

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA

Magistrada ponente Dra. Beatriz Teresa Galvis Bustos

Neiva, veintidós (22) de mayo de dos mil veinte (2020)

Ref. Expediente	:	41 001 33 33 004-2014-00473-01
Demandante	:	YINA MAYORLI RAMOS VALDERRAMA Y OTROS
Demandado	:	NACIÓN – FISCALÍA GENERAL Y RAMA JUDICIAL
Asunto	:	PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD
Acta	:	29

REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por las partes demandante y demandadas Nación Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación, contra la sentencia proferida el 31 de marzo de 2017 por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Neiva que tuvo por **no acreditadas las excepciones** formuladas y **declaró la responsabilidad patrimonial y extracontractual** de las entidades demandadas.

I.2. SÍNTESIS DEL CASO

El señor **José Helider Rodríguez Losada** fue objeto de medida de aseguramiento restrictiva de la libertad, al ser considerado como **presunto responsable de la conducta típica de Fabricación, Tráfico y Porte de Armas y Municiones de uso restringido** de las Fuerzas Armadas o explosivos, en hechos acaecidos el día **5 de mayo de 2011** en la Vereda Chapuro, finca “El Mirador” de su

propiedad, cuando siendo las 5.10 de la mañana efectivos del Ejército Nacional **encontraron ocultos** un cilindro de 40 libras, una cantina con tornillos y un bolso con seis granadas de mano M26 en su interior.

1.3- ANTECEDENTES

1.3.1. Demanda

1.3.1.1. En escrito presentado el 30 de mayo de 2014 (fl. 49, c. 1), por intermedio de apoderado judicial, la señora Yina Mayorli Ramos Valderrama en nombre propio y de su menor hijo Joseph Damián Rodríguez Ramos, y Luis Fernando Rodríguez Ninco, en su condición de esposa e hijos respectivamente, demandaron en ejercicio del medio de control de reparación directa a la Nación – Fiscalía General y Rama Judicial a efectos de que se les declare patrimonialmente responsables por la privación injusta de la libertad de la que fue objeto el señor José Helider Rodríguez Losada, y se acojan las siguientes pretensiones:

“(...) Primera: Que la NACIÓN RAMA JUDICIAL y LA NACIÓN FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, entidades públicas representadas legalmente por sus representantes legales o por quienes hagan sus veces al momento de la notificación de la presente demanda, reconozcan y paguen de manera solidaria a los demandantes, la suma de TRESCIENTOS SETENTA Y NUEVE MILLONES CIEN MIL PESOS MCTE. (\$379.100.000.00), por concepto de toda clase de perjuicios (materiales, morales y de alteración de condiciones de existencia) ocasionados por responsabilidad patrimonial extracontractual por **privación injusta de la libertad que ocasiono un daño antijurídico al grupo familiar de JOSÉ HELIDER RODRIGUEZ LOSADA q.e.p.d..** Lo anterior dando aplicación al test de proporcionalidad establecida por el Consejo de Estado en sentencia 20144 de agosto 11 de 2011, CP. Jaime Orlando Santofimio, Secc. Tercera.

A. PERJUICIOS INMATERIALES:

1. Morales:

- Para la señora YINA MAYORLY RAMOS VALDERRAMA, como compañera del perjudicado directo el equivalente a 100 s.m.m.l.v.

- Para el menor JOSEPH DAMIAN RODRIGUEZ RAMOS, como hijo menor del perjudicado el equivalente a 100 s.m.m.l.v.
- Para LUIS FERNANDO RODRIGUEZ NINCO, hijo del perjudicado directo el equivalente a 100 s.m.m.l.v.

2. DAÑO A LA VIDA EN RELACIÓN:

- Para la señora YINA MAYORLY RAMOS VALDERRAMA, como compañera del perjudicado directo el equivalente a 100 s.m.m.l.v.
- Para el menor JOSEPH DAMIAN RODRIGUEZ RAMOS, como hijo menor del perjudicado el equivalente a 100 s.m.m.l.v.
- Para LUIS FERNANDO RODRIGUEZ NINCO, hijo del perjudicado directo el equivalente a 100 s.m.m.l.v.

B. PERJUICIOS MATERIALES:

Lucro Cesante: Indemnización por con el s.m.m.l.v. durante el tiempo que estuvo detenido la cual deberá ser debidamente actualizada por \$1.500.000.00 (sic)

Daño emergente: Por el valor cancelado por honorarios profesionales defensa técnica proceso penal por \$8.000.000.00, suma de dinero que deberá ser debidamente indexada.

Segunda: Condenar a las entidades demandadas, para que cumplan la sentencia en los términos del artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo.

Tercera: Se condene al pago de costas a las entidades demandadas de conformidad con el artículo 188 del Código de procedimiento administrativo. (fl. 4 a 6, c. principal).

Como fundamentos fácticos de las pretensiones, la parte actora narró:

"(...) 1.El señor JOSÉ HELIDER RODRIGUEZ LOSADA, fue detenido el día 06 de diciembre de 2011 en la ciudad de Neiva por cuenta de la Fiscalía Segunda Especializada de Neiva, acusado de ser AUTOR del delito de FABRICACIÓN, TRAFICO Y PORTE DE ARMAS, MUNICIONES DE USO RESTRINGIDO, DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS O EXPLOSIVOS, artículo 366 del Código Penal, modificado por la Ley 1453 del 24 de junio de 2011, artículo 20, **ingresando al centro de reclusión de Rivera el seis (6) de diciembre de 2011 y saliendo en libertad provisional**, por orden del Juez Tercero Penal Municipal de Neiva, **el día seis (6) de enero de 2012 (32 días)**, quien revocó la medida de aseguramiento solicitada por la defensa.

2. El Juzgado Primero Penal Especializado de Neiva el día **10 de abril de 2012 precluyó el proceso por solicitud de la Fiscalía** Segunda Especializada de Neiva **por muerte del procesado** acaecida el día 8 de febrero de 2012 (según consta en el registro de defunción).

3.El Fiscal Segundo Especializado, con fecha 03-02-12 había radicado, con anterioridad al deceso del procesado, **solicitud de preclusión mediante formulario FGN-50000-F17 por la causal 5. Imposibilidad de**

desvirtuar la presunción de inocencia. (Causal consagrada en el artículo 332 numeral 6 de la Ley 906 de 2004) y no por muerte del procesado.

4.Lo anterior, señor juez, se debió a la contundencia de la defensa para demostrar mediante medios cognoscitivos de investigación de la defensa, la improcedencia de la medida de detención del procesado, al punto que el Juez Tercero Penal Municipal con función de garantías ordenó de manera inmediata la revocatoria de la medida intramuros.

5.La detención por espacio de 32 días, especialmente por el delito tan grave, que comporta una pena de prisión de mínimo once (11) años y como máximo 15 años, la época de fin de año, el dejar su hijo menor de edad de 21 meses de nacido, su finca EL MIRADOR, ubicada en la vereda el Chapuro de Neiva, **hizo que se desestabilizara emocionalmente por la investigación que se le realizaba y optará por el suicidio.**

6.LA NACIÓN RAMA JUDICIAL Y FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN deben responder de manera solidaria por el daño antijurídico causado al procesado quien estuvo detenido por cuenta del proceso de manera provisional, logrando su libertad por revocatoria de la medida de aseguramiento intramural.

7.La privación injusta se configura por la no necesidad, urgencia, proporcionalidad, y razonabilidad de la medida de aseguramiento solicitada por la Fiscalía y decretada por el Juez Segundo Penal Municipal de Neiva con funciones de Garantías, al punto que el Juez Tercero penal Municipal de Neiva con funciones de garantías la revocó posteriormente, ya que de los Elementos materiales probatorios (EMP), Evidencia física (EF) y de información obtenida legalmente, no era procedente la detención preventiva del señor JOSÉ HELIDER RODRIGUEZ LOSADA (q.e.p.d.).

8.El solo hecho de soportar una investigación penal, independientemente de estar detenido o no, por causas objetivas o subjetivas, sin que concurran las excepciones de exclusión de responsabilidad de los convocados, se le causa al ciudadano del común un daño antijurídico.

9.La privación injusta de la libertad y el hecho de soportar un proceso penal para un campesino del campo, con los respectivos gastos por el pago de honorarios de abogado que ello genera, la falta de ingresos para el sostenimiento de su familia, ocasiono perjuicios materiales por lucro cesante y daño emergente, así como perjuicios morales y de daño de vida en relación, dado que su detención preventiva y la carga de soportar el proceso penal, no le permitieron continuar trabajando en su finca ganadera y cafetera. (...)" (fl. 2 a 4, c. 1)

1.3.2. Trámite de primera instancia- contestación de la demanda-

1.3.2.1. Mediante auto del 22 de julio de 2014, el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Neiva admitió la demanda (f.60 a 62, c-1), y dispuso la notificación en legal forma de las entidades demandadas, al Ministerio Público y la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado.

1.3.2.1.1. *La Rama Judicial se opone a la prosperidad de las pretensiones* señalando que el Juez Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías actuó dentro de los parámetros legales para legalizar la captura, formulación de la imputación realizada por la fiscalía e impuso la medida de aseguramiento privativa de la

libertad, pues, contaba con los elementos materiales probatorios suficientes para hallar cumplidos los presupuestos normativos previstos en el artículo 308 en concordancia con los artículos 296 y 313 de la Ley 906 de 2004.

En consecuencia, refiere que la medida restrictiva de la libertad fue legal y proporcional, actuando el juez de garantías dentro del ámbito de la competencia que le otorga la ley y atendiendo los elementos materiales probatorios que le fueron aportados, en la medida que en tal etapa no existe como tal la práctica de pruebas en el proceso penal.

Finalmente, formula las excepciones de: *hecho de un tercero, falta de causa para demandar, inexistencia del nexo causal*, que sustenta en que la aprehensión se realizó por parte de miembros del ejército nacional quienes con el informe que presentaron sobre los hechos incidieron en la decisión que se adoptó, asimismo porque las decisiones proferidas por el ente demandado al interior del proceso penal se cumplieron respetando los parámetros normativos que rigen la actuación, siendo razonables y debidamente argumentadas y la de inexistencia de perjuicios. (fl.74 a 80, c.1).

1.3.2.1.2. *La Fiscalía General de la Nación se opone a las pretensiones* (fl. 94 a 103, c. 1), en el entendido que la actuación que cumplió a través de los fiscales en el curso del proceso penal se concretó en dar estricto cumplimiento a las facultades que le otorga el artículo 250 constitucional y la Ley 906 de 2004.

Respecto al caso por el cual fue privado de la libertad el señor José Helider Rodríguez Losada, señala que se cumplieron los presupuestos normativos para ello, basándose la Fiscalía en los elementos materiales probatorios y encontrando el juez de control de garantías cumplidos los presupuestos legales para imponer la medida de aseguramiento, razón por la cual adoptó la determinación de restricción de la libertad en centro de reclusión carcelario del implicado.

Aduce que para solicitar la imposición de la medida de aseguramiento y formular la acusación normativamente no se exige que existan pruebas que conduzca a la certeza de la responsabilidad penal del sindicado, pues tal grado de convicción solo es necesario al momento de proferirse la sentencia condenatoria, por lo que concluye que la medida de aseguramiento impuesta no se puede considerar como arbitraria e injusta y menos que resulte imputable a la Fiscalía.

Formula la excepción de *falta de legitimación en la causa por pasiva*, que sustenta en el hecho de corresponder al juez de garantías resolver sobre la legalidad de la captura y la imposición de la medida de aseguramiento.

1.3.2.2. *Audiencia Inicial*. El 25 de abril de 2016 se llevó a cabo la audiencia inicial en la que se denegó la excepción de falta de legitimación en la causa propuesta por la fiscalía, sin recurso alguno; se fijó el litigio y fueron decretadas las pruebas documentales y el testimonio de los señores Fredy Oliveros Valderrama, María Yolanda Valderrama, Miguel Antonio Tovar y Limbania Valderrama como pruebas de la parte demandante; las documentales presentadas por las demandadas, y de oficio se dispuso librar comunicación al INPEC para certificar el tiempo de la reclusión del señor José Helider Rodríguez Losada, señalando el día 23 de junio de 2016, como fecha para llevar a cabo la audiencia de practica de pruebas. (fl. 173 a 175, c. 1)

1.3.2.3. *Audiencia de pruebas*. El 8 de noviembre de 2016 (por reprogramación de la audiencia a solicitud del apoderado del demandante) se llevó a cabo la audiencia en la que fueron oídos en declaración los señores John Fredy Oliveros Valderrama, Miguel Antonio Tovar y Limbania Valderrama, y agotado el objeto de la diligencia se dispuso correr traslado a las partes para presentar sus alegatos por escrito. (fl.354 a 357, c. 2).

1.3.2.4. *Alegatos de conclusión*

1.3.2.4.1. *La parte demandante*. Señaló que el daño antijurídico se encuentra acreditado por cuanto el señor José Helider Rodríguez Losada

fue privado de la libertad por 32 días, para luego, la fiscalía peticionar la preclusión de la investigación al señalar “la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia”, surgiendo la necesidad, luego, de disponer tal decisión pero por la configuración de la muerte del imputado como causal objetiva de improcedibilidad de la acción, con lo que refiere, se encuentran cumplidos los presupuestos de responsabilidad en la medida que también se acredita la causación de los perjuicios morales y materiales que sufrió la parte demandante con la privación de la libertad de la que fue objeto el señor Jose Helider Rodríguez Losada que finalmente lo llevó al suicidio. (fl. 384 a 389, c. 2).

