



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA

Popayán, dieciocho (18) de julio de dos mil diecinueve (2019)

SENTENCIA TA-DES 002-ORD. 070 -2019

Magistrado Ponente: NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ.

Expediente 19001-33-31-703-2016-00029-01.
Demandante ANIBAR GÓMEZ Y OTROS.
Demandado NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTROS.
Medio de Control REPARACIÓN DIRECTA – SEGUNDA INSTANCIA.

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la Sentencia No. 124 de 24 de octubre de 2017, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Popayán, dentro del proceso promovido por el señor **ANIBAR GÓMEZ Y OTROS**, contra la **NACIÓN-RAMA JUDICIAL - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda¹.

Los señores **ANIBAR GÓMEZ, HORTENCIA GÓMEZ, DIOLANDA CAICEDO GÓMEZ, MARISEL GÓMEZ, LUZ ENEDA CAICEDO GÓMEZ, WILSON HERNANDO GÓMEZ MUÑOZ, NANCY MARINA GÓMEZ MUÑOZ, GLORIA AMPARO CAICEDO GÓMEZ y ERLIS ANTONIO CAICEDO GÓMEZ**, actuando a través de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de **REPARACIÓN**

¹Folios 19 a 28.

Expediente 19001-33-33-009-2016-00029-01
Demandante ANIBAR GÓMEZ Y OTROS
Demandado NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTROS
Medio de Control REPARACIÓN DIRECTA – SEGUNDA INSTANCIA

DIRECTA, dirigido contra la **NACIÓN- RAMA JUDICIAL y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, solicitaron se concedan las siguientes pretensiones:

"PRIMERA.- Declarar administrativa, civil y solidariamente responsables a LA NACIÓN, CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA (RAMA JUDICIAL), FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, de todos los daños y perjuicios tanto morales como materiales, ocasionados a ANIBAR GÓMEZ, HORTENCIA GÓMEZ, DIOLANDA CAICEDO GÓMEZ, MARISEL GÓMEZ, LUZ ENEDA CAICEDO GÓMEZ, WILSON HERNANDO GÓMEZ MUÑOZ, NANCY MARINA GÓMEZ MUÑOZ, GLORIA AMPARO CAICEDO GÓMEZ, ERLIS ANTONIO CAICEDO GÓMEZ, con motivo de la privación injusta de la libertad del señor ANIBAR GÓMEZ.

SEGUNDA.- Condénese a la NACIÓN, CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA (RAMA JUDICIAL), FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN a pagar a los demandantes, y por intermedio de su apoderado, todos los daños y perjuicios tanto morales como materiales que se les ocasionaron con motivo de la privación injusta de la libertad del señor ANIBAR GÓMEZ, conforme a la siguiente liquidación o la que se demostrare en el proceso así:

- A. **LUCRO CESANTE:** La suma de OCHO MILLONES NOVECIENTOS VEINTE MIL PESOS (\$8.920.000), QUE CORRESPONDEN A SEISCIENTOS MIL PESOS (\$600.000) mensuales, ingreso que obtenía por sus labores en oficios varios, que se liquidarán directamente a favor del propio ofendido ANIBAR GÓMEZ, durante el tiempo que estuvo privado injustamente de la libertad, más DOS MILLONES DOSCIENTOS TREINTA MIL PESOS (\$2.230.000) que corresponde al 25% por concepto de prestaciones sociales. Esta indemnización habrá de extenderse por un periodo adicional de 35 semanas (8.75 meses), que corresponden al tiempo, que, en promedio puede tardar una persona en edad económicamente activa para encontrar un nuevo puesto de trabajo en Colombia, según la SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DEL 28 DE AGOSTO DE 2014- CONSEJO DE ESTADO- SECCIÓN 3º- RADICACIÓN 68001-23-31-000-2002- 02548-01 (36149).
- B. **PERJUICIOS MORALES** (" Pretium dolores") Por los 14 meses y 26 días de privación injusta de la libertad de ANIBAR GÓMEZ, se debe a cada uno de mis mandantes o a quien represente sus derechos , el equivalente en SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES VIGENTES a la fecha de la ejecutoria de la sentencia, las siguientes cantidades así: Se debe a ANIBAR GÓMEZ, HORTENCIA GÓMEZ (madre) WILSON HERNANDO GÓMEZ MUÑOZ (hijo) MARINA GÓMEZ MUÑOZ (hija) el equivalente a NOVENTA (90) S.M.M.V.; Se debe a DIOLANDA CAICEDO GÓMEZ, MARISEL GÓMEZ, LUZ ENEDA CAICEDO GÓMEZ, GLORIA AMPARO CAICEDO GÓMEZ Y ERLIS ANTONIO CAICEDO GÓMEZ (hermanos) el equivalente a CUARENTA Y CINCO SALARIOS S.M.M.V.

(...)"

Expediente 19001-33-33-009-2016-00029-01
Demandante ANIBAR GÓMEZ Y OTROS
Demandado NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTROS
Medio de Control REPARACIÓN DIRECTA – SEGUNDA INSTANCIA

2. Los hechos.²

Como fundamento fáctico de sus pretensiones, la parte demandante expuso los siguientes:

El señor ANIBAR GÓMEZ fue detenido en la cárcel de El Bordo, Cauca, desde el 5 de junio de 2014 hasta el 01 de septiembre de 2015 por el delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN o PORTE DE ESTUPEFACIENTES.

La medida de aseguramiento de detención preventiva fue expedida como consecuencia de la solicitud realizada por la FISCALÍA SECCIONAL 002 de EL BORDO, CAUCA, DELEGADA ante EL JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DEL PATÍA.

El 1º de septiembre de 2015 se realizó la audiencia de juicio oral, en la cual recuperó su libertad, debido a que se dictó sentido del fallo ABSOLUTORIO y el 24 de septiembre de 2015 se efectuó la audiencia de proferimiento de sentencia, la cual resolvió absolver, por aplicación del principio in dubio pro reo, decisión que la Fiscalía apeló.

El 09 de diciembre de 2015 la SALA 2º DE DECISIÓN PENAL DEL TRIBUNAL DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN resolvió confirmar la sentencia de primera instancia.

Señaló la parte demandante que en este caso se presentó una irregular prestación de servicios públicos a cargo de LA NACIÓN, EL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA - RAMA JUDICIAL y la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, en razón a la arbitraria detención e injusta privación de la libertad y en consecuencia se configuró una falla en el servicio, respecto a los 14 meses y 26 días que estuvo detenido el señor ANIBAR GÓMEZ.

² Folios 1 a 3

3. La contestación de la demanda.

3.1. LA RAMA JUDICIAL³.

Se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando que los hechos en que se fundó no constituyen una privación injusta de libertad.

Señaló que la Fiscalía fundó en el Juez de Control de Garantías la convicción para proferir la medida de aseguramiento, en razón a la realidad procesal presentada.

Además indicó, que dicha decisión no fue controvertida por ninguna autoridad judicial, situación que lleva a concluir que las decisiones tomadas fueron ajustadas a Derecho.

Por otro lado, indicó que la decisión del juez de conocimiento fue ajustada al principio de legalidad y que quien está llamado a responder es la Fiscalía General de la Nación, debido a que no recaudó el material probatorio necesario, motivo por el cual el fallo resolvió la absolución del señor ANIBAR GÓMEZ dentro del proceso penal.

