



751

Tribunal Administrativo de Boyacá
Sala de Decisión No. 3
Magistrada Ponente: Clara Elisa Cifuentes Ortíz

Tunja, febrero veintisiete (27) de dos mil veinte (2020)

Medio de control: Reparación Directa
Demandante: **Nancy Correa Pidiache y otros**
Demandado: Fiscalía General de la Nación y otro
Expediente: 15238-33-33-752-2014-00040-01

Decide la Sala los recursos de apelación presentados por las entidades demandadas contra la sentencia de primera instancia proferida el 2 de abril de 2019 por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Sogamoso, mediante la cual se accedió parcialmente las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.1. Demanda (f. 11-22 c.1):

En ejercicio del medio de control de reparación directa, a través de apoderado judicial, Nancy Correa Pidiache y Juan Armando Niño Tocarruncho, actuando en nombre propio y en representación de sus menores hijos Diego Alejandro y María Fernanda Niño Correa; María Otilia Pidiache y Teófilo Correa Ríos, quienes también actúan en nombre propio y representación del menor Duvier Leonardo Correa Pidiache, solicitan se declare responsable a la Fiscalía General de la Nación “en razón del daño antijurídico derivado de la injusta privación de la libertad y judicialización efectuada por la Fiscalía General de la Nación a través de su delegada ante el juez de Sogamoso Boyacá derivado de las falsas acusaciones del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD – DAS, en sus informes de inteligencia, avaladas indebidamente por la Fiscalía General de la Nación...” (f. 11).

Como consecuencia de lo anterior, se condene a la Fiscalía General de la Nación a pagar:

❖ **Perjuicios morales:** 100 SMLMV a cada uno de los demandantes.

- ❖ **Daño a la vida en relación:** 100 SMLMV a cada uno de los demandantes.
- ❖ **Daño material:** *“Aunque NANCY CORREA PIDIACHE no tenía por qué haber pagado honorarios para defenderse de las falsas imputaciones que miembros del DAS le lanzaron, y que además como consecuencia de su injusto encarcelamiento sus familiares y ella misma incurrieron en una serie de gastos que entre otras le impidieron continuar con sus estudios profesionales, se reconoce que a la fecha de los hechos su actividad exclusiva estaba encaminada a su formación profesional en estudios de medicina, siendo ello así, no es posible reclamar daño alguno por ese concepto, salvo los gastos representados en honorarios pagados a los profesionales del derecho que en su momento la defenieron (sic)” (f- 12).*

Los hechos que respaldan el petitum son los siguientes:

- ❖ El 19 de octubre de 2004, el DAS de Sogamoso solicitó a la URI la judicialización de Nancy Correa Pidiache, Nuvia Nenela Golleneche y Florentino Abril Vargas porque, al parecer, milicianos activos de la guerrilla que delinquía en los Municipios de Pisba, Paya y Labranza Grande, mediante labores de inteligencia logística que favorecía a ese grupo subversivo.
- ❖ El 26 de noviembre de 2004 se ordenó la captura de la señora Nancy Correa Pidiache.
- ❖ El 9 de diciembre de 2004, la Fiscalía Delegada ante los Jueces del Circuito de Sogamoso, resolvió imponer medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario a la demandante.
- ❖ El 20 de enero de 2005, la Fiscalía decretó la nulidad de lo actuado desde la diligencia de indagatoria (3 de diciembre de 2004), rendida por Nancy Correa Pidiache.
- ❖ El 10 de febrero de 2005, la Fiscalía Tercera Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Sogamoso impuso medida de aseguramiento en establecimiento carcelario por el delito de rebelión.
- ❖ El 27 de mayo de 2005, el Fiscal de Instrucción acusó a la demandante como autor responsable del delito de rebelión y ordenó la detención domiciliaria, toda vez que a la fecha contaba con más de 28 semanas de embarazo.

- ❖ *El 16 de febrero de 2006, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Sogamoso sustituyó la detención preventiva intramural por domiciliaria.*
- ❖ *El 27 de noviembre de 2006 se profirió sentencia absolutoria a favor de la demandante.*
- ❖ *La Fiscalía presentó recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia.*
- ❖ *La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, mediante sentencia de 8 de septiembre de 2011, declaró prescrita y extinguida la acción penal. La actora fue notificada el 16 de septiembre siguiente.*
- ❖ *El 11 de octubre de 2011, mediante Boleta de Libertad, el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo ordenó al Director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Sogamoso realizar los trámites necesarios para conceder la libertad inmediata de la accionante.*

1.2. Contestación de la demanda:

1.2.1. Fiscalía General de la Nación (f. 352-357 c.1):

Manifestó que no existen pruebas que respalden la presunta falla en el servicio pues, no se estructuraron los supuestos esenciales que permitan definir la responsabilidad, máxime si se tiene en cuenta que no se demuestra una actuación negligente.

La entidad adelantó la instrucción dentro del proceso señalado para investigar la comisión de un hecho punible y agotó todas las etapas procesales con respeto del debido proceso. Más adelante, sostuvo:

“...siendo evidente que la Terminación de la acción penal por prescripción obedeció a causas propias del procedimiento y en la etapa de la causa y no por un funcionamiento anormalmente deficiente por parte de los funcionarios de la fiscalía de conocimiento, como lo pretende demostrar el apoderado de la parte actora, en la demanda presentada, esto deja sin hacedero, el nexa causal que puede convertir a mi demandada en centro de imputación patrimonial por responsabilidad administrativa” (f. 355).

Agregó que la Fiscalía General de la Nación tenía los indicios que válidamente le permitieron definir la situación jurídica y, posteriormente, precluir la investigación por no tener plena prueba.

1.2.2. Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial¹ (f. 464-467 c.1):

En la audiencia inicial realizada el 13 de mayo de 2016, la jueza a quo decidió tener por no contestada la demanda (f. 475 vto.).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Sogamoso, puso término a la instancia con sentencia proferida el **2 de abril de 2019** que declaró la responsabilidad de las entidades demandadas, ordenó el pago de perjuicios y condenó en costas a las mismas.

Luego de pronunciarse sobre **(i)** los presupuestos de la responsabilidad extracontractual del Estado y **(ii)** los parámetros jurisprudenciales acerca de la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad, descendió al caso concreto, en el cual refirió el acervo probatorio recaudado y, a partir de este, se decantó el análisis.

Advirtió que la señora Nancy Correa Pidiache porque no se contaba con los elementos de prueba necesarios que acreditaran la comisión del delito de rebelión, pues los testimonios no coincidían, concretamente, en la descripción física de la sindicada, a quien se identificó con el alias de “guachimana” y se le relacionó con los comandantes del grupo guerrillero E.L.N.

Consideró que la demandante no fue debidamente individualizada pues, las características físicas señaladas no fueron cotejadas oportunamente, ni siquiera cuando “el mencionado Fiscal la tuvo en frente en el momento que la hoy demandante debió asistir a las indagatorias que las ritualidades del procedimiento acusatorio le imponían, dándole prevalencia a unos testimonios que con posterioridad el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Sogamoso desestimó por no atender a la verdad” (f. 649

¹ En la audiencia de pruebas realizada el 3 de junio de 2015, como medida de saneamiento, se ordenó su vinculación en calidad de litisconsorte necesario por pasiva (f. 455-456 c.1).

753

Medio de control: Reparación Directa
Demandante: **Nancy Correa Pidiache y otros**
Demandado: Fiscalía General de la Nación y otro
Expediente: 15238-33-33-752-2014-00040-01

vto.). A juicio de la jueza a quo, aquella omisión denota un desconocimiento flagrante de una obligación legal que recae en la Fiscalía General de la Nación.

Aunado a lo anterior, indicó que el juez ad quem de la causa penal resolvió la situación jurídica de la demandante cinco años después de haberse proferido la sentencia de primera instancia, es decir, prolongó injustificadamente la medida de aseguramiento de que fue objeto la actora. Estas circunstancias, consideró, hacen injusta la privación de la libertad de la demandante. A continuación, arguyó:

“...la privación de la libertad que hoy puede catalogarse de injusta, fue “consentida” o prolongada por la Rama Judicial como quiera que según se desprende de la providencia del 16 de febrero de 2006, la Rama Judicial, a través del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Sogamoso, una vez calificado el sumario con pliego acusatorio, avocó el conocimiento de la causa desde la misma fecha, manteniendo en situación de detención preventiva pero con carácter de domiciliario a la demandante. Teniendo en cuenta que la señora Correa Pidiache recobró su libertad hasta el 11 de octubre de 2011, fácilmente puede deducirse que tanto la Fiscalía General de la Nación como la Rama Judicial son responsables de la privación injusta de la libertad de la que fue víctima la ya citada demandante, entre el 1 de diciembre de 2004 al 20 de enero de 2005 y del 10 de febrero siguiente hasta el 11 de octubre de 2011.” (f. 650)

A más de lo anterior, señaló dos circunstancias relevantes: **(i)** la presión ejercida por los funcionarios de la Fiscalía sobre la demandante para que declarara su culpabilidad y **(ii)** el trato a la demandante cuando se encontraba en estado de embarazo y el tiempo de crianza de su hijo. Estas dos situaciones, dijo, comprometieron la dignidad humana de la demandante y hacen evidente la actuación arbitraria del ente investigador, pues si bien no debía dársele un trato privilegiado sí, por lo menos, diferenciado dada la condición en que se encontraba. Además, recalcó los derechos de las mujeres y advirtió la omisión en la atención médica frente a las atenciones y controles médicos prenatales.

Luego, estudió la configuración de una actuación dolosa o gravemente culposa por parte de la demandante. Sostuvo que puede predicarse una actuación fuera del derrotero para iniciar la investigación penal, ello, porque la detención obedeció a los informes que, en su momento, el DAS presentó ante la URI de Sogamoso y que se fundamentaron en unos testimonios rendidos por exguerrilleros.

Como consecuencia de lo anterior, resolvió la indemnización de perjuicios así:

- Perjuicios morales:

Indicó que la accionante estuvo privada de la libertad por un lapso de 6 años, 9 meses y 20 días, por lo cual debían reconocerse 100 SMLMV a cada uno de los demandantes, salvo al menor Duvier Leonardo Correa Pidiache (hermano), a quien se le reconocerían 50 SMLMV.

- Daño a bienes convencional y constitucionalmente protegidos:

Adujo que **(i)** la demandante fue objeto de presiones por parte de los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación que le llevaron a soportar insistentes acusaciones y **(ii)** tuvo que sobrellevar el embarazo de su primer hijo en condiciones de higiene deficiente y hacinamiento, por lo cual procedía reparar bienes convencional y constitucionalmente protegidos; sin embargo, como las medidas de restablecimiento no pecuniaria no resultan suficientes para otorgar una debida compensación, debe condenarse a las entidades enjuiciadas al pago de una indemnización equivalente a 50 smlmv en favor de la demandante, como víctima directa.

- Perjuicios materiales:

Negó este concepto, "comoquiera que no existe pretensión en relación con el lucro cesante y por cuanto los gastos en que presuntamente incurrió la parte actora para atender los honorarios de los abogados contratados para la defensa de la señora Nancy Correa Pidiache no fueron acreditados en el sub examine" (f. 654 vto.)

Por lo anterior resolvió: **(i)** declarar administrativa y patrimonialmente responsables a la Fiscalía General de la Nación y a la Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración judicial; **(ii)** condenar a las mismas entidades a pagar, en partes iguales, por concepto de perjuicios morales, los montos atrás señalados; **(iii)**, negó las demás pretensiones de la demanda y **(iv)** condenó en costas y por partes iguales a las entidades accionadas.

754

III. RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de primera instancia, las entidades demandadas presentaron recurso de apelación contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral de Sogamoso.

3.1. Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial (f. 657-661):

En primer lugar, solicitó “*respetuosamente se tengan en cuenta las razones que se expusieron en la contestación de la demanda para que sean estudiados en sede de apelación...*” (f. 657). Adicionalmente, argumentó:

“En el Proceso Penal al que resultó vinculado el señor JAIRO PINZÓN FAJARDO, los jueces de la República que intervinieron en el mismo, actuaron conforme a derecho, en aplicación de las normas consagradas en la Ley 906 de 2004, y las decisiones judiciales fueron proferidas con fundamento en el análisis de las pruebas, en aplicación del principio de la sana crítica, en consecuencia, la sentencia absolutoria del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Sogamoso del 16 de febrero de 2006 y la que declaró prescrita y extinguida la Acción Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, se profirieron de acuerdo con la Constitución, la ley y, según las ritualidades y procedimientos establecidas por las normas legales como garantía del debido proceso, de tal manera que, la diversidad de criterio jurídico entre una y otra instancia, fue simplemente la expresión del principio constitucional de la autonomía judicial.

*En virtud de lo expuesto **NO EXISTE NEXO DE CAUSALIDAD** entre las actuaciones y decisiones de los jueces penales que intervinieron en el proceso y el daño antijurídico reclamado por la demandante” (f. 660).*

3.2. Fiscalía General de la Nación (f. 675-687):

En escrito presentado el 30 de abril de 2019, la apoderada de esta entidad demandada, manifestó adherirse a la apelación presentada por la Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y manifestó reiterar “*los argumentos planteados en la contestación de la demanda y alegatos presentados y solicito se tengan en cuenta los argumentos expuestos relacionados con la falta de relación entre el daño alegado por los demandantes y la actuación que la entidad que represento en el proceso penal, como consecuencia de la presunta privación injusta de la libertad de la señora NANCY CORREA PIDIACHE, de acuerdo con las acusaciones del DEPARTAMENTO DE SEGURIDAD – DAS y testimonios dentro del proceso penal, informe de inteligencia que llevó a la orden de captura” (f. 688-689).*

Argumentó que la actuación de investigación se surtió de conformidad con la Constitución Política y las disposiciones sustanciales, funcionales y constitucionales, en consecuencia, no se puede predicar ningún error por parte de esta entidad. Que la Fiscalía fue creada por inspiración institucional, teniendo unas funciones determinadas previstas en el estatuto de procedimiento penal, en consecuencia, en cumplimiento de un deber se dictó la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, se declaró la nulidad de lo actuado desde la audiencia de indagatoria y, posteriormente, se ordenó nuevamente la medida de aseguramiento que fue sustituida por detención domiciliaria, dado el estado de embarazo de la demandante.

Que la Policía Judicial cumple unas funciones específicas en relación con los procesos penales y, por los daños causados en los tratos recibidos por el DAS y el INPEC, se debe reclamar a estas instituciones. Por estas razones, debe declararse probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la Fiscalía General de la Nación. Agregó que no se configuró el daño pues, según las pruebas, este fue generado por un tercero, este es, el DAS.

Citó in extenso la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 18 de agosto de 2018 y solicitó la sentencia sea revocada, en la medida que la responsabilidad no se presentó en las actuaciones de esta entidad, sino en la demora de los jueces para decidir el recurso correspondiente; ello, aunado a que no se probó el nexo causal y la entidad actuó en cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales. Luego, advirtió:

“La investigación penal tiene origen en el informe presentado por el extinto DAS, de donde se configura el HECHO DE UN TERCERO, ajeno a las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación. (...).

En caso de ser condenado el Estado se tenga en consideración que la detención de la señora NANCY CORREA PIDICHE, fue una detención domiciliaria. Periodo de 01-12-2004 a 20-01-2005; y, 10-02-2005 a 11-10-2011.” (f. 697).

Por último, solicitó se exonere de la condena en costas, toda vez que las pretensiones no fueron reconocidas en su totalidad.

255

IV. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

4.1. Admisión del recurso de apelación:

En auto de 4 de junio de 2019 se resolvió admitir el recurso de apelación presentado por las entidades demandadas contra la sentencia proferida el 2 de abril de 2019 por el Juzgado Primero Administrativo Oral de Sogamoso (f. 718 y vto.).

4.2. Solicitud probatoria:

Mediante auto proferido el 16 de julio de 2019 (f. 722-723), se negó la solicitud probatoria presentada por la Fiscalía General de la Nación en el escrito de apelación.

4.3. Traslado alegatos de conclusión:

En firme el auto que negó la solicitud probatoria presentada por la Fiscalía General de la Nación, el 2 de septiembre de 2019 se resolvió prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, y correr traslado a las partes por el término de diez (10) días para que presentaran sus alegatos de conclusión, vencido el cual, se ordenó correr traslado al Ministerio Público por el mismo término para que presentara concepto (f. 727 y vto.).

4.3.1. Fiscalía General de la Nación (f. 730 y ss.):

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda. Adicionalmente, se pronunció sobre las medidas de aseguramiento y citó las sentencias C-634 de 2000 y C-774 de 2001 proferidas por la Corte Constitucional, para señalar que no se configuran los supuestos esenciales que permitan estructurar la responsabilidad de la Fiscalía.

Dijo que la vinculación al proceso penal se dio con fines de indagatoria y, por tanto, la medida de aseguramiento no puede tildarse de injusta, pues estuvo fundada en pruebas que fueron legalmente aportadas a la investigación y que constituían indicios graves en contra de la demandante.

Agregó que los daños alegados a la salud no corresponden a la Fiscalía, en tanto el INPEC es el encargado de atender al detenido en relación con asuntos de salud durante el tiempo que esté detenido.

Afirmó, además, que 1) se avizora la eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima por las conductas probadas de la actora; 2) no es procedente el pago de 100 SMLMV porque la detención fue en su domicilio.

4.3.2. Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial:
Guardó silencio.

4.3.3. Parte demandante: *Guardó silencio.*

4.3.4. Ministerio Público (f. 743-749):

El señor Procurador 45 Judicial II Delegado ante este Tribunal opina que la sentencia de primera instancia amerita ser confirmada.

Luego de hacer un relato de los antecedentes del caso, se pronunció sobre los postulados de la responsabilidad del Estado y el marco normativo y jurisprudencial de la privación injusta de la libertad.

Consideró que la demandante sufrió un daño por la privación injusta de la libertad. Frente al primer periodo, este es, el comprendido entre el 1 de diciembre de 2004 y el 20 de enero de 2005, se evidencia la ilegalidad de la medida, en tanto el defensor de confianza de la actora solicitó la declaratoria de nulidad de la actuación a partir de la indagatoria, en tanto era necesaria la asistencia de un defensor.

Frente a la medida que inició el 10 de febrero de 2005, indicó que estuvo sustentada en testimonios que fueron desvirtuados y que, además, resultaban contradictorios con el aspecto físico de la demandante. Se desconoció el artículo 356 de la Ley 600 de 2000.

