de 1996⁷ y 31 constitucional, todos los procesos de reparación directa, fundamentados en error judicial, **privación injusta de la libertad** o defectuoso funcionamiento de la administración judicial, son de doble instancia: la primera ante los Tribunales Contenciosos y la segunda ante esta Corporación⁸.

5.2 Caducidad

En el precedente jurisprudencial es pacífica la premisa según la cual el término bienal de caducidad de la acción de reparación directa, previsto en el art. 136 del C.C.A., debe computarse desde *“la ejecutoria de la providencia judicial que determina la inexistencia del fundamento jurídico que justificaba la decisión”*⁹, lo que para el *sub júdice* se traduce en la firmeza de la sentencia absolutoria proferida el 11 de marzo de 1998 por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, ejecutoria cumplida el mismo día (fl. 54, C-1°).

Entonces, como la presente demanda de reparación directa se formuló el 13 de marzo de 2000 -dado que el día 11 del mismo mes y año no era hábil- (fl. 70, ib.), resulta claro que el término de caducidad no se completó y que, por tanto, la Sala se encuentra autorizada para pronunciarse sobre el fondo del *sub lite*.

5.3 Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar -en función de los hechos probados- si la Nación-Rama Judicial-Fiscalía General de la Nación es patrimonialmente responsable por la privación de la libertad que padeció la señora Hermelinda Díaz

⁷ Aplicable al *sub júdice*, pues la norma rige desde 1996 y el proceso inició en 2000.

⁸ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 9 de septiembre de 2008, radicación 11001-03-26-000-2008-00009-00 (IJ). Consejero ponente Mauricio Fajardo Gómez. La Sala Plena se pronunció en el sentido de señalar que la cuantía no determina la competencia en asuntos de responsabilidad del Estado por hechos de la administración de justicia (error jurisdiccional, privación injusta de la libertad, defectuoso funcionamiento de la administración de justicia) ya que, en aplicación de la normativa estatutaria, debe observarse un factor orgánico que confiere competencias en primera instancia a los tribunales administrativos y en segunda instancia a esta Corporación.

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 25 de febrero de 2009, expediente 15983, C. P. Myriam Guerrero de Escobar.

López, siendo del caso precisar el contenido y alcance de los presupuestos contemplados en el art. 414 del Decreto 2700 de 1991¹⁰.

5.4 Tópicos pacíficos en la jurisprudencia sobre la privación injusta de la libertad

En el estado actual de la jurisprudencia no se discute el carácter objetivo¹¹ de la responsabilidad estatal cuando, no obstante la privación de su libertad, el implicado es absuelto o se precluye la investigación a su favor, en los casos previstos en el art. 414 del Decreto 2700 de 1991, esto es cuando se establece que (i) el hecho no existió, (ii) el encartado no lo cometió y/o (iii) la conducta no es típica.

En este sentido, la jurisprudencia de la Sección concibe objetiva la responsabilidad estatal en los casos antes referidos, inclusive una vez derogado el art. 414 *eiusdem*, no como aplicación ultractiva del citado Decreto 2700, sino de los supuestos previstos en él¹², en razón de la responsabilidad estatal en los términos del artículo 90 constitucional y de la Ley 270 de 1996.

5.5 Del caso concreto

Está probado que la señora Hermelinda Díaz López (i) es madre de Frank David y Álvaro Stevens Ochoa Díaz (registros civiles de nacimientos aportados con la demanda y visibles a fls. 4 y 5, C-1°), (ii) fue detenida, acusada y enjuiciada por el homicidio del señor Álvaro Antonio Ochoa (medida de aseguramiento, resolución de acusación y sentencia condenatoria de primera instancia, visibles a fls. 200 a 211, 449 a 461 y 641 a 669 del cuaderno 2°, respectivamente), (iii) estuvo privada de la libertad entre el 18 de noviembre de 1996 y el 11 de marzo de 1998 (certificación de la penitenciaría donde estuvo recluida, visible a fl. 178, C-1°) y (iv) fue absuelta mediante sentencia proferida, en esta última fecha, por el Tribunal

¹⁰ Derogado por la Ley 600 de 2000 y vigente para la época de los hechos.

¹¹ Sentencia del 15 de septiembre de 1994, exp. 9.391.

¹² En sentencia del 9 de junio de 2010, exp. 19.312, se dijo: “...la Sala no avala una aplicación ultractiva del citado precepto legal (art. 414) que se encuentra derogado, sino de los supuestos que se regulaban de manera específica en el mismo. Es decir, cuando se absuelve al sindicado o al procesado porque el hecho no existió, el investigado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible el régimen de responsabilidad es el objetivo y, por consiguiente, no será determinante a la hora de establecer la responsabilidad de la entidad demandada si actuó o no de manera diligente o cuidadosa”.

Superior del Distrito Judicial de Valledupar, en aplicación del principio *in dubio pro reo* (fls. 25 a 54, C-1°).

A partir de los hechos que se acaban de referir, la Sala encuentra que, con independencia de las consideraciones expuestas por las autoridades competentes en las actuaciones judiciales adelantadas contra la señora Hermelinda Díaz López, por el homicidio del señor Álvaro Antonio Ochoa, lo cierto es que la encartada penalmente no cometió el delito que se le imputó y por el que se le privó de la libertad, lo que hace responsable al Estado por los perjuicios causados.

Efectivamente no le asiste razón al tribunal *ad quem* cuando desestima la responsabilidad estatal, fundado en que *“la absolución de la señora HERMELINDA DÍAZ LÓPEZ no obedeció a causal alguna de las señaladas en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, sino a que no había prueba suficiente para condenarla, debiéndose aplicar el principio del in dubio pro reo”*. A contrario sensu, está demostrado que la absolución de la procesada se dio por no encontrar, en el acervo probatorio, elementos que llevaran a concluir su autoría en el homicidio del señor Álvaro Antonio Ochoa y, en ese orden, se trae a colación importantes líneas de la sentencia absolutoria:

La sentencia apelada, como ya se indicó en el acápite correspondiente, se funda, en lo que a la culpabilidad de la acusada Hermelinda Díaz López se refiere, en la confluencia de cuatro indicios graves, cuya aducción por parte del *a quo* no reviste el tecnicismo, ni el acierto lógico-crítico que esta clase de pruebas indirectas requiere. (...) ninguno de los hechos invocados por el *a quo* como forjadores de indicios graves contra la procesada contienen el germen jurídico de incontrovertibles indicios graves, como enseguida se pasa a analizar.