1.3.2.4.2. La Rama Judicial. Alegó de conclusión solicitando se nieguen las pretensiones por cuanto no se configuran los presupuesto de responsabilidad, porque según lo afirma, la actuación que desplegó la entidad a través del juez de garantías se cumplió bajo los parámetros normativos de la Ley 906 de 2004, atendiendo a los elementos materiales probatorios y los medios de prueba allegados, además, porque la fiscalía impetró la preclusión de la investigación, siendo esta la entidad que por disposición del artículo 332 se encuentra facultada para ello, lo que implica que la actuación no podía proseguirse. Respecto de los perjuicios señala que no se encuentran acreditados respecto de las víctimas indirectas, pues no basta con establecer el hecho de reclusión, sino que debe demostrarse la afectación. (fl. 358 a 363, c. 2).

1.3.2.4.3. La Fiscalía General de la Nación. (fl.365 a 372 c. 2), refiere que la actuación de la fiscalía se cumplió bajo los parámetros normativos previstos en la Ley 906 de 2004, quien para solicitar la imposición de la medida de aseguramiento se basó en los elementos materiales probatorios con los que contaba, siendo el juez de control de garantías quien restringió la libertad del familiar de los demandantes, por lo que reitera la falta de legitimación en la causa por pasiva.

El Ministerio Publico guardó silencio.

1.3.3. Sentencia de primera instancia

Con fecha **31 de marzo de 2017 el Juzgado Cuarto Administrativo** del Circuito Judicial de Neiva profiere sentencia en la que luego de señalar los hechos que dieron origen a la privación de la libertad de que fue objeto el señor José Helider Rodríguez Losada y de referenciar las actuaciones cumplidas ante el juez de control de garantías, dispone **condenar a las entidades demandadas a cancelar los perjuicios materiales** por daño emergente en cuanto a la suma cancelada al abogado defensor dentro del proceso penal, por lucro cesante en 1.500.000 solicitados en la demanda, así como el moral que tasó en 15 S.M.L.M.V., atendiendo el precedente jurisprudencial y el tiempo de reclusión, además negó la condena por el perjuicio a la vida de relación.

Como sustento de la decisión de condena el A quo parte de la acreditación del daño antijurídico cuya indemnización se reclama – privación de la libertad del señor Jose Helider Rodríguez Losada-, seguidamente refiere que le resulta imputable a los entes demandados por falla en el servicio en la medida que siendo la libertad y la presunción de inocencia un derecho fundamental, en el presente caso, las entidades demandadas restringieron el mismo, aplicando una medida restrictiva de la libertad en forma desproporcional, pues, **desde el momento mismo de la retención del antes citado por funcionarios del ejército y de la policía judicial se presentaban serias dudas de su verdadera participacion** en el delito, además de su situación de arraigo, que le permitían a las demandadas tener por no cumplidos los presupuestos normativos para imponer la medida de aseguramiento, por lo tanto, encontró cumplida la falla en el servicio y el nexo casual.

En cuanto a la prueba testimonial de los señores John Fredy Oliveros Valderrama y Limbania Valderrama tuvo por acredita la tacha presentada por la Nación Rama Judicial respecto al dicho de los mismos, pues, encontró a partir de lo manifestado por los mismos establecido el grado de consanguinidad y parentesco con la demandante Yina Mayorli Ramos Valderrama y el menor Joseph Damián Rodríguez Ramos, esto

es, la condición de tío y abuela, respectivamente, con lo que consideró se encuentra establecida la falta de imparcialidad de los deponentes.

Por otra parte, condenó a los entes demandados a cancelar el perjuicio material por lucro cesante en la cuantía pretendida en la demanda, al expresar que en efecto se demostró que el señor José Helider Rodríguez Lozada ejercía una actividad laboral, pues se dedicaba a realizar labores agrícolas y en especial de cultivos, de la cual fue privado durante el tiempo de su reclusión; asimismo, ordenó el pago de los perjuicios morales a favor de los demandantes en cuantía de 15 s.m.l.m. atendiendo los parámetros fijados en la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Adicionalmente, refirió, en cuanto al perjuicio material por lucro cesante que teniendo en cuenta la actividad de agricultor del afectado directo y al no haberse establecido el ingreso que por ello reportaba mensualmente partió de un salario mínimo al que le sumó el 25% de las prestaciones y al liquidarlo por el tiempo de la reclusión le arrojó (\$ 8.596.267), suma mayor a la pretendida en la demanda (\$1.500.000), por lo que solo reconoció el monto de lo pedido so pena de afectarse la congruencia de la decisión, además, precisó que **por la muerte del afectado directo antes de presentarse la demanda se trasmite su derecho a los herederos que para el presente caso corresponde únicamente a los hijos, por cuanto la señora Yina Mayorli Ramos Valderrama tan solo acreditó su condición de compañera y no la unión marital de hecho.**

Finalmente, negó los perjuicios por daño a la vida de relación al considerar que la parte actora no presentó aspecto fáctico y menos prueba alguna de la cual pueda inferirse su causación, y se abstuvo de condenar en costas a las demandadas. (fl. 430 a 460, c.3).

1.3.5. El recurso de apelación. Las partes recurrieron la anterior decisión, con fundamento en los siguientes argumentos:

1.3.5.1. La parte demandante. Solicita se modifique la decisión del A quo con el propósito de que se desestime la tacha con respecto al testimonio de los señores John Fredy Oliveros Valderrama y Limbania Valderrama y se reconozca a partir de lo señalado por estos el perjuicio que reclaman los demandantes por daño a la vida de relación, específicamente refiere que la tacha no puede devenir en el rechazo de la prueba testimonial, sino en el análisis más minucioso de la misma con respecto a los demás elementos probatorios, por lo tanto, refiere que los testigos fueron claros, precisos y sinceros sin intentar favorecer a ninguna persona debiendo ser valorados con todo el material probatorio. En este aspecto, agrega que la tacha de los testigos no puede incluir el dicho de los mismos con respecto al demandante Luis Fernando Rodríguez Ninco (hijo del privado de la libertad), por cuanto los mismos no tienen ninguna relación de parentesco con este, y que, en todo caso, con la declaración de Miguel Antonio Tovar puede establecerse la afectación a las condiciones de existencia que reclaman los demandantes.

Adicionalmente, solicitó que se incremente la tasación del perjuicio moral en la media que el precedente jurisprudencial permite un mayor valor en casos como el presente de graves violaciones a los derechos humanos.

También cuestionó la decisión del A quo en lo tocante a la tasación del perjuicio material por lucro cesante, ya que según lo refiere si bien se peticionó la suma de un millón quinientos mil pesos que dejó de percibir debidamente indexada, lo cierto es que debe partirse del principio *iura novit curia* y, por lo tanto, establecer a partir del material probatorio que el señor José Helider Rodríguez Losada era una persona trabajadora en la agricultura, y partiendo de un salario mínimo más el 25 por ciento de las prestaciones liquidar el monto del daño material por lucro cesante durante el término en el que estuvo recluso.

Finalmente, solicita se condene en forma solidaria a las demandadas a cancelar las costas. (fl.472 a 484, c.3)

1.3.5.2. *La Rama Judicial.* Cuestiona que el A quo no tuvo en cuenta que el proceso penal se cumplió en acatamiento de cada uno de los preceptos normativos que regulan la actuación, y que las decisiones que se adoptaron se fundamentaron en la existía de elementos probatorios exhibidos por la fiscalía.

Refiere que además que se incurrió en defecto fáctico, por cuanto no se tuvo en cuenta que la decisión adoptada por el juez de garantías obedeció a los elementos materiales presentados por la fiscalía y que se concretan en los informes rendidos por el Ministerio de Defensa y la Policía, por lo tanto, si estos presentaron errores el daño es atribuible a esta entidad y no a las demandadas, es así que también refiere la configuración de la culpa de un tercero como causal de exoneración de responsabilidad.

Concluye que la tasación de los perjuicios morales no implica que los mismos sean fijados según las tablas señaladas por el Consejo de Estado, sino que debe efectuarse la valoración en cada caso y fijarse según el grado de afectación. (fl. 465 a 470, c.3).

1.3.5.3. *La Fiscalía General de la Nación,* recurre la decisión del A quo señalando que su actuación dentro del proceso penal se cumplió bajo específicas competencias constitucionales y legales, correspondiéndole al juez de control de garantías adoptar las decisiones restrictivas de la libertad por lo cual reitera la falta de legitimación en la causa por pasiva, y para ello solicita se tenga en cuenta decisiones proferidas por el Consejo de Estado dentro de los radicados internos 40217,41604, 42467 y 42555 proferidas en el año 2016, entre otras .

Agrega que no incurrió en falla en el servicio por cuanto no le corresponde realizar la valoración de las pruebas, pues su labor se limita a la acusación a partir de los elementos probatorios reseñados, para el presente caso, por el Ministerio de Defensa y policía a partir de los cuales se estableció que las granadas fueron halladas en el predio del demandante y solo después con las pruebas presentadas por la defensa

se estableció la duda en cuanto a la participación en el hecho del acusado.

Concluye que, además de no haber incurrido en falla en el servicio, se debe tener en cuenta que la medida que restringió la libertad del señor José Helider Rodríguez Losada resulta legal, necesaria, proporcional y razonable en cuanto se basó en el informe de captura en flagrancia y en la incautación de las granadas, por lo que, solicita que la responsabilidad debe analizarse bajo un régimen objetivo, pero que en todo caso se revoque la decisión de primera instancia. (fl. 470 a 475, c.3).

1.3.6. Trámite en segunda instancia

1.3.6.1. El recurso de apelación fue concedido mediante auto del 10 de agosto de 2017 (fl. 502, c.3), proferido en audiencia de conciliación que se tuvo por fallida. Recurso que fue admitido el 19 de octubre de 2017. Asimismo, mediante auto del 2 de marzo de 2018 se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión (f. 4 y 10 c. segunda instancia).

1.3.6.2. Las partes, alegaron de conclusión reiterando los argumentos expuestos en sus escritos de impugnación. (fls. 13 a 20, segunda instancia).

El Ministerio Público guardó silencio.

II.- CONSIDERACIONES

2.1. Presupuestos procesales

2.1.1. La Sala es competente para conocer del presente proceso en segunda instancia por razón del recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia dictada el 31 de marzo de 2017 por el Juzgado Cuarto Administrativo de Neiva, puesto que de conformidad con el No. 6 del artículo 154 de la Ley 1437 de 2011, la competencia para conocer de las acciones de reparación directa que se instauren por error jurisdiccional, por privación injusta de la libertad o por defectuoso

funcionamiento de la administración de justicia se encuentra radicadas en cabeza de los jueces administrativos cuando la cuantía no exceda de quinientos salarios mínimos legales en primera instancia y en el Tribunal Administrativo en segunda.

Adicionalmente, se trata de una situación en que las partes interponen recurso de apelación –interpuesto por la activa y la pasiva-, donde, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 328¹ del Código General del Proceso, la competencia del juez en segunda instancia es ilimitada.

En ese contexto es claro que la actuación del A quo puede ser revisada en forma ilimitada atendiendo los motivos de la impugnación.

2.1.2. Sobre la legitimación en la causa. Ha indicado el Consejo de Estado:

La legitimación de **hecho es la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal**; es decir es una interrelación jurídica que nace de la imputación de una conducta en la demanda, y de la notificación de ésta al demandado; quien cita a otro y le atribuye está legitimado de hecho y por activa, y a quien cita y le atribuye está legitimado de hecho y por pasiva desde la notificación del auto admisorio de la demanda. En cambio la legitimación **material en la causa alude a la participación real de las personas, por regla general, en el hecho origen de la formulación de la demanda, independientemente de que haya demandado o no, o de que haya sido demandado o no**. Por tanto todo legitimado de hecho no necesariamente estará legitimado materialmente, pues sólo lo están quienes participaron realmente en los hechos que le dieron origen a la formulación de la demanda. En la legitimación en la causa material sólo se estudia si existe o no relación real de la parte demandada o demandante con la pretensión que se le atribuye o la defensa que se hace, respectivamente. En últimas la legitimación material en la causa, por activa o por pasiva, es una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable, al demandante o al demandado² (Se resalta).

2.1.2.1 Sobre la legitimación en la causa por activa. Los demandantes Yina Mayorly Ramos Valderrama, Joseph Damián Rodríguez Ramos y Luis Fernando Rodríguez Ninco se encuentran legitimados *de hecho* en la causa por activa para acudir al proceso, pues tienen la titularidad de

¹ "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. (...)"

² C. P. María Elena Giraldo Gómez, 18 de marzo de 2004, radicado 1996-02705.

la situación jurídica en que se fundamenta lo pretendido en la demanda, esto es, que se les repare los perjuicios ocasionados por la privación de la libertad de que fue objeto el señor José Helider Rodríguez Losada, por cuanto acreditaron su condición de compañera e hijos, respectivamente, según los registros civiles de nacimiento vistos a folios 33 y 46, junto con las declaraciones rendidas por los señores Jhon Fredy Oliveros Valderrama, María Yolanda Valderrama y Miguel Antonio Tovar (CD, fl. 357, C2).