Propuso como excepción el hecho exclusivo de la víctima, afirmó que la captura fue realizada en flagrancia y que en la teoría del caso presentada en el juicio oral presentada nunca se negó el hecho de la posesión de la sustancia, lo que se alegó fue el fin de la sustancia. Señaló que el actuar irregular del accionado fue lo que le ocasionó la investigación y la imposición de la medida de aseguramiento.

3.2. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN⁴.

Se opuso a las pretensiones de la demanda, afirmando que no se configuraron los supuestos esenciales que permitieran estructurar alguna clase de responsabilidad.

³ Folios 127 a 137

⁴ Folios 131 a 145

Expediente 19001-33-33-009-2016-00029-01
Demandante ANIBAR GÓMEZ Y OTROS
Demandado NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTROS
Medio de Control REPARACIÓN DIRECTA – SEGUNDA INSTANCIA

Señaló que tanto la investigación penal, como la legalización de la captura y la imposición de la medida de aseguramiento se surtieron de conformidad con la Constitución Política y que cumplieron con todas las formalidades legales.

Indicó que en el caso del señor ANIBAR GÓMEZ el juez consideró que se daban los requisitos para la legalización de captura y por lo tanto no se configuró alguna falla en el servicio.

Propuso la excepción de falta de legitimación por pasiva, aludió que le corresponde al Juez de garantías analizar las pruebas presentadas por el ente acusador y posteriormente decretar las medidas que estime procedentes a imponer, conforme al nuevo sistema acusatorio según lo estipulado en el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal.

4. La sentencia apelada⁵.

Mediante Sentencia N° 124 de 24 de octubre de 2017 el Juzgado Noveno Administrativo de Oralidad de Popayán dispuso:

*"PRIMERO.- **DECLARAR INFUNDADA** la "FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA", propuesta por la Nación- Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación.*

*SEGUNDO.- **DECLARAR PROBADA** la excepción de "HECHO EXCLUSIVO DE LA VÍCTIMA", según lo expuesto.*

*TERCERO.- **NEGAR** las pretensiones de la demanda, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*CUARTO.- **CONDENAR** en costas a la parte vencida como lo impone el artículo 188 del CPACA"*

La Juez argumentó su decisión de conformidad con el artículo 70 de la Ley 270 de 1996, debido a que nadie puede sacar provecho de su propia culpa. Señaló que el 04 de junio de 2014, la Policía Judicial de El Bordo realizó registro y allanamiento en la residencia ubicada en esa municipalidad donde se encontró en poder del señor ANIBAR GÓMEZ, 4 envoltorios de papel de cuaderno con sustancia que arrojó positivo para cocaína con un peso bruto de dos (2) gramos.

⁵ Folios 180 a 183

Expediente 19001-33-33-009-2016-00029-01
Demandante ANIBAR GÓMEZ Y OTROS
Demandado NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTROS
Medio de Control REPARACIÓN DIRECTA – SEGUNDA INSTANCIA

Por la anterior, la Fiscalía Sección 002 de El Bordo solicitó al Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Patía con función de garantías, el decreto de la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, como cómplice de la conducta punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

La Juez señaló que se evidenció que la Fiscalía fundamentó la solicitud de la medida de aseguramiento en la gravedad y modalidad del hecho, respecto a la posibilidad de que los investigados continuaran con la actividad delictual, dado que ya tenían antecedentes por el mismo delito.

Afirmó la A Quo, que el Juez de Control de Garantías acogió las anteriores razones, además que se trató de una conducta grave que atentó contra la salud de la sociedad y que la decisión respecto a la medida de aseguramiento no fue objeto de recursos por el implicado.

Refirió que tanto el Fiscal como el Juez sustentaron la decisión judicial y que el demandante incurrió en un comportamiento irregular que ameritaba el adelantamiento de la investigación y de manera consecuente se dio la restricción de la libertad; así que aseveró que fue el señor ANIBAR GÓMEZ, el causante de los perjuicios que pretende atribuirle al Estado, en tanto que solo hasta la etapa de juicio oral y con el testimonio de su hermana se logró poner en duda su responsabilidad penal al evidenciar su situación de consumidor de alucinógenos.

6. El recurso de apelación.⁶

Mediante escrito presentado el 03 de noviembre de 2017 la parte demandante interpuso recurso de apelación y en consecuencia solicitó revocar la Sentencia N° 124 de 24 de octubre de 2017.

Argumentó que el conjunto probatorio allegado demostró que ANIBAR GÓMEZ, es una persona drogadicta y que por esa condición se vio involucrado en la investigación y juicio penal, que le causó la privación

⁶ Folios 184 a 197

Expediente 19001-33-33-009-2016-00029-01
Demandante ANIBAR GÓMEZ Y OTROS
Demandado NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTROS
Medio de Control REPARACIÓN DIRECTA – SEGUNDA INSTANCIA

injusta de la libertad durante 14 meses y 26 días y por lo tanto solicitó la reparación integral del daño causado.

Adujo además, que el día de ocurrencia de los hechos, los indiciados entre ellos el señor ANIBAR GÓMEZ fueron capturados en flagrancia consumiendo los alucinógenos, mas no vendiéndolos y en consecuencia, la Fiscalía no logró desvirtuar su inocencia, obteniendo fallo absolutorio.

Señaló que el señor ANIBAR GÓMEZ no podía ser considerado como un peligro para la sociedad, debido a que no tenía antecedentes penales, que presentaba un arraigo debido a que su residencia habitual era la casa de su madre, en El Bordo Cauca y por esa razón no se podía inferir que iba a evadir el proceso penal.

7. Actuación en segunda instancia.

Mediante auto de 07 de febrero 2018⁷, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante. Por auto de 15 de febrero de 2018⁸, se decidió prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento y se corrió traslado a las partes para la presentación de sus alegatos por escrito por el término de diez (10) días.

8. Alegatos de conclusión.

El apoderado de la Fiscalía General de la Nación señaló estar plenamente de acuerdo con el fallo y solicitó que se confirmara.

La apoderada de la Rama Judicial indicó que fue la Fiscalía quien solicitó la imposición de la medida de aseguramiento y llevó al juez al pleno convencimiento de que esa medida era necesaria, afirmó que el delito era grave y pluriofensivo, debido a que atenta contra la seguridad de la sociedad, además que no hubo privación injusta de la libertad debido a que el actuar del demandante fue el que ocasiono el daño reclamado y

⁷ Folio 03 Cuaderno Recurso de Apelación

⁸ Folio 09 Cuaderno Recurso de Apelación

Expediente 19001-33-33-009-2016-00029-01
Demandante ANIBAR GÓMEZ Y OTROS
Demandado NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTROS
Medio de Control REPARACIÓN DIRECTA – SEGUNDA INSTANCIA

en este sentido solicitó que se confirme la Sentencia N° 124 del 24 de octubre de 2017.

La parte demandante se abstuvo de presentar alegatos de conclusión.