(...)

a) El indicio de la infidelidad. En el proceso está plenamente demostrado, a través de las declaraciones juradas de Francisco Cueto Ochoa y de Luis Alberto Murcia Hernández -veánse los fls. 59 y 196 del cuaderno original, No. 1-, que la procesada le fue infiel a su marido, al menos por una vez, pues de otro modo no es explicable que ella haya entrado y salido del motel Hollywood de esta ciudad, en compañía de un hombre, concretamente de Jorge Araujo, embarcada en una camioneta marca Ford conducida por este señor. Para todas las personas adultas residentes en esta ciudad desde hace algún tiempo es enteramente sabido que ése es un sitio destinado, de manera exclusiva, a la realización de la cópula carnal. En consecuencia, no puede remitirse a duda en este proceso que la acusada Hermelinda Díaz López le fue infiel a su esposo. Es ésta una verdad irrefutable. Lo anterior significa que el hecho objeto de controversia en este proceso no es la liviandad de la procesada, sino el determinar si ese fenómeno en sí puede generar un indicio de culpabilidad en su contra. (...) no es cierto que todas

las mujeres infieles asuman tal actitud malevolente. En efecto, la regla de experiencia que es un fiel trasunto del sentido común nos indica lo contrario: que es aquel cónyuge que se siente mancillado en su honor, el que generalmente suele atentar contra la vida del adúltero, por pura venganza, por la obcecación producida por la ira y, en fin, por cualquier otra causa subjetiva de las tantas que pueden medrar en el alma humana. (...) Se tiene entonces que el indicio grave de infidelidad deducido por el *a quo*, carece de fundamento lógico y, por lo tanto, no está llamado a demostrar la culpabilidad de la procesada.

b) El indicio grave derivado de las amenazas que la procesada hizo a tres señoras, por intermedio de su primo apodado el Mime.

(...)

Debidamente está demostrado en este proceso que la acusada Hermelinda Díaz López, en una oportunidad muy anterior al homicidio materia de este proceso les profirió amenazas de muerte a las señoras Ruth Ester Aponte Quiroz, Nurys del Pilar Molina y Meredith Plata Mendoza, por intermedio de su primo apodado el Mime, (...) debido a que aquélla consideraba, sin haberse demostrado qué fundamento real tenía para ello, que dichas señoras fueron las personas que le informaron a su esposo Álvaro Antonio Ochoa sobre la infidelidad de que ella lo había hecho víctima. El hecho de las conminaciones se demostró plenamente con las deposiciones juradas de Francisco Cueto Ochoa, Nurys del Pilar Molina y Meredith Plata Mendoza, visibles a folios 59, 94 y 96 del cuaderno original, No. 1.

(...) la regla de experiencia en este específico caso podría elaborarse así: toda persona que amenace de muerte a otra está en actitud o disposición psicológica de causarle la muerte. (...) Ruth Esther, o Nurys del Pilar, o Meredith Plata fue muerta en forma violenta, luego la procesada fue la autora del homicidio, que sería la conclusión lógica a que se llegaría (...). De la anterior clara ilación lógica se tiene que el *a quo* en la elaboración del indicio que se analiza retorció la conclusión para elaborar, claro está, un indicio de una estructura lógica equivocada, como sería el siguiente: (...) la procesada Hermelinda Díaz amenazó de muerte a Ruth Esther, a Nurys del Pilar y a Meredith Plata, luego ella fue la autora de la muerte de Álvaro Antonio Ochoa. Esta conclusión es absolutamente errada, se halla radicalmente apartada de la lógica (...). En conclusión, si la persona muerta en forma violenta hubiese sido una de las mujeres mencionadas, entonces sí se abriría paso expedito el indicio grave planteado por el fallador de primer grado (...).

c) El tercer indicio aducido por el *a quo* es el de móvil económico del homicidio.

Este indicio, vagamente aducido por el *a quo* y carente de estructura lógica, al igual que los anteriores, tampoco se configuró en este proceso, como se pasa a analizar.

(...)

A folio 118 del cuaderno original No. 1 aparece la escritura de disolución y liquidación de la sociedad Distribuciones del Norte Limitada, la cual está fechada el 30 de julio de 1996, documento éste que fue otorgado de conformidad con la cláusula 21A de la escritura de constitución -fl. 131

ibídem- que autoriza la disolución de la sociedad por muerte de uno de los socios. En esta escritura se precisa que la sociedad en mención presentaba, para la época de su otorgamiento, un pasivo igual a su activo, es decir, que no tenía ningún patrimonio (...). En el numeral 4° de dicha escritura se expresa, en la parte final, que al momento de la liquidación de la sociedad ésta se hallaba a paz y salvo por concepto de impuesto y prestaciones sociales de los empleados. A folio 82 ibídem aparece un comunicado de la empresa aseguradora Mapfre Seguros, dirigido al Fiscal instructor, en el cual le manifiesta que mediante el cheque No. 0167 del 9 de julio de 1996 le fue cancelado a la procesada el seguro de incendio en cuantía de \$25.799.237.38. Obsérvese que dicha cancelación se efectuó 21 días antes de la protocolización de la escritura de disolución de la sociedad Distribuciones del Norte, circunstancia que permite presumir que en ese documento se incluyó, en el rubro correspondiente al activo, la prealudida suma de dinero, con la cual dice el defensor de la procesada que se amortizaron los impuestos del IVA, los sobregiros, las prestaciones sociales de los empleados, las obligaciones del Seguro Social y otras obligaciones menores. En consecuencia, carece de fundamento probatorio de índole contable la afirmación que hace el *a quo*, en el sentido de que a la procesada le quedó un capital superior a los cuarenta millones de pesos; y resulta aún más inadmisibles las afirmaciones que hace dicho funcionario en el sentido de que el capital de la malograda empresa se le debe adicionar la suma de dinero percibida por la procesada por concepto del pago del seguro, (...) pues la verdad formal que se percibe a través del examen de los documentos allegados al proceso es que el pago del seguro estaba, o la suma de dinero a que ascendió éste, se hallaba incluida en la escritura de disolución y liquidación. (...) no se evidencia que el estado financiero y contable de la susodicha sociedad fuera, ni mucho menos, exuberante, de modo tal que pudiera provocar en la procesada el perverso designio de causarle la muerte a su esposo.