2.1.2.2. Sobre la legitimación en la causa por pasiva. En el presente asunto la acción se dirigió contra la Nación Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación, entidades a las que la parte demandante realizó imputaciones de responsabilidad relacionadas con la privación injusta de la libertad de la que se indica fue objeto el señor José Helider Rodríguez Losada a consecuencia de la actuación penal que en su contra se adelantó por parte de la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial por el delito de Fabricación, Tráfico y Porte de Armas, Municiones de uso restringido de las Fuerzas Armadas o explosivos, según hechos acaecidos el día 6 de diciembre de 2011, por lo que están legitimadas de hecho en la causa por pasiva, más lo que atañe a su responsabilidad efectiva en el evento que originó la promoción del presente proceso se definirá en el fondo del asunto.

Sin embargo, en lo que respecta a la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la fiscalía ha de precisar la Sala que el A quo en el curso de la audiencia inicial resolvió la misma en forma negativa, sin recurso alguno.

2.1.2.3 En lo atinente al ejercicio oportuno de la acción, el artículo 164-2 literal i) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece que el medio de control de reparación directa debe instaurarse dentro de los dos años contados a partir del día siguiente al acaecimiento del hecho lesivo.

Frente a la reparación directa por la privación injusta de la libertad, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha

considerado que el término de caducidad se empieza a contar a partir del día siguiente a la ejecutoria de la providencia que precluyó la investigación, de la sentencia absolutoria o desde el momento en que quedó en libertad el procesado, lo último que ocurra, momento a partir del cual se configura el carácter injusto de la limitación del derecho a la libertad³.

En el presente caso, el daño que motivó la demanda consistió en la privación de la libertad del señor José Helider Rodríguez Losada, quien permanecieron recluso en un centro penitenciario para luego ser liberado por revocatoria de la medida de aseguramiento.

De conformidad con la certificación expedida por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC- (f. 32, c.1), el señor José Helider Rodríguez Losada fue capturado el día 6 de diciembre de 2011, ingresando al establecimiento carcelario el día 9 de diciembre y hasta el 6 de enero de 2012, fecha en la cual obtuvo la libertad según decisión del Juzgado Segundo Penal Municipal de Neiva con Funciones de Garantías, entre tanto, la decisión de preclusión se adoptó el día 10 de abril de 2012 cobrando ejecutoria en la misma fecha (CD, fl. 30, c. 1), por muerte del imputado, por lo tanto la demanda debió radicarse **hasta el 10 de abril de 2014.**

Ahora, la demanda se presentó el 30 de mayo de 2014 (fl.13, c.1), por lo que en principio fue extemporánea.

No obstante lo anterior, se acreditó el cumplimiento del presupuesto de conciliación prejudicial según constancia vista a folios 45 y 46 del cuaderno principal, que suspendió el término de caducidad a partir del 26 de marzo de 2014, fecha de presentación de la correspondiente solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría General de la Nación, cuando faltaban catorce días para que operará la caducidad y hasta el 22 de mayo del mismo año en que se declara fallida la

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 14 de febrero de 2002. Expediente 13.622 M.P. María Elena Giraldo Gómez, reiterada en sentencia de la Sección Tercera Sub Sección A, 11 de agosto de 2011, expediente 21.801. M.P. Hernán Andrade Rincón; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sub Sección A, Auto de 19 de julio de 2010 expediente 37410 M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

conciliación ante la imposibilidad de acuerdo, fecha en la cual se reanuda el término por catorce días hasta el 6 de junio de 2014, pero la demanda se presentó el día 30 de mayo de 2014, por lo tanto, lo fue en su oportunidad.

2.2. Problema jurídico

De conformidad con los hechos y pretensiones de la demanda, en el presente asunto le corresponde a la Sala determinar si ha de revocar la decisión proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Neiva que tuvo por acreditada la responsabilidad de las entidades demandadas en la privación de la libertad de la que fue objeto el señor José Helider Rodríguez Losada y en esa medida accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda; para dilucidar si como lo aducen las entidades recurrentes no es viable en el presente asunto tener por acreditada su responsabilidad, y, en todo caso, de configurarse los presupuestos de responsabilidad establecer si debe existir condena por el daño a la vida de relación, por la afectación de derechos convencionales y por un monto superior al peticionado respecto al perjuicio por lucro cesante como lo aduce en la alzada el demandante.

El anterior análisis se efectuará partiendo de los siguientes aspectos: régimen de responsabilidad por privación injusta de la libertad, ii) valoración probatoria –hechos probados- y iii) caso concreto.

2.2.1. La responsabilidad del Estado por la privación de la libertad con fundamento artículo 90 de la Constitución Política, la jurisprudencia del Consejo de Estado y la sentencia de unificación de la Corte Constitucional.

La Sección Tercera del Consejo de Estado⁴, en tratándose de responsabilidad derivada de la privación de la libertad, venía

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de mayo del 2007, expediente No. 15463. Reiterada en sentencia de Sala Plena de la Sección Tercera del 6 de abril de 2011, expediente No. 21563. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

sosteniendo la tesis que en aquellos casos en los que la persona es privada de la libertad por disposición de una autoridad judicial, y luego recuperaba la libertad, bien porque resultaba absuelta bajo supuestos de que el hecho no existió, el sindicato no lo cometió, la conducta no era constitutiva de hecho punible o en aplicación del principio *in dubio pro reo*, inmediatamente surgía un daño que esa persona no estaba en la obligación de soportar y que, por tanto, el Estado era patrimonialmente responsable, en aplicación de un régimen objetivo de responsabilidad bajo el título de daño especial, en razón a que se hallaba involucrada la libertad personal y la presunción de inocencia, la cual, al no ser desvirtuada por el Estado, tornaba en injusta la privación.

No obstante, dicho criterio jurisprudencial fue modificado en la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018, proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la cual se concluyó que no basta con probar la restricción de la libertad y la posterior decisión absolutoria, sino que es necesario analizar, en cada caso, si el daño derivado de la privación de la libertad es o no antijurídico, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, lo que implica abordar tres aspectos: *i)* si el privado de la libertad incurrió en dolo o culpa grave; *ii)* cuál es la autoridad llamada a reparar y, *iii)* en virtud del principio *iura novit curia* encausar el asunto bajo el título de imputación que se considere pertinente de acuerdo con el caso concreto, expresando de forma razonada los fundamentos de la decisión, y debiéndose analizar en cada caso la participación de la propia víctima a efectos de dilucidar si existió culpa desde el punto de vista civil que amerite una causal excluyente de responsabilidad.

Sin embargo, la anterior sentencia de unificación de la Sección Tercera⁵ perdió sus efectos a través de sentencia de tutela proferida dentro del radicado No. 11001031500020190016901 con fecha 15 de noviembre de 2019.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre del 2006, expediente No. 13468. Reiterada en sentencia de unificación de 17 de octubre del 2013, expediente No. 23354. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, Sentencia de Unificación de 15 de agosto de 2018, expediente 46.947, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

De ahí que resulta plenamente aplicable en materia de privación injusta de la libertad lo señalado por la Corte Constitucional en la SU 072/18⁶, respecto al régimen de responsabilidad patrimonial a tener en cuenta en eventos de privación injusta de la libertad, en el sentido que como el artículo 90 de la Constitución Política, ni el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, así como la sentencia C-0287 de 1996 que determinó su exequibilidad condicionada no señalaron un régimen específico de responsabilidad patrimonial del Estado, *debe tenerse en cuenta el régimen de imputación preferente en materia de responsabilidad, esto es, la falla en el servicio.*

En efecto, la Corte Constitucional refiere que, un régimen objetivo, aun en los eventos enunciados, pasa por alto que la falla del servicio es el título de imputación preferente y que los otros dos títulos, el riesgo excepcional y el daño especial, son residuales *"esto es, a ellos se acude cuando el régimen subjetivo no es suficiente para resolver una determinada situación"*.

De ahí que, para el tribunal de cierre constitucional, no obstante corresponder al operador judicial determinar en cada caso cuál es el régimen de responsabilidad a aplicar, deba tenerse en cuenta lo señalado en la sentencia C-0287 de 1996 en el sentido que la calificación injusta de la privación de la libertad, implica *"definir si la providencia a través de la cual se restringió la libertad a una persona mientras era investigada y/o juzgada fue proporcionada y razonada, previa la verificación de su conformidad a derecho"*⁷.

La Corte insiste en que para una interpretación adecuada del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, el juez administrativo a la hora de definir si una privación de la libertad es injusta o no, independientemente del título de imputación que se elija aplicar debe considerar si las decisiones adoptadas por el funcionario judicial se enmarcan en los presupuestos de *"razonabilidad, proporcionalidad y legalidad"*⁸. Al respecto, concluye:

⁶ Corte Constitucional, sentencia SU 072/18 del 5 de julio de 2018, M.P.: José Fernando Reyes Cuartas.

⁷ Acápite 102.

⁸ Acápite 104.

Lo anterior significa que los **adjetivos usados por la Corte [razonabilidad, proporcionalidad y legalidad] definen la actuación judicial**, no el título de 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 particulares⁹.

Por lo que insiste en que el elemento común que exige el artículo 90 de la Constitución Política es la existencia de un daño antijurídico y que la responsabilidad patrimonial se define a partir de cualquiera de los títulos de imputación.

De acuerdo con lo anterior, la Corte Constitucional señala 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 la privación de la libertad resulta irrazonable y desproporcionada, por lo que *“el daño antijurídico se demuestra sin mayores esfuerzos”¹⁰*.

En criterio de la Corte desde el inicio de la investigación el fiscal o juez deben tener claro que el hecho sí se presentó y que es objetivamente típico, ya que disponen de las herramientas necesarias para definir con certeza estos dos presupuestos. En el primer caso, el funcionario judicial debe tener en claro esa información desde un principio y, en el segundo se trata de una tarea más sencilla, que consiste en el cotejo entre la conducta que se predica punible y las normas que la tipifican como tal¹¹.

Sin embargo, afirma que en un sistema penal acusatorio no resulta exigible al fiscal y al juez con función de garantías que en etapas tempranas de la investigación penal puedan definir si el imputado ejecutó la conducta, pues será en etapas posteriores que el funcionario

⁹ Acápite 104.

¹⁰ Acápite 105.

¹¹ *Ibidem*. Acápite 105.

judicial definirá tales asuntos, que solo se pueden establecer en la contradicción probatoria durante un juicio oral¹² y que lo mismo pasaría respecto de eventos de absolución en los que concurre una causal de justificación o una de ausencia de culpabilidad, en los que la conducta resulta objetivamente típica, pero no lo era desde el punto de vista subjetivo¹³

Al respecto la Corte Constitucional, refirió:

106. Así las cosas, los otros dos eventos definidos por el Consejo de Estado como causas de responsabilidad estatal objetiva –el procesado no cometió la conducta y la aplicación del in dubio pro reo– exigen mayores esfuerzos investigativos y probatorios, pues a pesar de su objetividad, requiere del Fiscal o del juez mayores disquisiciones para definir si existen pruebas que permitan vincular al investigado con la conducta punible y presentarlo como el probable autor de la misma.

La condena automática del Estado cuando se logra demostrar que el acusado no fue responsable de la conducta punible –antes, “no cometió el hecho”– o que su responsabilidad no quedó acreditada con el grado de convicción que exige la normativa penal, no satisface la necesidad de un ordenamiento armónico que además avance a la par de los desafíos normativos.

Téngase en cuenta, por ejemplo, que en el esquema procesal penal anterior al actual el Fiscal tenía la posibilidad de interactuar de manera más directa con la prueba; sin embargo, una vez se expide la Ley 906 de 2004, el protocolo procesal e investigativo cambió trascendentalmente de tal manera que la intermediación probatoria queda como asunto reservado al juez de conocimiento y, en ese orden, una investigación que en principio parecía sólida, podría perder vigor acusatorio en el juicio oral.

En un esquema acusatorio, que se basa en actos de investigación a cargo principalmente de la policía judicial, **en el cual la contradicción y la valoración de la prueba, se materializan en el juicio oral, es desproporcionado exigirle al Fiscal y al juez con función de control de garantías que hagan valoraciones propias de otras fases procesales en aras de definir, en etapas tan tempranas y a partir de elementos con vocación probatoria que se mostraban uniformes, la imposibilidad de que el procesado hubiera ejecutado la conducta, ya que, se reitera, quien tiene la competencia para decidir acerca de la contundencia demostrativa de aquellos elementos es un funcionario judicial que actúa en etapas posteriores a las previstas para definir asuntos como la libertad.**

Es incuestionable, entonces, que solo ante la contradicción en el juicio oral se puede evidenciar que los testimonios, las pericias y los demás tipos de prueba obtenidos por el Estado tenían fallas o admitían lecturas contrarias”. Se resalta.

¹² *Ibidem*. Acápite 106.

¹³ *Ibidem*. Acápite 106.