8.1. Concepto del Ministerio Público.

El Ministerio Público solicitó que se confirme la sentencia de primera instancia manteniendo la exoneración del Estado, debido a que el material probatorio allegado por la Fiscalía General de la Nación fue obtenido legalmente en desarrollo de la diligencia de allanamiento que llevó a acusar al señor ANIBAR GÓMEZ por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

Afirmó que aunque su condición de adicto impide una responsabilidad penal, el hecho de estar en un sitio de expendio y portando sustancias alucinógenas constituye dolo civil que exonera de responsabilidad al Estado.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. Competencia.

El Tribunal es competente para conocer del presente asunto en segunda instancia, de conformidad con el artículo 153 del CPACA.

2. Caducidad.

El fallo que resolvió absolver al señor ANIBAR GÓMEZ se profirió el 24 de septiembre de 2015 y fue confirmado en segunda instancia el 09 de diciembre de 2015.

Expediente 19001-33-33-009-2016-00029-01
Demandante ANIBAR GÓMEZ Y OTROS
Demandado NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTROS
Medio de Control REPARACIÓN DIRECTA – SEGUNDA INSTANCIA

La solicitud de conciliación se presentó ante la Procuraduría 73 Judicial para asuntos administrativos el 28 de julio de 2016⁹, y la constancia data de la misma fecha¹⁰.

En razón a que la demanda se presentó el 04 de noviembre de 2016, la Sala considera que fue presentada dentro de la oportunidad para interponer el medio de control de reparación directa, previsto en el artículo 164 numeral 2 literal i) del CPACA.

3. El problema jurídico.

Le corresponde al Tribunal determinar si la Sentencia N°124 del 24 de octubre de 2017, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Popayán, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda por considerar probada la excepción de "hecho exclusivo de la víctima" , debe ser revocada, modificada o mantenerse incólume.

4. El precedente jurisprudencial vigente en materia de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad.

Con la sentencia del 15 de agosto de 2018, dentro del expediente N°66001-23-31-000-2010-00235 01(46.947) la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, modificó su jurisprudencia en relación con el régimen de responsabilidad o el título jurídico de imputación aplicable a los casos en los cuales se reclama la reparación de daños irrogados con ocasión de la privación de la libertad de una persona a la que, posteriormente, se le revoca dicha medida.

Luego de referirse acerca de los argumentos unificados en la sentencia del 17 de octubre de 2013 de la misma Corporación, rectificó la tesis que sostenía que la medida de aseguramiento de detención preventiva, pugna con la presunción de inocencia; la nueva tesis se fundamenta en

⁹ Folio 80 Cuaderno principal

¹⁰ Folio 82 Cuaderno principal

Expediente 19001-33-33-009-2016-00029-01
Demandante ANIBAR GÓMEZ Y OTROS
Demandado NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTROS
Medio de Control REPARACIÓN DIRECTA – SEGUNDA INSTANCIA

que la libertad no es un derecho absoluto y aquella forma de restricción de la libertad no tiene relación alguna con tal presunción.

En la citada sentencia se explica de la siguiente manera:

"No obstante, es necesario rectificar la tesis conforme a la cual la medida de aseguramiento de detención preventiva, aun cuando constitucional, pugna con la presunción de inocencia, en primer lugar, porque la libertad no es un derecho absoluto (como luego se expondrá -ver infra, numeral 4.4.) y, en segundo lugar, por cuanto aquella forma de restricción de la libertad no tiene relación alguna con esta última presunción, ni mucho menos comporta un desconocimiento de la misma, ya que, en la medida en que durante el proceso penal no se profiera una sentencia condenatoria, la inocencia del implicado se mantiene intacta; por consiguiente, si la terminación del proceso responde a su preclusión y si, por igual razón, la inocencia de la persona se sigue presumiendo, no hay cabida a hablar de un daño (mucho menos antijurídico) ni de una privación injusta de la libertad sobre la cual se pueda edificar un deber indemnizatorio fundamentado exclusivamente en la vulneración de dicha presunción.

Ahora, como se sabe, a medida que transcurre el proceso penal la exigencia de la prueba sobre la responsabilidad en la comisión de un hecho punible es mayor, de modo que, para proferir una medida de aseguramiento de detención preventiva, basta que obren en contra de la persona sindicada del hecho punible indicios graves de responsabilidad penal

Posteriormente expone sobre el carácter constitucional y legal de la medida de aseguramiento, y explica en la misma sentencia, que dado que la indemnización se abre paso cuando se demuestra que la privación de la libertad del procesado fue injusta, podría no ser admisible que se le obligara a indemnizar a quien ha sido objeto de la medida de detención preventiva cuando para la imposición de esta, se han satisfecho los requisitos de ley.

Con la sentencia de tres (03) de diciembre de dos mil dieciocho (2018) Proceso número: 15001233100020030261101 (44520) Consejero Ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO, la Alta Corporación analizó, respecto de la privación de la libertad, la responsabilidad patrimonial del Estado en los siguientes términos:

Sobre lo anterior, la Sala ha considerado que si bien el artículo 68 de la Ley 270 de 1996 se refiere a la responsabilidad patrimonial del Estado, en los eventos en los cuales la actuación de cualquiera de sus ramas u órganos hubiera sido "abiertamente arbitraria", dicha disposición no excluye la aplicación directa del artículo 90 de la Constitución para derivar el derecho a la reparación cuando los daños provienen de una actuación legítima del Estado, adelantada en ejercicio de la actividad judicial, pero que causa daños antijurídicos a las personas, en tanto estos no tengan el deber jurídico de soportarlos porque el hecho no existió o porque la conducta investigada no constituyó un hecho punible.

De igual forma, si bien el Estado está legitimado para privar preventivamente de la libertad a las personas que sean sometidas a una investigación penal, quien sufra dicha limitación tendrá derecho a que se le indemnicen los daños que con la misma se le hubieran causado, cuando se evidencie que la detención fue injusta. En pocas palabras: quien legal pero injustamente haya sido privado de su libertad, tiene derecho a que se le indemnicen los daños que hubiere sufrido.

El Consejo de Estado, refirió que en la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018 inicialmente citada, no definió un régimen específico en materia de privación injusta; por lo tanto atendió, para analizar el caso, lo afirmado por la Corte Constitucional en Sentencia SU-072 de 2018, enlistado el método adecuado para abordar el estudio de responsabilidad, de la siguiente manera:

- 1. Lo primero que debe analizarse es si con la medida restrictiva de la libertad se incurrió en una falla en el servicio, régimen que por antonomasia es el aplicable para efectos de endilgarle responsabilidad a los entes estatales.*
- 2. Este análisis debe incluir en primera medida lo afirmado por la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996, ya citada en precedencia, esto es, debe estudiarse si la medida de privación de la libertad correspondió a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales.*
- 3. Así mismo, debe estudiarse si la medida fue ilegal, si existieron irregularidades en el proceso penal, si la medida se sujetó a los requisitos formales y establecidos en la ley penal, si su imposición está motivada con claridad y suficiencia y, si se ajusta a los valores y derechos que consagra la Carta Política, así como a los parámetros fijados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, en todo caso, se deber tener en consideración la gravedad del delito, la naturaleza de los bienes jurídicos tutelados, los antecedentes del sindicado, las circunstancias de haber sido aprehendido en flagrancia, el desacato a decisiones judiciales previas o a la asunción de una conducta reprochable con posterioridad a la ejecución del hecho punible²⁷.*