(...)

Por último, debe la Sala anotar que dada la circunstancia de que la procesada era la esposa de la víctima y además única socia en el ente mercantil conformado por ambos, aquélla tenía un indiscutible derecho a la mitad del haber de esa empresa, de modo que carecería de sentido lógico que ella ideara la muerte de su cónyuge por una modestísima suma de dinero, si es que ésta realmente existía.

(...)

d) (...) sostiene el *a quo* que como la procesada al escuchar los disparos dentro del baño donde se encontraba exclamó: ¡mataron a Álvaro!, esta sola exclamación es un hecho indicante de que ella sabía que iban a matar a su esposo, ya que en ese momento nadie sabía quién era el muerto (...). [L]a aterrorizada exclamación de la procesada encuentra un sólido respaldo en la lógica formal, por las siguientes razones: 1ª) La víctima, Álvaro Antonio Ochoa, era la persona a quienes [sic] los dos criminales mantenían amedrentada con sendos revólveres en el interior del establecimiento comercial; 2ª) La víctima, Álvaro Antonio Ochoa, no portaba en el momento del atraco ninguna clase de arma de fuego, ni era su costumbre portar esa clase de artefactos (...) 3ª) Si la situación de indefensión de la víctima era de tan obvias características, cómo podría pensarse (...) que las víctimas fuesen

los dos atracadores? Una deducción de tal naturaleza resultaría (...) irracional.

Debe aclararse, por lo demás, que en el *sub lite* aunque el juez penal invocó el *in dubio pro reo* al momento de proferir sentencia, del examen del análisis probatorio realizado por éste se colige que la señora Hermelinda Díaz en realidad fue absuelta porque no se demostró su autoría, como quiera que una cosa es el *in dubio pro reo* fundado en la duda y otra distinta la absolución en razón de la inocencia, así el primero se invoque, lo que quedaría en el campo puramente nominal. En efecto, el principio *in dubio pro reo* se aplica cuando cabe la duda razonable, es decir, cuando las pruebas aportadas a favor y en contra de la culpabilidad del procesado son de tal peso que es imposible arribar a un conocimiento certero de los hechos. Fuera de este caso, lo que se da es la consecuencia lógica del principio de presunción de inocencia que rige todo el ordenamiento penal, el cual pugna con el supuesto de que alguien pueda ser condenado con base en elementos que carecen de fuerza probatoria.

Como ya lo puso de manifiesto la sentencia absolutoria, la sana crítica bastaba para no dar crédito a los mal llamados “indicios graves”, alejados de las reglas de la lógica y de la seriedad que comporta esta clase de pruebas indirectas. A lo que debe agregarse que se echa de menos un análisis probatorio desprovisto de estereotipos de género¹³ que, de haber existido, no habría conducido a considerar que la sindicada atentó contra su cónyuge en razón de su propia infidelidad, dado

¹³ Los estereotipos de género se refieren a la construcción social y cultural de hombres y mujeres, en razón de sus diferentes funciones físicas, biológicas, sexuales y sociales. Más ampliamente, pueden pensarse como las “convenciones que sostienen la práctica social del género”. “Estereotipo de género” es un término general que se refiere a “un grupo estructurado de creencias sobre los atributos personales de mujeres y hombres”. Dichas creencias pueden implicar una variedad de componentes incluyendo características de la personalidad, comportamientos y roles, características físicas y apariencia u ocupaciones y presunciones sobre la orientación sexual. Un estereotipo personal refleja las creencias propias de un individuo sobre un grupo objeto o sobre el sujeto del estereotipo, mientras que un estereotipo cultural o colectivo refleja una creencia ampliamente compartida sobre un grupo objeto o sobre el sujeto de un estereotipo. Los componentes de los estereotipos de género evolucionan y varían de acuerdo con los diferentes contextos.

El proceso de asignar estereotipos de género se refiere al uso de conocimiento estereotípico sobre el género al momento de formarse una impresión sobre un hombre o una mujer en particular. Como los estereotipos de género, la asignación de estos evoluciona, en parte, debido a la forma en que el género es entendido. La estereotipación de género *per sé* no es necesariamente problemática, sino cuando opera para ignorar las características, habilidades, necesidades, deseos y circunstancias individuales, de forma tal que se le niegan a las personas sus derechos y libertades fundamentales y se crean jerarquías de género. Estereotipos de género, *perspectivas legales transnacionales*, Rebecca J. Cook & Simone Cusack, ISBN: 978-958-8164-30-4, Profamilia, 2010, p. 23.

que esta fue conocida por terceros y para hacerse al control económico de la sociedad familiar.

Lo anterior porque sólo un análisis discriminatorio, cargado de prejuicios de género, explica que se haya concebido como indicios graves del homicidio del cónyuge la infidelidad de la mujer sindicada, falta que se conoció y el manejo de la sociedad familiar, a cargo de la víctima, pues de haber fallado el hombre no cabría la misma deducción. Esto en cuanto (i) las reglas de la experiencia indican que el agraviado suele atentar contra la vida del infiel y no éste contra el inocente, (ii) culturalmente se considera mayor el compromiso de la mujer con el matrimonio y así mismo la dificultad para el rompimiento, lo que conduciría a imaginar -en lógica perversa- que para la mujer, y no para el hombre, el homicidio es la única salida ante una situación conyugal adversa, (iii) históricamente la mujer estuvo subordinada al hombre¹⁴, especialmente en el campo matrimonial, lo que conllevaría a considerar -sin fundamento alguno en el *sub lite*- el homicidio como medio de emancipación, (iv) es la mujer y no el hombre quien, cuidando las apariencias, deberá parecer virtuosa y (v) persiste la infundada creencia de que la mujer no es capaz de forjarse un futuro económico propio.

Se advierte, entonces, que el material aportado no tenía suficiente aptitud probatoria y que la absolución proferida no se basó en la necesidad de favorecer a la sindicada, en razón de la duda sobre su responsabilidad.