Sobre la responsabilidad de la Rama Judicial, señaló que:

- (i) el juez de la causa penal, una vez recibió el proceso, mantuvo la medida sin realizar un juicio de proporcionalidad ni necesidad;*
- (ii) el juez ad quem resolvió el recurso de apelación casi cinco años después de haberse proferido la decisión absolutoria.*

V. CONSIDERACIONES:

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por las entidades demandadas contra la sentencia proferida el **2 de abril de 2019** por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Sogamoso, dentro del proceso de la referencia.

5.1. De la competencia:

El artículo 328 del Código General del Proceso, prevé:

“Artículo 328. Competencia del superior.

El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia.” Negrilla fuera de texto

La Sala Plena del Consejo de Estado, en sentencia de 9 de febrero de 2012², unificó su jurisprudencia en lo concerniente a la competencia del juez *ad quem* con ocasión del recurso de apelación, al respecto dijo:

“Tal como en diversas oportunidades lo ha puntualizado la Jurisprudencia (sic) de la Sección Tercera del Consejo de Estado, conviene precisar que mediante el recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una determinada decisión judicial –en este caso la que contiene una sentencia–, por lo cual corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, con sus propias consideraciones o apreciaciones, para efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se plantean ante la segunda instancia. Lo anterior de conformidad con lo establecido en la parte inicial del artículo 357 del C. de P. C.

² Número interno 21060

“(…).

“Así pues, por regla general, a la luz de las disposiciones legales vigentes y según la interpretación que a las mismas les ha atribuido la Jurisprudencia (sic) nacional, se tiene entonces que el recurrente debe señalar en forma oportuna, esto es, dentro de los términos establecidos por la ley, tanto los asuntos o aspectos que considere lesivos de sus derechos, como también debe justificar las razones de su inconformidad, a las cuales deberá ceñirse el juez.

“No sobra mencionar que otra de las limitaciones relevantes a las cuales se encuentra materialmente sujeta la competencia del juez ad quem, para efectos de proferir el fallo respectivo con el cual ha de desatar la apelación interpuesta contra una sentencia, la constituye la garantía de la non reformatio in pejus, por virtud de la cual no resulta válidamente posible que, con su decisión, el juez de la segunda instancia agrave, empeore o desmejore la situación que en relación con el litigio correspondiente le hubiere sido definida al apelante único mediante la sentencia de primera instancia.

“(…).

“De esta manera resulta claro que el límite material para la competencia del juez superior lo constituye el alcance de la apelación y los propósitos específicos que con la misma se persiguen, lo cual se complementa de manera diáfana y directa con la garantía de la no reformatio in pejus, a la cual, simultáneamente, le sirve de fundamento y explicación”. –Negrilla fuera de texto–.

En sentencia proferida por la Subsección “A” de la Sección Tercera del Consejo de Estado el 5 de abril de 2017, en el proceso con número interno 43592 y ponencia del Consejero Doctor Carlos Alberto Zambrano Barrera, se indicó:

“...resulta claro que, para el juez de segunda instancia, su marco fundamental de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se formulen en contra de la decisión adoptada en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos (diversos a los planteados por el recurrente) se excluyen del debate en la instancia superior, teniendo en cuenta que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia de la sentencia como el principio “dispositivo de las partes”³.

Así, entonces, conforme al artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, “la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante y por lo tanto, el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso”. Lo anterior limita al ad quem a pronunciarse sólo sobre los aspectos que perjudicaron al apelante; por tanto, le corresponde al recurrente confrontar, con sus propias razones, los argumentos que el juez de primera instancia consideró

³ Dicho principio ha sido definido por la doctrina como “La facultad exclusiva del individuo de reclamar la tutela jurídica del Estado para su derecho, y en la facultad concurrente del individuo con el órgano jurisdiccional, de aportar elementos formativos del proceso y determinarlo a darle fin” (LÓPEZ BLANCO Hernán Fabio: “Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte General”, Tomo I, Dupré Editores, Bogotá, 2005, pág. 106).

SR

para tomar su decisión, para efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida los asuntos que se plantean en la apelación respectiva.”⁴ (Resaltado fuera de texto).

Criterio que también fue expuesto por la Subsección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia proferida el 23 de febrero de 2017:

“De acuerdo con el artículo 320 del Código General del Proceso, aplicable por expresa remisión del artículo 306 del CPACA, el recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida «...únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.». En consecuencia, el superior no puede pronunciarse sobre aspectos que no fueron objeto del mismo. Al respecto sostuvo esta Corporación en sentencia de 5 de julio de 2007⁵:

«Ahora, entrando al fondo del asunto, debe recordarse que esta Sección ha reiterado que en el recurso de apelación, cuya sustentación es obligatoria, so pena de declararse desierto, la competencia de la Corporación está restringida a los motivos de inconformidad expuestos por el recurrente contra la providencia objeto del recurso y que se relacionen, desde luego, con las causales de nulidad planteadas en la demanda, o con las consideraciones que sirvieron de sustento al Tribunal para dictar la sentencia. En consecuencia, la Sala estudiará los puntos sobre los cuales alegó la parte apelante en la sustentación del recurso, según se vio anteriormente.» Negrilla fuera de texto.

Bajo los anteriores parámetros será estudiado el recurso de apelación presentado por las entidades demandadas.

5.2. Sobre los argumentos de apelación de la Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial:

La entidad demandada solicitó “respetuosamente se tengan en cuenta las razones que se expusieron en la contestación de la demanda para que sean estudiados en sede de apelación...” (f. 657).

Así como el juez al momento de dictar sus providencias, debe tener en cuenta los hechos y las pruebas allegadas en el transcurso del proceso, para que su decisión responda a los problemas jurídicos que se planteen, **igual exigencia cabe a las actuaciones desplegadas por las partes en sus escritos, pruebas, alegatos e impugnaciones**, máxime en este último caso dado que los aspectos de

⁴ Si bien los anteriores argumentos fueron esbozados en vigencia del Código de Procedimiento Civil, en la actualidad tienen plena vigencia, dado que el Código General del Proceso no introdujo cambios sustanciales en ese aspecto.

⁵ Consejo de Estado, sección Segunda, Subsección A, radicado interno No. 9708-2005, actor: Aura Isabel Rubio Morán, M.P. doctor: Jaime Moreno García.

desacuerdo del recurrente serán el punto de partida para que en segunda instancia se estudie la providencia objeto de controversia.

El artículo 320 del CGP, en cuanto a la apelación señala que:

*“el recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, **únicamente en relación con los reparos concretos** formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión”. -Negrilla fuera de texto-*

El a-quo en la sentencia desató una controversia inicial **delimitada por las imputaciones y cargos de la demanda**, la contestación a la misma y la situación concreta, al cual sirven las pruebas recaudadas en el trámite procesal. Dicha controversia concluye con una sentencia que tiene la virtud de poner término a la diferencia y que se fundamenta en razones de hecho y derecho derivadas de lo probado en el plenario y a la aplicación concreta del ordenamiento jurídico al caso debatido⁶.

Ahora, cuando la parte inconforme con la decisión judicial apela al superior lo hace para que éste revoque la sentencia de primer grado y provea una decisión diversa o complementaria a la impartida en primera instancia⁷, **acto procesal que implica**

⁶ Corte Constitucional Sentencia T-158 de 26 de abril de 1993 MP. Vladimiro Naranjo Mesa: “...El juicio es propiamente el acto del juez en cuanto juez; por eso se le llama así, pues juez significa “el que decide conforme al ius”. Y el derecho es objeto de la justicia, por tanto el juicio, de acuerdo con la definición del término, corresponde siempre a lo justo y así el juicio, que se refiere a la determinación recta de lo que es justo, pertenece propiamente a la justicia. Por eso dice Aristóteles en la Ética, Libro V, Capítulo 4o. “Los hombres acuden al juez como a la justicia viviente”.

El proceso es un juicio y es lícito en cuanto implica un acto de justicia. Y como es evidente por la naturaleza procesal, se requieren tres condiciones para que un proceso sea debido: Primera, que proceda de una inclinación por la justicia; Segunda, que proceda de la autoridad competente; Tercera, que se profiera de acuerdo con la recta razón de la prudencia, en este caso, que se coteje integralmente toda pretensión, de tal manera que siempre esté presente el derecho de defensa, y que el juez en ningún momento se arrogue prerrogativas que no están regladas por la ley, ni exija, asimismo, requisitos extralegales. Siempre que faltaren estas condiciones, o alguna de ellas, el juicio será vicioso e ilícito: en primer lugar, porque es contrario a la rectitud de justicia el impedir el derecho natural a la defensa; en segundo lugar, porque si el juez impone requisitos que no están autorizados por la ley, estaría extralimitándose en sus funciones; en tercer lugar, porque falta la rectitud de la razón jurídica.

Lo que el juez hace o exige debe estar conforme a la ley y a la determinación del derecho. Según esto, hay que pronunciarse judicialmente de conformidad con lo que en el proceso se propone y se prueba, todo bajo el imperio de la ley, que es la que faculta taxativamente a la autoridad judicial para actuar dentro del proceso. Luego el juez debe proceder según estos criterios y no según su propio arbitrio ...”

⁷ Corte Constitucional Sentencia T-158 de 26 de abril de 1993 MP. Vladimiro Naranjo Mesa: “... La apelación es un derecho y como tal implica la potencialidad en cabeza de las partes dentro del proceso, mediante el cual se faculta a éstas para disentir del parecer del juez ante quien se ha debatido la litis, dentro de un espíritu constitucional que reconoce la falibilidad del hombre en la expresión de su raciocinio. El fundamento, pues, del recurso de apelación, es el reconocimiento que el ius gentium hizo sobre la naturaleza falible del raciocinio humano y por ello consideró oportuno establecer un mecanismo en el cual pudiera haber una apreciación más objetiva de los hechos. En cuanto al fin que persigue la figura de la apelación, aparte de un indudable derecho de defensa

que en la sustentación de dichas inconformidades se argumenten las razones por las cuales, la sentencia dictada en primera instancia no debe preservarse o mejor debe revocarse⁸, ya por razones de derecho en cuanto a la indebida aplicación o interpretación del ordenamiento o por falta de ésta, o por otro lado, por motivos de hecho, como puede ser la apreciación errónea de las pruebas o falta de apreciación de las mismas por parte del a quo, es decir, que al apelar surge una nueva controversia o problema jurídico si se quiere, que ésta vez, tiene por extremos a la sentencia del juez y a los argumentos del impugnante, **evidentemente referidos a la decisión que debió adoptarse en la providencia judicial como solución del caso controvertido.**

El Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección "A" Consejera Ponente Dra. Ana Margarita Olaya Forero, en sentencia de 26 de enero de 2006 proferida dentro del expediente: 17001-23-31-000-2001-00621-01(5054-03), Actor: María Rubiela Bermúdez Granada, Demandado: Departamento de Caldas, precisó al respecto: "...El recurso de apelación es la forma como se proyecta en la práctica el derecho de impugnación a la decisión judicial que contiene una sentencia. Por ello exige que el recurrente **confronte los argumentos que el juez de instancia consideró para tomar su decisión, con sus propios argumentos y solicite del juez de superior jerarquía funcional, que decida la nueva controversia que plantea en segunda instancia.** En este orden de ideas, el juez de segunda instancia tiene como marco de competencia las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen contra la decisión que se adoptó en primera

implícito, consiste en llegar a la certeza jurídica, esto es, evitar lo que en lógica se llama el juicio problemático -simples opiniones judiciales- para establecer en lo jurídico únicamente los juicios asertóricos y apodícticos, según el caso, los cuales descansan siempre sobre la certeza jurídica, de tal manera que brindan la estabilidad necesaria que exige el orden social justo. Con la certeza jurídica se puede establecer lo que los clásicos manifestaron: Res iudicata pro veritate habetur (la cosa juzgada la tenemos por verdadera)..."

⁸ Sentencia de 24 de junio de 2004 expediente: 68001-23-15-000-1994-0301-01(14950)DM Consejero ponente Dr. : RICARDO HOYOS DUQUE: "...La ley ha exigido la sustentación del recurso de apelación, con el fin de limitar su abuso y consecuentemente, la congestión de los despachos judiciales, que en última instancia afecta el derecho de acceso a la administración de justicia (art. 229 Constitución Política). En los códigos de procedimiento civil anteriores al del año 1970 y en éste, inclusive, para interponer el recurso de apelación no se exigía su sustentación. No obstante, en la ley 2 de 1984 se estableció ese requisito, el cual debía ser cumplido dentro del término que tenía el a quo para decir sobre su procedibilidad. Posteriormente, en el decreto ley 2282 de 1989 se suprimió, pero fue introducido nuevamente en la reforma al artículo 352 del Código de Procedimiento Civil por el artículo 36 de la ley 794 de 2003. Por su parte, en el artículo 212 del decreto ley 1 de 1984 se exigió la sustentación del recurso de apelación para su admisibilidad en segunda instancia, exigencia que no fue modificada en la reforma introducida a dicho artículo por el 51 del decreto ley 2304 de 1989 y que hoy está vigente. (...) La exigibilidad de la sustentación del recurso de apelación no desconoce el derecho al debido proceso. Corresponde al legislador, dentro del ámbito de su competencia, decidir si considera que dicha exigencia es o no conveniente. En síntesis, las razones aducidas por el recurrente en la sustentación de la apelación delimitan la competencia funcional del juez. Por lo tanto, con la salvedad de los derechos irrenunciables de los trabajadores, en los asuntos en los cuales la ley exige la sustentación del recurso de apelación, la omisión de tal requisito impide al juez pronunciarse sobre aspectos diferentes a los señalados en el recurso.

instancia, y cualquier asunto distinto al planteado por el recurrente se excluye del debate en la instancia superior... ”. (Resaltado fuera de texto)

Así las cosas, el juzgador de segundo grado al desatar apelación se limita a lo expuesto en la sustentación del recurso de apelación⁹, de allí que ella se exija so pena de declararlo desierto, ya que **de la expresión concreta de las razones de inconformidad nacen los límites de la controversia entre el mérito de la sentencia impugnada y los desacuerdos de la parte afectada**, la cual sea de paso advertir, permite la aplicación de uno de los principios más caros del derecho, como lo es el debido proceso, del que se deriva dos principios aplicables: i) la “no reformatio in pejus”¹⁰, que se traduce, en no hacer más gravosa la situación del apelante único, y ii) la congruencia¹¹, que implica la sujeción de las decisiones a los fundamentos y marcos de los conflictos propuestos respetando los límites que en las instancias el demandante y el impugnante en sus respectivos escritos demarcan. De manera tal, que no atender ni respetar estos principios, genera una violación concreta del derecho de defensa y por supuesto del mencionado debido proceso.

En ese horizonte de comprensión, la sustentación del recurso de apelación es el medio procesal previsto por el artículo 243 del CPACA, para que el recurrente manifieste los motivos de inconformidad con la sentencia o el auto. En efecto, esta –la apelación–, **delimita** el pronunciamiento de la segunda instancia. Es por ello que las razones aducidas por el recurrente demarcan la competencia funcional del juez

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero ponente Dr.: Nicolás Pájaro Peñaranda, sentencia de 25 de septiembre de 2003, expediente: 17001-23-31-000-1999-0951-01(1475-02), Actor: Gloria Patricia Herrera Arcila, Demandado: Universidad Nacional de Colombia: “...En primer lugar debe precisar la Sala que, como lo ha dicho la Sección reiteradamente (ver entre otras las sentencias del 21 de julio de 1993, expediente 5943, actor Bernardo Tovar Gómez y 30 de agosto de 1994, expediente 6656, actor Luis Avelino Cabeza Paz) en el recurso de apelación, cuya sustentación es obligatoria so pena de declararse desierto, la competencia de la Corporación está restringida a los motivos de inconformidad expuestos por el recurrente contra la providencia objeto del recurso y que se relacionen, desde luego, con las causales de nulidad planteadas en la demanda...”

¹⁰ Art. 31 Constitución Política.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero ponente Dr. : Ricardo Hoyos Duque, sentencia de 24 de junio de 2004, expediente: 68001-23-15-000-1994-0301-01(14950)DM, Actor: Hugo a. Rodríguez Joya y Otros, Demandado: La Nación- Ministerio de Justicia -Inpec: Se advierte que en el recurso de apelación opera el principio de la congruencia, de acuerdo con el cual “las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: ‘tantum devolutum quantum appellatum’”. Pero el recurrente, cuando la ley lo exija, no sólo debe señalar los asuntos que considera lesivos de sus derechos, sino que, además, debe justificar las razones de su inconformidad, a las cuales deberá ceñirse el juez. La ley ha exigido la sustentación del recurso de apelación, con el fin de limitar su abuso y consecuentemente, la congestión de los despachos judiciales, que en última instancia afecta el derecho de acceso a la administración de justicia (art. 229 Constitución Política)... ”

de segunda instancia; en consecuencia, **si no existen motivos de discrepancia con la providencia proferida por el a quo, el recurso carece de objeto.**

En sentencia proferida el 30 de junio de 2017¹², la Sección Primera se refirió a la falta de sustentación del recurso de apelación así:

*“Encuentra la Sala que de la lectura del recurso de apelación incoado por la parte actora, se observa que **no se formula ningún motivo de inconformidad respecto de los fundamentos del proveído impugnado**; por el contrario, lo que se aprecia es **una transcripción literal de lo expuesto en la demanda, sin que determine en modo alguno una razón jurídica que controvierta la sentencia proferida el 21 de junio de 2016 por el Tribunal Administrativo de Risaralda.***

*Ahora bien, del estudio del contenido del artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹³, se advierte que tal precepto **obliga al memorialista a precisar los motivos de inconformidad sobre el fallo, circunstancia sin la cual el Juez de Segunda Instancia no puede entrar a hacer un estudio sobre el fondo del asunto, pues se trata de una carga que le asiste al recurrente y que constituye el sustento que sirve de base para que el Superior dirima la controversia.***

En el mismo sentido se ha pronunciado esta Corporación cuando señala:

“Al no haber expuesto el recurrente las razones que motivaron su disconformidad con las motivaciones y conclusiones de la sentencia que puso fin a la primera instancia, no le es permitido al ad quem hacer un nuevo estudio de fondo acerca de las pretensiones incoadas, sin incurrir en palmario quebranto de la norma procedimental que exige la debida sustentación del recurso de apelación.”

¹² Sentencia proferida en el proceso con radicado 66001-23-33-002-2016-00291-01, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés (E1).