Siguiendo el precedente constitucional el Consejo de Estado en reciente pronunciamiento, señaló:

"[s]egún afirmó la Corte, el juez debe adecuar la situación específica al título pertinente. (...) Los puntos de estudio para determinar si una medida de detención preventiva constituye una privación injusta de la libertad, según esa sentencia, son los siguientes: 1. Identificación del daño; 2. Análisis de legalidad de la medida de privación de la libertad, del cual pueden obtenerse 2 conclusiones, que la medida se haya adoptado de manera contraria a derecho, caso en el cuál se deberá afrontar el asunto desde la óptica de la falla en el servicio, o, que la medida se haya ajustada a la normatividad vigente y por ende, se cumplan los requisitos para abordar el estudio desde la responsabilidad objetiva por daño especial; 3. De acuerdo con la legalidad o ilegalidad de la medida, se indagará por la identificación de la falla en el servicio, o, por el análisis de existencia de un daño especial; 4. Sólo en caso que, por el régimen de responsabilidad adoptado, se logre atribuir responsabilidad al Estado, se identificará la entidad a la cual se imputa el daño; 5. y, finalmente, análisis de culpa de la víctima, únicamente si del estudio anterior resulta viable, hasta ese punto, la imputación al estado¹⁴". Se resalta.

En conclusión, las sentencias de unificación de la Corte Constitucional, establece que en eventos de privación injusta de la libertad no se determina un régimen único de responsabilidad subjetivo u objetivo. Sin embargo, cualquiera sea el que se aplique se debe tomar en cuenta, frente al caso concreto, si la medida fue *inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria*, pues, tales circunstancias demarcan la antijuridicidad de daño y la responsabilidad del Estado bajo un régimen subjetivo por falla en el servicio, en caso contrario se analizará bajo el régimen objetivo por daño especial.

2.2.2. Valoración de los medios de prueba

A efectos de acreditar la responsabilidad del Estado en el asunto que aquí se controvierte, se allegó con la demanda y en atención al auto de pruebas como prueba trasladada copia de algunas piezas

¹⁴ Sentencia del 6 de febrero de 2020. Radicación número: 05001-23-31-000-2002-04754-02(44819)

procesales de la actuación cumplida dentro del proceso penal radicado con el número 410016000716201102253 adelantado contra el señor José Helider Rodríguez Losada como presunto responsable del delito de Fabricación, Tráfico y Porte de Armas, Municiones de uso restringido de las Fuerzas Armadas o explosivos.

La anterior prueba será valorada en la medida que fue incorporada en legal forma y permaneció a disposición de las partes a lo largo del proceso sin objeción alguna¹⁵.

Adicionalmente, la Sala valorará las demás **pruebas documentales** aportadas, bajo las precisiones señaladas por la Sentencia de Unificación de fecha 28 de agosto de 2013 con ponencia del Consejero, Enrique Gil Botero¹⁶, en la medida que las mismas no fueron tachadas.

También valorará la **prueba testimonial** rendida por los señores John Fredy Oliveros Valderrama, Limbania Valderrama y Miguel Antonio Tovar, quienes depusieron sobre el entorno familiar e implicaciones emocionales que tuvo el afectado directo con la privación de la libertad y sus familiares, así como los perjuicios que sufrieron con tal hecho (CD, fl. 357 audiencia pruebas).

Los testigos John Fredy Oliveros Valderrama y Limbania Valderrama fueron tachados por la parte demandada –Nación Rama Judicial- por tratarse del tío y abuela de la demandante Yina Mayorli Ramos Valderrama; sin embargo, la Sala no solo desestimaré la tacha sino que dará valor probatorio a sus dichos, en la medida que los mismos fueron contestes en señalar, precisamente por su cercanía familiar, las manifestaciones emocionales y personales del afectado directo y de los demandantes ante la situación de privación de la libertad que sufrió el señor José Helider Rodríguez Losada, encontrando la Sala claramente demarcada su espontaneidad y sinceridad al momento de rendir la declaración, por lo tanto, serán valorados atendiendo las reglas de la sana crítica junto con los demás medios probatorio.

¹⁵ Ver al respecto: Consejo de Estado, Sección Tercera - Sala Plena, sentencia del 11 de septiembre de 2013, Exp. 20601, C.P. Danilo Rojas Betancourth

¹⁶ **CONSEJO DE ESTADO.** Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sala Plena. Expediente Número 05001-23-31-000-1996-00659-01 (25022).

En consecuencia, la Sala acogiendo los argumentos expuestos en el recurso de alzada por la parte demandante, encuentra que los testigos John Fredy Oliveros Valderrama y Limbania Valderrama no pueden ser desestimados solo porque objetivamente cuenten con una relación de consanguinidad con algunos de los demandantes, sino que tal aspecto amerita que su valoración deba ser más exigente atendiendo las circunstancias personales y el objeto sobre el cual deponen, como se adujo en presencia, pues ellos, dada su cercanía familiar con los demandantes son los mayormente calificados para dar a conocer la afectación que aquellos sufrieron y que observaron mediante manifestaciones claras.

2.2.3. Hechos probados

2.2.3.1. Sobre la privación de la libertad que sufrió el señor José Helider Rodríguez Losada, el INPEC expidió constancia en la que se indica que el mismo estuvo recluso en centro carcelario por cuanta del proceso 2011-02253, por el delito de Fabricación, Tráfico y Porte de Armas, Municiones de uso restringido de las Fuerzas Armadas o explosivos, desde el 6 de diciembre de 2011 (fecha de su aprehensión) y en establecimiento carcelario desde el 9 de diciembre de 2011 al 6 de enero de 2012, fecha en la cual se le otorgó libertad por el Juzgado 2º Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Neiva. (fl. CD. 29, c.1)

2.2.3.2. Sobre la actuación que denota las circunstancias que rodearon la captura, la imputación de cargos y la imposición de la medida de aseguramiento

.- Informe suscrito por el ST. Moreno Pacheco Edwin Hernán, de fecha 6 de diciembre de 2011, en el que se refiere:

“Por medio del presente me permito informar a la autoridad competente los hechos ocurridos el día 6 de diciembre de 2011 en la vereda El Chapuro, Finca El Mirador, el día 5 de diciembre de 2011 por información de inteligencia humana se tuvo conocimiento que sobre el sector de la vereda Chapuro se

encontraba dentro de los predios de la finca El Mirador un material de explosivos los cuales se encontraron ocultos al lado de un despepitadero de café, por tal motivo se desarrolló la misión táctica "Dante" la cual parte con un movimiento nocturno de infiltración con el personal bajo mi mando el día 5 de diciembre a las 000 hora aproximadamente llegando al sector de la vereda El Chapuro aproximadamente a las 5. 10 horas de la mañana del día 6 de diciembre. Se procede a hacer un registro a campo traviesa con mi personal militar con el fin de descartar presencia del enemigo, procedimos a nuestro patrullaje para acercarnos a la finca el mirador con el fin de verificar información reportada por inteligencia humana, antes de ingresar a los predios de la finca el mirador nos encontramos con un señor que dijo llamarse José y que era el propietario de la finca el mirador, por lo cual procedimos a solicitarle nos permitiera ingresar a los predios de la finca con el fin de verificar una información, agregando que él nos mostrara y nos acompañara para evitar malos entendidos, para lo cual se dejó constancia en un acta de consentimiento, siendo las 05.30 horas de la mañana, el señor propietario procedió a mostrarnos los alrededores de la finca al llegar a la edificación del despepitadero se observa una piletta la cual contenía unos elementos, los cuales solicitamos al señor José que el mismo los retirara y nos mostrara entre los cuales se encontraba un cilindro de 10 libras al parecer una cantina con tornillos y un bolso pequeño de color negro el cual le solicité verificara su contenido encontrando en su interior 06 granadas de mano IM26, procedí a preguntarle al señor el por qué se encontraba ese material en su finca y el manifestó que nos sabía cómo había llegado eso ahí, de inmediato se le leyeron y materializaron los derechos del capturado y se le informó situación al comandante del batallón Tenerife" (fl. 237n c.2).

.-. Denuncia registrada por el señor Mario Alejandro Puentes –integrante de la policía nacional- en la que se refiere:

"[I]llegando al sector de la vereda "El Chapuro", aproximadamente a las 5.10 horas de la mañana del día 06 de diciembre. Se procedió hacer (sic) un registro a campo traviesa con mi personal militar con el fin de descartar presencia del enemigo proseguimos nuestro patrullaje con el fin de acercarnos a la finca "El Mirador" con el fin de verificar la información aportada por inteligencia humana, antes de ingresar a los predios de la finca "El Mirador" nos encontramos con un señor que nos dijo llamarse José y que era el propietario de la finca, por lo cual procedimos a solicitarle nos permitiera ingresar a los predios de su finca con el fin de verificar una información agregando que el mismo nos mostrara nos acompañara para evitar malos entendidos para lo cual se dejó constancia en un acta de consentimiento siendo las 05.30 horas de la mañana, el señor propietario procedió a mostrarnos los alrededores de la finca al llegar a la edificación –despepitadora- se observa una piletta la cual contiene unos elementos los cuales solicitamos al señor José que el mismo los retirara y nos mostrara entre los cuales se encontraban un cilindro de 40 libras al parecer una cantina con tornillos y un bolso pequeño de color negro el cual solicite verificarse contenido encontrando en su interior 06 granadas de mano IM 26, procedí a preguntarle al señor el porque (sic) se encontraba ese material. Se informó la situación al comandante del batallón Tenerife"

.-. Informe ejecutivo FPJ-3 suscrito por el patrullero Mario Alejandro Puentes Usma con destino a la fiscal séptima seccional de la URI Neiva, radicado el 7 de diciembre de 2011, en el que se deja a disposición al

señor José Helider Rodríguez Losada, de 37 años, ocupación agricultora, con residencia y lugar de trabajo en la finca "El Mirador" vereda Chapuro corregimiento El Caguan municipio de Neiva, grado de instrucción cuarto de primaria, señalando:

"El día 6 de diciembre de 2011 siendo las 08.000 horas, se recibe información por parte del teniente Tolosa Mosquera Fabio Andrés coordinador jurídico del Batallón Tenerife, quien da a conocer que personal de su institución reconocidos como pelotón búfalo dos adscritos al Batallón Tenerife, siendo aproximadamente las seis de la mañana del día 06/12/2011 en zona rural del municipio (...)"

El mencionado informe sobre los hechos resulta incompleto (fl.17, c.1), sin embargo, en el cuaderno tres aparece parte del mismo documento en el que se lee:

"[p]ersonal de la institución como pelotón búfalo adscrito al batallón Tenerife siendo aproximadamente las seis de la mañana, captura en flagrancia al señor antes relacionado, a quien le fueron hallados en predios de su finca, distante a quince metros de la vivienda principal, a un lado del lugar donde despepitan el café y dentro de una pileta, seis granadas de fragmentación y otros elementos. Conocida la información se proceda a plasmar el respetivo reporte para iniciar con las actividades judiciales, para luego hacer un desplazamiento siguiendo las medidas de seguridad por injerencia en la zona de grupos al margen de la ley, en el lugar se encuentra una vivienda de una sola planta, una vivienda pequeña como habitación de trabajadores, una construcción donde despepitan el café y un corral", en el documento aparece un aparte suscrito a mano alzada en donde se lee "-no sabía cómo había llegado eso ahí, -finca con casa para trabajadores, puede pasar cualquiera, -si sabía que había granadas, hubiese autorizado la expiación de su predio? sin orden judicial R/ No. -puede decir que el sabia pero que eso era de la guerrilla y si hubiese hablado lo matan" (fl. 238 vuelto, c.2)".

Luego, continuando con el primer documento referenciado (fl.17. c.1), se precisa:

"persona que atiende diligencia de arraigo Yina Mayorly Ramos Valderrama residente en el mismo lugar en su condición de esposa, aspectos de verificación: residencia corresponde a la del sindicato, reside allí hace 34 años aproximadamente, residencia propia, reside con esposa e hijos, se desempeña como agricultor, siendo propietarios de algunos inmuebles como finca Las Américas de la vereda san Bartolo corregimiento El Caguan del Municipio de Neiva, con el fin de verificar arraigo nos entrevistamos con la esposa y nos manifestó que residen en la finca "Las Américas" vereda San Bartolo corregimiento del Caguan hace cinco años aproximadamente, la vivienda consta de una planta construida en material, cuenta con solo el servicio de energía, de igual forma la señora Yina Mayorly Ramos Valderrama manifiesta que su esposo José Helider Rodríguez Losada no tiene sueldo fijo y cuenta con una cuenta de ahorros en el banco Davivienda sucursal Neiva", se indica que se adelantaron las diligencias de "bosquejo topográfico, fijación fotográfica, neutralización artefactos explosivos, entrevista al señor soldado profesional

José Lizardo Rodríguez Manrique, solicitud anotaciones o antecedentes DAS, solicitud estudio lofoscópico, identificación y arraigo. (fls. 17 a 20, c.1).