Siendo así y dado que en el proceso penal no se demostró que la demandante cometió el homicidio del señor Álvaro Antonio Ochoa, la Nación-Rama Judicial-Fiscalía General de la Nación deberá responder por los perjuicios ocasionados en cuanto privó, injustamente, a la accionante de su libertad.

Es que la defensa esgrimida en esta causa por la Fiscalía, fundada en que la actora debe soportar la privación de la libertad -habida cuenta de que fue absuelta no por su inocencia sino por la aplicación del principio *in dubio pro reo*-, deviene inadmisibile, pues cuando no se demuestra la responsabilidad penal del acusado no se puede sino afirmar que éste no cometió el delito que se le imputa, en virtud

¹⁴ “La vieja escuela de pensamiento según la cual las mujeres son inferiores a los hombres o parte de la propiedad personal de estos y por tanto, puede ser desechada o tratada injustamente según ellos lo deseen, es ahora obsoleta y ya no es aceptada por nuestra sociedad”. Estado c. Filipe Bechu, Fiji Magistrates Court No. 3 (1999), Caso Penal No. 79/94 (1999) (Fiyi, Corte de Primera Clase del Magistrado Levuka) [consultado en Estereotipos de género, *perspectivas legales transnacionales*, Rebecca J. Cook & Simone Cusack, ISBN: 978-958-8164-30-4, Profamilia, 2010, p. 32].

de la presunción constitucional de inocencia [inc. 3, art. 29, C.P.], sin que pueda trasladarse al procesado la carga de desvirtuarla y, en esta medida, no hay diferencia en afirmar que se demostró la inocencia o que no se probó la autoría de la conducta.

De manera que (i) como se le impuso medida asegurativa de detención preventiva y acusó a la señora Hermelinda Díaz López, por considerarla autora intelectual del homicidio de quien en vida respondió al nombre de Álvaro Antonio Ochoa y no se demostró que la inculpada efectivamente cometió la conducta y (ii) como el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Valledupar condenó a la procesada por el delito señalado, no cabe duda que la cautela restrictiva de la libertad y la condena padecida por la señora Hermelinda Díaz López fueron injustas, pues quien no ejecutó un hecho delictivo, ni participó en él no tiene que soportar la restricción de la libertad y las consecuencias previstas para sus autores.

En esta medida, se impone la revocatoria de la sentencia apelada para, en su lugar, declarar la responsabilidad patrimonial del Estado por la privación injusta de la libertad que sufrió la demandante desde el 18 de noviembre de 1996 hasta el 11 de marzo de 1998, fechas acreditadas con la certificación del centro carcelario donde estuvo reclusa.

5.6 Prohibición de discriminación, por razón del género, en las decisiones judiciales

Los casos de discriminación, por razón de género, bien pueden tener origen en actuaciones judiciales que coloquen en posición desfavorable a la mujer por el hecho de serlo, lo que desconoce el principio de igualdad y, en suma, la axiología que irradia los sistemas internacionales de protección de los Derechos Humanos y la propia Constitución.

Sin duda alguna, se resquebraja el valor de la igualdad real ante la ley cuando, en el escenario de un proceso judicial, se analiza sesgadamente el material probatorio y, como en el caso de autos, se detiene a una mujer y se le imponen 42 años de prisión, por el homicidio de su cónyuge o compañero, con fundamento en que ella le era infiel, que esto se llegó a conocer y que la víctima administraba un capital. Argumentos que, de suyo, no permiten concluir la responsabilidad penal y que, como lo anotó el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, no constituyen indicios que revistan la seriedad exigida en un juicio de tal naturaleza.

Como puede verse, se privó injustamente de la libertad a la señora Hermelinda Díaz López y todo indica que lo acontecido se explica por la valoración discriminatoria de las pruebas allegadas, pues no se entiende de otra manera cómo, aduciéndose que la sindicada era infiel, que se conoció de su infidelidad y que la víctima contaba con un patrimonio, se concluyó que todo indicaba que la antes nombrada ordenó la muerte de su esposo.

En hora buena, se han definido criterios de equidad¹⁵ para garantizar decisiones judiciales con perspectiva de género y, para el efecto, se acude a preguntas claves¹⁶ que ayudan a identificar si se está ante una situación de discriminación de género. Lo primero consiste en constatar si, en el caso a resolver, está de por medio una mujer, supuesto que se cumple en autos, para luego analizar si la vinculada actúa como sujeto activo o pasivo; si la decisión la favorece o perjudica y, en últimas, si lo resuelto habría sido diferente de tratarse de un integrante del sexo opuesto.

Ahora, observando el contexto *sub exámine*, las respuestas que surgen de los interrogantes -enunciados al pie de página- dejan claro que la actora fungió como sindicada de la muerte de su esposo y que fue privada de la libertad con base en una valoración indiciaria que habría sido diferente, de tratarse del homicidio de la mujer, pues en este último caso se habría concluido que el hombre infiel no requiere del homicidio para romper el compromiso matrimonial; ni se sentiría presionado hasta atentar contra la vida de su esposa, porque se conoció su propia infidelidad y no trataría de hacerse al patrimonio de ésta, en cuanto cuenta con las capacidades para forjar el suyo. De dónde afirmar entonces, sino con base en el estereotipo acorde con el cual la mujer adquiere un compromiso particular y un estatus social y económico propio y permanente por el hecho del matrimonio¹⁷, para así vincularla con el homicidio de su esposo.

¹⁵ Rama Judicial-Comisión Nacional de Género, Criterios de equidad para una administración de justicia con perspectiva de género, 2ª edición, ISBN: 978-958-99949-3-1, Bogotá, 2011.

¹⁶ Ibid., p. 20-21. ¿Quién hace qué? -establecer quién es la demandada o señalada como responsable-, ¿cómo, con qué?, ¿quién es dueño de qué?, ¿quién es responsable de qué?, ¿quién tiene derecho a qué?, ¿quién controla qué?, ¿quién decide qué?, ¿quién recibe qué?, ¿por qué? ¿cuál es la base de la situación?