¹³ “Artículo 247. Trámite del recurso de apelación contra sentencias. El recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento:

1. El recurso deberá interponerse y sustentarse ante la autoridad que profirió la providencia, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.
2. Si el recurso fue sustentado oportunamente y reúne los demás requisitos legales, se concederá mediante auto en el que se dispondrá remitir el expediente al superior, quien decidirá de plano si no se hubiese pedido la práctica de pruebas. Si las partes pidieron pruebas, el superior decidirá si se decretan según lo previsto en este Código.
3. Recibido el expediente por el superior, si este encuentra reunidos los requisitos decidirá sobre su admisión.
4. Admitido el recurso o vencido el término probatorio si a él hubiere lugar, el superior señalará fecha y hora para la audiencia de alegaciones y juzgamiento, que deberá llevarse a cabo en un término no mayor a veinte (20) días. Si el Magistrado Ponente considera innecesaria la celebración de audiencia ordenará, mediante auto que no admite recurso alguno, la presentación de los alegatos por escrito dentro de los diez (10) días siguientes, caso en el cual dictará sentencia en el término de los veinte (20) días siguientes. En las mismas oportunidades concedidas a las partes para alegar podrá el Ministerio Público presentar el concepto si a bien lo tiene.
5. En la audiencia de alegaciones y juzgamiento se aplicarán las mismas reglas establecidas para esa audiencia en primera instancia.
6. En la sentencia se ordenará devolver el expediente al juez de primera instancia para su obediencia y cumplimiento.”

También la Corte Constitucional, en la sentencia T - 449 de 2004, se ocupó del tema al manifestar en su obiter dicta lo siguiente:

“...En efecto, si en el asunto que ocupa la atención de la Sala, se hace una interpretación de conformidad con los principios que orientan el recurso de apelación, se debe concluir que al establecerse la sustentación obligatoria del recurso, so pena de la deserción del mismo, **se busca facilitar la tarea del juzgador, al saber más de cerca el inconformismo del apelante...**” (Resaltado fuera de texto).

La Sección Tercera del Consejo de Estado también ha abordado la importancia de la exposición precisa, clara y detallada **de los motivos de inconformidad** que sustentan las razones por las cuales se debe modificar o revocar la sentencia de primera instancia. En la sentencia proferida el 9 de marzo de 2016 en el expediente con radicación número 25000-23-26-000-2005-02790-01(39197) y con ponencia del Consejero Doctor Hernán Andrade Rincón, se expuso:

“Quiere significar lo anterior, que el recurso de apelación fue concebido en nuestro ordenamiento para que la parte inconforme con la decisión de primera instancia, exponga ante el superior jerárquico del juez de primer grado **las razones por las cuales considera que el a quo no apreció adecuadamente las pruebas o los hechos o no aplicó correctamente las normas de derecho**, y que por ello ha debido adoptar una decisión diferente a la expedida, para así lograr que el superior –o ad quem- la modifique o la revoque de acuerdo a lo solicitado por el interesado.

Ahora bien, la ley procesal obliga al apelante a **sustentar oportunamente su recurso**, lo cual implica, por definición, que éste cuente con la debida motivación ya que ello resulta indispensable **para establecer los puntos o aspectos en los cuales el recurrente considera que la decisión impugnada debe cambiarse.**

Con respecto a la carga procesal de exponer el sustento de la apelación, esta Corporación ha señalado lo siguiente:

“...Como ya se dijo, uno de los requisitos de viabilidad de los recursos es su sustentación, la cual ‘(...) es una imposición del dec. 01 de 1984, con consecuencias procesales para el que debiendo hacerla no lo hace. Lo que demuestra que la ley impuso ese requisito como obligatorio para su procedibilidad; requisito que debe cumplirse **no de cualquier manera sino con manifestación de inconformidad, la que puede ser total o parcial, por tratarse precisamente de condenas de naturaleza renunciable.** La inconformidad debe referirse a la resolutive de la providencia, porque es la que muestra o define lo favorable o desfavorable del fallo¹⁴

Ello significa que resulta indispensable, al interponer el recurso de apelación en contra de una providencia proferida por la jurisdicción

¹⁴ Nota transcrita: “BETANCUR JARAMILLO, Carlos; Derecho Procesal Administrativo. Señal Editora Ltda., Medellín, 7ª ed., 2009, págs. 494 y 495”.

contencioso administrativa –el juez o el tribunal–, sustentarlo en debida forma, lo cual equivale a exponer los argumentos fácticos y jurídicos que sirven de fundamento a la **discrepancia del recurrente para con la decisión del juez** y a través de los cuales busca llevar al convencimiento del funcionario judicial encargado de resolverlo -el superior jerárquico de quien profirió la decisión- **la certeza de que la providencia incurrió en un error de hecho o de derecho y, por lo tanto, debe ser efectivamente modificada o revocada en los términos solicitados por el recurrente.**

(...)

Por otra parte, también se advierte que el juez efectúa un análisis preliminar del recurso interpuesto, con la finalidad de establecer el cumplimiento o incumplimiento de los requisitos que lo viabilizan y de esta manera decidir sobre su admisión o inadmisión; pero el estudio concreto de los argumentos expuestos por el apelante como sustento del recurso interpuesto para obtener la modificación o revocación de la providencia impugnada, sólo se efectúa al momento de decidir el recurso mismo, cuando el juzgador establecerá si es procedente o no acoger dicha solicitud del recurrente y por lo tanto, si procede su modificación, su revocación o su confirmación¹⁵ (Énfasis fuera de texto).

Ahora bien, a propósito de la competencia del superior respecto del recurso de apelación interpuesto contra las providencias de primera instancia, la jurisprudencia, en forma reiterada, ha sostenido:

“... para el juez de segunda instancia el marco fundamental de competencia lo constituyen las **referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se adoptó en primera instancia**, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por los recurrentes, se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que **en el recurso de apelación opera el principio de la congruencia de la sentencia**, de acuerdo con el cual ‘las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: ‘tantum devolutum quantum appellatum’¹⁶”¹⁷ (Destaca la Sala).

Estas pautas normativas y jurisprudenciales conducen a establecer que, **cuando la sustentación del recurso de alzada no presenta objeciones, reparos, réplicas ni referencias sobre lo expuesto en la providencia apelada, el ad quem carece de los instrumentos y las herramientas que lo habiliten para revisar el proveído.** Así lo advirtió esta Corporación al precisar:

“... si en el escrito presentado ante el ad quem a modo de sustentación del recurso de apelación interpuesto, **no se adujo argumento alguno tendiente a desvirtuar la presunción de acierto y**

¹⁵ Consejo de Estado – Sección Tercera. Sentencia del 14 de abril de 2010 (exp. 18.115) –criterio reiterado por esta Subsección en fallo de fecha 21 de febrero de 2011, exp. 17.721–.

¹⁶ Al respecto, ver por ejemplo, sentencia de la Corte Constitucional C-583 de 1997.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 10 de junio de 2009, Expediente 16985, actor: Segundo Juan Arcos Gallardo y otros.

corrección que recae sobre la sentencia de primera instancia, carece el juzgador de segunda instancia de razones para revisar dicho fallo, pues se reitera que el marco de su decisión dentro del ámbito del recurso de apelación está dado por esas argumentaciones y elementos de juicio planteados por el recurrente en la sustentación y que constituyen por lo tanto los medios de convicción por él utilizados respecto de la existencia de errores en la decisión cuestionada; obviamente, si no se esgrime crítica alguna respecto de la sentencia objeto del recurso de apelación, desconoce el ad-quem cuáles son esos errores que el recurrente considera presentes en dicha providencia, que por lo tanto deberá permanecer incólume.

(...)

En consecuencia, la Sala considera procedente la confirmación del fallo impugnado y así lo decidirá en la parte resolutive de esta providencia¹⁸. (Se deja destacado en negrillas y en subrayas).

En el caso bajo análisis, encuentra la Sala que la Rama Judicial se limitó a manifestar que se tuvieron en cuenta los argumentos plasmados en la contestación de la demanda, pero nada más. No planteó inconformidad alguna contra el fallo de primera instancia en los términos que jurisprudencialmente se ha exigido para predicar la consistencia del recurso de apelación.

*En el escrito presentado, la accionada, formalmente, solicitó “se revoque la sentencia objeto del presente recurso y se nieguen las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas anteriormente” (f. 661), argumentos que, como se indicó, son plena transcripción de la contestación de la demanda y **ya fueron objeto de análisis en primera instancia**, cuyo estudio, además, no atiende las exigencias que el apelante debe acatar en tratándose de la interposición de este recurso.*

Claramente, a juicio de esta Sala, el extremo procesal referido no expuso en su apelación ningún argumento de réplica contra la sentencia de primera instancia, sino que persiste en resaltar que no es responsable del daño causado y que los jueces actuaron conforme a la ley y la Constitución.

En suma, la Rama Judicial no hace, en lo absoluto, ninguna referencia a las motivaciones expuestas por el juez a- quo en el fallo recurrido, ni intenta desvirtuarlas, por consiguiente, la apelación carece de objeto e impide que se revise la sentencia apelada en lo que tiene que ver con su intervención.

Vale recordar, como lo precisó la jurisprudencia en precedencia, que si no existen motivos de discrepancia con la providencia proferida por el a - quo, el recurso

¹⁸ Sentencia de abril 14 de 2010, exp. 18.115.

carece de objeto; requisito de la alzada que debe cumplirse no de cualquier manera sino con manifestación de inconformidad, que puede ser total o parcial.

Y tal como lo señaló la sentencia de unificación del 9 de febrero de 2012, relativa a la competencia del juez de segunda instancia, corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, con sus propias consideraciones o apreciaciones, para efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se plantean ante la segunda instancia; no puede perderse de vista que bajo los mandatos del artículo 320 del Código General del Proceso, el recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que revoque o reforme la decisión.

Finalmente, en el recurso también se lee:

“En el Proceso Penal al que resultó vinculado el señor JAIRO PINZÓN FAJARDO, los jueces de la República que intervinieron en el mismo, actuaron conforme a derecho, en aplicación de las normas consagradas en la Ley 906 de 2004, y las decisiones judiciales fueron proferidas con fundamento en el análisis de las pruebas, en aplicación del principio de la sana crítica, en consecuencia, la sentencia absolutoria del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Sogamoso del 16 de febrero de 2006 y la que declaró prescrita y extinguida la Acción Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, se profirieron de acuerdo con la Constitución, la ley y, según las ritualidades y procedimientos establecidas por las normas legales como garantía del debido proceso, de tal manera que, la diversidad de criterio jurídico entre una y otra instancia, fue simplemente la expresión del principio constitucional de la autonomía judicial.

*En virtud de lo expuesto **NO EXISTE NEXO DE CAUSALIDAD** entre las actuaciones y decisiones de los jueces penales que intervinieron en el proceso y el daño antijurídico reclamado por la demandante” (f. 660).*

Estas afirmaciones **tampoco** pueden considerarse como un argumento que pretenda debatir algún asunto específico de la sentencia de primera instancia, **primero**, porque además de señalar el nombre de una persona que no hace parte de esta Litis, se limita a señalar que las decisiones judiciales fueron proferidas con fundamento en las pruebas y; **segundo**, como ya se dijo, que los jueces actuaron conforme al debido proceso, argumento que también fue alegado durante la primera instancia. Tales asertos no pasan de ser afirmaciones generales que, ni por asomo, descienden a los asuntos abordados por la jueza de primera instancia. Asunto que no permite interpretación alguna y tratado en reciente sentencia proferida por la

Sección Tercera del Consejo de Estado, que se cita, dada la similitud de lo allá acaecido y lo aquí descrito. Dijo:

“...En efecto, la entidad pública demandada no planteó ningún argumento tendiente a discutir la sentencia del 28 de febrero de 2013, pues, como se advirtió de manera precedente, se limitó a transcribir los argumentos en los que fundó la contestación de la demanda -atrás trascrita- y en la que se hizo referencia a un caso diferente al que se resuelve en esta sentencia, pero en ningún momento precisó los errores en que, a su juicio, pudo haber incurrido el Tribunal de primera instancia y que merecieran ser corregidos por esta Corporación, ni expuso argumento alguno en contra de ellos...”¹⁹

En conclusión, a juicio de esta Sala, la demandante, por conducto de su apoderado, no planteó **ninguna inconformidad** frente a la decisión de fondo de la sentencia; en consecuencia, no será abordado por esta instancia.

Así esta Sala abordará la apelación para desatar los argumentos expuestos por la Fiscalía General de la Nación, sin dejar de lado que, aquellos destinados a señalar que se reitera lo expuesto en la contestación de la demanda, no serán objeto de estudio.

5.1. De los elementos de la responsabilidad del Estado y, específicamente, de la privación injusta de la libertad:

La responsabilidad patrimonial de la Administración a partir de la Carta Política de 1991 se fundamenta en el artículo 90 del estatuto superior, el cual estableció dos elementos de la responsabilidad que son: i) El daño antijurídico y, ii) la imputación del mismo a una autoridad en sentido lato o genérico.

La jurisprudencia del Consejo de Estado así lo ha entendido:

“...porque a términos del art. 90 de la constitución política vigente, es más adecuado que el Juez aborde, en primer lugar, el examen del daño antijurídico, para, en un momento posterior explorar la imputación del mismo al Estado o a una persona jurídica de derecho público.

“La objetivización del daño indemnizable que surge de este precepto constitucional, como lo ha repetido en diversas oportunidades la Sala, sugiere que, en lógica estricta, el Juez se ocupe inicialmente de establecer la

¹⁹ SUBSECCIÓN A, M.P. (e) MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, sentencia de 6 de febrero de 2020, Expediente:76001-23-31-000-2010-01520-01 (49.245) Actor: William Valero Ovalle y otros, Demandado: Nación – Rama Judicial – Fiscalía General de la Nación y otro.

*existencia del daño indemnizable que hoy es objetivamente comprobable y cuya inexistencia determina el fracaso ineluctable de la pretensión*²⁰

Por consiguiente, el primer aspecto a estudiar en los procesos de reparación directa es lo relativo a **la existencia del daño**, por cuanto si en el proceso no se logra establecer la ocurrencia de éste, se torna inútil cualquier otro análisis y juzgamiento, como lo ha señalado la Sección Tercera del Consejo de Estado²¹.

En efecto, se ha señalado que "... es indispensable, en primer término determinar la existencia del daño y, una vez establecida la realidad del mismo, **deducir sobre su naturaleza, estos es, si el mismo puede, o no calificarse como o antijurídico**, puesto que un juicio de carácter negativo sobre tal aspecto, libera de toda responsabilidad al Estado...", y, por tanto, releva al juzgador de realizar la valoración del otro elemento de la responsabilidad estatal, esto es, la imputación del daño al Estado, bajo cualquiera de los distintos títulos que para el efecto se ha elaborado²² (Resaltado fuera de texto)

El segundo elemento que configura la responsabilidad patrimonial del Estado es la imputabilidad del daño antijurídico a las autoridades públicas o nexo causal, la cual deberá ser estudiada en caso de probarse aquel.

El artículo 68 de la Ley 270 de 1996 prevé que "Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios"

La Corte Constitucional, en sentencia C-037 de 1996 con ponencia del Magistrado Doctor Vladimiro Naranjo Mesa, estudió la constitucionalidad de la citada norma y, específicamente, sobre la privación injusta de la libertad, dijo:

*"Este artículo, en principio, no merece objeción alguna, pues su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 60, 28, 29 y 90 de la Carta. Con todo, conviene aclarar que el término "injustamente" se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada **ni conforme a derecho**, sino abiertamente arbitraria. Si ello no fuese así, entonces se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados. Por el contrario, la aplicabilidad de la norma que se*

²⁰ Sentencia Consejo de Estado del diez de septiembre de 1993 expediente 6144 Consejero Ponente Juan de Dios Montes.

²¹ En este sentido pueden verse también las sentencias de 2 de marzo de 2000, exp. 11135; 9 de marzo de 2000 exp. 11005; 16 de marzo de 2000 exp. 11890 y 18 de mayo de 2000 exp. 12129

²² Sentencia proferida por el Consejo de Estado del 4 de diciembre de 2002 expediente 12625 Consejero Ponente Germán Rodríguez Villamizar

examina y la consecuente declaración de la responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia, debe contemplarse dentro de los parámetros fijados y teniendo siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención” (Negrilla fuera de texto)

5.2. De la obligatoriedad de las sentencias de unificación:

La Ley 1437 de 2011, tiene como una de sus finalidades fortalecer las garantías de las personas en los procedimientos administrativos y evitar **procesos judiciales innecesarios que congestionen la jurisdicción contenciosa.**

Así entonces y en desarrollo del artículo 103 de la Constitución Política, se consolidó la función de **unificación jurisprudencial del Consejo de Estado** a fin de garantizar la seguridad jurídica, la coherencia e igualdad en los asuntos administrativos. El artículo 270 del CPACA preceptúa:

*“Para los efectos de este Código se tendrán como **sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.**” (Negrilla fuera de texto)*

A su vez, el artículo 10 de esta misma codificación previó:

*“**Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia.** Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, **deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas**”²³ -Resaltado fuera de texto.-*

La Corte Constitucional en sentencia C-634 de 24 de agosto de 2011 al examinar la exequibilidad del artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, dijo sobre el carácter vinculante de la jurisprudencia:

²³ Artículo declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-634 de 2011, en el entendido que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto sin perjuicio del carácter obligatorio erga omnes de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad.