.-. Formato de arraigo de fecha 6 de diciembre de 2011, en el que se plasma respecto al señor José Helider Rodríguez Losada de 34 años aproximados de residencia en la vereda Chapuro, en vivienda propia, donde reside con esposa e hijos, de profesión agricultor, grado de instrucción cuarto año de primaria y propietario de la finca "Las Américas" ubicada en la vereda San Bartolo corregimiento El Caguán del Municipio de Neiva hace 5 años" (fl.252 y 253, c.3).

|
.-. Informe fotográfico suscrito por el fotógrafo Yeison Cadozo Villamil de la unidad SIJIN Neiva, en el que se allegan fotografías de la finca, el ingreso a la misma, sendero de entrada, el beneficiadero y el lugar donde fueron halladas las granadas. No obstante, las fotografías no resultan nítidas (fls. 260 a 261, c.2)

.-. Formato FPJ-11 suscrito por el intendente Norberto Alonso Vidarte Villalón y el técnico en explosivos Elvis Parra Ramírez fechado 6 de diciembre de 2011 a las 19.00 horas en el que se precisa:

"Siendo las once y treinta del día de hoy el TE. Varón Muñoz Andrés Felipe jefe encargado de la seccional de investigación criminal ordena el traslado de la patrulla de explosivos a realizar acompañamiento a un personal del Ejército Nacional, los cuales habían encontrado un material explosivo en la finca El Miador(...) una vez llegamos al sitio siendo las 15.15 horas nos entrevistamos con el señor ST. Moreno Pacheco Edwin adscrito al ejército nacional batallón Tenerife Pelotón Búfalo, el cual nos informó que habían encontrado unas granadas y unos cilindros que necesitaban la colaboración para el manejo, ya en el lugar la finca "El Mirador", vereda Chapuro del corregimiento del Caguán, se observa tirados en el pasto seis granadas de fragmentación de mano, se observa un cilindro de color verde pequeño sin modificación y cantinas de leche totalmente oxidadas y viejas al igual que unos pedazos de tornillos y hojas de guadañas en igual condición sin ningún tipo de material explosivo. Se procede a realizar una búsqueda en espiral por el lugar y sus alrededores junto con el señor PT Castro Marques Carlos guía canino y su can de nombre Beto quien está capacitado para búsqueda y detección de material explosivo, sin encontrar material, únicamente las seis granadas de fragmentación de mano que se encontraba en el pasto (...) las granadas están debidamente ensambladas y se observa que están en buen estado de funcionamiento, su mecanismo de disparo no ha sido alterado, el fulminante y accesorios del tren de fuego están conectados, lo que indica que al retirar la argolla de seguridad de las granadas y liberar la planada de seguridad oscilaría entre cuatro a cinco segundos para que ocurriera la detonación, características técnicas de fabricación Indumil Colombia (...) se procede a la destrucción aplicando todos los protocolos de seguridad en manejo de explosivos(...)" Se adjuntan cinco

fotografías y el plano de ubicación donde se llevó a cabo la diligencia, sin que en este se precise distancia del lugar de la vivienda ubicada en la finca el Mirador y el despepitadero donde se indica se hallaban las granadas, tampoco las características de los alrededores, presencia de cercas o seguridades en la finca.(fls. 21 a 25, c.1)

.-. Formatos FPJ-6 de acta de derechos del capturado, FPJ-28 acta de consentimiento para registro de predio, acta de materialización de los derechos del capturado, de incautación de elementos y de entrevista FPJ-14 en la que se precisan los hechos por parte del soldado profesional José Lizardo Rodríguez Manrique, agregando, en este documento que luego de solicitar colaboración al señor José Rodríguez Losada para ingresar al predio: "en una alberca de la finca se observó algunas cosas extraña(sic) procedimos a decirle al señor que nos mostrara el mismo esas cosas que estaban dentro de la alberca para que no hubieran (sic) pérdida de elementos de la finca y no tener inconvenientes con el mismo, el mismo propietario de la finca procedió a sacar las cosas que se encontraban ahí adentro inmediatamente empezó a sacar un cilindro de cuarenta libras y una caneca que en su interior contenía unos tornillos, también se encontró un bolso negro que en su interior tenía seis granadas de mano Im26, le preguntamos que de quien era ese material y dijo que no sabía de inmediato llamamos al batallón y procedió a leerle sus derechos". (fls. 239 a 245, c.3).

.-. Constancia de no registro de antecedentes judiciales a nombre de José Helider Rodríguez Lozada con fecha 6 de diciembre de 2011. (fl. 263, c.2).

.-. El 7 de diciembre de 2011 a las 4.45 de la tarde ante la Juez Segundo Penal Municipal con función de garantías se realizó audiencia preliminar concentrada de legalización de registro voluntario, de captura, imputación y medida de aseguramiento al indiciado José Helider Rodríguez Losada, diligencia en la que, con fundamento en los elementos probatorios antes referenciados a solicitud de la fiscal, la juez estableció la legalidad del registro voluntario y del procedimiento de captura. Decisión que fue recurrida en apelación por el abogado

defensor, en cuanto a la imposición de medida de aseguramiento se señaló:

"La fiscal séptima seccional de la URI con fundamento en el artículo 230 del C.P.P., sustenta la solicitud de legalización de registro y de captura, al señalar que si bien para la fiscal, ese lugar –beneficiadero– no tiene una expectativa razonable de intimidad toda vez que no está habitado, se entiende que está más o menos lejano no mucho pero si con una distancia a prudencial de la residencia, pero los militares al parecer con asesoramiento de la policía judicial, optaron por solicitar en un extremo la autorización del morador quien sin inconveniente los acompañó autorizó que se revisara el lugar. En lo que tiene que ver con la legalización captura artículos 301, 302 y 303 se siguieron parámetros legales; en cuanto a la flagrancia señala que se cumple el artículo 301 del C.P.P. modificado por el artículo 57 de la Ley 1453 que indica en el numeral primero lo que se entiende por flagrancia cuando la persona es sorprendida o aprehendida durante la comisión del delito, porque las granadas están dentro del predio, si bien, no dentro de su residencia, sí en el predio del cual tengo entendido es propietario donde estaba acompañado de su esposa y de su hijo de 17 años por lo que se considera está en la posesión de estos elementos, y el numeral tercero porque se encontraron dentro del predio las seis granadas de donde se puede inferir que se cometió la conducta punible desde que decide conservarlas en su predio. Art. 313 factor objetivo se trata de un delito grave y No. 3 artículo 313 es delito de tráfico, fabricación y porte de armas municiones de uso privativo fuerzas armadas con pena superior a cuatro años, además este delito según art 335 es de competencia juzgado especializados"

En esta oportunidad, el defensor del señor José Helider Rodríguez Losada afirma que no hay captura en flagrancia, porque los militares llegan armados y conducen al señor José Helider Rodríguez al lugar donde estaban las granadas escondidas, también señala que no es cierto que se le haya comunicado y llamado como abogado, pues solo puedo hablar con el indiciado a las nueve de la noche, siendo detenido a las cinco de la mañana y el CTI llega a la finca a las tres de la tarde y a esa hora es que hacen el registro de la casa ya en presencia del CTI, por lo tanto, lo que ocurrió en la mañana no es un acto voluntario y menos una detención de flagrancia. Solicita se tenga en cuenta las declaraciones extra juicio de Melquisedec Vargas, que estaba en la finca y fue testigo presencial de los hechos al momento de la captura y del menor Luis Fernando Rodríguez presente en la finca y que dan fe de las circunstancias como se dieron los hechos desde las cinco de la mañana a las cuatro y media de la tarde en que es conducido por la policía.

Sin embargo, la juez niega la prueba testimonial porque los testigos desconocieron el hecho de no estar en el recinto de la audiencia escuchando declaraciones de quienes los preceden y los requeridos están en la audiencia desde el inicio; en cuanto a la legalización del registro voluntario aduce que es viable restringir derechos como la inviolabilidad, cuando se trata de captura en flagrancia de la persona perseguida por las autoridades y que en su lugar de domicilio se refugia, pues, la policía en este caso, puede intervenir sin orden judicial previa para los efectos de la captura de la persona haciéndose necesario ingresar para evitar que se sigan cometiendo conductas delictivas y porque existan motivos fundados que permitan determinar con un grado de conocimiento en probabilidad que en dicho domicilio se concreta una actividad delictiva. Al respecto señala que en el predio "El Mirador" se encontró material bélico y que la casa distancia de cuarenta o cincuenta metros del lugar donde se encontró el material, por lo que, no existe violación de intimidad atendiendo la lejanía, pues allí no hay un lugar de convivencia personal o familiar.

En lo que respecta a la legalización del procedimiento de captura reitera la juez de garantías que la captura fue en flagrancia, ya que según la sentencia de la Corte No.25136 de 30 noviembre de 2006 se requiere como requisitos: la actualidad, presencia de la persona que incurre en una conducta punible en el momento de realizar el hecho e identificación o individualización del presunto autor, los que se encuentran cumplidos porque en la finca y lugar de residencia tenía dicho material de guerra.

El abogado defensor cuestiona la decisión porque afirma que el señor José Helieder Rodríguez Losada es una persona de bien, propietario de dos fincas que quedan adyacentes a kilómetro y medio más o menos del batallón que se encuentran en las torres con más de cien soldados, que son los soldados los que permanecen en las fincas y siendo propietario de las dos fincas es irrazonable que se vaya a evadir, al respecto presenta la escritura pública No.2095 del 2001 de la finca "La América" y respecto inmueble de matrícula inmobiliaria No.2066349 aduce que través de conciliación el 8 de agosto de 2011 la adquirió el indiciado de

manos de su señor padre, las que utiliza para la ganadería, teniendo el documento del registro de marca autenticado, el cual allega, y varios contratos previos suscritos entre él y los señores Edilberto Lozada Puentes, David Lozada y Ángel Iván Olaya Cachaya sobre negocios con ganado.

También, informa sobre una diligencia de secuestro de una de las fincas, por la existencia de un proceso de alimentos y de una resolución del mes de marzo de 2011 en la que entregan al indiciado la custodia de su hijo que además estaba presente cuando fue capturado, por lo tanto, impetra la no imposición de la medida privativa de la libertad y en todo caso la sustitución por domiciliaria.

Finalmente, la Juez de control de garantías impone medida aseguramiento al encontrar cumplidos los requisitos objetivos y subjetivos previstos en el artículo 313, en cuanto al numeral primero, porque se trata de delito investigable de oficio, de competencia de jueces penales especializados, también el numeral segundo porque son investigables de oficio y el mínimo de la pena sería de once años, excediendo los cuatro que exige el legislador para imponer la medida; en cuanto a los requisitos subjetivos, aduce que existe una inferencia razonable de autoría ya que se allega formato suscrito por personal del ejército que indica que las granadas se encontraban oculta en la finca del demandante, la gravedad de la conducta, pues se trata de un delito que afecta la salubridad pública, es de peligro común y atenta contra un bien de naturaleza colectiva como lo es la seguridad, más en una ciudad como Neiva, resulta muy peligroso conservar (verbo rector imputado) porque se puede utilizar contra la población civil, contra la fuerza pública, en cuanto a la no comparecencia del imputado, no se cumple este requisito porque se trata de un delito que por su peligrosidad implica la restricción de la libertad, tampoco procede sustituir detención preventiva en lugar de residencia por expresa disposición artículo 314 en su parágrafo que indica que ello no procede cuando imputación se refiera a delitos de competencia de jueces penales especializados y porque el delito de conservación de armas de uso privativo de las fuerzas armadas se encuentra exclusivo en el art 366.

Concluye que la medida resulta necesaria para proteger a la comunidad de actividades delictivas como las que se presentan en la municipalidad; adecuada por ser la única compatible con el delito y su gravedad según el artículo 315 C.P.P, y razonable porque el interés del estado y de la administración de justicia es proteger a la comunidad.

El apoderado de la defensa recurre la decisión de legalización del registro y del procedimiento de captura.

.-. Con fecha 6 de enero de 2012 se llevó a cabo audiencia preliminar en la que el Juez Tercero Penal Municipal de Control de Garantías decide la solicitud de revocatoria de la medida de aseguramiento impetrada por la defensa y coadyuvada en la audiencia por el fiscal del caso, ordenando la libertad inmediata del señor José Helider Rodríguez Losada, en la misma se precisó:

“En esta audiencia la defensa en su exposición efectivamente narro al inicio de ella que existían esos elementos con los cuales pretendía demostrar precisamente que habían desaparecido los requisitos del art 308 tenidos en cuenta por el señor juez constitucional del 7 de diciembre para imponer la medida de aseguramiento internación carcelaria contra José Heliber Rodríguez Losada, fue así como allegó unos elementos materiales probatorios que nos llevaron a establecer que evidentemente que José Heliber Rodríguez Losada es un ciudadano campesino en su ejercicio de agricultor de ganadero de las fincas mencionadas por el defensor.

En una de ellas fueron encontrados los elementos explosivos, esto desde muchos años atrás como lo constataron las certificaciones allegadas por comerciantes de Neiva y los contratos celebrados de ganado al mayor valor, igualmente aparecen resoluciones donde se ha registrado una marca quemadora, donde entidades certifican una constante realización de negocios comerciales de muchos años entre el señor Helider Rodríguez Losada y esos establecimientos comerciales, esto nos lleva a establecer que evidentemente el señor Rodríguez Losada es un ciudadano de bien que ha tenido un desempeño social, comercial y conocido que aun fue miembro de la junta de acción comunal de la vereda el Chapuro y aunado a ello también nos allego una serie de soportes que nos dan a entender el aspecto familiar que tiene una familia constituida que se le ha dado en depósito unos hijos, situación está que indudablemente nos ubica en un ciudadano con unas condiciones tanto laborales como personales y sociales ampliamente dignas de ser reconocidas por la justicia como un hombre de bien y que eso por sí mismo nos representa que a esta clase de personas es a las que la Ley 906 nos ha establecido se debe mirar el juez constitucional y ponderar esos aspectos para determinar si verdaderamente frente a los intereses de la justicia que se le debe sancionar a él o se le debe condenar por unos hechos de los cuales como dijo el señor fiscal hay duda en todo sentido, mientras que se adelanta ese proceso pues esa medida restrictiva de tenerlo a él en la cárcel judicial de Neiva es una

medida que se torna odiosa en ese caso concreto, una medida que está siendo impuesta de forma muy drástica para una persona de estas condiciones personales sociales y familiares.

Eso desvirtúa evidentemente que la libertad de José Helider Rodríguez Losada vaya a constituir un peligro para la sociedad, no avizora de parte de esta presidencia de que existiera en las audiencias preliminares del 7 de diciembre elementos materiales probatorios que llevaran a poder declarar que José Helider Rodríguez Losada tiene vinculación con organizaciones criminales, el hecho como lo advirtió propiamente el fiscal de haberse encontrado esas granadas en su predio a una distancia de su residencia no necesariamente por eso lo podemos vincular a que sea una persona que este dedicada a esta clase de actividades contra el régimen constitucional o pertenezca a organizaciones criminales o a la guerrilla porque este es un medio donde se desenvuelven esta clase de fuerzas al margen de la ley.

Desde ese punto de vista se desaparece, es uno de los presupuestos que tuvo en cuenta el juez constitucional para imponer la medida de aseguramiento el cual fue el de la probable vinculación con organizaciones criminales.

Se alegaba que por un posible equivoco existía una equivocación en tanto la ubicación de José Helider en una u otra de las fincas y que por eso en su momento la fiscalía fundamentaba la ausencia o la no tenencia de un arraigo, hoy con estos elementos materiales probatorios que han allegado la defensa ciertamente nos demuestran con claridad que si alguien está interesado hacer frente a que se le aclare su situación en que no se le vaya a tachar como en su momento ocurrió de ser una persona con vinculaciones con fuerzas oscuras es el mismo José Helider Rodríguez quien asiste ese interés como persona de bien conforme lo ha demostrado a los elemento materiales probatorios la defensa por lo tanto eso da una garantía a la justicia de que el no evadirá la acción de la fiscalía ni de los jueces y que por el contrario estará presto a responder a los llamados que le haga el juez o la fiscalía para presentarse a las audiencias donde con su defensor va a allegar todos estos elementos materiales probatorios con efecto de desvirtuar esos cargos formulados en su contra.

Esto nos lleva a establecer como la sentencia que he mencionado nos lo señala que siendo la revocatoria un acto jurídico que deja sin efecto otro acto por decisión judicial, como la sustitución o cambio de la medida de aseguramiento por otra, de esta manera esta llamado este juez constitucional y como lo ha aseverado también el fiscal a preservar y garantizar el derecho a la libertad individual consagrada expresamente en el art 28 de la norma superior toda vez que de esta manera se restablece la libertad de quien ha sido en un momento restringida de forma legítima pero que ante esos nuevos elementos soportados ante este juez de garantías, en este momento el soporte factico que implican los mismos desvirtúan los requisitos legales que dieron lugar a la imposición de medida de aseguramiento y es por eso que el juez constitucional en sus atribuciones y frente a casos como el presente puestos en su conocimiento de José Helider Rodríguez Losada al ponderar los valores y los principios entre la limitación del derecho a la libertad sagrado después de la vida, consagrado en el art 28 de la CP es por lo que debe acceder a decretar la revocatoria de la medida de detención intramural que impuso el juez constitucional el día 7 de diciembre del año pasado contra José Helider Rodríguez Losada y disponer la libertad inmediata a incondicional de este ciudadano para que en su libertad siga haciendo frente a la situación que se le ha presentado". (CD. fl. C, 2).

.-. El 3 de febrero de 2012 la fiscalía radica solicitud de preclusión a favor del señor Jose Helider Rodríguez Losada ante "la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia". (fls. 291 y 292, c.2)

.-. Con fecha 10 de abril de 2012 se suscribe acta de preclusión de la investigación, en la que se adopta tal determinación por fallecimiento del señor Jose Helider Rodríguez Losada. (fl. 273, c.2)

.-. Fueron oídos en declaración los señores Jhon Fredy Oliveros Valderra, Limbania Valerrama y Miguel Antonio Tovar, (CD, fl 357, c.2), quienes dan cuenta de la afectación moral y material que sufrieron los demandantes no solo por la privación de la libertad que sufrió el señor José Helider Rodríguez Losada, sino de la gravedad de la misma para este último, al punto que se suicidó luego de haber obtenido la libertad: Adicionalmente dan cuenta de las actividades agrícolas a que se dedicaba y las pérdidas que le fueron ocasionadas por haber estado detenido.

2.2.4. Caso concreto

En el presente asunto la parte demandada (fiscalía General y Rama Judicial) y apelante cuestiona la decisión del A quo bajo los siguientes aspectos y argumentos: i) En cuanto no tuvo por acreditada la causal eximente de responsabilidad de "culpa exclusiva de un tercero", al señalar que la investigación penal se desarrolló a partir del informe adelantado por miembros del ejército nacional y policía nacional, ii) el cumplimiento de la actuación penal bajo los parámetros normativos que impiden a la fiscalía adoptar determinaciones restrictivas de la libertad, iii) la inexistencia de falla en el servicio porque la medida se impuso en forma razonable, proporcional y adecuada con los elementos probatorios y, iv) inexistencia del nexo causal por cuanto el ente investigador y el juez de garantías adoptaron la decisión restrictiva de la libertad del demandante, partiendo de elementos materiales probatorios suficientes y cumpliendo con el marco normativo que regula su actuación.

Por su parte el demandante critica la decisión del A quo de no condenar por la totalidad de los perjuicios causados a los demandantes con la privación de la libertad que sufrió el señor José Helider Rodríguez Losada, esto es, al negar el pretendido daño a la vida de relación y no reconocer los perjuicios materiales por lucro cesante siguiendo la tasación que corresponda durante el tiempo de la privación de la libertad partiendo de un salario mínimo, so pretexto que se solicitó en la demanda suma menor y a imposibilidad de afectar la congruencia de la decisión.

Por lo que, la Sala abordará el análisis de los aspectos antes señalados, bajo los lineamientos jurisprudenciales expuestos en el acápite de marco normativo en materia de responsabilidad por privación injusta de la libertad, y atendiendo al hecho que por haber apelado todas las partes puede abordar el asunto sin limitación alguna.

En consecuencia, se tendrán en cuenta los siguientes aspectos: análisis de la legalidad de la medida de privación de la libertad; de acuerdo con la legalidad o ilegalidad de la medida, la existencia de la falla en el servicio, o, el daño especial; en caso que, por el régimen de responsabilidad adoptado, se logre atribuir responsabilidad al Estado, se identificará la entidad a la cual se imputa el daño, y, luego, se efectuará el análisis de hecho de un tercero, únicamente si del estudio anterior resulta viable, hasta ese punto, la imputación al estado.

2.2.4.1. En cuanto al daño antijurídico como primer elemento de la responsabilidad patrimonial del Estado –de acuerdo con lo establecido en el artículo 90 de la Constitución Política–, se ha definido como "la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar¹⁷".

¹⁷ Sentencia del 13 de julio de 1993

En el presente caso el daño se hizo consistir en la privación de la libertad del señor José Helider Rodríguez Losada, hecho que fue demostrado con la certificación expedida por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC- (fl.31, c.1).

La Sala considera que no hay duda de la existencia del daño alegado, dado que se encuentra acreditado que el señor José Helider Rodríguez Losada fue capturado el 6 de diciembre de 2011, y se le impuso medida de aseguramiento en la misma fecha, tal y como consta en la diligencia preliminar de legalización de captura, formulación de cargos y medida de aseguramiento realizada ante la Juez Segunda Penal Municipal con **Función de conocimiento** de Neiva, Huila. Cabe anotar que, el 6 de enero de 2012, el Juzgado Tercer Municipal de **Control de Garantías** de Neiva, Huila, revocó la medida de aseguramiento.

En ese orden, es claro que el señor José Helider Rodríguez Losada estuvo privado de la libertad desde el 6 de diciembre de 2011 y en centro carcelario entre el 9 de diciembre de 2011 y el 6 de enero de 2012; es decir, 32 días.

2.2.4.2. La imputación y nexos causal. Una vez constatada la existencia del daño, se procede a realizar el estudio de imputación, para lo cual será determinante establecer si el daño es atribuible a la Nación-Fiscalía General de la Nación y/o la Nación-Rama Judicial.

Lo anterior, por cuanto las entidades demandadas argumentan el cumplimiento de los presupuestos normativos en la actuación que adelantaron dentro del proceso penal que se adelantó contra el señor José Helider Rodríguez Losada, lo que, implicaría la inexistencia de falla en el servicio y del nexo causal con el daño cuya indemnización se pretende.

2.2.4.2.1. En este orden, de las circunstancias probatorias señaladas en el acápite de hechos probados encuentra la Sala que la Fiscalía General de la Nación adelantó una investigación penal en contra del señor José Helider Rodríguez Losada, por la supuesta comisión del delito de

Fabricación, Tráfico y Porte de Armas, Municiones de Uso privativo de las Fuerzas Armadas o Explosivos, teniendo en cuenta el informe inicial presentado por el ejército nacional y la policía nacional y, que, en razón de ello, el 6 de diciembre de 2011 en audiencia preliminar de control de legalidad de la captura, la Juez Segunda Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Neiva, Huila, le impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, restricción que se prolongó como ya se adujo hasta el 6 de enero de 2012, fecha en la que recobró su libertad por revocatoria de la medida de aseguramiento.

2.2.4.2.2. La juez de control de garantías a partir de los elementos probatorios allegados por la fiscalía encontró que la captura del señor Jose Hilario Rodríguez Losada se cumplió en flagrancia dado que en el inmueble de su propiedad fueron halladas seis granadas de uso privativo de las fuerzas militares, con lo que encontró, acreditados además de los presupuestos objetivos, los subjetivos atendiendo la gravedad de la conducta delictiva, el peligro que la misma representa a la comunidad y la necesidad de la imposición de la medida de aseguramiento en aras de garantizar la vida y la seguridad de la comunidad derivada de tal gravedad, por lo tanto, infirió la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la medida.

2.2.4.2.3. En lo tocante a la legalidad de la decisión de aprehensión en flagrancia, los artículos 32 de la Constitución Política y 295 y siguientes de la Ley 906 de 2004 establecen que ella da lugar a la afectación provisional de la libertad, en casos como los previstos en el artículo 301 de ordenamiento procesal en el que se consagran cinco causales de flagrancia, así:

“Artículo 301. Flagrancia. Modificado por el art. 57, Ley 1453 de 2011. Se entiende que hay flagrancia cuando:

1. La persona es sorprendida y aprehendida al momento de cometer el delito.
2. La persona es sorprendida o individualizada al momento de cometer el delito y aprehendida inmediatamente después por persecución o voces de auxilio de quien presencie el hecho.
3. La persona es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que momentos antes ha cometido un delito o participado en él”.

Sobre la captura en flagrancia la Corte Constitucional¹⁸ ha señalado:

“En ese sentido se ha dicho que habrá flagrancia en tres supuestos diferentes: el primero, al que se le ha denominado **“flagrancia en sentido estricto”**, cuando la persona es sorprendida y aprehendida al momento de cometer el delito; el segundo supuesto, el de la **“cuasiflagrancia”** cuando la persona es sorprendida o individualizada al momento de cometer el delito y aprehendida inmediatamente después por persecución o voces de auxilio de quien presencie el hecho; por último la **“flagrancia inferida” hipótesis en la que la persona no ha sido observada en el momento de cometer el delito, ni tampoco ha sido perseguida después de realizarlo, sino que es sorprendida con objetos, instrumentos o huellas de los cuales aparece o se infiere fundadamente que momentos antes ha cometido un hecho punible o participado en él** . Se resalta

2.2.4.2.4. En lo que respecta al procedimiento en caso de flagrancia en la sentencia C-591 de 2005, la Corte Constitucional refiriéndose al artículo 302 del C.P.P., encontró que en él se establece “una diferencia entre cuando aquélla es realizada por una autoridad pública o por un particular. En el primero de los casos, el aprehendido será conducido inmediatamente o a más tardar en el término de la distancia, ante la Fiscalía General de la Nación” –como aconteció en el presente asunto a partir del informe presentado por personal del ejército y la policía nacional.

Luego, en lo atinente a la actuación que adelanta la Fiscalía se precisa que posee un doble contenido: por un lado, determinar “si el comportamiento delictivo no conlleva imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva o la captura en flagrancia fue adelantada de forma ilegal”. En este caso, “el fiscal procederá a dejar en libertad al aprehendido, imponiéndole bajo palabra un compromiso de comparecencia cuando sea necesario”. Cuando, por el contrario, con base en el informe de la autoridad de policía o “con fundamento en elementos materiales o evidencias físicas aportadas, decide llevar al capturado ante el juez de control de garantías, deberá hacerlo inmediatamente o a más tardar dentro del término legal, con el propósito de que éste se pronuncie”.

¹⁸ C-239 de 2012

Es decir, que una vez llega la persona capturada ante el fiscal, "éste deberá examinar si dicha captura fue o no legal, y en caso de no serlo, deberá dejar en libertad a la persona", por lo tanto, este evalúa según las voces del art. 307 del C.P.P., "si se cumplen o no las condiciones objetivas de que trata el artículo 313¹⁹ del C.P.P", para imponer medida de aseguramiento de detención preventiva, y conducir al capturado inmediatamente ante el juez de garantías, para que este por su parte evalúe si se presentan o no los requisitos de que trata el artículo 308 de esa misma normatividad.

Se reconoce en la sentencia C-591 de 2005, que la Fiscalía General de la Nación realiza un control previo sobre la captura operada en flagrancia, que antecede al que, eventualmente, adelantaría el juez de control de garantías, cuando el primero haya estimado que la detención preventiva fue legalmente realizada, por existir las condiciones de la flagrancia señaladas por la ley y la jurisprudencia.

2.2.4.2.5. En este orden, para la Sala no son de recibo los argumentos expuestos por la fiscalía en la alzada en el sentido que bajo el sistema penal acusatorio no le asiste a tal ente responsabilidad alguna al no adoptar la determinación restrictiva de la libertad.

2.2.4.2.6. En cuanto al juez de garantías le corresponde evaluar el cumplimiento de los presupuestos del artículo 308 para la imposición de la medida de aseguramiento, pues este, a petición del Fiscal General, decretará la medida de aseguramiento cuando de la **información legalmente obtenida, de la evidencia física recogida y asegurada y de los elementos materiales probatorios se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga**, siempre y

¹⁹ La medida de aseguramiento en establecimiento carcelario procederá en los siguientes casos:

1. En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados.
2. En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años.
3. En los delitos a que se refiere el Título VIII del Libro II del Código Penal cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

cuando se cumpla alguno de los siguientes presupuestos: **a) que la medida se muestre como necesaria para evitar la obstrucción al debido ejercicio de la justicia; b) que constituye peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima; y, c) que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.**

Al respecto, la Corte Constitucional²⁰ al analizar la constitucionalidad del artículo 30 de la ley 1142 de 2007, refirió que la gravedad de la conducta punible no es un criterio suficiente para restringir la libertad, sino que **"es imperativo que se consulte su necesidad, la cual no puede estar determinada en esos dos criterios objetivos, máxime cuando en Colombia no existe una política criminal clara que determine cuales son realmente las conductas graves"**. Se resalta.

Por lo que, agrega:

"en procura de la protección del derecho a la libertad y los principios que delimitan los eventos para su restricción, bajo el entendido que para el funcionario judicial, al momento de determinar el peligro que el imputado representa para la comunidad, **no es suficiente la gravedad y la modalidad de la conducta punible, sino que siempre deberá valorar, bajo las finalidades que la Constitución le ha otorgado a esa clase de medidas preventivas, además de los requisitos contenidos en el artículo 308 de la Ley 906 de 2004, las demás circunstancias contenidas en los numerales 1° a 4° del artículo 310 *ibídem*"**.

(...)

De ese modo, la forma como se presentó el comportamiento o la envergadura del mismo no son los criterios especiales y únicos para determinar si permitirá la acción estatal, por el contrario, es necesario que se analicen **"además"** los criterios subsiguientes contenidos en el artículo 312 de la Ley 906 de 2004, de modo que pueda determinarse la necesidad o no de la medida de aseguramiento no sólo para garantizar su comparecencia, sino el cumplimiento de la sentencia, todo bajo el criterio de necesidad y razonabilidad que constituyen sus presupuestos, al igual que la interpretación restrictiva que sobre las mismas se debe efectuar".

2.2.4.2.7. En este orden, la medida restrictiva de la libertad deberá decretarse solo cuando se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia; en aquellos casos en que aquél constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de

²⁰ C-1198 de 2008

la víctima, y en los supuestos en que resulte probable que el investigado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia²¹.

2.2.4.2.8. Para el presente caso, puede observarse que el señor Jesús Helider Rodríguez Losada fue retenido, según lo precisa el informe policial, bajo el supuesto normativo establecido en la causal tercera aludidas en el artículo 301 del C.P.P., Esto es *“La persona es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que momentos antes ha cometido un delito o participado en él”*, ya que, como lo refirió la fiscal del caso y la juez de garantías, a partir de los elementos materiales probatorios se estableció que en el predio de su propiedad fue hallado un bolso que contenía seis granadas de IM26, por lo que se infirió existían elementos probatorios de su participación en el ilícito bajo el verbo rector “conservar” armamento bélico.

Por lo tanto, la medida de aseguramiento, en principio, resulta legal, sin embargo, no se precisó ni por la fiscal ni por la juez de garantías las razones fundadas para establecer que momentos antes el indiciado había cometido la conducta delictiva de “conservación de armas de uso privativo de las fuerzas militares” más allá del hecho de haberse expresado como tal la sola circunstancia de hallarse en el inmueble de su propiedad los elementos bélicos, sin hacer mayor análisis sobre la fuente humana que rindió la información, las seguridades de ingreso al predio, las personas que trabajaban en el mismo y lo frecuentaban, la distancia entre la vivienda y el lugar en el que fueron hallados, entre otros aspectos, que en efecto hubiesen permitido señalar que momentos antes habría participado en el hecho.

Sin embargo, para la Sala, lo que resulta más relevante es que no se cumplió el aspecto subjetivo para la imposición de la medida privativa de la libertad, pues, para ello se tuvo en cuenta la gravedad de la conducta y el peligro que la misma represaba a la comunidad, al señalarse que el solo hecho de portar armas de uso privativo de la libertad en un municipio permeado por grupos subversivos y el daño

²¹ C-469 de 2016

que causan estos explosivos representa un peligro para la comunidad además de constituirse en grave, porque el monopolio de las armas corresponde al Estado; desconoce aspectos puntuales, relativos a la necesidad de la imposición de la medida para el caso particular del señor José Helider Rodríguez Losada ante la eventual obstrucción a la justicia y la no comparecencia al proceso.

Lo anterior, por cuanto si bien es cierto al momento de revocarse la medida de aseguramiento impuesta, el juez de garantías precisó que se habían presentado elementos materiales que la desvirtuaban, porque se había establecido el arraigo del indiciado y sus condiciones personales, familiares y sociales de las cuales se infería que no representaba peligro para la sociedad, lo cierto es que, para la Sala, no debió desconocerse que la defensa en el curso de la audiencia preliminar presentó suficientes elementos materiales a través de los cuales pretendió demostrar las condiciones personales, familiares y sociales del señor Jose Helider Rodríguez que lo vinculaban claramente con la comunidad, pues, con tal propósito en la audiencia de legalización de la captura, aportó los siguientes documentos:

Copia de la escritura del predio Las Américas de propiedad de José Helider Rodríguez, de otro documento que lo denota como propietario de otro inmuebles en la vereda el Chapuro del corregimiento El Caguan por conciliación realizada con su progenitor, de la práctica de una diligencia de secuestro en uno de ellos por razón de un proceso de alimentos que cursaba en su contra, la existencia de contratos previos debidamente autenticados que daban cuenta de negocios jurídicos realizados con personas de la región en los que se aludía su labor de ganadero, el registro de la marca que para ello utilizaba, además de la relación de consanguinidad con varios hijos y la declaración extrajuicio del señor Melquisedec Vargas y del menor Luis Fernando Rodríguez, con los que pretendió demostrar su arraigo y las condiciones personales que lo denotaban como una persona de bien que no pondría en peligro a la comunidad y que comparecería al proceso.

Siendo estos elementos materiales probatorios que en gran parte fueron aceptados como válidos, luego, en audiencia de revocatoria de la medida de aseguramiento, por lo tanto, encuentra la Sala que los mismos debieron ser valorados y tenidos en cuenta desde el primer momento de la realización de la audiencia con fecha 6 de diciembre de 2011 de control de legalidad, para así, haber garantizado la efectividad del marco normativo que permitía efectivizar el derecho a la libertad del señor José Helider Rodríguez Losada, mediante el análisis de la necesidad y proporcionalidad de la medida atendiendo las circunstancias personales, familiares y laborales que permitían concluir que no pondría en peligro a la comunidad y no evadiría la acción de la justicia, como en efecto, se estableció en la audiencia de revocatoria celebrada el 7 de enero de 2012.

2.2.4.2.9. Para la Sala, tanto la aprehensión como la imposición de la medida de aseguramiento impuesta al señor Jesús Edilson Muñoz Sánchez si bien se hallaban normativamente justificadas al momento de adoptarse, teniendo en cuenta que en el sistema penal acusatorio la valoración de los elementos probatorios y evidencias físicas en esta etapa es distinta a la que corresponde al momento de proferirse sentencia, lo cierto es que no se estableció para el presente caso como necesaria y proporcional, en la medida que no fueron tenidos en cuenta los elementos materiales probatorios que se allegaban como indicativos del arraigo y las condiciones personales, familiares y sociales del indiciado a partir de las cuales podía establecerse que no evadiría la justicia y que comparecería al proceso.

2.2.4.2.10. Sumado a lo anterior, la proporcionalidad y necesidad de la medida, implicaba una valoración más allá de la gravedad de la conducta delictiva y del peligro que representaba para la comunidad al tratarse de elementos bélicos en el contexto de un grupo social permeado por grupos subversivos al margen de la ley, sino que era necesaria la valoración de aspectos relativos a la necesidad de la imposición de la misma a partir de aspectos personales y de arraigo del indiciado.

2.2.4.2.11. En estas condiciones tal como lo halló acreditado el A quo para la Sala se encuentra demostrada la falla en el servicio en la que incurrieron las entidades demandas y en esa medida desvirtuados los argumentos expuestos tanto por la Rama Judicial como por la Fiscalía General.

2.2.4.3. De la legitimación material en la causa de la Fiscalía General de la Nación

Teniendo en cuenta que la fiscalía cuestiona en la apelación su legitimación material en la causa por pasiva en la medida que según lo refiere no participa normativamente en el sistema acusatorio en la imposición de la medida de aseguramiento y, a pesar de haberse negado el medio exceptivo en la audiencia inicial mediante decisión en firme, debe señalar la Sala que si bien, en principio la jurisprudencia del Consejo de Estado²² señaló que ante los distintos roles adjudicados en el sistema penal acusatorio a los jueces y a los fiscales, la Fiscalía no se encontraba legitimada en la causa por pasiva por cuanto esta entidad no emitía la decisión judicial restrictiva de la libertad a través de sus distintos agentes en el proceso penal, lo cierto es que, con posterioridad, tal tesis ha cambiado²³ aceptándose su legitimación en la causa por pasiva. Al respecto la Sección Tercera del Consejo de Estado, precisó:

“La Sala encuentra que en vigencia de la Ley 906 de 2004, la competencia para restringir la libertad del procesado radica en cabeza del juez con funciones de control de garantías; no obstante, el fiscal es la autoridad que solicita la imposición de la medida de aseguramiento, soportado en los elementos de conocimiento que sustenten la necesidad de la medida y su urgencia.

La Sala ha considerado al respecto que, bajo la estructura del sistema penal acusatorio regido por la Ley 906 de 2004, **el elemento imputación en la responsabilidad administrativa por privación injusta de la libertad, debe abordarse desde la concausalidad, en la medida en que la prosperidad de la solicitud formulada por la Fiscalía depende de la decisión del juez y a su vez, este no está facultado para imponer medida restrictiva de la libertad si no ha mediado solicitud de aquel.** Entendiéndose como “un acto estatal complejo que

²² En decisión de fecha 26 de mayo de 2016 proferida dentro del radicado interno No. 41573 con ponencia del doctor Hernán Andrade Rincón.

²³ En decisión de fecha 14 de septiembre de 2018 dentro del radicado interno No.47112 con ponencia del doctor Ramiro Pazos

principia en la solicitud de la Fiscalía y concluye en la orden del juez de garantías". Se resalta.

En este orden, en el presente caso encuentra la Sala acreditado que la Fiscalía no solo solicitó la orden de captura contra el señor José Helider Rodríguez Losada y ante el juez de control de garantías impetró su legalidad y la imposición de la medida de aseguramiento restrictiva de la libertad, sino que como se vio en el acápite de imputabilidad también al tenor de lo normado en el artículo 301 del C.P.P. ejerce un control sobre la captura, adicionalmente en el curso del proceso penal puede oponerse en sus intervenciones a la libertad²⁴.

Lo anterior, según se desprende del contenido de los distintos medios probatorios que fueron aportados en los que se evidencia la intervención del fiscal –quien solicitó la captura y la medida de aseguramiento- como del juez –quien la avaló-.

En consecuencia, es posible concluir que, existe legitimación material en la causa de la Fiscalía General de la Nación en la privación de la libertad que aquí se analizó y en esa medida la Sala no comparte los argumentos de la entidad recurrente.

2.2.4.4. Del hecho exclusivo y determinante de un tercero

Siguiendo el derrotero objeto de estudio corresponde a la Sala dilucidar si la actuación cumplida por el Ministerio de Defensa Ejército Nacional y Policía Nacional a través de las actuaciones previas en las que dan cuenta de la captura del señor José Heider Rodríguez Losada en flagrancia se constituyó como determinante en la causación del daño y, por lo tanto, excluyente de responsabilidad como lo aduce la Rama Judicial en el recurso de apelación.

Respecto de la eximente del hecho del tercero, la jurisprudencia ha venido aceptando que en eventos de privación injusta de la libertad, puede establecerse la ruptura del nexo causal, por denuncias, incriminaciones o acusaciones realizadas por un tercero, sin embargo, ello no resulta automático, pues, en cada caso deberá analizarse aspectos tales como: la magnitud del señalamiento (si es directo,

²⁴ Alegatos finales en los que impetra la decisión condenatoria (f. 257, c. 2)

contundente y preciso), pero en todo caso, que estos hayan resultado imprevistos e irresistibles para las entidades y que sean 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.

Es así que la Sección Tercera del Consejo de Estado, en un caso de privación injusta de la libertad, negó las pretensiones de la demanda, por configurarse la causa extraña del hecho de un tercero²⁵.

Descendiendo al caso concreto, encuentra la Sala a partir de los hechos probados que correspondía, tanto a la fiscalía como al juez de garantías evaluar lo reseñado por las autoridades militares y de policía respecto de la captura que se realizó del señor José Helider Rodríguez Losada, y mediante ello, dilucidar si en efecto resultaba contundente lo allí expuesto para solicitar la medida restrictiva de la libertad e imponer la misma, por lo tanto, no puede señalarse que para aquellas autoridades resultara imprevisible e irresistible establecer a partir de lo consignado por la autoridad militar si la actuación resultaba suficiente para afectar el derecho a la libertad del señor José Helider Rodríguez Losada, por lo tanto, para la Sala no se acredita en el presente caso la causal eximente de responsabilidad que se alude por las demandadas.

3. Indemnización de perjuicios

3.1. En lo tocante a la indemnización de perjuicios cuestiona el demandante que el A quo no haya reconocido el denominado daño a la vida de relación, debe precisar la Sala que la jurisprudencia del Consejo de Estado señaló que éste junto con las demás categorías de daño inmaterial se ven desplazados por el daño a la salud –categoría autónoma-, al señalar:

"En otros términos, un daño a la salud desplaza por completo a las demás categorías de daño inmaterial como lo son la alteración grave a las condiciones de existencia -antes denominado daño a la vida de relación- precisamente porque cuando la lesión antijurídica tiene su génesis en una afectación negativa del estado de salud, los únicos

²⁵ Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 26 de febrero de 2014, exp. 29.541, M.P. Enrique Gil Botero.

perjuicios inmateriales que hay lugar a reconocer son el daño moral y el daño a la salud.

(...)

"En consecuencia, se adopta el concepto de daño a la salud, como perjuicio inmaterial diferente al moral que puede ser solicitado y decretado en los casos en que el daño provenga de una lesión corporal, puesto que el mismo no está encaminado al restablecimiento de la pérdida patrimonial, ni a la compensación por la aflicción o el padecimiento que se genera con aquél, sino que está dirigido a resarcir económicamente –comoquiera que empíricamente es imposible– una lesión o alteración a la unidad corporal de la persona, esto es, la afectación del derecho a la salud del individuo.

"(...)

"Es decir, cuando el daño antijurídico radica en una afectación psicofísica de la persona, el daño a la salud surge como categoría autónoma y, por lo tanto, desplaza por completo denominaciones o tipos de perjuicios abiertos que han sido empleados en otras latitudes, pero que, al igual que en esta ocasión, han cedido paso al daño corporal como un avance jurídico que permite la reparación efectiva y objetiva del perjuicio proveniente de la lesión al derecho constitucional y fundamental a la salud(...)"

Teniendo en cuenta los lineamientos jurisprudenciales precitados, se concluye que el daño a la salud surge como categoría autónoma cuando el daño se deriva de una afectación psicofísica que hubiere podido sufrir la persona, razón por la cual, en el caso concreto, es claro que el daño no se deriva de una afectación física o síquica, sino de la privación injusta de la libertad, por lo que no es dable reconocer perjuicios por concepto al daño a la salud (antes denominado daño fisiológico, daño a la vida en relación y alteración en las condiciones de existencia), puesto que, como ya se dijo, en el proceso no se encontró acreditado como lo refirió el A quo los demandantes Yina Mayorli Ramos Valderrama, el menor Joseph Damián Rodríguez Ramos y Luis Fernando Rodríguez Ninco hayan sufrido por el tiempo en que estuvo privado de la libertad el señor José Helider Rodríguez Losada algún tipo de afectación psicológica o psíquica constitutiva de daño en su salud producto de la restricción a la que fue objeto.

No desconoce la Sala que los declarantes John Fredy Oliveros Valderrama y Limbania Valderrama hayan dado cuenta de la afectación que sufrieron los demandantes por la reclusión de su compañero y padre, que se agravó por el suicidio que este cometió días después de haber recobrado la libertad, según lo afirmaron, al no haber soportado tal situación; sin embargo, a través de las mismas no puede

establecerse la afectación en la salud mental o psicología que hayan podido sufrir por tal hecho, pues al respecto se requiere concepto médico o pericial.

3.2. En lo que respecta a la tasación mayor de los perjuicios morales que impetra la parte actora en el recurso de alzada, encuentra la Sala que si bien la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que los perjuicios por tal concepto pueden exceder los topes fijados en caso de privación de la libertad cuando se afecte gravemente los derechos humanos, lo cierto es que, para el presente caso, la Sala no evidencia a partir de los hechos probados la medida en que estos eventualmente hayan sido afectados desde el ámbito de los derechos humanos.

Lo anterior, por cuanto si bien la constitución política y la convención Americana de Derechos²⁶ establecen el derecho a la libertad que comprende, entre otros aspectos, las garantías de la persona a no ser sometida a detención o encarcelamiento arbitrarios, y el derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso, lo cierto es que, en este contexto, como la privación de la libertad de la que fue objeto el señor José Helider Rodríguez Losada obedeció a decisiones emitidas al interior del proceso penal, adoptadas por el juez de control de garantías que según análisis efectuado en precedencias resultó legal, aunque no razonable y proporcional, no puede inferirse el desconocimiento convencional o la afectación grave en el contexto de los derechos humanos, y en esa medida no hay lugar a indemnización daño alguno derivado de la afectación al marco normativo supraconstitucional o a la agravación del perjuicio moral que amerite una mayor tasación de la reconocida.

²⁶ Artículo 7. *Derecho a la Libertad Personal*

1. *Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal.*

2. *Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.*

3. *Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.*

4. *Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.*

5. *Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o*

a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

6. *Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente (...)*

3.3. En lo que respecta al daño material por lucro cesante, cuestiona la parte demandante y apelante que el fallador en aplicación del principio *iura novit curia* debió reconocer el valor de al perjuicio por lucro cesante, partiendo del salario mínimo mensual actualizado, adicionando el veinticinco por ciento de prestaciones sociales, y liquidarlo por el tiempo que duró privado de la libertad el señor José Helider Rodríguez Losada, sumando el porcentaje adicional que jurisprudencialmente se ha reconocido como el periodo en que una persona tarda en reubicarse laboralmente, y no tener, respecto del mismo como monto la suma impetrada en la demanda por valor de millón quinientos pesos, porque según lo afirma, contrario a lo señalado por el A quo, ello no afecta la garantía procesal de la congruencia de la decisión judicial y del prohibición del fallo ultra petita.

Al respecto observa la Sala que en efecto en la demanda se impetró la suma de 1.500.000 actualizada como equivalente al perjuicio que se reclama por lucro cesante, suma que fue reconocida por el A quo y distribuida en partes iguales para cada uno de los hijos del demandante, esto es del menor Joseph Damián Rodríguez Ramos y del joven Luis Fernando Rodríguez Ninco.

Para la Sala debe confirmarse la decisión del fallador de primera instancia, en la medida que al margen de la eventual afectación de la congruencia de la decisión y la imposibilidad de proferir decisiones más allá de lo pedido, el Consejo de Estado en decisión de fecha dieciocho (18) de julio de dos mil diecinueve (2019) proferida dentro del radicado número: 73001-23-31-000-2009-00133-01(44572) con ponencia del doctor Carlos Alberto Zambrano Barrera en la cual unificó jurisprudencia sobre la tasación de los perjuicios derivados de la privación injusta de la libertad, señaló con respecto al perjuicio material por lucro cesante "sólo se puede conceder **lo que se pida en la demanda**, de forma tal que **no puede hacerse ningún reconocimiento oficioso** por parte del juez de la reparación directa;

así, lo que no se pida en la demanda no puede ser objeto de reconocimiento alguno” Negrilla y resaltado en el texto.

No obstante, deberá la Sala modificar la decisión de primera instancia con el fin de actualizar la condena allí señalada por concepto de perjuicios materiales, aplicando la fórmula establecida por el Consejo de Estado, así:

$$R = Rh \frac{\text{IPC FINAL (fecha de la presente sentencia)}}{\text{IPC INICIAL (fecha de la sentencia de primera instancia)}}$$

Para los perjuicios por daño emergente:

$$R = \$9.976.729 \frac{105,70}{95,46}$$

R= 11.044.239

Conforme lo anterior el valor total por concepto de daño emergente ascendió a once millones cuarenta y cuatro mil doscientos treinta y nueve pesos m/cte. **(\$ 11.044.239)**

Para los perjuicios por lucro cesante:

$$R = 1.500.000 \frac{105,70}{95,46}$$

R= 1.660.500

Conforme lo anterior el valor total por concepto de lucro cesante ascendió a un millón seiscientos sesenta mil quinientos pesos m/cte. **(\$ 1.660.500)**, los cuales se dividirán entre Yoseph Damián Rodríguez Ramos y Luis Fernando Rodríguez Ninco.

4. Conclusión

De conformidad con lo hasta aquí expuesto, se resuelve el problema jurídico en el sentido que habrá de modificarse la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito judicial de Neiva, Huila, en cuanto al monto de la condena impuesta a la Fiscalía General de la Nación y a la Rama Judicial por los perjuicios que acreditaron los demandantes por la privación de la libertad de la que fue objeto el señor Jose Helider Rodríguez Losada.

5. Costas

La decisión del A *quo* de no condenar en costas a la parte demandada se mantiene por cuanto si bien es cierto tal aspecto fue objeto de apelación, la parte demandante recurrente no señaló los reparos concretos a partir de los cuales cuestiona la decisión del A *quo* y en esa medida no resulta viable el pronunciamiento en tal sentido.

Sin embargo, debe precisarse que no resultaba viable en primera y en segunda instancia imponer condena en costas teniendo en cuenta que sobre las costas el numeral 8 del artículo 2865 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), *"Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación"*.

Precisado lo anterior, advierte la Sala que, en el presente caso, una vez examinado el expediente, no se observan elementos de prueba que demuestren o justifiquen que efectivamente se hayan ocasionado erogaciones que hicieran procedente la imposición de costas en segunda instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de decisión del Tribunal Administrativo de Neiva, Huila, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VII. FALLA

PRIMERO. MODIFICAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Neiva, Huila, el día

31 de marzo de 2017, para actualizar la condena por perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente y lucro cuenta, la cual quedará así:

"PRIMERO. Declarar no probadas las excepciones de inexistencia de hecho y un tercero, falta de causa para demandar, inexistencia de perjuicios en existencia de nexo de causalidad propuestas por la Nación - Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: Declarar que la Nación - Rama Judicial Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y la Nación - Fiscalía General de la Nación, son solidaria, extra contractual, patrimonial y administrativamente responsables por los perjuicios ocasionados a los demandantes, por la injusta privación de la libertad a la que fue sometida el señor José Heleider Rodríguez Losada, entre le 6 de diciembre de 2011 al 6 de enero de 2012, conforme lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Como consecuencia del anterior declaración, ordenar pagar a la **Nación Rama Judicial Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y la Nación Fiscalía General de la nación** de manera solidaria con cargo a su presupuesto y a favor de los demandantes por concepto de perjuicios los siguientes:

3.1 Perjuicios materiales – Daño emergente: reconocer a Yina Mayorly Valderrama **once millones cuarenta y cuatro mil doscientos treinta y nueve pesos m/cte (\$11.044.239)**

3.2 Perjuicios materiales – Lucro cesante reconocer a:
- Yoseph Damián Rodríguez Ramos, la suma de **ochocientos treinta mil doscientos cincuenta pesos m/cte (\$830.250).**

- Luis Fernando Rodríguez Ninco, la suma de **ochocientos treinta mil doscientos cincuenta pesos m/cte (\$830.250).**

3.3 Perjuicios Morales. Se reconocerán a los demandantes los siguientes perjuicios morales:

Demandado	Nivel	SMLMV
Yina Mayorly Valderrama	1	15 SMLMV
Yoseph Damián Rodríguez Ramos	1	15 SMLMV
Luis Fernando Rodríguez Ninco	1	15 SMLMV

3.4 Negar los perjuicios inmateriales a la vida relación deprecados por la parte actora.

CUARTO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO. Denegar la vinculación en calidad de litisconsortes facultativos de la parte actora a los señores Martha Rocío Rodríguez Losada, Luz Dary Rodríguez Losada, Pedro Antonio Rodríguez Losada, Víctor Manuel Rodríguez Losada, Farid Rodríguez Losada, Humberto Rodríguez Losada, Humberto Rodríguez Losada, Ana Losada de Rodríguez, María Isabel Rodríguez Ninco y Cindy Ninco, en atención a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEXTO: No aceptar la tacha de los testigos Yufrady Valderrama, María Yolanda Valderrama y Limbania Valderrama, propuesta por el apoderado de la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

SÉPTIMO: Dese cumplimiento a este proveído, dentro de los términos establecidos en el artículo 171 numeral 4, 197, 192, 195 inciso 4 de la Ley 1437 de 2011”

SEGUNDO: Sin condena en costas en segunda instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al juzgado de origen previas las anotaciones que correspondan.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



BEATRIZ TERESA GALVIS BUSTOS
Magistrada



JOSÉ MILLER LUGO BARRERO
Magistrado



GERARDO IVÁN MUÑOZ HERMIDA
Magistrado