¹⁷ Harriet acuerda que no hay igualdad entre hombre y mujer y describe la situación así: “A la mujer se la educa para un único objetivo: ganarse la vida casándose (y algunos pobres espíritus lo consiguen sin necesidad de ir a la iglesia; es lo mismo: no parecen ser

Los jueces, como cultores de la justicia y guardianes del orden jurídico, están llamados a contribuir a la realización de los fines esenciales del Estado y, entre ellos, a combatir la discriminación y el marginamiento. No en vano, la sociedad actual se interesa, cada vez más, en superar las injusticias seculares y promocionar a las personas o sectores de la población que, tradicionalmente, han sufrido las inclemencias de la desigualdad y la discriminación.

Consciente de la problemática y en desarrollo de claros preceptos constitucionales -arts. 2, 5, 13, 40, 42, 43 y 53-, el Congreso de la República expidió varias leyes¹⁸ y el Estado ha adoptado importantes instrumentos internacionales sobre el tema¹⁹.

ni una pizca peores que sus respetadas hermanas)” (Mill/Taylor Mill, 1869, p. 109). La justicia y el contrato social en John Rawls, *una forma de cómo superar sus limitaciones*, Patricia Britos, 1ª edición, departamento de publicaciones–Universidad Libre, Bogotá, 2012.

¹⁸ Entre éstas, Ley 82 de 1993 o “*Ley de mujer cabeza de familia*”; Ley 188 de 1995, Plan de Desarrollo 1995–1998, en el cual se crea la Dirección Nacional para la Equidad de las Mujeres; Ley 248 de 1995 “*Por la cual se aprueba la Convención Internacional para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer*”; Ley 581 de 2000 “*Por la cual se reglamenta la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público (...)*”; Ley 812 de 2003 “*Plan Nacional de Desarrollo: Construir equidad social y equidad de género*”; Ley 823 de 2003 “*Por la se dictan normas sobre igualdad de oportunidades para las mujeres*”; Ley 984 de 2005 “*Por la cual se aprueba el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*” y Ley 1009 de 2006 “*Por la cual se crea con carácter permanente el Observatorio de Asuntos de Género O.A.G.*”.

¹⁹ La mayoría de los siguientes instrumentos obligan a Colombia: Carta de la OEA (artículo 3.1); Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 1 y 24); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo 2); Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador” (artículo 3); Carta de las Naciones Unidas (artículo 1.3); Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 2 y 7); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículos 2.2 y 3); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 2 y 26); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 2); Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 2); Declaración de los Derechos del Niño (Principio 1); Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (artículos 1, 7, 18.1, 25, 27, 28, 43, 45.1, 48, 55 y 70); Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículos 2, 3, 5 a 16); Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones (artículos 2 y 4); Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento (2.d); Convenio No. 97 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los Trabajadores Migrantes (revisado) (artículo 6); Convenio No. 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación (artículos 1 a 3); Convenio No. 143 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los Trabajadores Migrantes (disposiciones complementarias) (artículos 8 y 10); Convenio No. 168 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre el Fomento del Empleo y la Protección contra el Desempleo (artículo 6); Proclamación de Teherán, Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán,

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, ha entendido que:

(...) los conceptos de igualdad y de no discriminación se corresponden mutuamente, como las dos caras de una misma institución: la igualdad es la cara positiva de la no discriminación, la discriminación es la cara negativa de la igualdad, y ambas la expresión de un valor jurídico de igualdad que está implícito en el concepto mismo del Derecho como orden de justicia para el bien común. La igualdad penetró en el Derecho Internacional cuando ya el Derecho Constitucional, donde nació, había logrado superar el sentido mecánico original de la "igualdad ante la ley", que postulaba un tratamiento idéntico para todos en todas las situaciones y que llegó en su aplicación a merecer el calificativo de "la peor de las injusticias", y sustituirlo por el concepto moderno de la "igualdad jurídica", entendido como una medida de justicia, que otorga un tratamiento razonablemente igual a todos los que se encuentren en igualdad de circunstancias, sin discriminaciones arbitrarias y reconociendo que los desiguales merecen un trato desigual²⁰.

Igualmente, el máximo intérprete del Pacto de San José de Costa Rica ha manifestado -se destaca-:

El principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos. Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares. Esto implica que el Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros

13 de mayo de 1968 (párrs. 1, 2, 5, 8 y 11); Declaración y Programa de Acción de Viena, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 14 a 25 de junio de 1993 (I.15; I.19; I.27; I.30; II.B.1, artículos 19 a 24; II.B.2, artículos 25 a 27); Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas (artículos 2, 3, 4.1 y 5); Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, Programa de Acción, (párrafos de la Declaración: 1, 2, 7, 9, 10, 16, 25, 38, 47, 48, 51, 66 y 104); Convención Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza (artículo 3); Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales (artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9); Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales de País en que Viven (artículo 5.1.b y 5.1.c); Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículos 20 y 21); Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículos 1 y 14); Carta Social Europea (artículo 19.4, 19.5 y 19.7); Protocolo No.12 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículo 1); Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos "Carta de Banjul" (artículos 2 y 3); Carta Árabe sobre Derechos Humanos (artículo 2) y Declaración de El Cairo sobre Derechos Humanos en el Islam (artículo 1).

²⁰ Corte I.D.H., [Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización](#), Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Serie A No. 4, párr. 54.

que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede actuar en contra del principio de igualdad y no discriminación, en perjuicio de un determinado grupo de personas.

*En concordancia con ello, este Tribunal considera que **el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al jus cogens, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens.***

De esta obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, sin discriminación alguna y en una base de igualdad, se derivan varias consecuencias y efectos que se concretan en obligaciones específicas. A continuación la Corte se referirá a los efectos derivados de la aludida obligación.

*En cumplimiento de dicha obligación, los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto. Esto se traduce, por ejemplo, en la prohibición de emitir leyes, en sentido amplio, de dictar disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter, así como de favorecer actuaciones y prácticas de sus funcionarios, en aplicación o interpretación de la ley, que discriminen a determinado grupo de personas en razón de su raza, **género**, color, u otras causales.*

Además, los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias.

El incumplimiento de estas obligaciones genera la responsabilidad internacional del Estado, y ésta es tanto más grave en la medida en que ese incumplimiento viola normas perentorias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. De esta manera, la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración²¹.

²¹ Corte IDH. Caso de las niñas Yean y Bosico, párr 141; Caso Yatama, párr. 185, Condición Jurídica y derechos de los Inmigrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, serie A N° 18, párr. 88 y ss.