*“El reconocimiento de la jurisprudencia como **fuerza formal de derecho**, opción adoptada por el legislador en la norma demandada, se funda en una postura teórica del Derecho que parte de considerar que los textos normativos, bien sea constitucionales, legales o reglamentarios, carecen de un único sentido, obvio o evidente, sino que solo dan lugar a reglas o disposiciones normativas, estas sí dotadas de significado concreto, previo un proceso de interpretación del precepto. **Esta interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia, adquiere carácter vinculante.**” (Negrilla fuera de texto)*

Postura sostenida de tiempo atrás cuando la Corte Constitucional en sentencia C-713 de 15 de julio de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, dijo sobre la función de unificación del Consejo de Estado:

*“A juicio de la Corte, la facultad de revisión eventual por parte del Consejo de Estado es compatible con la condición de ese órgano como Tribunal Supremo de la jurisdicción contencioso administrativa, reconocida en el artículo 237-1 de la Carta Política. **En efecto, su condición de Tribunal Supremo se proyecta, en esencia, desde una perspectiva de orden sistémico para integrar y unificar la jurisprudencia en lo que concierne a dicha jurisdicción, en el marco de la Constitución y la ley y con la precisión que más adelante se hace en cuanto a la procedencia de la tutela contra sus decisiones.**” (Negrilla fuera de texto)*

Reiterada en la Sentencia C-539 de 2011:

*“5.2.3. La jurisprudencia de esta Corte ha precisado que **el respeto del precedente judicial por parte de las autoridades administrativas hace parte del respeto del debido proceso y del principio de legalidad en materia administrativa –art. 29, 121 y 122 Superiores-**, en cuanto (i) las autoridades están sometidas al imperio de la Constitución y de la ley, y por tanto se encuentran obligadas a aplicar en todas sus actuaciones y decisiones administrativas la Constitución y la ley; (ii) el contenido y alcance de la Constitución y la ley es fijado por las altas Cortes, cuyas decisiones hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante; (iii) las decisiones de las autoridades administrativas no pueden ser arbitrarias y deben fundamentarse de manera objetiva y razonable; (iv) el desconocimiento del principio de legalidad implica la responsabilidad de los servidores públicos (art. 6 y 90 C.P.-; (v) **las actuaciones y decisiones de las autoridades administrativas deben respetar la igualdad de todos ante la ley –art. 13 C.P.***

Por tanto, si existe una interpretación institucional vinculante, las autoridades administrativas deben aplicar al caso en concreto dicha interpretación.

(...)

5.2.5 De otra parte, ha señalado esta Corte que las autoridades administrativas se encuentran siempre obligadas a respetar y aplicar el precedente judicial para los casos análogos o similares, ya que para estas autoridades no es válido el principio de autonomía o independencia, válido

para los jueces, quienes pueden eventualmente apartarse del precedente judicial de manera excepcional y justificada. En este sentido ha dicho la Corte:

*“Lo señalado acerca de los jueces se aplica con más severidad cuando se trata de la administración, pues ella no cuenta con la autonomía funcional de aquéllos. Por lo tanto, el Instituto de los Seguros Sociales debió haber inaplicado la norma mencionada o haber justificado adecuadamente por qué no se ajustaba la jurisprudencia de la Corte en este punto.”*¹²¹ (Resalta la Sala)

(...)

En cuanto al margen de libertad interpretativa de las autoridades administrativas, al momento de aplicar una norma a un caso en particular, ha señalado esta Corte que éstas se enfrentan a una gama de posibles interpretaciones, frente a las cuales deben aplicar la interpretación que se ajuste a la Constitución y a la ley, y que tal interpretación autorizada, última y unificada viene dada en materia legal por el máximo tribunal de casación en la jurisdicción ordinaria o Corte Suprema de Justicia, en el derecho administrativo por el Consejo de Estado y en materia constitucional por la Corte Constitucional. De esta manera, una vez establecida la interpretación de la ley y de la Constitución por los máximos Tribunales con competencias constitucionales y legales para ello, el operador administrativo se encuentra en la obligación de seguir y aplicar el precedente judicial...” (Negrilla fuera de texto)

De lo anterior se concluye que la función unificadora del Consejo de Estado que nace de la Constitución de 1991, se concreta con la Ley 1437 de 2011, de manera que el margen de interpretación normativa de las autoridades administrativas está sujeto a la interpretación que sobre las normas aplicables al caso se haya hecho por los altos Tribunales.

5.3. De la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 15 de agosto de 2018 en materia de privación injusta de la libertad:

La Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante sentencia de unificación proferida el 15 de agosto de 2018 con ponencia del doctor Carlos Alberto Zambrano Barrera dentro del proceso con radicación 66001-23-31-000-2010-00235-01 (46.947), 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 la que, posteriormente, se le revoca dicha medida. Para ello, estableció que el juez debe verificar:

(...)

764

Medio de control: Reparación Directa
Demandante: **Nancy Correa Pidiache y otros**
Demandado: Fiscalía General de la Nación y otro
Expediente: 15238-33-33-752-2014-00040-01

- 1) Si el daño (privación de la libertad) fue antijurídico o no, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política;
 - 2) Si quien fue privado de la libertad actuó con culpa grave o dolo, desde el punto de vista meramente civil -análisis que hará, incluso de oficio-, 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 (artículos 70 de la ley 270 de 1996 y 63 del Código Civil) y,
 - 3) Cuál es la autoridad llamada a reparar el daño.
- En virtud del principio iura novit curia, el juez podrá encausar el análisis del asunto, siempre en forma razonada, bajo las premisas del título de imputación que, conforme al acervo probatorio, considere pertinente o que mejor se adecúa al caso concreto."*

Lo anterior, bajo las siguientes consideraciones:

- ❖ No basta simplemente acreditar la existencia de la privación de la libertad y de la ausencia de una codena, sino que es necesario ir más allá a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, para determinar, entre otras cosas, si el daño padecido con la privación de la libertad fue o es antijurídico o no.
- ❖ El juez utilizar, en aplicación del principio *iura novit curia* y en consideración a la situación fáctica a decidir, el título de imputación que mejor convenga al caso concreto.
- ❖ Con el ánimo de rescatar las bases de la cláusula general de la responsabilidad patrimonial del Estado, fuera exigir la demostración de que el daño (la detención) cuya reparación se persigue en estos casos y en el que se fincan las pretensiones, resultó antijurídico, consultando criterios estándares convencionales, constitucionales y/o legales que admitan excepcionalmente la restricción a la libertad personal. De acreditarse así, se entenderá configurado el primer elemento de la responsabilidad, de lo contrario, se estará frente a un daño jurídicamente permitido y, por tanto, desprovisto de antijuridicidad que impide hablar de privación injusta de la libertad.
- ❖ La medida de aseguramiento de detención preventiva no tiene relación alguna con la presunción de inocencia, 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 preclusión y, si por igual razón, la inocencia de la persona se sigue presumiendo, no hay cabida a hablar de un daño.
- ❖ 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.

- ❖ Las decisiones que se profieran en cada una de las etapas de la investigación tienen requisitos consagrados en disposiciones adjetivas distintas y, por ello, **unos son los requisitos sustanciales que se exigen para que proceda la imposición de la medida de detención preventiva**, otros los que se dan para calificar el mérito del sumario a través de la resolución de acusación y otros, bien distintos, los existentes para condenar, pues para esto último es preciso tener total convicción, esto es, la certeza plena de la responsabilidad del enjuiciado en la comisión del delito.
- ❖ **La atención del juez se debe centrar en determinar si el daño derivado de la aplicación de la medida de aseguramiento de detención preventiva**, esto es, la privación de la libertad, se mostró como antijurídico, toda vez que lo injusto de ella radica la reclamación del administrado, al margen de cómo haya seguido su curso la correspondiente investigación y del sustento fáctico y jurídico de la providencia de absolución o de preclusión, según sea el caso.
- ❖ El bien jurídico de la libertad no tiene el carácter de absoluto y, por lo tanto, la imposición de medida que lo limitan resulta legítima, siempre y cuando se den todos los presupuestos legales que así lo permitan o exijan.
- ❖ La medida de detención preventiva de una persona **no está condicionada a la existencia de una prueba categórica o indefectible de su responsabilidad penal**, sino a que **medie un mandamiento escrito de la autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por un motivo previamente definido en la ley**, requisitos sin los cuales su imposición sí se torna en injusta e, incluso, ilícita y da lugar a que se declare la responsabilidad extracontractual del Estado.
- ❖ La participación o incidencia de la conducta del demandante en la generación del daño alegado resulta preponderante, se torna necesario que el juez verifique, incluso de oficio, si quien fue privado de la libertad actuó desde el punto de vista civil, con culpa grave o dolo, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva. En los casos en los que la conducta de la víctima esté provista de una u otra condición procede la exoneración de responsabilidad del Estado, por cuanto en tal caso se entiende que es esa conducta la determinante del daño.

765

Medio de control: Reparación Directa
Demandante: **Nancy Correa Pidiache y otros**
Demandado: Fiscalía General de la Nación y otro
Expediente: 15238-33-33-752-2014-00040-01

Finalmente, la sentencia de unificación concluyó:

“En consecuencia, procede la Sala a modificar y a unificar su jurisprudencia en relación con los casos cuya litis gravita en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por privación de la libertad, en el sentido de que, en lo sucesivo, cuando se observe que el juez penal o el órgano investigador levantó la medida restrictiva de la libertad, sea cual fuere la causa de ello, incluso cuando se encontró que el hecho no existió, que el sindicado no cometió el ilícito o que la conducta investigada no constituyó un hecho punible, o que la desvinculación del encartado respecto del proceso penal se produjo por la aplicación del principio in dubio pro reo, será necesario hacer el respectivo análisis a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, esto es, identificar la antijuridicidad del daño.”
(Negrilla fuera de texto)

5.4. De la sentencia SU-072 de 2018 proferida por la Corte Constitucional:

No desconoce la Sala la sentencia SU-072 de 2018 proferida por la Corte Constitucional, la cual analizó la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad. En esta, además de hacer referencia a la sentencia C-037 de 1996 (mediante la cual se adelantó el análisis previo y automático de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia); realizó las siguientes afirmaciones:

- El juez administrativo, en aplicación del principio *iura novit curia*, deberá establecer el régimen de imputación a partir de las particularidades de cada caso.
- Con independencia del régimen de responsabilidad estatal que utilice el juez, la conducta de la víctima es un aspecto que debe valorarse y que tiene la potencialidad de generar una decisión favorable al Estado, en otras palabras, que puede generar una declaratoria de irresponsabilidad administrativa.

Con todo y bajo la premisa de que el artículo 90 de la Constitución no definió un título de imputación y que la falla en el servicio es prevalente, la Corte indicó que en la sentencia C-037 de 1996 se concluyó que cualquiera que sea el régimen a aplicar debe, inexorablemente, “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”²⁴.

²⁴ Por lo anterior, concluyó: “Lo anterior significa que los adjetivos usados por la Corte [razonabilidad, proporcionalidad y legalidad] definen la actuación judicial, no el título de

Además de lo anterior, también señaló que, en dos eventos establecidos por el Consejo de Estado, resulta factible aplicar un régimen objetivo de responsabilidad, estos son cuando el hecho no existió o la conducta era objetivamente atípica, en ambas situaciones, en términos de la Corte, la privación de la libertad resulta irrazonable y desproporcionada, en consecuencia, el daño antijurídico se demuestra sin mayores esfuerzos. En ese orden, aclaró, desde el inicio de la investigación el fiscal o juez deben tener claro que el hecho sí se presentó y que es objetivamente típico.

Contrario sensu, cuando se trata de las absoluciones relacionadas con la aplicación del principio de **indubio pro reo** o aquella consistente en que el procesado no cometió el delito, consideró que estas requieren de mayores disquisiciones por parte de los fiscales o jueces para vincular al imputado con la conducta punible y presentarlo como autor de la misma.

En efecto, la Corte coincide con el Consejo de Estado en que en etapas tempranas de la investigación no puede exigírsele al fiscal o al juez de control de garantías que defina si el imputado ejecutó la conducta, pues será en etapas posteriores que el funcionario de conocimiento determine este asunto que concierne a la contradicción probatoria que se realiza durante el juicio oral.

En definitiva, sin lugar a dubitación, se concluye que existe concordancia entre las sentencias de unificación proferidas por la Corte Constitucional como el Consejo de Estado pues, establecen que en eventos de privación injusta de la libertad no se determina un régimen único de responsabilidad subjetivo u objetivo; empero, cualquiera sea el que se le aplique, se debe tomar en cuenta, frente al caso concreto, si la medida fue legal, razonable y proporcionada, esto, sin dejar de lado el análisis de la conducta del sindicado como ya se indicó en párrafos anteriores.

5.5. De la sentencia de tutela proferida el 15 de noviembre de 2019 por la Sección Tercera del Consejo de Estado:

imputación (falla del servicio, daño especial o riesgo excepcional), esto es, aunque aquellos parecieran inscribir la conclusión de la Corte en un régimen de responsabilidad subjetivo; entenderlo así no sería más que un juicio apriorístico e insular respecto del compendio jurisprudencial que gravita en torno del entendimiento del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, en tanto, debe reiterarse, la Corte estableció una base de interpretación: la responsabilidad por la actividad judicial depende exclusivamente del artículo 90 de la Constitución, el cual no establece un título de imputación definitivo, al haberse limitado a señalar que el Estado responderá por los daños antijurídicos que se le hubieren causado a los particulares.”

Mediante sentencia de tutela proferida en segunda instancia por la Subsección "B" de la Sección Tercera del Consejo de Estado el 15 de noviembre de 2019 dentro del proceso con radicación 11001-03-15-000-2019-00169-01 y ponencia del Doctor Martín Bermúdez Muñoz, resolvió:

"SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS la sentencia del 15 de agosto de 2018 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado dentro del proceso tramitado bajo el número de radicado No. 2011-00235-01 (46947) y ordenar a dicha autoridad judicial que, en el término de 30 días, profiriera un fallo de reemplazo en el que, al resolver el caso concreto y teniendo en cuenta las consideraciones que sustentan esta decisión valore la culpa de la víctima sin violar la presunción de inocencia de la accionante" (Negrilla del texto original y subrayas fuera del mismo)

Lo anterior, con fundamento en las siguientes consideraciones:

"25.- La valoración de la conducta preprocesal es competencia exclusiva del juez penal. Si el juez de la responsabilidad estatal concluye que la detención de la demandante fue generada por su propia conducta, no solo invade competencias de otras jurisdicciones, sino que desconoce la decisión penal absolutoria porque implica considerar, de acuerdo con una de las líneas jurisprudenciales antes expuestas, que al desplegar su conducta obi-6 como sospechosa de estar cometiendo un delito⁶ y determine) que la Fiscalía abriera la investigación y ordenara su detención. A tal conclusión solo puede llegarse desconociendo la decisión penal que la declaró inocente, porque, conforme con ella, los hechos no constituyan delito de acuerdo con la ley vigente en el momento en que ocurrieron.

(...)

41.- Aunque en la sentencia de responsabilidad estatal se afirmó repetidas veces que la valoración de la culpa de la señora Ríos se hizo desde criterios propios del juez de la responsabilidad patrimonial, lo cierto es que la Sala adjudicó consecuencias penales a la misma conducta preprocesal que ya había sido valorada por el funcionario judicial competente para declararla inocente. En la sentencia de 15 de agosto de 2018 (exp. 46947), en efecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado limitó los derechos de la señora Ríos a la reparación, porque creó sospechas sobre su culpabilidad mediante la utilización de afirmaciones y argumentos contrarios en detrimento de su derecho fundamental a la presunción de inocencia.

42.- En definitiva, la Sección Tercera determine que la señora Ríos tuvo la culpa de ser detenida, pues su conducta preprocesal, (la misma por la que ya había sido declarada inocente penalmente), fue la causa eficiente de la privación de su libertad, y, en consecuencia, del dar) cuya indemnización pretendía."

Una vez consultado el sistema de consulta de procesos de la página web del Consejo de Estado, la Sala no encuentra que la Sección Tercera, a la fecha, haya proferido la sentencia de reemplazo ordenada en sede de tutela.

Ahora, la providencia citada, únicamente hace alusión a la actuación de la víctima como causa de la detención, es decir, no avanzó a analizar toda la sentencia de unificación; en consecuencia, la sentencia de unificación será atendida para resolver el caso concreto, salvo lo concerniente a la culpa de la víctima, caso en el cual, se atenderán los parámetros plasmados en la providencia citada.

5.6. Caso concreto:

De conformidad con lo expuesto en acápites anteriores, el análisis de esta Sala se contraerá a los argumentos expuestos, concretamente, por la Fiscalía General de la Nación. Ello, en la medida que, como se dijo, la Rama Judicial no cumplió con la carga argumentativa propia de la apelación.

En ese sentido, la luz de la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 15 de agosto de 2018, se examinará, en primer lugar, el daño y, en caso de encontrarse probado, se procederá a analizar la imputación del mismo.

5.6.1. Del daño:

La Sala, ab initio, encuentra acreditada la existencia del daño consistente en la privación de la libertad que sufrió Nancy Correa Pidiache, quien fue investigada y acusada por la Fiscalía General de la Nación por el delito de rebelión.

A folio 445 reposa certificación expedida por la Directora EPMSC RM Sogamoso el 23 de febrero de 2015, en el cual se indicó:

“Considerando que la señora Nancy Correa Pidiache, (...), estuvo detenida en este establecimiento penitenciario y carcelario en los siguientes periodos, desde el 16 de Diciembre del 2004 al 20 de Enero del 2005 y del 03 de febrero de 2005 al 31 de mayo de 2005.

Revisando la base de datos y archivos del establecimiento no se encontró documento alguno que acredite su estado de gestación, y por consiguiente tampoco se encontró cuidados médicos por control prenatal”

Sin embargo, en la certificación que reposa a folio 446 expedida por el Coordinador de la Oficina de Reseña de EPMSC-RM de Sogamoso, se indicó que la demandante había estado recluida desde el **06** de diciembre de 2004 al 20 de enero de 2005 y del 3 de febrero de 2005 al 31 de mayo de 2005.

267

Medio de control: Reparación Directa
Demandante: *Nancy Correa Pidiache y otros*
Demandado: *Fiscalía General de la Nación y otro*
Expediente: *15238-33-33-752-2014-00040-01*

A folio 513 del expediente reposa certificación expedida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Sogamoso, en la cual se indicó que

- (i) El 30 de noviembre de 2004 se libró la Orden de Captura No. 0659228.
- (ii) El 6 de diciembre de 2004 se libró Boleta de Retención No. 006 ante el Director de la Cárcel del Circuito de Sogamoso.
- (iii) El 9 de diciembre de 2004 se impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, el mismo día se libró la Boleta de Detención No. 0156.
- (iv) El 20 de enero de 2005 se expidió la Boleta de Libertad No. 001 a favor de Nancy Correa.
- (v) El 10 de febrero de 2005 se resolvió nuevamente imponer medida de aseguramiento a la señora Nancy Correa; se expidió la Boleta de Detención No. 004.
- (vi) El 18 de mayo de 2005 la Fiscalía Tercera Seccional de Sogamoso dispuso remitir de inmediato a reconocimiento médico legal a la señora Nancy Correa, a fin de establecer si se encontraba en estado de embarazo.
- (vii) El 27 de mayo de 2005 la Fiscalía Tercera Seccional de Sogamoso expidió la Resolución de Acusación contra la señora Correa Pidiache y se suspendió la detención preventiva para que, previo pago de caución y suscripción de diligencia de compromiso; esta se efectuó el 31 de mayo de 2005 y, en la misma fecha, se expidió la Boleta de Libertad No. 02.
- (viii) Al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Sogamoso le fue asignado el conocimiento del proceso, luego de haber sido remitido por la Fiscalía Tercera Seccional de Sogamoso el 10 de agosto de 2005.
- (ix) El 26 de enero de 2006 la demandante solicitó se impusiera la sustitución de la medida de aseguramiento de detención preventiva por detención domiciliaria.
- (x) El 16 de febrero de 2006 se resolvió favorablemente la solicitud de detención domiciliaria.