4. 2. Si superado ese primer estudio se observa que aunque no existe reproche alguno a la actuación de la entidad en los términos señalados, el análisis de la responsabilidad se observará bajo los parámetros del artículo 90 de la Constitución para derivar el derecho a la reparación cuando los daños provienen de una actuación legítima del Estado, pero que causa daño antijurídico a las personas que no tengan el deber jurídico de soportarlo, tal y como sería cuando se evidencie que la persona no estaba llamada a soportar la privación, por haber sido exonerada por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente, porque el hecho no existió, o la conducta no constituía un hecho punible.
5. 3. Finalmente, en todos los casos sin excepción debe estudiarse la culpa exclusiva de la víctima como exonerante de responsabilidad, en otras palabras, cuando se advierta que el sindicado estaba en el deber jurídico de soportar la detención porque incurrió en una actuación dolosa o gravemente culposa desde el punto de vista civil, hay lugar a declarar la culpa de la víctima, tal y como quedó consignado en la sentencia de unificación en cita, así:

Así la cosas, es preciso tener en cuenta las pautas señaladas anteriormente, aclarando que de conformidad con la Sentencia SU-072 de 2018, "el artículo 90 de la Constitución no define un título de imputación y que, en todo caso, la falla en el servicio es el título de imputación preferente, y necesariamente implica definir si la providencia a través de la cual se restringió la libertad a una persona mientras era investigada y/o juzgada fue **proporcionada y razonada**, previa la verificación de su conformidad a derecho."

4. Caso concreto.

4.1 Hechos probados:

El 04 de junio de 2014 la Policía Judicial realizó diligencia de registro y allanamiento en la residencia del señor JESUS MOSQUERA, ubicada en el Bordo, Cauca,¹¹ donde se encontraron veintiséis (26) gramos que arrojaron positivo para cocaína, de los cuales dos (2) fueron identificados en poder del señor ANIBAR GOMEZ.¹²

El 05 de junio de 2014 se legalizó la orden de registro y allanamiento

¹¹ Folio 31

¹² Folio 39

Expediente 19001-33-33-009-2016-00029-01
Demandante ANIBAR GÓMEZ Y OTROS
Demandado NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTROS
Medio de Control REPARACIÓN DIRECTA – SEGUNDA INSTANCIA

solicitada por la Fiscalía Seccional 002 Delegada ante el Juzgado Penal del Circuito de Patía y además se legalizó la recolección de los elementos materiales probatorios determinados como evidencia 1, 2, 3, 4 y 5¹³

Durante la audiencia de legalización de captura, el señor JESUS MOSQUERA renunció a guardar silencio y aceptó cargos como autor del delito¹⁴; además afirmó que habitaba en la residencia objeto de registro y allanamiento y que conocía al señor ANIBAR GÓMEZ, quien era consumidor de alucinógenos, debido a que él le vendía dicha sustancia. ¹⁵

Se realizó la formulación de imputación al señor ANIBAR GÓMEZ por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, como cómplice por el verbo rector de conservar sustancia alcaloide para su expendio. ¹⁶

La Fiscalía solicitó la detención preventiva en establecimiento carcelario, argumentando que el señor ANIBAR GÓMEZ constituía un peligro para la seguridad de la sociedad, por la gravedad de la conducta del hecho y además porque presentaba antecedentes por el mismo delito. ¹⁷

El Juez de Control de Garantías afirmó que se dieron los requisitos del artículo 308 de la Ley 906 de 2004 y procedió a decretar la medida de aseguramiento, señaló *"Si bien es cierto el hecho de que haya manifestado el señor JESUS MOSQUERA de que los señores ANIBAR GÓMEZ, BEATRIZ RAMIREZ, HENRY VALENCIA CAICEDO, sean consumidores no se les exime que también sean expendedores de sustancias alucinógenas porque pueden ejercer las dos actividades..."* Decisión a la que no se le interpuso ningún recurso. ¹⁸

El 01 de septiembre de 2015 se realizó la audiencia pública de juicio oral en

¹³ Folio 31

¹⁴ Folio 39

¹⁵ Folio 32

¹⁶ Folio 32

¹⁷ Folio 33

¹⁸ Folio 33

la que se anunció el sentido del fallo y se expidió boleta de libertad N°009¹⁹ para dejar en libertad al señor ANIBAR GÓMEZ

El 24 de septiembre de 2015 se realizó la audiencia de juicio oral en la cual se resolvió absolver al señor ANIBAR GÓMEZ en aplicación del principio in dubio pro reo.²⁰ Decisión que fue apelada por la Fiscalía General de la Nación.

El 09 de diciembre de 2015 se profirió sentencia de segunda instancia por el Tribunal Superior Distrito Judicial de Popayán mediante la cual se decidió confirmar la sentencia del 24 de septiembre de 2015.²¹

4.1. Del daño constitutivo de la privación de la libertad del demandante.

En atención al texto de la demanda, el daño antijurídico del cual se pretende la reparación consiste en la privación de la libertad de que fue objeto el señor ANIBAR GÓMEZ, en virtud de la investigación penal seguida en su contra por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en la cual posteriormente se ordenó absolverlo por aplicación del principio de in dubio pro reo.

En el sub examine se observa que el 05 de junio de 2014, el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Patía, con Funciones de Control de Garantías de turno, efectuó las audiencias preliminares concentradas mediante las cuales se legalizó la captura en situación de flagrancia del señor ANIBAR GÓMEZ; posteriormente se le imputó el delito de "TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES"; seguidamente, el ente investigador solicitó la imposición de medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario, frente a lo cual, el Juez accedió a la pretensión.

De conformidad con el acervo probatorio, el daño constitutivo de la

¹⁹ Folio 78

²⁰ Folio 55

²¹ Folio 56 a 73

privación de la libertad se encuentra plenamente acreditado **desde el 05 de junio de 2014 al 01 de septiembre de 2015**; no obstante, este elemento por sí solo no se erige en resarcible, como quiera que para comprometer la responsabilidad del Estado se requiere que el mismo sea antijurídico.

4.2. De la antijuridicidad del daño padecido por el demandante.

La posición unificada del Consejo de Estado expuesta en líneas anteriores, es explícita en determinar que la privación de la libertad per se, no constituye daño catalogable como antijurídico, en la medida que esta carga debe soportarse por los asociados, lo que redundaría en que no toda privación de la libertad que no termine en condena, concreta el daño antijurídico como primer elemento de la responsabilidad.

En el caso en concreto, el 24 de septiembre de 2015²², el Juzgado Penal del Circuito de Patía, emitió el fallo de primera instancia, dentro del cual, el Juez de Conocimiento resolvió absolver por aplicación al principio de in dubio pro reo a ANIBAR GÓMEZ debido a que:

*"Para esta instancia queda en claro que previa información de personas o de una persona que no se identifica en donde ubica a los acusados como ayudantes o colaboradores en el expendio de estupefacientes en la vivienda de JESUS MOSQUERA, **información que debía verificarse por la autoridad policial en una verdadera labor investigativa** pero tal como sucedió de sus propias manifestaciones, parece ser que consistió en entrevistas de personas indeterminadas, y en observación directa, **pero sin mayor sustento probatorio, tan cierta fue esa situación que cuando se llevan a cabo las audiencias preliminares y la fiscalía endilga los cargos por el verbo rector de CONSERVAR y no de expender, es decir que ni siquiera la fiscalía tenía la confianza en esa labor o en esas labores de verificación que habían adelantado los funcionarios de la policía judicial**, y por ello hubo esa endilgación de CONSERVACIÓN con fines de expendio de la sustancia estupefaciente."²³*

Decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Popayán²⁴ debido a que:

"De la práctica de la prueba testimonial de los agentes de policía que participaron en la diligencia de registro y allanamiento que culminó con la

²² Folio 51 a 55

²³ Folio 54

²⁴ Folios 56 a 73

Expediente 19001-33-33-009-2016-00029-01
Demandante ANIBAR GÓMEZ Y OTROS
Demandado NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTROS
Medio de Control REPARACIÓN DIRECTA – SEGUNDA INSTANCIA

*captura de HENRY FANOR VALENCIA, ANIBAR GÓMEZ Y BEATRIZ RAMIREZ, se puede extraer que no existe mención alguna sobre una posible complicidad con la actividad de conservación para el expendio de estupefacientes, **pues si bien es cierto que en el momento de la mencionada diligencia se encontraron en el inmueble, esta circunstancia por sí sola no genera la materialización de la conducta punible**, pues debe estar cabalmente demostrada su participación en calidad de cómplices.*

En el relato del señor JESUS MOSQUERA fue claro al responder que de HENRY FANOR VALENCIA, ANIBAR GÓMEZ Y BEATRIZ RAMIREZ nunca le ayudaron a expender o conservar sustancia ilícita y que todo el trabajo fue realizado siempre por él, sin recibo de colaboración.

En igual sentido, afirmaron LUZ ESNEDA CAICEDO GÓMEZ hermana de ANIBAR GÓMEZ a quien le consta que es un adicto al bazuco ya que convivió con él y lo vio consumir el estupefaciente.

Los agentes Policiales que participaron en el operativo no refirieron que estuvieren ejecutando el ilícito o portando estupefaciente, y el autor del delito aseguró que no recibió ayuda de su parte en la ejecución. (...) no pudieron corroborar la información aportada por la fuente humana no formal"

Luego entonces, la absolución dentro de la investigación penal tuvo como génesis la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, en la medida que no pudo establecerse la participación del señor ANIBAR GÓMEZ, en el delito de "TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES", teniendo en cuenta que se demostró que la condición del demandante, fue la propia de la de una persona que ha optado consumir sustancias psicoactivas como modus vivendi.

5. Imputación.

5.1. Del régimen de imputación en el subjuice.

La sentencia de unificación referenciada concretó que todos los regímenes de imputación resultan válidos, debiendo el operador judicial privilegiar aquel que resulte comprobado del acopio probatorio.

En este contexto, la Sala se aparta del régimen objetivo de responsabilidad, como quiera que la Fiscalía y el Juez de Control de Garantías, al momento de decretar la medida de aseguramiento no tuvieron en cuenta la aceptación de cargos presentada por el señor JESUS MOSQUERA, debido a que desde la legalización de la captura señaló que los demás indiciados eran consumidores, además que en el proceso penal

Expediente 19001-33-33-009-2016-00029-01
Demandante ANIBAR GÓMEZ Y OTROS
Demandado NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTROS
Medio de Control REPARACIÓN DIRECTA – SEGUNDA INSTANCIA

respecto al señor ANIBAR GÓMEZ no se tuvo en cuenta el elemento subjetivo necesario para la efectiva tipificación de la conducta punible.

La Corte Suprema de Justicia ha establecido que²⁵:

*"En todos los casos, el consumidor ocasional, recreativo o adicto no puede ser considerado como sujeto pasible del derecho penal, cuando la conducta que realiza carece de cualquier connotación afín al tráfico o distribución de sustancias estupefacientes o psicotrópicas o drogas sintéticas, **con independencia de la cantidad de sustancia prohibida que se lleve consigo, pues en tales eventos no se produce un efectivo menoscabo o peligro concreto para los bienes jurídicos que pueden ser objeto de tutela por el legislador**"*

Así las cosas, lo que se vislumbra es una inadecuada labor de la Fiscalía, que no se detuvo a verificar la condición de consumidor del señor ANIBAR GÓMEZ, ni los elementos materiales probatorios, menos aún el allanamiento a cargos del verdadero autor del delito quien excluye de cualquier nivel de participación en la comisión del ilícito penal al señor GÓMEZ, sino que sin más procedió a elevar solicitud de medida de aseguramiento, incumpliendo con su deber funcional, falla que también resulta predicable del Juez de Control de Garantías, quien tiene la función de analizar todo el material probatorio al momento de dictar la medida de aseguramiento. El Juez de Control de garantías no efectuó el análisis correspondiente de legalidad proporcionalidad y razonabilidad de la medida. Se trató de una conducta atípica por la que fue recluido en establecimiento carcelario el señor ANIBAR GÓMEZ.

4.2.1. Verificación de la culpa grave o el dolo desde el punto de vista civil.

Pese a evidenciarse que dentro del proceso penal seguido en contra de ANIBAR GÓMEZ se resolvió absolverlo por aplicación al principio de in dubio pro reo, se debe verificar si el privado de la libertad actuó, "visto exclusivamente bajo la óptica del derecho civil", con culpa grave o dolo, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva.

²⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación penal MP Patricia Salazar Cuellar SP 9916-2017. 11 de julio de 2017

Expediente 19001-33-33-009-2016-00029-01
Demandante ANIBAR GÓMEZ Y OTROS
Demandado NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTROS
Medio de Control REPARACIÓN DIRECTA – SEGUNDA INSTANCIA

Para ello, resulta preponderante el hecho de que tal como consta en el material probatorio allegado, desde la audiencia preliminar de legalización de captura²⁶ se evidenció que:

*“Después de un receso solicitaron que se escuchara al señor JESUS MOSQUERA, quien renunció al derecho a guardar silencio y se le interpuso los derechos consagrados en el artículo 8 de la ley 906 de 2004, **quien da cuenta de la residencia objeto de registro y allanamiento y que conoce a los señores ANIBAR GÓMEZ, BEATRIZ RAMIREZ y HENRY VALENCIA CAICEDO, como consumidores de alucinógenos porque él les vende dicha sustancia ya que es expendedor pero que en ningún momento tiene conocimiento que los antes citados sean expendedores sino consumidores.**”*

Teniendo conocimiento de lo anterior se procedió a la realización de la formulación de imputación al señor ANIBAR GÓMEZ en calidad de cómplice de la conducta denominada TRÁFICO, FABRICACIÓN, PORTE DE ESTUPEFACIENTES y posteriormente se le impuso la medida de aseguramiento de detención preventiva.

El Juez de Control de Garantías concluyó que se podía inferir razonablemente que los imputados podían ser autores o partícipes de la conducta investigada y que cumplieron con los requisitos del artículo 308 de la Ley 906 de 2004 debido a que consideró que la conducta investigada era grave y afirmó que:

*“Si bien es cierto el hecho de que haya manifestado el señor JESUS MOSQUERA de que los señores ANIBAR GÓMEZ, BEATRIZ RAMIREZ y HENRY VALENCIA CAICEDO sean consumidores, **no se les exime que también sean expendedores de sustancias alucinógenas porque pueden ejercer las dos actividades**”*

De lo anterior, se desprende que el procedimiento impartido fue el señalado en el artículo 308 de la Ley 906 de 2004, vigente para el momento de los hechos, que consagra:

*“**Artículo 308. REQUISITOS.** El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:*

²⁶ Folios 31 y 32

Expediente 19001-33-33-009-2016-00029-01
Demandante ANIBAR GÓMEZ Y OTROS
Demandado NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTROS
Medio de Control REPARACIÓN DIRECTA – SEGUNDA INSTANCIA

1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.
2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.
3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia. (...)"

De los supuestos fácticos arriba relacionados, se colige entonces, que la conducta del señor ANIBAR GÓMEZ verificada exclusivamente desde el punto de vista civil, no permite entrever dolo o culpa grave en su proceder, pues el hecho de ser consumidor de sustancias alucinógenas no constituye razón suficiente para concluir su participación activa en el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes debido a que la conducta de conservar que fue el verbo rector utilizado dentro de la imputación no constituye por sí solo la conducta típica, sino que debe poseer un elemento subjetivo o una finalidad específica, que en estos casos se trate para la venta o distribución²⁷.

De igual manera, llama la atención de la Sala el hecho expuesto por la Fiscalía, en el que se aduce desde la legalización de la captura que el señor ANIBAR GÓMEZ fue cómplice de la conducta de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en la modalidad de conservar para el expendio, teniendo en cuenta que el señor JESUS MOSQUERA se allanó a cargos, asumiendo como suyos los insumos encontrados y además afirmó desde el primer momento que los demás indiciados eran simplemente consumidores, situación que imposibilita entrever el dolo o culpa grave del hoy demandante.

En consecuencia, al no evidenciarse la culpa grave o dolo civil del demandante, fuerza concluir que el daño irrogado constitutivo de la privación de la libertad, es a todas luces injusto, como quiera que desde las audiencias preliminares, se tenía conocimiento del autor material del

²⁷ "La Corte Suprema de Justicia consolidó la tesis de considerar al consumidor como sujeto de protección constitucional reforzada, merece por lo tanto de una discriminación positiva, la que riñe con el contenido de injusto de una conducta punible. Esa protección reforzada se funda en que la drogadicción es una enfermedad psiquiátrica que requiere tratamiento médico en tanto afecta la autodeterminación y autonomía de quien la padece, dejándola en un estado de debilidad e indefensión que hace necesaria la intervención del Estado en aras de mantener incólumes los derechos fundamentales del afectado" Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal MP. Patricia Salazar Cuellar SP 025-2019

Expediente 19001-33-33-009-2016-00029-01
Demandante ANIBAR GÓMEZ Y OTROS
Demandado NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTROS
Medio de Control REPARACIÓN DIRECTA – SEGUNDA INSTANCIA

ilícito y por lo tanto, sin más elementos materiales probatorios que permitieran edificar la complicidad del señor ANIBAR GÓMEZ, mal podía la Fiscalía elevar la solicitud de medida de aseguramiento.

Considerando las conclusiones al interior del proceso penal, considera la Sala que si bien todas las personas están obligadas a responder ante las autoridades por los delitos que se les imputa, y deben soportar las investigaciones judiciales que en su contra se adelanten, no resulta proporcional con los postulados del Estado Social de Derecho, que un particular que hubiere sido privado de su derecho a la libertad, asuma de forma inmutable la privación de ese derecho, en aras de salvaguardar la eficacia de las decisiones del Estado, pues tal argumentación implicaría el desconocimiento de la garantía del derecho a la libertad consignada tanto en la Constitución Política como en Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos suscritos por el Estado colombiano²⁸, y que en virtud del artículo 93 superior, prevalecen en el orden interno.

5.2. Responsabilidad solidaria de las entidades demandadas en la causación del daño antijurídico.

La Fiscalía General de la Nación sostuvo que el daño padecido por los demandantes resulta imputable a la Rama Judicial, en cuanto fue un Juez de Control de Garantías el que impuso la medida de aseguramiento, concluyendo que bajo la Ley 906 de 2004, el ente acusador no profiere medidas limitativas de la libertad, y tal como lo ha decantado la jurisprudencia del Consejo de Estado, no le corresponde asumir responsabilidad por privación injusta de la libertad.

Por su parte la Rama Judicial, considera que en razón a que la acción penal está radicada en cabeza de la Fiscalía General de la Nación,

²⁸Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que señala que "1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta..."; y la Convención Americana de Derechos Humanos²⁸ que en su artículo 7° establece: "1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas de los Estados o por las leyes dictadas conforme a ella. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios."

Expediente 19001-33-33-009-2016-00029-01
Demandante ANIBAR GÓMEZ Y OTROS
Demandado NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTROS
Medio de Control REPARACIÓN DIRECTA – SEGUNDA INSTANCIA

aquella es la llamada a responder por los perjuicios padecidos por los demandantes.

Al respecto, debe precisarse que dentro del proceso penal génesis de esta litis, se encuentra acreditado que la medida de aseguramiento de detención preventiva le fue impuesta por el Juez Segundo Promiscuo Municipal de Patía con Funciones de Control de Garantías de turno, la cual fue concretada a solicitud de la Fiscalía General de la Nación.

No obstante, de conformidad con los elementos probatorios allegados al expediente penal, el Juzgado Penal del Circuito de Patía con Funciones de Conocimiento resolvió absolver por aplicación del principio de in dubio pro reo a ANIBAR GÓMEZ, decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán en tanto la situación de los procesados fue la propia de quienes han optado por consumir sustancias psicoactivas y además porque los policías que realizaron el allanamiento a la propiedad del señor JESUS MOSQUERA no lograron corroborar la información mediante la cual se afirmó que el señor ANIBAR GÓMEZ expendía estupefacientes.

Del análisis conjunto de los elementos de prueba transcritos, para la Sala es clara la labor mancomunada de la Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación en la producción del daño derivado de la privación de la libertad del demandante, pues está demostrada la intervención de la Fiscalía en el proceso penal desde la audiencia de legalización de captura, así como también del operador judicial, cuyas decisiones estuvieron precedidas de la solicitud que hiciera el ente instructor con fundamento en los elementos probatorios recaudados, como aconteció con la legalización de captura, la imputación e imposición de la medida de aseguramiento.

Entonces, aunque para el Tribunal Administrativo del Cauca es claro que bajo el sistema penal regido por la Ley 906 de 2004, la Fiscalía General de la Nación no impone medidas de aseguramiento, tampoco puede desconocerse que a partir de su labor constitucional, incide directamente

en la decisión del Juez de Control de Garantías y por lo tanto, no es posible exonerarla de responsabilidad.

6. De los perjuicios morales.

Establecida la concurrencia de los elementos de la responsabilidad del Estado, en cabeza de la Nación – Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación en el presente asunto, la Sala entrará a determinar los perjuicios que se reconocerán a los demandantes.

En el presente asunto, los demandantes solicitan el pago de **perjuicios morales** en la siguiente cuantía:

| Perjuicios morales solicitados en la demanda | | |
|--|----------|--|
| Demandante | Cuantía | Prueba de parentesco |
| Anibar Gómez (Víctima directa) | 90 SMLMV | |
| Wilson Hernando Gómez Muñoz (hijo) | 90 SMLMV | Registro Civil de Nacimiento ²⁹ |
| Nancy Marina Gómez Muñoz (hija) | 90 SMLMV | Registro Civil de Nacimiento ³⁰ |
| Hortencia Gómez (Madre) | 90 SMLMV | Registro Civil de Nacimiento ³¹ |
| Diolanda Caicedo Gómez (Hermana) | 45 SMLMV | Registro Civil de Nacimiento ³² |
| Marisel Gómez (Hermana) | 45 SMLMV | Registro Civil de Nacimiento ³³ |
| Luz Esneda Caicedo Gómez (Hermana) | 45 SMLMV | Registro Civil de Nacimiento ³⁴ |
| Gloria Amparo Caicedo Gómez (Hermano) | 45 SMLMV | Registro Civil de Nacimiento ³⁵ |
| Erlis Antonio Caicedo Gómez (Hermano) | 45 SMLMV | Registro Civil de Nacimiento ³⁶ |

La privación de la libertad, de acuerdo con las reglas de la experiencia, causa una afectación de índole moral, dolor, angustia, zozobra, tanto en la persona que la sufre, como en su núcleo familiar y afectivo.

²⁹ Folio 21

³⁰ Folio 23

³¹ Folio 11

³² Folio 15

³³ Folio 17

³⁴ Folio 19

³⁵ Folio 25

³⁶ Folio 27

En el sub judice, habiéndose acreditado el interés para solicitar la reparación de cada uno de los demandantes, la Sala acude a los criterios esgrimidos en la Sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014³⁷, habida consideración que el tiempo de privación de la libertad fue superior a 12 meses e inferior a 18.

De igual manera, y teniendo en cuenta que el Consejo de Estado ha establecido que con la prueba del parentesco se infiere la afectación moral de la víctima y de los parientes cercanos, en el caso en concreto se probó que los demandantes son los parientes por consanguinidad en primer y segundo grado del señor ANIBAR GOMEZ, operando la presunción aludida, en consecuencia se reconocerán los siguientes perjuicios morales:

| Demandante | Cuanfía |
|---------------------------------------|----------------|
| Anibar Gómez (Víctima directa) | 90 SMLMV |
| Wilson Hernando Gómez Muñoz (hijo) | 90 SMLMV |
| Nancy Marina Gómez Muñoz (hija) | 90 SMLMV |
| Hortencia Gómez (Madre) | 90 SMLMV |
| Diolanda Caicedo Gómez (Hermana) | 45 SMLMV |
| Marisel Gómez (Hermana) | 45 SMLMV |
| Luz Esneda Caicedo Gómez (Hermana) | 45 SMLMV |
| Gloria Amparo Caicedo Gómez (Hermano) | 45 SMLMV |
| Erlis Antonio Caicedo Gómez (Hermano) | 45 SMLMV |

7. Del lucro cesante.

La indemnización del rubro indemnizatorio fijado por el Órgano Vértice de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo define que una persona en edad productiva devenga por lo menos el salario mínimo, razón por la que atemperándose a la jurisprudencia en materia de privación injusta de

³⁷ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, exp. 36149. M.P. Hernán Andrade Rincón (E). Actor: José Delgado Sanguino y otros. Demandada: La Nación – Rama Judicial.

Expediente 19001-33-33-009-2016-00029-01
Demandante ANIBAR GÓMEZ Y OTROS
Demandado NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTROS
Medio de Control REPARACIÓN DIRECTA – SEGUNDA INSTANCIA

la libertad, teniendo en cuenta que el señor ANIBAR GÓMEZ era una persona productiva, se debe tomar como base de la liquidación el equivalente al salario mínimo mensual legal, ya que se presume que, por lo menos, percibía esa suma de dinero que para ese año se fijó en \$ 644.350.

Respecto al pago del 25% adicional por concepto de prestaciones sociales el Consejo de Estado, explicó:

"Se precisa que toda vez que las prestaciones sociales son un beneficio al cual tienen derecho, únicamente las personas que se encuentran bajo una relación laboral, mas no así los contratistas o quienes se dediquen a actividades productivas independientes, para la Sala, cuando la víctima no acredita que al momento de la restricción de su libertad era un trabajador dependiente, dicho reconocimiento resulta improcedente" ³⁸

Por lo anterior, dado que en la demanda se estableció que el señor ANIBAR GÓMEZ trabajaba en oficios varios, por lo tanto no se trata de un trabajador dependiente, por ello y conforme a la jurisprudencia citada, no tiene derecho al reconocimiento del 25% por concepto de prestaciones sociales.

Por lo expuesto, se reconocerá lucro cesante consolidado desde el 05 de junio de 2014 fecha en la que fue privado de la libertad, hasta el 01 de septiembre de 2015, fecha en que se expidió la boleta de libertad número 009, por lo tanto se establece que estuvo privado de la libertad 14,9 meses.

Para el efecto, se tendrá en cuenta la siguiente ecuación establecida por el Consejo de Estado:

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

Donde:

S= Es la indemnización por obtener.

Ra= Ingreso Base de Liquidación sobre el cual se liquidará el lucro cesante consolidado para el señor ANIBAR GÓMEZ \$828.116.

³⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera MP. Marta Nubia Velásquez Rico. 30 de agosto de 2017

Expediente 19001-33-33-009-2016-00029-01
Demandante ANIBAR GÓMEZ Y OTROS
Demandado NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTROS
Medio de Control REPARACIÓN DIRECTA – SEGUNDA INSTANCIA

I= Interés puro o técnico 0.004867

n= Número de meses que corresponde al periodo de indemnización= 14,9 meses, más 8,75 meses en que tarda una persona en ubicarse laboralmente después de haber estado privado de la libertad, es decir, 23,65 meses.

Como quiera que el salario mínimo del año 2015, fecha en la cual la víctima directa recobró su libertad, una vez actualizado, es inferior al salario mínimo de 2019, se tendrá en cuenta el salario mínimo de este año.

Lo anterior debido a la jurisprudencia del Consejo de Estado que ha establecido que:

"Para la Sala lo anterior resulta procedente, toda vez que, en anteriores oportunidades, ha reconocido también el lapso que, según las estadísticas, una persona requiere en Colombia para conseguir trabajo luego de haber obtenido su libertad, o acondicionarse en una actividad laboral.

En efecto, acerca del período a liquidar en eventos de privación injusta de la libertad, la Sala ha sostenido:

"En cuanto al tiempo que, en promedio, suele tardar una persona en edad económicamente activa en encontrar un nuevo puesto de trabajo en Colombia, la Sala se valdrá de la información ofrecida por el Observatorio Laboral y Ocupacional Colombiano, a cargo del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), de acuerdo con la cual dicho período equivale a 35 semanas (8.75 meses)"³⁹.

Por lo tanto se reconocerá la suma de \$ 20.703.328 por concepto de lucro cesante.

8. Costas.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, dentro de la sentencia el Juez deberá pronunciarse sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

³⁹ Consejo de Estado. Sección tercera. MP Hernán Andrade Rincón. 10 de mayo de 2017.

18001-23-31-000-2009-00338-01(49113)

Expediente 19001-33-33-009-2016-00029-01
Demandante ANIBAR GÓMEZ Y OTROS
Demandado NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTROS
Medio de Control REPARACIÓN DIRECTA – SEGUNDA INSTANCIA

Así las cosas, en razón a que se revocará la decisión de primera instancia, se condenará a la parte demandada en ambas instancias, de conformidad con el artículo 366 del CGP. Las agencias en derecho de segunda instancia se fijan en la suma del cero cinco por ciento (0.5%) de la condena impuesta.

III. DECISIÓN

Por lo anteriormente expuesto el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

FALLA

PRIMERO.- REVOCAR la Sentencia N° 124 del 24 de octubre de 2017 por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- En consecuencia, **DECLARAR** patrimonialmente responsable a la NACIÓN- RAMA JUDICIAL – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN por los perjuicios causados a los demandantes con ocasión de la privación injusta de la libertad del señor ANIBAR GÓMEZ.

TERCERO.- CONDENAR a la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** a pagar, de manera solidaria, en una proporción del 50% a cada entidad:

a. *Por concepto de perjuicios morales las siguientes sumas de dinero a favor de los demandantes*

| Demandante | Cuantía |
|------------------------------------|----------------|
| Anibar Gómez (Víctima directa) | 90 SMLMV |
| Wilson Hernando Gómez Muñoz (hijo) | 90 SMLMV |
| Nancy Marina Gómez Muñoz (hija) | 90 SMLMV |
| Hortencia Gómez (Madre) | 90 SMLMV |
| Diolanda Caicedo Gómez (Hermana) | 45 SMLMV |
| Marisel Gómez (Hermana) | 45 SMLMV |

Expediente 19001-33-33-009-2016-00029-01
Demandante ANIBAR GÓMEZ Y OTROS
Demandado NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTROS
Medio de Control REPARACIÓN DIRECTA – SEGUNDA INSTANCIA

| | |
|---------------------------------------|----------|
| Luz Esneda Caicedo Gómez (Hermana) | 45 SMLMV |
| Gloria Amparo Caicedo Gómez (Hermano) | 45 SMLMV |
| Erlis Antonio Caicedo Gómez (Hermano) | 45 SMLMV |

b. Por concepto de indemnización de **perjuicios materiales**, en la modalidad de lucro cesante, la suma de \$ 20.703.328 a favor del señor ANIBAR GÓMEZ.

CUARTO.- CONDENAR en costas a la parte demandada en ambas instancias. Líquidense en el Juzgado de origen.

QUINTO.- NOTIFÍQUESE la presente sentencia a las partes dentro de los tres días siguientes, mediante el envío del texto de esta providencia al buzón de correo electrónico para notificaciones judiciales.

SEXTO.- Devuélvase al juzgado de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se hace constar que el proyecto de sentencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión de la fecha.

Los Magistrados,


NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ


DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO


JAIRO RESTREPO CÁCERES
(aclara voto)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA

Popayán, Veinticuatro (24) de Julio de dos mil diecinueve (2019)

Expediente: 19001-33-31-703-2016-00029-01.
Demandante: ANIBAR GOMEZ Y OTROS
Demandado: NACION - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.
Medio de control: REPARACION DIRECTA SEGUNDA INSTANCIA

ACLARACION DE VOTO

Con el correspondiente respeto, procede el suscrito Magistrado a aclarar el voto en la sentencia del 18 de julio de 2019 dentro del proceso de la referencia con Ponencia del Magistrado NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ, por cuanto

En el presente asunto se condena a la entidad demandada por la privación injusta de la libertad del que fue objeto el actor con el argumento *que la Fiscalía no se detuvo a verificar la condición de consumidor del señor Gómez ni los elementos probatorios ni el allanamiento a de los cargos del verdadero autor del delito que excluye cualquier participación del señor Gómez , sin embargo procedió a elevar medida de aseguramiento incumpliendo con su deber funcional*

La anterior falla en el decreto de la medida de aseguramiento del demandante se encuentra debidamente acreditada, por lo tanto al haberse evidenciado el daño antijurídico por él soportado ocasionado por los aludidos errores por parte de la Fiscalía y el Juez de Garantías en el decreto de la medida de aseguramiento , es argumento más que suficiente para proceder a indemnizarlo por los correspondiente perjuicios. Por lo anterior me encuentro acorde con la decisión tomada en la sentencia *sub examine*.

No obstante aclaro el voto, en el sentido que, al quedar establecida la falla en el decreto de la medida de aseguramiento anotada la cual permite condenar a las entidades estatales demandadas, hace innecesario realizar el análisis de la conducta del actor en los correspondientes hechos punibles, puesto que, de ser afirmativa la respuesta, esto es, que hubiese actuado con culpa o de ser negativa, es decir, no hubo culpa de actor, de todas maneras procede la condena a la entidad por la falla de las entidades estatales en el decreto de la medida de aseguramiento por los errores facticos y probatorios ya anotados.

Lo anterior conforme a la sentencia de unificación del Consejo de Estado¹ la cual establece que será necesario hacer el respectivo análisis a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, esto es, identificar la antijuridicidad del daño. Así mismo que el funcionario judicial, en preponderancia de un juicio libre y autónomo y en virtud del principio *iura novit curia*, puede encausar el análisis del asunto bajo las premisas del título de imputación que considere pertinente, de acuerdo con el caso concreto y deberá manifestar de forma razonada los fundamentos que le sirven de base para ello.

En el presente caso se encontró la falla de la administración de justicia, esto es, la culpa de las entidades judiciales y bajo ese título de imputación acertadamente se condenó. Por ello, el análisis de la culpa del actor cobraría relevancia en el evento que no se hubiere acreditado la falla referida, es decir, que las entidades judiciales en el decreto de la medida lo hubiesen realizado con apego al ordenamiento jurídico, por lo tanto se precisaría analizar la conducta del actor, por esta razón la sentencia de unificación indica "*Si el juez no halla en el proceso ningún elemento que le indique que quien demanda incurrió en esa clase de culpa o dolo, debe establecer cuál es la autoridad u organismo del Estado llamado a reparar el daño*". Lo cual, se itera, es inocuo si la reparación del daño es como consecuencia de la falla judicial.

Por lo tanto recalcando que en presente asunto es irrelevante el análisis de culpa del actor para proceder a la indemnización, pues la misma deviene de la falla de las entidades en el decreto de la medida de aseguramiento, y aunque resulte anodino para efectos prácticos referirse al tema en el caso concreto, no estoy de acuerdo con el análisis de culpa efectuado, por cuanto a mi juicio el actor si incurrió en culpa desde el punto de vista civil en la medida que fue capturado en flagrancia consumiendo alucinógenos en un sitio de expendió de estupefacientes. Por lo tanto de no haberse presentado las fallas judiciales anotadas considero que no habría lugar a la indemnización por la conducta del actor, pero reitero, la anterior elucubración resulta fútil puesto que el derecho a ser indemnizado le nace al demandante por la plurimencionada falla judicial debidamente acreditada en el plenario.

Por lo referido estoy acorde con la decisión de la sentencia en condenar a las entidades judiciales a reparar los perjuicios sufridos por el actor con ocasión de la privación injusta de la libertad, bajo las consideraciones esbozadas.



JAIRO RESTREPO CÁCERES
Magistrado

¹ sentencia de unificación jurisprudencial fechada 15 de agosto de 2018, expediente No. 66001 23 31 000 – 2010 00235 01 (46.947), C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, el Consejo de Estado