No puede pasarse por alto el análisis que, en su momento, efectuó la Asamblea Nacional Constituyente y, años después, la Corte Constitucional, en lo que tiene que ver con la discriminación por razón de género. Se dijo respectivamente:

→ "La sociedad no siempre estuvo dominada por el sexo masculino. La existencia de un ancestral régimen de tipo matriarcal, en el cual la mujer era respetada y obedecida, es un hecho que ha sido comprobado y aceptado por antropólogos e historiadores. Con el tiempo, diferentes factores socio-culturales, relacionados con el proceso de reproducción biológica de la raza humana y la distribución del trabajo, aspectos que llevaron a la mujer a asumir únicamente tareas de tipo doméstico, fueron definiendo una serie de valores, creencias, actitudes y prácticas dentro de la sociedad, que se tradujeron luego en actos de discriminación, subordinación y subvaloración de la mujer, lo que la hizo muchas veces objeto de abusos y víctima de acciones violentas. De aquí la noción de sumisión y fragilidad que se tuvo de ella a lo largo de los siglos.

(...)

En naciones como la nuestra, el modelo de docilidad y vulnerabilidad parece no haber sido rebasado, a diferencia de los países desarrollados en los que, gracias a dicho movimiento, la mujer ha superado las desigualdades sociales y ha pasado a ser parte integral y activa de la comunidad a la que pertenece. Las estadísticas muestran cómo en nuestra patria la mujer tiene menos oportunidades de acceso a la salud, la protección y la educación que el hombre. A su vez, en el campo laboral, a pesar de que su participación ha señalado cambios importantes en la estructura del mercado de trabajo (41% en 1989), el 35% de la población femenina urbana percibe una remuneración por debajo del sueldo mínimo, frente a un 16% de hombres que se encuentran en la misma situación; y si miramos hacia el sector rural encontramos mujeres que, sin ser dueñas de la tierra, trabajan sin paga -la mayoría de las veces- pues su oficio es considerado como una labor de apoyo a su marido, padres o hermanos. Igualmente, el desempleo generado por la situación económica actual recae con más fortaleza sobre ella: hoy en día, el 55% de los desempleados del país son mujeres.

(...)

Las anteriores reflexiones nos llevan a proponer que se eleve a canon constitucional el principio de la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, consagrado en la Convención Internacional que trata el tema, suscrita por Colombia y aprobada por la ley 51 de 1981, el cual se traduce en que la mujer y el hombre tienen capacidad para ejercer y gozar de los mismos derechos en todos los campos."²²

→ "La discriminación por razones de sexo, determinada culturalmente a partir de los atributos biológicos con miras a justificar un orden social en el que

²² Asamblea Nacional Constituyente. Ponencia-Informe "*Derechos de la Familia, el Niño, el Joven, la Mujer, la Tercera Edad y Minusválidos*". Iván Marulanda, Jaime Benítez, Tulio Cuevas, Guillermo Perry, Angelino Garzón, Guillermo Guerrero. Gaceta Constitucional No. 85 p. 5.

prevalece, por lo común, la autoridad masculina, coloca a la mujer en una situación de desventaja social, jurídica, educativa, laboral y política.

El rol social asignado a la mujer como esposa y madre de los hijos ha inspirado un estricto código de comportamiento marital y social que incide sobre su libertad sexual, en contraste con la del hombre. La virginidad y la sexualidad han tenido tradicionalmente diferente valor y significación social según el sexo, dando lugar a diversa sanción social y moral de los comportamientos del hombre y de la mujer, en perjuicio de la libre autodeterminación de la segunda.

A nivel legal, la mujer ha sido objeto de subordinación o subvaloración frente al hombre. Baste recordar que, hasta 1930, la mujer estaba legalmente sometida al fuero paterno o conyugal, según su estado civil. Ello significaba una restricción a su libertad contractual y económica por motivos de protección fundados en su inexperiencia en el terreno de los negocios. A nivel familiar, solamente el hombre ejercía la patria potestad, hasta la expedición del Decreto 2820 de 1974, que vino a otorgar a la madre iguales derechos en materia de las relaciones con los hijos. Por otra parte, sólo en 1988 se suprimió (decreto-ley 99 de 1988) la partícula "de" de la cédula de ciudadanía de la mujer, vocablo indicativo de pertenencia de la mujer al marido.

En lo que atañe al acceso de la mujer a la educación, si bien se han operado cambios cuantitativos importantes, también se aprecia su alta participación en áreas y orientaciones asociadas con su rol tradicional. La mujer accede a la educación superior por primera vez en 1933. Pese a la mayor cobertura de la educación -para 1990 el 51.7% de la población educativa es femenina-, la concentración de la participación femenina en áreas asociadas a sus roles tradicionales es más alta. El porcentaje de mujeres en carreras relacionadas con agronomía, veterinaria y afines, es la mitad que el de hombres. En las ciencias de la educación, las mujeres duplican a los hombres. En el sector salud, especialmente en las áreas de enfermería y de disciplinas paramédicas, se destaca la alta participación de la mujer. No obstante, en carreras como arquitectura e ingeniería, el porcentaje de mujeres representa una tercera parte que el de los hombres.

La desigualdad de trato y de oportunidades se aprecia especialmente en el ámbito laboral. Si bien, a partir de 1936, con el ingreso de la mujer al sector público, se observa un rápido aumento de la participación de la mujer en el índice de población económicamente activa, las condiciones laborales para la mujer son, sin duda, desventajosas. El ingreso promedio de la mujer en el sector formal para el año de 1990 era del 75,6% con relación al del hombre y en el sector informal de sólo 61.3%. Por otra parte, el empleo femenino se concentra en las áreas de servicios sociales y personales, comercio, restaurantes y hoteles e industria manufacturera, con tasas de ocupación más altas que las de los hombres, mientras que en el sector industrial se observa una alta ocupación de mujeres en las áreas de confecciones, alimentos y textiles. Las cifras reflejan una tendencia ocupacional de las mujeres en las tareas a las que tradicionalmente han sido asignadas dado su rol tradicional en el hogar. En el contexto de la economía informal, la mujer representa más de la mitad de la población económicamente activa, con un 55.6% en 1988. Sin embargo, en materia de empleo, en 1991 la tasa de desempleo femenina es del 13% en contraste con la del hombre que es del 7.3%.