- (xi) El 27 de noviembre de 2006 se profirió sentencia de primera instancia, por la cual se absolvió a la señora Nancy Correa.
- (xii) El 8 de septiembre de 2011 el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo declaró la prescripción de la acción penal y dispuso el archivo del diligenciamiento. La sentencia quedó en firme el 3 de octubre de 2011.
- (xiii) El 7 de octubre de 2011, se expidió la Boleta de Libertad No. 004 en favor de la señora Nancy Correa.

Entonces, no queda duda que Nancy Correa Pidiache estuvo privada de la libertad, en consecuencia, se encuentra acreditado el primer elemento de la responsabilidad, este es, el daño sufrido por los demandantes.

5.6.2. De la imputación:

En el plenario se encuentra probado que el 19 de octubre de 2004 la Unidad de Reacción Inmediata de Sogamoso de la Fiscalía General de la Nación (URI) indicó que “recibido el informe del DAS por el cual se solicita la Judicialización de (...) NANCY CORREA PIDIACHE (...), de quienes se indican que son milicianos activos de la guerrilla, se estima pertinente INICIAR INVESTIGACIÓN PREVIA por el punible de REBELIÓN...” (f. 38).

Mediante el Oficio No. 02178/ DAS.SBOY.PO.SOG.APJE de 26 de noviembre de 2004 dirigido al Fiscal 28 URI de Sogamoso, informó que “Según averiguaciones hechas por el personal del DAS Boyacá, estas personas son las que colaboran con la guerrilla en esta región, y con sus actuaciones hacen posible o facilitan que la subversión delinca en estos municipios, no necesariamente portan armas ni uniformes, aunque permanecen de civil y aparentan trabajar en las labores del campo, esto lo utilizan como fachada para no ser detectados por las autoridades, pero le suministran a los grupos ilegales toda la inteligencia que se requiere para desarrollar la actividad ilegal de REBELIÓN.” (f. 12-13)

En el Oficio de 1 de diciembre de 2004²⁵, se indicó:

“En cumplimiento a la misión de trabajo No. 803 del 01/DIC/04, emanada del Área de Policía Judicial Especializada de esta Seccional, en atención a

²⁵ A folios 82 y 83 reposan copias de las Actas de Derechos del Capturado y Buen Trato.

Medio de control: Reparación Directa
 Demandante: **Nancy Correa Pidiache y otros**
 Demandado: Fiscalía General de la Nación y otro
 Expediente: 15238-33-33-752-2014-00040-01

la orden de captura No. 0659228 del 30/NOC/04, procedente de ese despacho judicial, nos permitimos informar:

Una vez recibida la Misión antes señalada, se procedieron a realizar las respectivas labores investigativas y de inteligencia, con el fin de localizar y dar captura a la solicitada, es así que el día de hoy siendo las 18:00 horas, en la carrera 2 este No. 64-169, frente a las instalaciones de la Universidad de Boyacá de esta ciudad fue ubicada NANCY CORREA PIDIACHE, a quien previa identificación nuestra como funcionarios activos del DAS, se le hace saber la orden de captura existente en su contra, se procede a trasladarla a estas dependencias y seguidamente se le da a conocer el Acta de Derechos del Capturado, se da ha visto al Agente del Ministerio Público y se deja a disposición de ese despacho judicial, para los fines pertinentes” (f. 80).

El 3 de diciembre de 2004 se adelantó la diligencia de indagatoria de la señora Nancy Correa Pidiache (f. 87) y mediante la Resolución expedida el 9 de diciembre de 2004 por la Fiscalía Tercera Seguridad Pública, Salud Pública y otros, decidió la situación jurídica de la demandante así:

“...se considera que las pruebas que se han practicado indican que se reúnen los requisitos del Art. 356 del código de procedimiento penal para imponerle medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario a NANCY CORREA PIDIACHE como coautora del delito de REBELIÓN, medida que cumplirá en la cárcel del circuito de Sogamoso, lugar a donde se enviará la orden de detención respectiva” (f. 128)

Por lo anterior, resolvió imponer medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario a la demandante.

El 17 de enero de 2005 el apoderado de confianza de la demandante solicitó la nulidad de todo lo actuado desde la diligencia de 3 de diciembre de 2004, denominada como indagatoria por violación al debido proceso (f. 187-188).

El 20 de enero de 2005 la Fiscalía Tercera Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Sogamoso resolvió declarar la nulidad parcial de lo actuado a partir de la diligencia de indagatoria del 3 de diciembre de 2004 rendida por la demandante y se ordenó su libertad inmediata (f. 217-223).

La diligencia de indagatoria fue practicada nuevamente el 3 de febrero de 2005 (f. 257). En esta, la aquí demandante manifestó:

“Primero que todo yo no tengo ningún vínculo con ningún grupo y como lo afirmé anteriormente no tengo ningún apodo y mi nombre es tal y como está en mi cédula, en mi documento, tampoco he realizado cursos ni conozco ningún campamento ningún sitio del cual me nombra el señor Fiscal,

tampoco he andado con la guerrilla, siempre que voy a mi casa es cada año prácticamente me demoro ocho días en mi casa y no salgo para ningún lado, eso es lo que hago ir a visitar a mi familia y de mi casa no salgo, le reitero que no tengo ningún vínculo con ellos por lo tanto desconozco este tipo de acusación y no sé por qué lo dirán o porque lo afirman. (...) PREGUNTADO: Infórmenos que fue lo que estudio su hermana y ella a que se dedica? CONTESTÓ: Mi hermana estudio pues el bachillerato e hizo un semestre de medicina pero desafortunadamente ella falleció en un accidente en un bus por la vía de Sogamoso a Labranzagrande, ella se llamaba TANIA LEONOR CORREA. (...)” (f 260).

Luego, el 10 de febrero de 2005 la Fiscalía procedió nuevamente a estudiar la situación jurídica de la aquí demandante (f. 286-288), sin embargo, se reiteró que las actividades adelantadas estaban orientadas a contribuir al logro de los propósitos del frente “JOSÉ DAVID MARTÍNEZ” que no eran otros que pretender derrocar al gobierno nacional o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente. Por esta razón, le impuso medida de aseguramiento en establecimiento carcelario que sería cumplida en la Cárcel del Circuito de Sogamoso. La Boleta de Detención No. 004 reposa a folio 613 del Anexo II.

Contra la anterior decisión la señora Nancy Correa presentó recurso de apelación (f. 301), el cual fue sustentado el 22 de febrero de 2005 (f. 310-314) y el 11 de abril de 2005 la Fiscalía Segunda Delegada ante los Tribunales Superiores de Santa Rosa de Viterbo y Yopal, resolvió confirmar la decisión proferida el 10 de febrero de 2005 (f. 251-259, Anexo I).

El 18 de mayo de 2005 la Fiscalía solicitó reconocimiento médico legal a la demandante para que se determinara si se encontraba en estado de embarazo y de ser así cuánto era el tiempo de gestación (f. 52-53, Anexo I). El 20 de mayo de 2005 se rindió Informe Técnico Médico Legal de Embarazo, en el cual se indicó que la aquí demandante contaba con 28 semanas de gestación y que se recomendaban controles prenatales para su seguimiento (f. 54, Anexo I).

El 27 de mayo de 2005, la Fiscalía Tercera de Sogamoso profirió resolución de acusación en contra de la demandante como coautora de rebelión y se suspendió “la detención preventiva que cumple NANCY CORREA PIDIACHE en la cárcel del Circuito de Sogamoso, previo pago de caución y suscripción de diligencia de compromiso. Una vez cumplido, se librar[ía] la boleta de libertad correspondiente” (f. 61-62, Anexo I). Lo anterior, con fundamento en lo que a continuación se transcribe:

“Comoquiera que ya se practicó el examen correspondiente por parte del Instituto nacional de Medicina Legal a NANCY CORREA PIDIACHE, en el cual se concluye que se trata de paciente de 21 años quien actualmente cursa gestación de 28 semanas por amenorrea que coincide con ecografía

del segundo trimestre, Recomendándose controles prenatales para seguimiento del embarazo, se observa que a la fecha actual le faltan menos de dos meses para el parto, lo que significa que se presenta la causal segundo del Art. 362 del C. de P.P. de suspensión de la privación de la libertad, siendo procedente en consecuencia, ordenar la suspensión de la detención preventiva en establecimiento carcelario que cumple NANCY CORREA PIDIACHE previa suscripción de diligencia de compromiso en la que se comprometerá a cumplir las obligaciones legales las que se garantizarán mediante caución...” (f. 60, Anexo II).

El 16 de agosto de 2005 el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Sogamoso resolvió avocar el conocimiento de las diligencias (f. 74, Anexo I) y el 24 de noviembre de 2005 se realizó la audiencia pública de juzgamiento (f. 102-109, Anexo II).

Posteriormente, el 24 de enero de 2006 el apoderado de la aquí demandante solicitó la “sustitución de la medida de aseguramiento de detención preventiva por detención domiciliaria” bajo el argumento que era madre cabeza de familia (f. 114) y el 16 de febrero de 2006 el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Sogamoso accedió a la solicitud de sustitución de detención preventiva por domiciliaria, bajo diligencia de compromiso y caución prendaria equivalente a 1 SMLMV (f. 169, Anexo I).

Para culminar el proceso, el 27 de noviembre de 2006 el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Sogamoso profirió sentencia de primera instancia, en la cual resolvió (i) revocar la medida de aseguramiento contra Nancy Correa Pidiache por favorabilidad y (ii) absolver a la señora Correa Pidiache de condiciones civiles y personales consignadas en autos, del delito de rebelión (f. 205-212, Anexo I):

“Con relación a NANCY CORREA PIDIACHE: Las acusaciones que fura (sic) objeto por parte de FLORENA RAMÍREZ ARAQUE, NOLBERTO MENDIVELSO TABACO Y JOSE IDELFONSO GOMEZ FERNANDEZ (sic) personas sometidas al plan de reinserción por parte del gobierno nacional, a recibo del derecho no encuentran plena credibilidad a razón de las distintas disparidades que se observaron en el transcurso del proceso, ejemplo de ello tenemos las diferentes contradicciones de sus acusados cuando informan dentro del plenario que algunos veían a NANCY visitando prendas militares y portando armas y otros son enfáticos en desmentir dichas afirmaciones pues al atender de otro de sus compañeros (ilegible) fue que dio a luz un hijo. Del mismo modo las diferentes características morfológicas que dieran los sujetos reinsertados respecto de NANCY PIDIACHE no encuentran similitud pues unos afirman que es una mujer robusta, alta, de cabello color mono, y se pudo constatar que se trata de una mujer de mediana estatura, delgada, de pelo color castaño, todas estas contradicciones llevan al juzgado a dar aplicación al principio de IN DUBIO PRO REO cobrando fuerza la presunción de inocencia, ante la duda que se presenta respecto de la autoría de NANCY CORREA PIDIACHE de querer derrocar el gobierno nacional mediante el empleo de las armas, no fue posible vincularla dentro del proceso como colaboradora o miliciana del

frente JOSE (sic) DAVID SUAREZ DEL E.L.N. , lo que deberá resolverse a favor de la procesada y en consecuencia se revocará la medida de aseguramiento dictada en su contra.

(...)

Así las cosas la conducta desplegada por las acusadas NANCY CORREA PIDIACHE (...), no alcanza a configurar el delito de REBELION (sic)...” (f. 211)

Contra la anterior decisión la Fiscalía Tercera Delegada antes los Juzgados Penales del Circuito presentó recurso de apelación (f. 226-228 Anexo I). La Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, en auto de 8 de septiembre de 2011 resolvió (f. 267-274, Anexo I): (i) “Declarar la prescripción de la acción penal a favor de (...) y NANCY CORREA PIDIACHE respecto de la conducta punible de Rebelión juzgada en el proceso de la referencia, y en consecuencia declarar la extinción de la acción penal” y (ii) conceder la libertad incondicional inmediata, “quedando igualmente sin valor alguno las medidas privativas de derechos que le hayan sido impuestas a causa de este proceso sin menoscabo de penas o medidas de aseguramiento, impuestas en causas diferentes al proceso de la referencia” (f. 274, Anexo I).

En auto proferido el 7 de octubre de 2011, la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo ordenó librar boleta de libertad a favor de la aquí demandante (f. 290-291, Anexo I).

Ahora bien, la solicitud presentada por el Departamento Administrativo de Seguridad, tuvo como fundamento la declaración de Florena Ramírez Araque, Carlos Julio Ramírez Araque y Nolberto Mendivelso, quienes afirmaron:

a. Florena Ramírez Araque (f. 39-42):

“En cuanto a NANCY CORREA PIDIACHE yo la conozco desde pequeña, ella vivía en la misma vereda donde yo vivía y vivíamos en la vereda J del municipio de Pisba y éramos amigas y estudiamos ambas en la vereda de J, yo solo estudié un año con ella, ella estaba haciendo quinto y yo estaba haciendo segundo, ella era un poquito mayor mía y ella se fue para Tunja a estudiar allá y no supe exactamente en donde y por ahí cada año iba a Pisba ella, y ya fue cuando supe que era Miliciana del grupo JOSE DAVID SUAREZ del ELN y yo me enteré de eso porque trabajaba con la hermana de ella que también era MILICIANA y la hermana se llamaba TANIA y el nombre verdadero de ella era LEO pero ella se lo mandó a cambiar bien en los papeles y el apellido el mismo y el seudónimo no lo sé pero la llamaban la GUACHIMANA o sea a NANCY, y yo sabía que NANCY que iba a cursos y cuando ella fue iban a un campamento que se llama campofiesta que es en Pisba en el monte, y ya después ya me vine para Bogotá y en esa época yo tenía 14 años, o sea hace como cuatro años, y ya después cuando bajé la miraba andando no uniformada pero andaba con esa gente, o sea con la

guerrilla y ya cuando yo entré a la guerrilla que fue en el año 2003 NANCY iba a campamento y nos encontramos en la guerrilla y en diciembre del 2003 fue la última vez que la mire y estaba en el campamento Campoalbeiro en Pisba y a mí ya me sacaron de allá para Pueblo Viejo y no la volví a ver más. PREGUNTADO: Díganos cómo es físicamente NANCY CORREA PIDIACHE, CONTESTÓ: Ella es altica, no muy alta, gordita, blanca, mona como de unos 20 años, el cabello largo liso, como más debajo de los hombros, los ojos son café claritos y no más ella es hija de TEOFILO CORREA y OTILIA PIDIACHI, ella tenía la hermana y la mataron, y la mamá tiene otro hijo ahorita pequeñito como de un año. PREGUNTADO: Concrétenos en qué actividades y qué épocas supo usted que participara NANCY CORREA PIDIACHE, en este grupo subversivo CONTESTÓ: Ella no permanecía siempre en la guerrilla, ella iba y se encontraba con los mandos de la guerrilla y se devolvía para Tunja y ella iba era a hablar con ellos, y el trabajo de ella era ser Miliciana y creo que les llevaba información de Tunja, y yo sabía que era miliciana pero no sabía que trabajo la ponían a hacer, y la mayoría de la vereda sabían que ella era MILICIANA y mi hermano CARLOS la distingue y él puede declarar porque él esta reinsertado, PREGUNTADO: Cuéntenos si usted vio a NANCY CORREA PIDIACHE uniformada, con armamento o distintivos, o si la vio en actividades con personal uniformado y armado de la subversión CONTESTÓ: Cargando armas no la miré, uniformada tampoco, ella andaba de civil, pero andaba con la guerrilla yo no hablaba con ella casi, y después cuando yo estuve en la guerrilla ella llegaba a campamento e iba a hablar con los mandos pero conmigo solo era el saludo, nunca trabajamos juntas. PREGUNTADO: Relátenos lo pertinente a la Ubicación de Nancy Correa, si la sabe CONTESTÓ: Ella está actualmente en Tunja, ella estudia el bachillerato pero no sé dónde, y ella tiene **marido** y **no tiene hijos** y al marido lo he visto de pasada y es negrito y bajito y flaco, **pero él no es de la guerrilla** y una vez fue con el abajo pero no sé qué hará.” (Destacado fuera de texto).

b) Carlos Julio Ramírez Araque (f. 49):

“A NANCY CORREA sí la conozco desde que era pequeña porque somos de la misma vereda, estudiamos en la Escuela de Santa Inés vereda Jota, después ya estuvimos en un curso de milicias y ya la distinguí trabajando con la Guerrilla, el curso fue para el lado de un campamento que se llamaba Guacal para el lado de Paya, eso fue en junio de 1999, de ahí para acá ella se viene para Tunja, después baja y se está quince días por allá en la vereda de Jota, ella baja y se encuentra con la Guerrilla y no sé qué información llevará, eso baja y habla es con el comandante, el trabajo de ella era que como estaba estudiando, era miliciana y ellos conquistan gente para llevar o meter al programa, la conquistan, ella anda para acá y para allá, baja a los campamentos, no la vi armada ni uniformada pero ella era miliciana, yo siempre fui amigo y conocido de ella, ella pertenece al Frente JOSE DAVID SUAREZ, Compañía JORGE ALEXIS VILLAMIZAR del ELN ellos trabajan por Pisba, Paya, Labranzagrande, es va cuando ella estaba el Comandante ERNESTO, HENRY, ALMEIDA conocido ahorita como VÍCTOR,(...) por allá va a cursos milicias reuniones, ayudar a meter gente a la organización, ir a los campamentos a trastear de un lado a otro y ella tiene una hija de un guerrillo que se entregó y está en el plan de reinsertión, el nombre de él allá era ARIALDO, la familia de ella tuvo un hermano y hace como un año que lo mataron (...), ella es monita por hay (sic) de 1.58 de estatura, cabello larguito, blanca, le falta un oído no me acuerdo a cual, la vi de ultima con la guerrilla por ahí en Julio del año pasado...”

c) Declaración de Nolberto Mendivelso Tabaco (f. 52):

“A NANCY CORREA PIDIACHE la conozco o la distinguí desde que estábamos pequeños, las veredas son vecinas ella es de la vereda de JOTA y to de la vereda Pueblo, ella estudió abajo en Pisba y el bachillerato no sé si lo hizo en Socha o en Duitama, ya después la conocí en la Guerrilla cuando estuve allá la primer vez creo que fue en el 2.001, me acuerdo que pasamos un curso en junta de ella en el campamento CAMPO MILENIO no sé si es vereda Toragua o la de la PANCOTA, después la vi varias veces uniformada con el fusil, la vi en Pueblo Viejo, en Jota, en Tobacá, ella a veces andaba con un muchacho SAMUEL no se cuanto lleva allá yo creo que unos cuatro o cinco años, después creo que la mandaban a estudiar por cuenta de la guerrilla no se adonde, ella es monita no muy alta, gorda, la familia de ella o sea la hermana era miliciana que se llamaba ARANA LEONOR CORREA a ella la mataron los paracos en una matanza de un bus que iba para Labranzagranda, los papás por hay (sic) trabajan en el campo por hay (sic) en los cafetales o plataneras...”

En lo que respecta a estos testimonios, las Fiscalía les otorgó inicialmente credibilidad, en tanto coincidían en que la ahora demandante era integrante activa del frente “JOSE DAVID SUAREZ del E.L.N.” a pesar de que cursaba sus estudios universitarios en el Municipio de Tunja, pero que cada vez que podía viajaba hacia el Municipio de Pisba a sostener encuentros con los comandantes (f. 127 c.1). Por estas razones, consideró que se cumplían los requisitos previstos en el artículo 356 del Código de Procedimiento Penal, Ley 600 de 2000 que reza:

“ARTICULO 356. REQUISITOS. Solamente se tendrá como medida de aseguramiento para los imputables la detención preventiva.

Se impondrá cuando aparezcan por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso.

No procederá la medida de aseguramiento cuando la prueba sea indicativa de que el imputado pudo haber actuado en cualquiera de las causales de ausencia de responsabilidad.” (Resaltado fuera de texto)

Si bien estas consideraciones corresponden al acto expedido el 9 de diciembre de 2004 y luego se declaró su nulidad, debe tenerse en cuenta que este momento procesal fue determinante para dictar inicialmente la medida de aseguramiento. Además, los argumentos fueron reiterados en el escrito de 10 de febrero de 2005 (f. 286-288).

En efecto, como se indicó en aquellos pronunciamientos, los testigos coinciden en que la demandante vivía en el Municipio de Tunja, desarrollaba actividades académicas y hacía parte del Frente “José David Suarez”, sin embargo, tal como lo sostuvo la demandante en el recurso de apelación presentado contra la decisión de

10 de febrero de 2005, no se probó que estas personas realmente fueran miembros reinsertados de los grupos subversivos.

Además, de las declaraciones se extraían con facilidad versiones encontradas entre los testigos:

1. La señora Florena Ramírez Araque y el señor Carlos Julio Ramírez Araque manifestaron que **no** habían visto a la aquí demandante uniformada ni cargando armas pues, según su dicho, andaba de civil; por el contrario, el señor Nolberto Mendivelso manifestó que la había visto “varias veces uniformada y con el fusil”.
2. Florena Ramírez y Nolberto Mendivelso dijeron que la actora tenía una **hermana** llamada Tania pero que su nombre verdadero era Leo, mientras que el señor Carlos Ramírez dijo que tuvo un **hermano** “que mataron”.
3. Los testigos manifestaron que se trataba de una mujer “no muy alta”, “gordita” de ojos color café claros, mientras que la Fiscalía, en la primera indagatoria, la describió como una mujer de mediana estatura, delgada, de pelo color castaño, liso y corto.
4. El señor Carlos Julio Ramírez sostuvo que le faltaba un oído, mientras que la Fiscalía determinó que se trataba de una mujer con orejas pequeñas **sin señales particulares**.
5. Florena Ramírez afirmó que tenía marido quien no pertenecía a la guerrilla, y que no hijos; Carlos Julio Ramírez dijo que tenía una hija de un guerrillero que se entregó y, Nolberto Mendivelso, guardó silencio.

A partir de estas tres declaraciones, se deriva sin mayor esfuerzo que el ente investigador, especializado en examinar material probatorio preliminar, no podía pasar por alto que las declaraciones rendidas tenían contradicciones en relación con las descripciones físicas de la señora Nancy Correa y sus condiciones familiares. En ese orden de ideas, no era un indicio con la capacidad para endilgarle, en un primer momento, la responsabilidad a la señora Nancy Correa Pidiache, mucho menos con carácter de gravedad.

Ahora, en el escrito de 10 de febrero de 2005, la fiscalía dijo que la demandante cumplía “el rol de miliciana aunque con tareas diferentes ya que como se informa en el

proceso ella se encuentra actualmente adelantando estudios de medicina **al parecer patrocinada por la guerrilla...**, no obstante, este aserto no tenía sustento alguno, pues **no fue siquiera anunciado durante la etapa inicial de la investigación.**

Aquello, a juicio de la Sala, fue una conjetura carente de respaldo, toda vez que si bien es cierto que los deponentes dijeron que la aquí demandante se había trasladado al Municipio de Tunja a estudiar, esto no pasó de ser una consideración general. Además, la señora Florena Ramírez manifestó que ella llevaba información de este municipio; Carlos Julio Ramírez dijo que “como que estaba estudiando” y Nolberto Mendivelso se limitó a decir que no sabía si había estudiado el bachillerato en Socha o Duitama, pero ninguno manifestó que estudiaba Medicina.

Bajo dichos lineamientos, la Sala encuentra un ostensible yerro en las justificaciones dadas por la Fiscalía General de la Nación al momento de pretender sustentar la medida de aseguramiento pues, primero, los testimonios eran contrarios y, segundo, el objeto de la estadía de la actora en el Municipio de Tunja se contrajo a una conjetura carente de prueba, máxime si la procesada había señalado que los semestres de medicina los había sufragado con dinero destinado a los estudios de su hermana fallecida.

En ese panorama, se aduce la existencia de la falla del servicio atribuible a la Fiscalía General de la Nación, en tanto la medida de aseguramiento **no fue proferida en los términos del artículo 356 de la Ley 600 de 2000**, comoquiera que no se acreditaron los dos indicios graves en contra de la víctima de la privación pues, en realidad, estos no aparecían probados dentro del proceso penal, máxime si se tiene en cuenta que se derivaron de **(i)** una indebida valoración probatoria de los testimonios y **(ii)** la inferencia de un indicio a raíz de los estudios que adelantaba la demandante en el Municipio de Tunja. Esto, entonces, quiere decir que la medida restrictiva de la libertad fue expedida con ausencia de pruebas.

En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que la connotación de levedad o gravedad del indicio no corresponde a nada distinto al **control de su seriedad y eficacia como medio de convicción que en ejercicio de la “discrecionalidad reglada”** en la valoración probatoria que realiza el juez, quien después de contemplar todas las hipótesis confirmantes e informantes de la deducción establece “jerarquías según el grado de aproximación a la certeza que brinde

el indicio, sin que ello pueda confundirse con una tarifa de valoración preestablecida por el legislador²⁶.

Además, los dos indicios graves, aludidos en la norma vigente al momento de la detención de la accionante, conforme lo precisó la Corte Suprema Sala Penal, en sentencia, M.P. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER, SP3397-2014 Radicación N° 38793, Aprobado según Acta N° 81, sentencia de 19 de marzo de 2014:

- El indicio es una prueba **indirecta**, construida con base en un hecho (indicador o indicante) **acreditado** con otros medios de persuasión autorizados por la ley, del cual razonadamente, según los postulados de la sana crítica, **se infiere la existencia de otro hecho** (indicado), hasta ahora desconocido.
- La importancia del indicio deviene de su conexión con otros **acaecimientos fácticos que, estando debidamente demostrados** y dentro de determinadas circunstancias, permite establecer, de **modo más o menos probable, la realidad** de lo acontecido.

Además, en cuanto a su clasificación serán necesarios cuando revelan de forma cierta o inequívoca la existencia de otro hecho; contingentes, **según el grado de probabilidad** de su causa o efecto y en materia de la gravedad, precisó la Corte Suprema en la sentencia acabada de indicar:

“...Estos, los contingentes, a su vez pueden calificarse de: graves cuando entre el hecho indicador y el indicado media **un nexo de determinación racional, lógico, probable e inmediato, fundado en razones serias y estables, que no deben surgir de la imaginación ni de la arbitrariedad, sino de la común ocurrencia de las cosas** (...)

De conformidad con la previsión legal sobre la prueba indiciaria establecida por los artículos 284 y siguientes de la Ley 600 de 2000 (la cual gobernó la presente actuación), el hecho indicador del cual se infiere la existencia de otro acaecimiento fáctico, debe estar **debidamente acreditado** por los medios directos de prueba (testimonio, peritación, inspección, documento, confesión); ha de ser indivisible, pues los elementos que lo integran no pueden a su vez tomarse como hechos indicadores de otros sucesos, e independiente, ya que a partir de un hecho indicador no pueden estructurarse varios hechos indicados...!

(...)

Necesario se hace resaltar que en materia de prueba indiciaria, además de la **acreditación del hecho indicante**, de la debida inferencia racional fundada en los postulados de la sana crítica, y del establecimiento del hecho desconocido indicado, cuando son varias las construcciones de ese orden, es de singular importancia verificar en el **proceso de valoración conjunta su articulación**, de forma tal que los hechos **indicadores sean concordantes**, esto es, que ensamblen entre sí como **piezas integrantes de un todo**, pues siendo éstos fragmentos o

²⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia mayo 8 de 1997, Magistrado Ponente Doctor Jorge Aníbal Gómez Gallego, expediente número 9858.

circunstancias accesorias de un único suceso histórico, deben permitir su reconstrucción como hecho natural, lógico y coherente, y las deducciones o inferencias realizadas con cada uno han de ser a su vez convergentes, es decir, concurrir hacia una misma conclusión y no hacia varias hipótesis de solución....”

(...)

*La connotación de necesarios, contingentes-graves o contingentes-leves, no corresponde a nada distinto del control de su **seriedad y eficacia** como medio de convicción que en ejercicio de la discrecionalidad reglada en la valoración probatoria realiza el juez, quien después de contemplar todas las hipótesis confirmantes e infirmantes de la deducción, **establece jerarquías** según el grado de aproximación a la certeza que brinde el indicio, sin que ello pueda confundirse con una tarifa de valoración preestablecida por el legislador.*

*Se trata de una ponderación lógica que permite al funcionario judicial asignar el calificativo que corresponde al indicio, bien de necesario cuando el hecho indicado se releva como conclusión unívoca e inequívoca a partir de la inferencia fundada en el hecho indicante, de **contingente-grave si constituye el efecto más probable**, o de contingente-leve, si se muestra apenas como una entre varias probabilidades...”*

Sin embargo, por las contradicciones antes anotadas, ha de concluirse que el hecho indicador – testimonios – no contaba con condiciones que permitieran aducir razones serias que determinaran el nexo causal con el hecho indicado y por investigar, en tales condiciones, si bien fueron declaraciones, ellas no podían admitirse como acreditadas de forma concordante, se reitera, contenían contradicciones lo cual impedía entenderlas como parte de un todo que integrara la posible participación de la entonces investigada, como integrante de la guerrilla.

Así, calificados los testimonios, faltos de seriedad y eficacia, sin lugar a mayores divagaciones, tampoco podían ser atendidos para ser calificados como constitutivos de indicio contingente grave.

Si bien el delito de rebelión contemplaba una pena mínima de 6 años de prisión y con ello se cumplía con el requisito de **proporcionalidad** previsto en el artículo 357 del entonces Código de Procedimiento Penal, lo cierto es que, al momento de adoptar la medida de aseguramiento, la Fiscalía no contaba con otros elementos probatorios que permitieran establecer o corroborar la veracidad de las acusaciones en contra de la aquí accionante.

Tampoco encuentra la Sala que la medida fuera razonable, pues el ente investigador, a pesar de las contradicciones en las declaraciones allegadas por el DAS, **no verificó** la autenticidad de lo expuesto ni contempló la posibilidad de adelantar el procedimiento sin privar de la libertad a la investigada.

La Subsección "C" de la Sección Tercera del Consejo de Estado en la sentencia proferida el 14 de marzo de 2016 dentro del proceso radicado con el número interno 39684 y con ponencia del Consejero Guillermo Sánchez Luque, resolvió un problema jurídico en el cual, también se había expedido una medida de aseguramiento sin contar con el material probatorio necesario:

"Así las cosas, como la absolución del demandante, fue con fundamento en la ausencia de una prueba sólida, el título de imputación aplicable es el de falla del servicio, pues la medida de aseguramiento fue dictada con ausencia de pruebas de cargo, lo que torna en injusta la privación de la libertad" (Negrilla fuera de texto)

Lo expuesto, aunado a que la Corte Constitucional en la sentencia C-774 de 2001, respecto al artículo 356 de la Ley 600 de 2000, había señalado:

"En relación con el artículo 356 de la Ley 600 de 2000, respecto de los cargos formulados por el actor, existe cosa juzgada material, ya que aunque el texto de la norma no es igual al previsto en el artículo 388 del Decreto 2700 de 1991, sí es predicable una identidad entre los contenidos normativos, toda vez que la nueva disposición consagra la medida de aseguramiento restringida a la detención preventiva, evento que se encuentra enmarcado dentro de límites razonables y proporcionales de configuración legislativa. Por lo tanto, las mismas consideraciones que permitieron determinar la constitucionalidad de las medidas de aseguramiento y la detención preventiva, y su compatibilidad con la presunción de inocencia y el derecho a la libertad personal son predicables para esta disposición.

No obstante, estima la Corte que, tal como se ha expresado en esta Providencia, de conformidad con el artículo 29 de la Constitución Política (debido proceso y presunción de inocencia), las medidas de aseguramiento deben someterse al cumplimiento de las estrictas exigencias que determinan su legalidad. Estas reglas son de dos clases, a saber: los requisitos formales, es decir, la obligación de su adopción mediante providencia interlocutoria que deberá contener: los hechos que se investigan, la calificación jurídica y los elementos probatorios que sustentan la adopción de la medida; y los requisitos sustanciales consistentes en los indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso.

El texto del nuevo Código de Procedimiento Penal, no hace referencia alguna a los requisitos formales que debe cumplir la autoridad judicial para decretar la detención preventiva, pero en aras de garantizar el debido proceso y en armonía con el artículo 28 de la Constitución, esta Corte estima que cuando la norma constitucional impone la necesidad de "...mandamiento escrito de autoridad judicial competente...", es porque se requiere, para la adopción de la detención preventiva de un providencia interlocutoria, en la cual, para hacer efectiva la presunción de inocencia, el derecho de defensa y el de contradicción del sindicado, se deben señalar al menos los hechos que se investigan, su calificación jurídica y los elementos probatorios que sirvieron de fundamento para adoptar la medida.

Por lo tanto, se condicionará la constitucionalidad del inciso 2° del artículo 356 del nuevo Código de Procedimiento Penal, bajo el entendido que, para la práctica de la detención preventiva, es necesario, el cabal cumplimiento de los requisitos formales señalados (los hechos que se investigan, su calificación jurídica y los elementos probatorios que sirvieron de fundamento para adoptar la medida), en armonía, con el requisito sustancial consiste en los indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso.” (Negrilla de esta Sala)

Así las cosas, para que la medida de aseguramiento fuera legal, debía cumplir con el requisito plasmado en la norma, este es, que existieran **dos indicios graves** que permitieran establecer la responsabilidad con fundamento en las pruebas debidamente recaudadas.

Por tanto, no puede esta Sala acoger el argumento esgrimido en la apelación por la Fiscalía General de la Nación, en razón a que, si bien se declaró la nulidad de lo actuado porque al momento de la indagatoria la aquí demandante no contaba con defensa técnica, lo cierto es que profirió la medida de aseguramiento sin las exigencias legales, es decir, sin la prueba idónea que soportara la necesidad de la decisión.

En síntesis, el ente investigador no contaba con los dos indicios graves para imponer la medida de aseguramiento ya que, como se dejó visto, con las pruebas recaudadas en el proceso penal no era posible llegar, en ese momento procesal, a la conclusión de la comisión del delito por parte de la señora Correa Pidiache, por cuanto las declaraciones no estuvieron acompañadas, ni siquiera, del cotejo entre la descripción dada por los deponentes y lo visto en la primera indagatoria.

A una conclusión análoga llegó la Sección Tercera del Consejo de Estado en la sentencia de 2 de mayo de 2017, en la cual se decidieron las pretensiones reparatorias de quienes habían sido capturados y sometidos a detención preventiva, como presuntos autores del delito de rebelión, con base en el testimonio de un reinsertado de las FARC e informes de inteligencia militar que relataban su presunta colaboración con el grupo subversivo. Teniendo en cuenta que los informes de inteligencia no son un medio de convicción válido y que, en consecuencia, el material probatorio era insuficiente, la Sala concluyó que la autoridad judicial había inobservado los requisitos establecidos en la normativa procesal, por lo que se acreditaba una falla del servicio²⁷.

²⁷ Al respecto ver la sentencia de 2 de mayo de 2017, número interno 40772. Así mismo, las sentencias de 16 de mayo de 2019, número interno 45438 y de 14 de julio de 2019, número interno 46800.

En definitiva, el ente acusador infringió sus deberes funcionales en el ejercicio de la acción penal, porque, se insiste, no examinó con el debido rigor las piezas procesales obrantes en el expediente, y en especial, no ordenó pruebas adicionales para establecer la supuesta relación del aquí demandante con grupos al margen de la ley.

Por contera, el daño padecido por Nancy Correa Pidiache fue injusto y consecuencia de un actuar irregular de la Fiscalía General de la Nación, en consecuencia, la sentencia de primera instancia deberá ser confirmada.

5.6.3. Sobre falta de legitimación en la causa por pasiva de la Fiscalía General de la Nación y el trato hacia la demandante en desarrollo del proceso penal:

La apoderada de la Fiscalía General de la Nación sostiene que la Policía Judicial cumple unas funciones específicas y, en consecuencia, los daños causados por el DAS y en el INPEX se deben reclamar a estas instituciones. Además, por esta razón, solicitó se declare probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

*El artículo 100 del Código General del Proceso, prevé que el demandado podrá proponer como excepción previa **dentro del término de traslado de la demanda**, entre otras, la existencia de “[p]leito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto”.*

*A su turno, el artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, establece que, **durante el término de traslado**, el demandado tendrá la facultad de contestar la demanda, en la cual contendrá el pronunciamiento sobre las pretensiones y los hechos, **las excepciones**, entre otras.*

*Lo anterior significa que el derecho de defensa se manifiesta en distintos escenarios, en la medida que el extremo pasivo puede optar por contestar la demanda; presentar demanda de reconvención o presentar **excepciones previas** y de fondo. Sin embargo, no puede pasarse por alto que las etapas procesales dentro del proceso contencioso administrativo son perentorias y, por consiguiente, es deber de las partes adelantar las actuaciones conforme a las normas procesales.*

Es decir que, en el caso del demandado, es el término para contestar la demanda la oportunidad para alegar la existencia de excepciones previas que tienen por objeto oponerse a la acción promovida proponiendo la “existencia de hechos distintos a los que presenta la demanda o circunstancias o modalidades diferentes de los contenidos en ésta, con el objeto de plantear nuevos fundamentos de hecho que conduzcan a la desestimación de las pretensiones”²⁸.

El doctrinante Juan Ángel Palacio Hincapié en la 9ª Edición de su obra “DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO” (pág. 776), sobre lo señalado en precedencia, explicó:

*“Todas las excepciones, previas y de fondo, **deben** proponerse en la contestación de la demanda y ese es el papel que debe asumir la entidad al dar respuesta a la misma para su adecuada defensa; sin embargo, aunque no se propongan, el juez administrativo, sin ninguna limitación, puede declarar todas las que encuentre probadas (artículo 187 del CPACA). Pero es indudable que la actividad que en esta materia muestre la entidad, garantizará la eficacia de este mecanismo de defensa” (Resaltado de esta Sala).*

En consecuencia, se concluye que la oportunidad procesal para alegar la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva feneció cuando se venció el término para contestar la demanda, por consiguiente, no cabía invocar la excepción en el recurso de apelación para lograr su prosperidad.

Ahora, frente al trato dispensado a la señora Nancy Correa Pidiache, la Sala encuentra que en la diligencia de indagatoria practicada el 3 de febrero de 2005 (f. 257), la demandante manifestó:

*“PREGUNTADO: Díganos si desea aclarar o agregar algo más.
CONTESTÓ: Sí, primero que todo desconozco totalmente el motivo de las acusaciones y otra cosa que tengo que añadir es que en el mes de octubre de 2004 unos señores que no se identificaron me detuvieron en el pueblo allá en Pisba me hicieron una serie de preguntas a las cuales les respondí con claridad lo que hago (...) los cuales fueron muy agresivos conmigo y me intimidaron, me amenazaron, me dijo el señor que me indagó que tenía que decir cosas, declarar cosas y si nó me mandaba a la cárcel y él se iba a reír de mí cuando yo estuviera en la cárcel, yo le deje muy claro mi situación, mi condición de estudiante, también que mis padres son los que me pagan mi estudio y un sinnúmero de preguntas que me hicieron, otra cosa que quiero agregar es que en el momento de mi captura me dijeron que había una orden de captura contra mí la cual nunca la vi, nunca la conocí y también*

²⁸ Devis Echandía, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Tomo I: Teoría General del Proceso. Duodécima Edición. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 1993. Citado por Garzón Martínez Juan Carlos. “PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO”, Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2019. Pág. 396.

me formularon una serie de preguntas en esa diligencia, durante la diligencia de captura y lo último que quiero agregar es que el día tres (3) de diciembre en el cual tuve la notificación para la indagatoria, la cual no rendí por no estar mi abogado presente, en el momento en que llegue al DAS el señor Inspector de ese día me dijo que el que el que hablaba a tiempo se le atendía a tiempo y que por yo no haber rendido indagatoria me tenía que ir para el calabozo, lo cual fue así y permanecí tres días en el calabozo, el nombre del señor no lo sé, sino el trato que le dieron al otro señor que venía conmigo ese día le dieron privilegios por haber hablado, también el día jueves dos de diciembre tuve que dormir esposada a una silla ahí en el DAS, no más.” (f. 260).

Frente a esta declaración, encuentra la Sala que, en efecto, la señora Nancy Correa manifiesta que, cuando llegó al Departamento Administrativo de Seguridad, el inspector dio preferencias a otra persona que había “hablado”, sin embargo, frente a los tratos agresivos, intimidantes y amenazantes la demandante no indicó con precisión quién o quiénes los habían ejecutado.

En el plenario también reposa copia del escrito presentado el 3 de febrero de 2005 la apoderada de la señora Nancy Correa, quien dejó las siguientes constancias:

“Me propongo dejar constancia de los aspectos que me parecieron las relevantes de dicha diligencia en los que a mi entender hubo una flagrante violación a los más elementos derechos de mi defendida, hechos de los cuales no quedó constancia alguna pues los operadores de la Fiscalía tuvieron la precaución de cerrar la diligencia y a continuación someter a mi defendida a presiones para obtener de ella una confesión de los hechos por los cuales se le sindicaban, al igual que sugerirle insistentemente que solicitara pruebas a su favor, solicitud que se me extendió a sabiendas de que yo desconocía absolutamente el proceso y las pruebas obrantes en el mismo, que según el señor Fiscal le manifestara a la encargada que trataban de testimonios serios que la comprometían seriamente y que de no acogerse a sentencia anticipada tendría que someterse a estar privada de la libertad por un largo tiempo, razón por la cual ella debía aceptar los cargos que se le formulaban; es más, la misma diligencia de indagatoria es bastante ilustrativa al respecto pues a mi defendida se le preguntó la misma cosa una y otra vez buscando hacer que entrara en contradicción, la misma indagada al responder siempre señaló que eso ya se le había preguntado.

La situación descrita me parece absolutamente irregular pues el señor Fiscal tuvo toda la oportunidad de interrogar a la sindicada durante el transcurso de la diligencia y de informarle a mi defendida sobre los beneficios que otorga la ley por confesión, luego, sobraba y resultaba desde todo punto de vista irregular que terminada la diligencia el señor fiscal insistiera en que mi defendida entrara en contradicción con su dicho, estaba de más que le recordara y le insistiera que quedaría privada de su libertad si no confesaba, tampoco era necesario que se le insistiera en solicitar unas pruebas para rebatir unos testimonios de personas que ella desconoce por completo, máxime cuando mi defendida es una joven de 21 años que ignora absolutamente la técnica jurídica, tampoco me parece que obedezca a la filosofía que inspira nuestro Estado el procurar que muy a

pesar de la inocencia de las personas se procure obtener a toda costa una sentencia anticipada” (f. 282-283) (Destaca esta Sala).

El artículo 1º de la Ley 600 de 2000 establecía que **todos** los intervinientes en el proceso penal serían tratados con el respeto debido a **la dignidad inherente al ser humano**; su turno, el artículo 7º dispuso que toda persona se presume inocente y **debía ser tratada como tal** mientras no se produzca una sentencia condenatoria definitiva sobre su responsabilidad penal y, el artículo 9º señalaba que la actuación procesal **se desarrollaría** teniendo en cuenta **el respeto a los derechos fundamentales de los sujetos procesales**.

La Corte Constitucional, al estudiar la exequibilidad del artículo 1º citado, en la sentencia C-1291 de 2001, indicó:

*“La redacción de esta disposición no deja duda acerca de la intención legislativa de hacer efectivo el respeto a la dignidad de todos intervinientes en el proceso penal. Ella, además, por su ubicación y por constituir un desarrollo específico del principio fundamental de dignidad humana consignado en el artículo segundo de la Constitución, **está llamada a ser un referente interpretativo de todas y cada una de las restantes normas del estatuto procesal penal**. Es evidente que de cara a los precedentes históricos, lejanos por fortuna, que toleraron métodos de procesamiento en lo penal completamente contrarios a los más obvios reclamos de la dignidad humana, **el legislador quiso hacer explícita la especial relevancia del merecimiento de un trato digno que tienen todos los intervinientes en la acusación y juzgamiento de delincuentes**.” (Resaltado fuera del original)*

Ello deviene de la Constitución Política de 1991 en la cual, el artículo 33, establece que “[n]adie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”, el cual también fue desarrollado por la Corte Constitucional en la sentencia C-776 de 2001 en la que, a su vez, se trajo en cita la sentencia C-621 de 1998 en la cual se explicaba que “[c]on base en la garantía constitucional sobre no autoincriminación, el silencio voluntario del individuo llamado a indagatoria se constituye en una forma de defensa y por tanto en un verdadero derecho de carácter fundamental que hace parte del debido proceso.”

Entonces, el derecho de defensa, núcleo esencial del debido proceso, se encuentra conformado por el derecho a ser oído con el pleno de sus garantías constitucionales y el derecho a guardar silencio, es decir, su derecho a callar, así como a dar su propia versión sobre los hechos; esto, a su vez, se traduce en la garantía que tiene **toda persona** a no autoincriminarse, pues este constituye una

776

forma de defensa y, por tanto, un derecho de carácter fundamental ligado a la dignidad humana.

En efecto, esta garantía constitucional, en términos de la Corte Constitucional, fueron “históricamente obtenidas, reconocidas por el constitucionalismo moderno y por los tratados internacionales que reconocen los derechos humanos, los cuales hacen parte del bloque de constitucionalidad en virtud de lo dispuesto por el artículo 93 del Estatuto Fundamental, garantías **que no pueden ser soslayadas** so pretexto de introducir uno u otro sistema jurídico-penal, independientemente del modelo del que se tomen.” (Sentencia C-782 de 2005)

Bajo ese horizonte, estos derechos intrínsecos a la persona **no son renunciables**, por el contrario, deben ser maximizadas por estar estrechamente relacionados con la libertad individual; esto, sin perjuicio que el procesado no pueda optar por la confesión, sin embargo, ello debe obedecer a **su libre autonomía** sin ningún tipo de constreñimiento, presión o provocación forzada que, indudablemente se traduciría, se insiste, en la violación al núcleo esencial de la dignidad humana y de la autonomía de la voluntad.

Así, la actuación de la entidad demandada desobedece el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos cuando señala que toda persona tiene derecho a **no ser obligada a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable**.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia de 27 de noviembre de 2003, caso Maritza Urrutia vs Guatemala, se pronunció sobre esta garantía, así:

“120. En cuanto respecta a las garantías contempladas en los artículos 8.2 y 8.3 de la Convención Americana, observa el Tribunal que si bien parecen contraerse al amparo de personas sometidas a un proceso judicial (artículo 8.2) o inculpadas en el marco del mismo (artículo 8.3), a juicio de la Corte **también se tienen que respetar en procedimientos o actuaciones previas o concomitantes a los procesos judiciales que, de no someterse a tales garantías, pueden tener un impacto desfavorable no justificado sobre la situación jurídica de la persona de que se trata.**

121. Lo anterior conduce a considerar que en la especie se han violado los mencionados artículos 8.2 y 8.3 de la Convención, por cuanto **la víctima fue obligada a autoinculparse en el marco de actuaciones capaces de acarrearle eventuales consecuencias procesales desfavorables.**” (Resaltado fuera de texto).

Como se dijo, la actuación desplegada por la Fiscalía General de la Nación rompe los derechos esenciales de la señora Nancy Correa Pidiache pues, el constreñimiento y quebranto del derecho a la no incriminación vulneran la esencia de la dignidad humana que, se resalta, es reprochable desde mínimo canon de respeto que deben las autoridades judiciales a cualquier persona que sea investigada.

También, dada esta proscripción absoluta del uso de métodos que pudieran obligar a la confesión, que no es un asunto de poca monta, al Fiscal estaba vedado acudir a los testimonios ya evacuados de personas que la aquí demandante **manifestó no conocer** para recabar sobre la necesidad de practicar otros que los desvirtuara, **aun cuando la demandante, en reiteradas ocasiones, manifestó no conocer a los declarantes.**

Lo anterior, aunado a la vulneración de todas las garantías mínimas por parte del ente investigador cuando amenaza a la investigada al decirle que si no se acogía a sentencia anticipada estaría privada de la libertad “por un largo tiempo”; en criterio de esta Sala, tales actuaciones extraprocesales desfiguran todos los principios elementales de cualquier persona sometida al ius puniendi del Estado y desnaturaliza las garantías que, a partir de los escenarios internacionales, deben predominar cuando se vincula a una persona a una investigación criminal.

Pero, adicionalmente, considerar que por unos testimonios que, por demás, **eran incongruentes y contrarios** la demandante debía confesar para “beneficiarse” de una condena más corta, es desconocer no sólo la dignidad de la persona, sino además, reducirla a un escenario adicional que excede todas las ritualidades procesales y legales. Esperar que finalice una diligencia para hostigar a un sindicado resulta, indudablemente, arbitrario y contrario a la ley.

El cargo no prospera.

5.6.4. De la actuación desplegada por la Rama Judicial:

La apoderada de la Fiscalía General de la Nación solicita que la sentencia de primera instancia sea revocada, además, porque la responsabilidad se presentó en la demora de los jueces para decidir el recurso correspondiente.

277

Medio de control: Reparación Directa
Demandante: **Nancy Correa Pidiache y otros**
Demandado: Fiscalía General de la Nación y otro
Expediente: 15238-33-33-752-2014-00040-01

Lo primero que se debe advertir es que en la sentencia de primera instancia proferida el **27 de noviembre de 2006** la señora Nancy Correa Pidiache fue absuelta del delito de rebelión bajo el principio de indubio pro reo y, en segunda instancia, mediante el auto proferido el **8 de septiembre de 2011** se declaró la terminación del proceso por prescripción de la acción penal.

La Subsección "A" de la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia proferida el 25 de octubre de 2019 en el proceso radicado con el número 73001-23-31-000-2011-00505-01 (48.154) y con ponencia del Consejero Doctor Carlos Alberto Zambrano Barrera, sobre la prescripción de la acción penal frente al escenario de la responsabilidad extracontractual del Estado, sostuvo:

"Respecto del régimen de responsabilidad del Estado en los casos en que el proceso culmina por extinción de la acción penal o prescripción, esta Subsección, en sentencia del 30 de junio de 2016 (expediente 43.963) sostuvo (se transcribe textualmente):

*"En estas condiciones, estima la Sala que el presente asunto se enmarca en el régimen subjetivo de responsabilidad por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, dado el funcionamiento anormal del mismo en el marco del proceso penal adelantado en contra de (...), circunstancia particular que imponía a los operadores judiciales obrar con diligencia y celeridad, en aras de adoptar las decisiones pertinentes de manera oportuna y sin desmedro de los derechos de la persona sindicada, que además se encontraba detenida, **omisión que, como quedó visto, conllevó la ocurrencia de la prescripción de la acción penal.***

"Como se expuso anteriormente, resulta necesario reiterar que la imputación de responsabilidad en estos casos –bien sea en aplicación del régimen objetivo o subjetivo–, de ninguna manera excluye la posibilidad de apreciar la existencia de algún supuesto de hecho en virtud del cual pudiera entenderse configurada una causal de exoneración, a saber: i) fuerza mayor, ii) hecho exclusivo de un tercero o iii) culpa exclusiva y determinante de la víctima.

*"Es por lo anterior que, frente a la declaración de prescripción de la acción penal que en el presente caso sirve de sustento a la demanda, **resulta necesario analizar si se encuentra acreditado algún supuesto de hecho que pueda dar lugar a exonerar de responsabilidad patrimonial al Estado**²⁹, teniendo en cuenta, precisamente, **que en el proceso penal no existió una decisión de fondo que resolviera en concreto sobre la responsabilidad endilgada a la hoy demandante y que, además, debe valorarse la conducta procesal de la sindicada y su defensa, en orden a establecer si con ella se dilató el trámite para generar la prescripción de la acción penal, actuación de la cual no podría valerse ahora para sacar avante las pretensiones incoadas en el presente proceso**".*

²⁹ Texto original de la sentencia: "En este sentido se pueden consultar, entre otras, las siguientes providencias proferidas por esta Subsección: sentencia de 9 de julio de 2014, expediente 38.438; sentencia de 9 de octubre de 2013, expediente: 33.564; sentencia de 11 de abril de 2012, expediente 23.513; sentencia de 27 de enero de 2016, expediente 39.613".

*Precisa la Sala que la restricción de la libertad como consecuencia de una medida de aseguramiento legalmente proferida no se torna injusta por el solo hecho de haberse declarado la prescripción de la acción penal, pues, a pesar de que una medida como ésta mantiene incólume la presunción de inocencia que acompaña al sindicado a lo largo del proceso penal, deja en suspenso la definición de su responsabilidad por el punible endilgado y, por tanto, a efectos de establecer si la administración de justicia resulta o no comprometida por una actuación de ella misma, el juez contencioso administrativo debe establecer si la actuación de la víctima resulta razonablemente comprometida en el delito por el que fue procesada, o si su comportamiento estuvo orientado a torpedear o dilatar el proceso con miras a producir el vencimiento de los términos y a obtener un provecho para sí.”
(Negrilla fuera del texto original)*

En el caso bajo análisis, está probado que (i) el 21 de marzo de 2007 el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Sogamoso remitió la causa adelantada contra la aquí demandante (f. 267, Anexo II); (ii) ingresó al Despacho del Magistrado Sustanciador el 30 de marzo de 2007 (f. 268 bis) y (iii) solo hasta el 8 de septiembre de 2011 se expidió el auto por el cual se declaró prescrita la acción penal (f. 277 bis).

De conformidad con el acervo probatorio arrojado a este proceso, únicamente está demostrado que la señora Nancy Correa Pidiache fue vinculada a un proceso penal y privada de su libertad por el presunto delito de rebelión, luego de que tres testigos lo sindicaran de ser miliciana de un grupo subversivo. No encuentra la Sala elementos de juicio que permitan establecer que, ella o su defensor, hayan ejercido conductas o actuaciones dilatorias en el proceso penal, a fin de paralizar o prolongar el trámite, máxime porque ya se había proferido la sentencia de primera instancia absolutoria y, únicamente, estaba pendiente por decidir en segunda instancia.

En consecuencia, tal como lo señaló la jueza a quo, si bien existe responsabilidad de la Rama Judicial por haber extendido injustificadamente la privación de la libertad de la señora Correa Pidiache y terminar el proceso por prescripción de la acción penal, ello no justifica la falla en el servicio en que incurrió la Fiscalía General de la Nación pues era esta y no otra la entidad encargada de decretar la medida de aseguramiento.

El cargo de apelación no prospera.

5.6.5. Del hecho de un tercero:

La entidad demandada, Fiscalía General de la Nación, argumenta que “la investigación penal tiene origen en el informe presentado por el extinto DAS, de donde se configura el HECHO DE UN TERCERO, ajeno a las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación” (f. 697).

La Subsección “A” de la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia proferida el 1 de octubre de 2018 dentro del proceso radicado con el número 25000-23-26-000-2009-00627-01(50886) y con ponencia de la Consejera Doctora Marta Nubia Velásquez Rico, sobre esta eximente de responsabilidad, señaló in extenso:

“Esta Subsección, al analizar el hecho de un tercero en casos de privación injusta de la libertad, en términos generales ha señalado que esa causa extraña debe ser exclusiva y determinante en la producción del daño y de tal magnitud que resulte imprevisible e irresistible para la Administración³⁰. Concretamente, cuando dicho eximente se ha alegado con base en que las acusaciones o las incriminaciones realizadas por un tercero fueron las que, efectivamente, condujeron a la restricción de la libertad, esta misma Subsección ha discurrido así:

“Por otra parte, en cuanto al hecho de un tercero, debe señalarse que las acusaciones formuladas por las víctimas o los terceros en el trámite de una investigación penal no pueden considerarse como eximentes de responsabilidad en eventos como el analizado, toda vez que carecen de los elementos requeridos para el particular, tales como, entre otros, los de ser una causa directa y extraña de daño (...) Pese a que las decisiones por medio de las cuales se restringió la libertad del señor José Alberto Montero Quintero tuvieron como fundamento, entre otros, las acusaciones del señor Ugalbis Enrique

³⁰ “En ese mismo sentido, en cuanto al hecho de un tercero igualmente alegado como causal de exoneración de responsabilidad (...) la Subsección advierte que la constitución de esta causal exige que la actuación alegada como tal sea exclusiva y determinante en la producción del daño y que además resulte imprevisible e irresistible para la Administración, para cuyo propósito debe acreditarse que el tercero participó de forma preponderante y exclusiva en la realización del injusto. Así, de probarse cada uno de estos elementos, deberá absolverse al demandado e imputarse el daño al tercero. Así las cosas, se tiene que en el presente asunto no es posible predicar la existencia del hecho de un tercero puesto que en el sub examine resulta fuera de toda duda que fue la Fiscalía General de la Nación la que a través de sus decisiones determinó la privación de la libertad al ahora demandante la cual finalmente devino en injusta; en esa medida la demandada Fiscalía General de la Nación era la única responsable de producir el daño, razón por la cual las consecuencias de ello sólo le son imputables a ella. A lo anterior se debe añadir que si bien fue con ocasión de la denuncia y del reconocimiento en fila de presos y fotográfico que realizaron las mismas denunciadas que se vinculó al ahora demandante a la investigación penal, lo cierto es que la Fiscalía General de la Nación fue la que en el marco de sus competencias adelantó toda la investigación penal y fue ella a través de sus decisiones la que ocasionó el daño al señor Oscar Andrés Sepúlveda Pulido, razón por la cual dicho argumento no está llamado a prosperar (...)” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 27 de marzo de 2014, exp. 35.091, M.P. Mauricio Fajardo Gómez).

Villazón Quintero, no es posible asumir que la detención tiene como causa el hecho de un tercero, toda vez que fue la Fiscalía General de la Nación la que decidió mantenerlo privado para efectos de indagatoria y le impuso medida de aseguramiento, por manera que es esta la que debe asumir las consecuencias generadas por la valoración de las pruebas obrantes en la investigación, sin que resulte relevante, como antes se precisó, por tratarse de un caso de responsabilidad objetiva, la razonabilidad de las determinaciones que adoptó³¹ (se destaca).

En múltiples casos se ha adoptado ese criterio³², según el cual -difícilmente- podría configurarse el hecho de un tercero en casos de privación injusta de la libertad, toda vez que las incriminaciones o acusaciones no son determinantes en el producción del daño, esto es, en la restricción de la libertad que padece la víctima, porque finalmente es a la autoridad judicial (**Fiscalía General de la Nación –Ley 600 de 2000-** o a la Rama Judicial -Ley 906-2004-) la que le corresponde adoptar una decisión de tal naturaleza, **actuación que sí resulta determinante.**

Pese al anterior criterio acogido en muchos casos, se advierte que el eximente de responsabilidad del hecho de un tercero no ha sido proscrito en materia de privación injusta, pues, en cada caso, dependiendo de sus particularidades, bien puede configurarse cuando su fundamento sean las incriminaciones o las acusaciones realizadas por un tercero, independientemente de que la autoridad judicial sea -en últimas- la que imponga la medida restrictiva de la libertad.

(...)

En ese sentido, vale la pena insistir en que cuando se estudia el eximente de responsabilidad del hecho de un tercero en eventos de privación injusta de la libertad, por denuncias, incriminaciones o acusaciones realizadas por un tercero, de manera automática no puede concluirse que no es posible su configuración, como en muchos casos ha sucedido, pues en cada caso concreto y particular deberán analizarse aspectos como: la magnitud del señalamiento (si es directo, contundente y preciso), así como el contexto en que se hace, entre otros.

La Sala no desconoce que a la autoridad judicial, bien sea la Fiscalía o la Rama Judicial, es a la que le corresponde adoptar una decisión de la naturaleza de restringir el derecho a la libertad, razón con fundamento en la cual, en diversos asuntos, se ha desechado la mencionada causa extraña, en tanto las denuncias o las incriminaciones realizadas en contra de alguien no se constituyen en la causa directa de la privación de la libertad, sino que, precisamente, se ha dicho que el factor determinante son esas decisiones adoptadas por la autoridad judicial; sin embargo, se advierte que no es posible aceptar ese argumento en todos los casos, pues, como se dijo atrás, **cada asunto tiene su particularidad** y, por tal razón, deben examinarse ciertos aspectos, que, con el respectivo razonamiento, puede llegarse a concluir que los señalamientos hechos por el tercero fueron de tal envergadura que a la autoridad judicial no le era exigible algo diferente que la imposición de la respectiva medida restrictiva de la libertad.

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 8 de marzo de 2017, exp. 45.460.

³² Ver, en ese mismo sentido, la sentencia del 14 de julio de 2018, exp. 42.555, proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo.:

Con lo anterior, bueno es precisarlo, no se está señalando que ante cualquier denuncia, incriminación o acusación realizada por un tercero se configure el correspondiente eximente de responsabilidad del hecho exclusivo y determinante de un tercero, por lo que, se insiste, debe estudiarse cada caso particular y concreto.”

En el caso bajo examen no puede predicarse la eximente de responsabilidad antes aludida, comoquiera que si bien el Departamento Administrativo de Seguridad presentó las pruebas que respaldaban la solicitud de captura, **su análisis correspondía única y exclusivamente a la Fiscalía General de la Nación** la que, además, pasó por alto las contradicciones de los declarantes y fundamentó la medida de aseguramiento en conjeturas que nunca fueron mencionadas.

Se considera, entonces, que el origen del daño no devino en los informes del Departamento Administrativo de Seguridad, en la medida que si bien es cierto que su función radicaba en recaudar las pruebas necesarias para presentar la solicitud ante la Fiscalía General de la Nación, no es menos cierto que la función de esta última, radicaba en **analizar y cotejar cada una de las pruebas y determinar si, a partir de las mismas, se cumplían los requisitos** exigidos por el artículo 356 de la Ley 600 de 2000, empero, como quedó demostrado, ninguno de los indicios graves se encontraban satisfechos.

Lo anterior, encuentra respaldo en un caso de similar contorno, en el que la Subsección “B” de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la sentencia proferida el 6 de noviembre de 2018 dentro del proceso con radicación 13001-33-31-001-2006-00703-01(46667) y ponencia del Consejero Doctor Ramiro Pazos Guerrero, sostuvo:

*“23.6. Se trata entonces, de que **independientemente de los cargos que haya esgrimido el DAS para incriminar a la víctima, a quien correspondía tomar la decisión para restringir su libertad era a la Fiscalía General de la Nación**, como en efecto lo hizo mediante Resolución del 28 de Junio de 2004 (fl. 17.8), medida que posteriormente se vio obligada a revocar ante la clara evidencia de su falta de sustento.” (Resaltado fuera de texto)*

Así las cosas, dada la falla del servicio anteriormente demostrada, no tiene vocación de prosperidad el argumento de apelación alegado por la entidad demandada.

5.6.6. De los perjuicios:

La Fiscalía General de la Nación señala que la detención de la señora Nancy Correa Pidiache fue domiciliaria por el periodo comprendido entre el 1 de diciembre de 2004 y el 20 de enero de 2005 y desde el 10 de febrero de 2005 al 11 de octubre de 2011.

Como se indicó en acápites anteriores, de las pruebas obrantes en el plenario se extrae que; **(i)** el 27 de mayo de 2005, el Fiscal de Instrucción acusó a la demandante como autor responsable del delito de rebelión y ordenó la detención domiciliaria, toda vez que a la fecha contaba con más de 28 semanas de embarazo; **(ii)** el 24 de enero de 2006 el apoderado de la aquí demandante solicitó la “sustitución de la medida de aseguramiento de detención preventiva por detención domiciliaria” bajo el argumento que era madre cabeza de familiar (f. 114); **(iii)** el 16 de febrero de 2006 el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Sogamoso accedió a la solicitud de sustitución de detención preventiva por domiciliaria, bajo diligencia de compromiso y caución prendaria equivalente a 1 SMLMV (f. 169 Anexo I) y **(iv)** el 11 de octubre de 2011, mediante Boleta de Libertad, el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo se concedió la libertad inmediata de la accionante.

Como se observa, las autoridades judiciales ordenaron la detención domiciliaria de la demandante con ocasión de su estado de embarazo y, luego, porque era madre cabeza de familia.

La Subsección “B” de la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia proferida el 2 de octubre de 2019 con ponencia del Consejero Doctor Ramiro Pazos Guerrero³³; sobre la tasación de perjuicios cuando se trata de detención domiciliaria explicó:

“Sobre el particular, la Sala recuerda que en sentencia de unificación de jurisprudencia³⁴, el Consejo de Estado manifestó que, en casos de privación injusta de la libertad, la simple acreditación del parentesco, para los eventos de perjuicios morales reclamados por los padres, cónyuge, hijos y hermanos en relación con una persona que fue privada de la libertad injustamente, resulta suficiente para inferir que tanto el peticionario como

³³ Radicación 54001-23-31-000-2006-01303-01(45539)

³⁴ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014. Exp. No. 36149. M.P. Hernán Andrade Rincón (E.)

los integrantes de su familia han padecido el perjuicio moral por cuya reparación se demanda.

(...)

Lo anterior se pone de presente, pues en el caso bajo estudio se tiene que si bien el demandante fue privado de su libertad, dicha detención se surtió bajo dos modalidades que deben ser diferenciadas en su forma de reparación, aspecto que la jurisprudencia ha reconocido desde el punto de vista pecuniario, ya que no se puede indemnizar de la misma manera a quienes padecen la restricción física en un centro de reclusión y a quienes purgan la medida de aseguramiento en su propio domicilio y, por esa razón, se ha señalado que cuando una persona es privada de la libertad, pero es recluida en su domicilio, el quantum indemnizatorio deberá ser reducido en un 30%³⁵.

De esta forma, siguiendo dichos parámetros, de acuerdo con la sentencia de unificación, la indemnización a favor del señor José Otomiel Chacón por la totalidad de la detención (5 meses y 23 días o 173 días o 5.77 meses) en principio sería de 50 smlmv, sin embargo, comoquiera que de dicho tiempo pasó 3 meses y 24 días (o 114 días) en establecimiento carcelario y un mes y 29 días (o 59 días) en detención domiciliaria, por la detención intramural le corresponde una indemnización equivalente a 33 smlmv, mientras que por la detención domiciliaria luego de la reducción del 30% le corresponde la suma de 11 smlmv, para un total de 44 smlmv que serán reconocidos como indemnización por concepto de perjuicio moral." (Resaltado de esta Sala)

Este criterio también fue reiterado recientemente por las Subsecciones "A" y "B" de la misma sección en las sentencias proferidas el 25 de octubre de 2019³⁶ con ponencia de la Doctora María Adriana Marín y el 21 de agosto de 2019³⁷ con ponencia del Consejero Doctor Alberto Montaña Plata.

Así las cosas, se modificará la sentencia de primera instancia para reducir en un 30% la condena por concepto de perjuicios morales, ya que fueron los únicos reconocidos por la primera instancia. Entonces, las sumas que deberán reconocerse son las siguientes:

Nombre	Condición	SMLMV reconocidos por la jueza a quo	Reducción 30%	SMLMV a reconocer
Nancy Correa Pidiache	Victima	100	30	70
Juan Armando Niño Tocarruncho	Compañero permanente	100	30	70
Diego Alejandro Niño Correa	Hijo	100	30	70
María Fernanda	Hija	100	30	70

³⁵ Ver entre otras, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 9 de marzo de 2016, exp. 34554 y, del 10 de noviembre de 2017, exp. 51129, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

³⁶ Radicación 47001-23-31-000-2011-00040-01(54038)

³⁷ Radicación 47001-23-31-000-2009-00317-02(62406)

Niño Correa				
María Otilia Pidiache Durán	Madre	100	30	70
Teófilo Correa Ríos	Padre	100	30	70
Duvier Leonardo Correa Pidiache	Hermano	50	15	35

Por lo expuesto, confirmará la sentencia de primera instancia, salvo el numeral segundo que será modificado.

5.7. Costas en primera instancia:

El artículo 392 numeral 6° del C.P.C. hoy preceptuada en el numeral 5 del artículo 365 del CGP que dispone:

“En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.”

Lo primero que se advierte es que, en casos como el presente, **en el que las pretensiones prosperaron parcialmente** por virtud de la prescripción que fue declarada, era potestativo del juzgador imponer o no las costas, lo cual implica, a juicio de esta Sala, que era necesario que en la sentencia se advirtieran las razones por las que, en todo caso y como si se tratara de la parte totalmente vencida, se impondrían las costas lo cual, implícitamente, lleva a un examen subjetivo, en tanto se morigera el concepto puramente objetivo de vencimiento total.

En estas condiciones, el fundamento de la decisión atinaría a determinar si el comportamiento de la parte vencida conllevó un ejercicio abusivo de los instrumentos procesales o el desgaste judicial innecesario de las partes y de la administración de justicia, es decir, su reconocimiento debe atender las circunstancias particulares del caso.

Contrario a lo expuesto, observa esta Sala que al decidir lo relativo a la condena en costas, la a-quo se limitó a condenar objetivamente, sin analizar una de las circunstancias que preveía el artículo 365 del CGP, entre ellas la contenida en el numeral 5³⁸.

³⁸ Antes artículo 392 numeral 6 del CPC que se invocó en el recurso

787

Medio de control: Reparación Directa
Demandante: **Nancy Correa Pidiache y otros**
Demandado: Fiscalía General de la Nación y otro
Expediente: 15238-33-33-752-2014-00040-01

Si bien, tal decisión es potestativa, ello no implica que pueda ser arbitraria o carente de fundamento, sabido es que toda decisión judicial está sujeta al principio de publicidad que impone la motivación como parte del debido proceso.

Por las razones expuestas se accederá parcialmente al recurso interpuesto por la demandada y, en consecuencia, se revocará el numeral 5° de la sentencia apelada para en su lugar señalar que no habrá condena en costas en la primera instancia.

5.8. Costas en segunda instancia:

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 dispuso que el juez, en la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, excepto que se trate de un interés público. Tal condena se sujetará a las normas del ordenamiento procesal civil.

Dado que en los términos del numeral 3° del artículo 365 del CGP, habrá condena en costas en segunda instancia cuando el superior confirme **totalmente** la del inferior, y como quiera que en este caso la sentencia será modificada, no se condenará en costas.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala No. 3 de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero. Confirmar la sentencia proferida el 2 de abril de 2019 por el Juzgado Primero Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Sogamoso en el proceso iniciado por Nancy Correa Pidiache y Juan Armando Niño Tocarruncho, actuando en nombre propio y en representación de sus menores hijos Diego Alejandro y María Fernanda Niño Correa; María Otilia Pidiache y Teófilo Correa Ríos, quienes también actúan en nombre propio y representación del menor Duvier Leonardo Correa Pidiache en contra de la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, salvo el numeral **segundo** que se modifica y el **quinto** que se revoca. En su lugar se dispone:

“Segundo: Condenar solidariamente a la Fiscalía General de la Nación y a la Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial a pagar,

Medio de control: Reparación Directa
Demandante: **Nancy Correa Pidiache y otros**
Demandado: *Fiscalía General de la Nación y otro*
Expediente: 15238-33-33-752-2014-00040-01

en partes iguales, por concepto de perjuicios morales las siguientes sumas de dinero expresadas en salarios mínimo mensuales legales vigentes:

Nombre	SMLMV a reconocer
<i>Nancy Correa Pidiache</i>	70
<i>Juan Armando Niño Tocarruncho</i>	70
<i>Diego Alejandro Niño Correa</i>	70
<i>María Fernanda Niño Correa</i>	70
<i>María Otilia Pidiache Durán</i>	70
<i>Teófilo Correa Ríos</i>	70
<i>Duvier Leonardo Correa Pidiache</i>	35

El pago de la condena podrá ser exigido por la parte demandante a cualquiera de las entidades demandadas, sin perjuicio que quien pague repite contra la otra.

Quinto: Sin costas en la primera instancia.”

Segundo. Sin costas en esta instancia.

Tercero. En firme esta providencia, por Secretaría devuélvase el expediente al despacho judicial de origen, previas las anotaciones del caso

Esta sentencia fue discutida y aprobada por Sala de Decisión No. 3 conformada en la fecha.

Notifíquese y cúmplase,



CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada



JOSÉ A. FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado



OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

HOJA DE FIRMAS

Medio de control: Reparación Directa
Demandante: **Nancy Correa Pidiache y otros**
Demandado: *Fiscalía General de la Nación y otro*
Expediente: 15238-33-33-752-2014-00040-01

SECRETARÍA DE ADMINISTRACIÓN
DE BOYACÁ

NOTIFICACION POR ESTADO
Si en anterior se notifica por estado

37 de Nov. 2014

SECRETARIO