En punto a los derechos y deberes políticos, la mujer adquiere la ciudadanía en 1945, pero solamente hasta 1957 se le permitió ejercer el derecho al voto. Pese a la ampliación de sus derechos políticos y a que la mujer representa actualmente más del 50% del censo electoral, en la práctica, difícilmente pasa a ocupar cargos de dirección política o en las corporaciones públicas. En la Asamblea Nacional Constituyente, de 70 miembros, 4 eran mujeres. En el Congreso elegido en 1991, solamente el 8% de los congresistas eran del sexo femenino. En los últimos cuatro períodos de elecciones en Colombia las mujeres han ocupado solamente el 17.2% del total de los cargos públicos de elección popular. En 1991, las mujeres en cargos de decisión del poder ejecutivo central ascendían a 56, representando el 21.6% del total²³. (Cita textual sin notas al pie de página).

Es un hecho notorio que, aún en ciertos contextos, nuestra sociedad, sin atender a criterios razonables de distinción, asigna, según el sexo, los roles y funciones que deben cumplir unas y otras personas -por ejemplo el trabajo doméstico, asumido exclusivamente por las mujeres y las labores mejor remuneradas, desempeñadas generalmente por los hombres-. No obstante, es una realidad incontrovertible que las mujeres avanzan, cada día más, en el camino hacia la igualdad sustancial, de manera que tendría que haberse considerado por parte del juez (i) que la sindicada bien podía ponerle fin a su relación conyugal, de haber sido éste su deseo, (ii) que el conocimiento de su infidelidad no comportaba para la mujer, en sí mismo, un marginamiento social y (iii) que la sindicada tenía una profesión independiente que le permitía solventar sus necesidades y gozar de un bienestar, sin aguardar a hacerse, por cualquier medio, al patrimonio conyugal.

En este sentido, la Sala exhorta a los jueces de la república para que contribuyan, activamente y en el marco de sus competencias, a la materialización de la igualdad y, por tanto, a la construcción de una nación justa, respetuosa de la dignidad humana y de los derechos de todos los asociados. Sólo en esa medida es posible alcanzar la convivencia pacífica y los fines constitucionales.

5.7 Los perjuicios a indemnizar

5.7.1 Morales

Se acreditó que la señora Hermelinda Díaz López fue privada injustamente de la libertad durante casi 16 meses (del 18 de noviembre de 1996 hasta el 11 de marzo de 1998), lo que permite inferir razonablemente, a la luz de las máximas de

²³ Corte Constitucional, Sentencia T-098 de 7 de marzo de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

la experiencia, que ella y sus hijos -Frank David y Álvaro Stevens Ochoa Díaz- padecieron una afección de orden moral por la detención referida.

Ahora bien, para la cuantificación de este *pretium doloris* no se acudirá a los gramos oro como se solicitó en la demanda, sino a salarios mínimos mensuales legales como se viene sosteniendo por esta Corporación a partir de la sentencia del 6 de septiembre de 2001, proferida dentro de los procesos acumulados No. 13.232 y 15.646.

Habida cuenta de que el daño moral es, de suyo, imposible de cuantificar de un modo exacto, por ser éste de carácter inmaterial, es necesario fijar el monto de la indemnización valiéndose de la facultad discrecional que le asiste al juez en estos casos y de conformidad con estos parámetros establecidos jurisprudencialmente²⁴: i) la indemnización se hace a título de compensación, más no de restitución ni de reparación²⁵; ii) la tasación debe realizarse con aplicación del principio de equidad, previsto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998; iii) la determinación del monto debe estar sustentada en los medios probatorios que obran en el proceso y que están relacionados con las características del perjuicio y iv) debe estar fundamentada, cuando sea del caso, en otras providencias para garantizar el principio de igualdad.

Así las cosas y dado que el daño causado revistió un grado de afectación importante, pues a la demandante se le cercenó -por más de un año- su derecho fundamental a la libertad, amén de habersele señalado por la muerte de su cónyuge y padre de sus hijos, la Sala reconocerá a título de perjuicios morales, en virtud del *arbitrium judicis*²⁶, del principio de igualdad²⁷ y del reciente precedente

²⁴ Los parámetros descritos se encuentran señalados en sentencia n° de radicación 21.350, actor: Mauricio Monroy y otra, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

²⁵ En la sentencia del 6 de septiembre de 2001, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, radicación n° 13.232, se indicó que esto es así, porque “*la suma establecida no se ajustará nunca al monto exacto del perjuicio, pero buscará, de alguna manera, restablecer el equilibrio roto con su ocurrencia (...).*”

²⁶ La facultad discrecional debe ser ejercida de acuerdo con los lineamientos de la jurisprudencia de la Sala, los cuales “...descartan toda fórmula mecánica o matemática y antes ilustran que esa decisión debe considerar las circunstancias que rodearon los hechos y enmarcarse por los principios de razonabilidad...” (sentencia del 16 de junio de 1994, C.P. Juan de Dios Montes Hernández, radicación No. 7.445, actor: María Luisa Perdomo Lozada). Igualmente puede verse, entre otras, la sentencia del 11 de febrero de 2009, C.P. Myriam Guerrero de Escobar, radicación No. 54001-23-31-000-1993-08025-01 (N.I. 14726), actor: Domingo Antonio Bermúdez, decisión que constituye uno de los

sobre la materia²⁸, 79.20 s.m.m.l.v.²⁹ para la señora Hermelinda Díaz López y 39.6 s.m.m.l.v.³⁰ para cada uno de sus hijos Frank David y Álvaro Stevens Ochoa Díaz, teniendo en cuenta que se ha establecido como tope máximo para indemnizaciones de daño moral, por muerte de un familiar -sumo dolor-, 100 s.m.m.l.v.

5.7.2 Materiales en la modalidad de lucro cesante

Las certificaciones³¹ -expedidas por Astegan Ltda., Agropartes Ltda., la Droguería Colombia y los concesionarios Mary Motor y Kawacesar- acreditan que la señora Hermelinda Díaz López, al momento de la privación injusta de su libertad, devengaba mensualmente un total de \$2´870.000, los cuales, aumentados en un 25% de presumibles prestaciones sociales, equivalen a \$3´587.500, suma que, al ser actualizada³² tomando el IPC de la fecha de la detención (noviembre de 1996: 37,⁷²) y el del pasado mes (junio de 2012: 111,³⁵), se convierte en \$10´590.353,²⁶. Se aplica, en consecuencia, la fórmula:

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

muchos ejemplos de aplicación de la facultad discrecional en la tasación de perjuicios inmateriales.

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 26 de octubre de 2011, C.P. Stella Conto Diaz del Castillo, radicación n.º 22.939. En este caso al demandante, detenido por casi 10 meses, se le concedieron 50 s.m.m.l.v., por concepto de perjuicios morales.

²⁸ Para la determinación de la cuantía de la indemnización del perjuicio moral, la Sala se guía por la proporción *valor-tiempo*, para lo cual tiene en cuenta el valor que, en promedio, se concede al mes de privación de la libertad -5,1 s.m.m.l.v.-, atendiendo únicamente al criterio temporal, sin perjuicio de que otros factores circunstanciales obliguen a reconocer una cifra más alta.

²⁹ Liquidados a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

³⁰ Liquidados a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

³¹ Documentos, visibles a fls. 7, 9, 10, 11 y 12 del cuaderno 1º, que demuestran que la señora Hermelinda Díaz López se desempeñó como contadora y asesora contable de los concesionarios Mary Motor y Kawacesar -*respectivamente*-, revisor fiscal de Astegan Ltda. y asesora contable y tributaria de la Droguería Colombia y Agropartes Ltda. El documento suscrito por la señora Deniris Díaz López, visible a folio 8 del cuaderno - antes referido-, no reúne las calidades previstas en el artículo 252 del C.P.C. y, por tanto, no se valora como prueba.

³² Fórmula: $Va = Vh * (IPC \text{ Final} / IPC \text{ Inicial})$.

Entonces, siendo “S” el total del lucro cesante que se averigua, “Va” el monto mensual actualizado que se devengaba (\$10´590.353,²⁶), “i” el interés mensual que civilmente se tasa en 0.⁰⁰⁴⁸⁶⁷, “n” el tiempo en meses que se liquida (15,⁵³ meses)³³, y el valor constante “1”, el cálculo arroja:

S=

V/ACTUAL

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

S=

10.590.353,26

*

$$\frac{1,004867^{15,53} - 1}{0,004867}$$

S=

10.590.353,26

*

$$\frac{0,078317}{0,004867}$$

S=

10.590.353,26

*

16,091361

\$

170.413.193,39

5.8. La obligación que emana de la presente sentencia es divisible entre las entidades demandadas

Opera, en el *sub júdice*, la divisibilidad de la obligación, teniendo en cuenta que, desde la detención -18 de noviembre de 1996- hasta la sentencia penal de primera instancia -21 de octubre de 1997-, la privación injusta de la libertad resulta imputable, de manera directa, al ente acusador. Empero desde que el fallador a *quo* sentenció condenatoriamente a la encartada, sin contar con elementos probatorios que desvirtuaran su presunción de inocencia, es dable inferir que la libertad se mantuvo restringida por cuenta de la Rama Judicial hasta la fecha en que la implicada fue absuelta -11 de marzo de 1998-.

Así las cosas, la Fiscalía General de la Nación asumirá, en un 70.89%, el pago de la totalidad de los perjuicios acreditados y la Rama Judicial lo hará en un 29.11%.

Finalmente y sin perjuicio de lo anterior, la Fiscalía pagará el monto total de la condena y, posteriormente, podrá repetir contra la Rama Judicial para que, de conformidad con lo expuesto en este punto, le reembolse la suma que en derecho corresponde.

³³ Término que se demostró duró la privación injusta de la libertad de la señora Hermelinda Díaz López.

5.9 Costas procesales

El artículo 55 de la Ley 446 de 1998 establece que se condenará en costas a la parte que hubiere actuado en forma temeraria. En el presente caso, la Sala no observa comportamiento temerario en las actuaciones de los intervinientes dentro del proceso, razón por la cual no se impondrá condena al respecto.

VI. 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 Ley,

FALLA

REVOCAR la sentencia del 10 de octubre de 2002, proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar y, en su lugar, se dispone:

PRIMERO. DECLARAR patrimonialmente responsable a la NACIÓN-RAMA JUDICIAL-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN por los perjuicios que sufrieron los demandantes, como consecuencia de la privación injusta de la libertad de la señora HERMELINDA DÍAZ LÓPEZ.

SEGUNDO. En razón de la anterior declaración, **CONDENAR** a la NACIÓN-RAMA JUDICIAL-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN a pagar, por concepto de perjuicios morales y con sujeción a la parte motiva de esta providencia, las siguientes indemnizaciones: 79.20 s.m.m.l.v.³⁴ para la señora HERMELINDA DÍAZ LÓPEZ y 39.6 s.m.m.l.v.³⁵ para cada uno de sus hijos FRANK DAVID y ÁLVARO STEVENS OCHOA DÍAZ.

TERCERO. CONDENAR a la NACIÓN-RAMA JUDICIAL-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN a pagar, por concepto de perjuicios materiales y con sujeción a la parte motiva de esta providencia, en la modalidad de lucro cesante, la suma de ciento setenta millones cuatrocientos trece mil ciento noventa y tres pesos con

³⁴ Liquidados a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

³⁵ Liquidados a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

treinta y nueve centavos (\$170.413.193,³⁹), a favor de la señora HERMELINDA DÍAZ LÓPEZ.

CUARTO. DISPONER que la Rama Judicial le responda a la Fiscalía, quien pagará el 100% de la condena, por el 29.11% de la misma.

QUINTO. NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO. NO CONDENAR en costas.

SÉPTIMO. DÉSE cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

OCTAVO. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 115 del C.P.C. y 37 del Decreto 359 de 1995, para el cumplimiento de esta sentencia **EXPÍDANSE COPIAS** con destino a las partes, que serán entregadas al respectivo apoderado judicial en cada caso.

NOVENO. En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE y CÚMPLASE

Los Magistrados,

DANILO ROJAS BETANCOURTH

Presidente de Subsección

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO