



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO
ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y
SANTA CATALINA**

SIGCMA

San Andrés Isla, veintisiete (27) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Sentencia No. 067

Medio de Control	Reparación Directa
Radicado	88-001-33-33-001-2018-00151-01
Demandante	Oscar Luis Gómez Pedrozo y otros
Demandado	Nación- Fiscalía General de la Nación y otros
Magistrada Ponente	Noemí Carreño Corpus

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a dar cumplimiento a lo dispuesto por el H. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, en sentencia de tutela de fecha (22) de julio de dos mil veintiuno (2021), proferida dentro del proceso radicado bajo el No. 11001-03-15-000-2021-01961-01, se dispuso dejar sin efecto la sentencia del 17 de septiembre de 2020, proferida por esta Corporación y se ordenó proferir nueva sentencia.

En este orden, procede la Corporación a decidir el recurso de apelación interpuesto por las partes, contra la sentencia del 22 de octubre de 2019, proferida por el Juzgado Único Contencioso Administrativo de este Circuito Judicial,¹ dentro del proceso iniciado por el señor Oscar Luis Gómez Pedrozo y otros en contra de la Nación - Fiscalía General de la Nación - Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, mediante la cual se dispuso lo siguiente:

“PRIMERO: DECLÁRANSE no probadas las excepciones de mérito planteadas por las entidades demandadas.

SEGUNDO: DECLÁRANSE patrimonialmente responsables a la Nación-Fiscalía General de la Nación y a la Rama Judicial, por el daño causado con la privación de la libertad del señor Oscar Luis Gómez Pedrozo, ocurrida entre el 13 de septiembre de 2011 al 19 de marzo de 2015, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

¹ Folios 3571-3583 del cuaderno de apelación de sentencia

SIGCMA

TERCERO: CONDÉNASE solidariamente a la Fiscalía General de la Nación y a la Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial a pagar, por concepto de perjuicios morales a los demandantes los montos que a continuación se relacionan:

Para: Oscar Luis Gómez Pedrozo y Ginashly Gómez Myles, el equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno.

CUARTO: CONDÉNASE solidariamente a la Fiscalía General de la Nación y a la Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial a pagar, por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante a Oscar Luis Gómez Pedrozo, la suma de cuarenta y un millones trescientos cincuenta y seis mil pesos (\$41.356.000.00).

QUINTO: CONDÉNASE en costas a la Fiscalía General de la Nación y a la Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial. De igual manera, se le condena en el pago de agencias en derecho las cuales se fijan en el 4% de lo pedido.

SEXTO: NIÉGANSE las demás pretensiones.”

II. ANTECEDENTES

- LA DEMANDA

El señor Oscar Luis Gómez Pedrozo quien actúa en nombre propio y en representación de la menor Ginashly Gómez Myles, la señora Lumy Leonor Pedrozo Cañas quien actúa en nombre propio y en nombre del menor Miguel Ángel Pedrozo, y los señores Enrique Miguel Cortecero Pedrozo y Sara Paternina Ramírez, instauraron demanda de reparación directa contra la Nación - Fiscalía General de la Nación - Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, con el objeto de que se acceda a las siguientes declaraciones:

- PRETENSIONES

“1. Que se declare que la Nación- Fiscalía General de la Nación -Rama Judicial- Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, es patrimonialmente responsable de los daños y perjuicios causados, con ocasión a la privación injusta de la libertad del señor Oscar Luis Gómez Pedrozo.

2. Que en consecuencia se condene a la Nación- Fiscalía General de la Nación -Rama Judicial- Dirección Ejecutiva de Administración Judicial a pagar a cada uno de los actores los perjuicios morales y materiales causados.

- HECHOS

La parte demandante sustenta sus pretensiones en los hechos que a continuación se sintetizan así:

1. Señala que el señor Oscar Luis Gómez Pedrozo, padre de la menor Ginashly Gómez Myles Bernard, hijo de la señora Lumy Leonor Pedrozo Cañas, hermano del señor Miguel Cortecero Pedrozo y nieto de crianza de la señora Sara Paternina Ramírez, fue privado injustamente de la libertad desde el 13 de septiembre de 2011 hasta el 19 de marzo de 2015, fecha en que fue absuelto formalmente de los cargos imputados.
2. Afirma que el día 13 de septiembre de 2011, mientras se encontraba en su lugar de residencia y trabajo, ubicado en el Departamento Insular, por orden de la Fiscalía 11 Especializada con sede en la ciudad de Barranquilla, el señor Gómez Pedrozo fue capturado, trasladado y puesto a disposición de la autoridad judicial de esa ciudad, sindicado de cometer el delito de concierto para delinquir agravado.
3. Indica que en la audiencia de formulación de imputación e imposición de medida aseguramiento, el Juez de control de garantías de la ciudad de Barranquilla, ordenó su detención preventiva en el establecimiento carcelario de máxima seguridad del Municipio de Cómbita, Boyacá, siendo remitido a aquella ciudad de conformidad con la decisión judicial.
4. Refiere que el día 22 de abril de 2015, el Juez Penal del Circuito Especializado de Tunja, Boyacá, quien asumió el conocimiento del proceso, luego de una exhaustiva labor de investigación, mediante sentencia No. 038, absolvió de los cargos imputados al señor Oscar Luis Gómez Pedrozo, ordenando de manera inmediata su libertad, teniendo en cuenta, que los testimonios de referencia que inicialmente soportaron la orden de captura resultaban ineficientes para continuar con la instrucción penal.
5. Sostiene que a pesar de ser impugnado el fallo por la Fiscalía Delegada, la decisión judicial fue confirmada en su integridad por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, Boyacá, Sala de decisión penal, mediante sentencia No 066 del 19 junio de 2018, con ponencia del Magistrado José Alberto Pabón Ordoñez.
6. Asevera que el señor Oscar Luis Gómez Pedrozo, estuvo privado de la libertad, durante tres (03) años, tres (03) meses y tres (03) días, lo que equivale a cuarenta

y dos (42) de meses y tres (03) días, alejado de sus seres queridos y limitado del ejercicio de su profesión u oficio como ayudante de construcción de estructuras metálicas, por el que era remunerado con la suma de \$980.000 pesos mensuales, los cuales garantizaban el sustento y manutención de su núcleo familiar conformado por su hija y su abuela de crianza.

7. Pone de presente que la privación injusta de libertad aludida debe derivar en la declaración de responsabilidad de las entidades demandadas a título de falla presunta dentro del régimen objetivo. No obstante, se acoge al principio de *iura novit curia*.

- FUNDAMENTOS DE DERECHO

Respecto de los fundamentos de derecho, el apoderado de la parte demandante señala los siguientes:

Afirma que se presume injusta toda detención preventiva cuando a favor del detenido se dicte sentencia absolutoria o su equivalente con la preclusión de la investigación, que su prohijado Oscar Luis Gómez Pedrozo, fue privado de la libertad por medida de aseguramiento intramural, pero que su situación jurídica fue resuelta mediante sentencia absolutoria. Por lo tanto, como resultado de este silogismo, se debe presumir que su detención fue injusta y por ende, entenderlo acreedor de la indemnización derivada de la responsabilidad del Estado. Adicionalmente, argumenta que la prosperidad de las pretensiones resarcitorias por perjuicios que se reclaman contra el Estado depende de la acreditación del hecho constitutivo de falla, el daño a un bien jurídico tutelado y el nexo causal entre la falla y el daño. Luego entonces, ya que, en el caso bajo estudio, es claro el nexo causal entre el daño alegado y la conducta imputada a las entidades públicas, por cuanto la falla sobrevino en horas del servicio, en el lugar de servicio y con instrucción del servicio, las prestaciones irrogadas están llamadas prosperar.

- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

**NACIÓN - RAMA JUDICIAL - CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA –
DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL²**

² Folios 3486-3505 del cuaderno principal No.8

El apoderado judicial de la entidad demandada se pronunció frente a los hechos manifestando no constarle los asuntos que se discuten en la demanda, principalmente aquellos relacionados con la vida personal del señor Gómez Pedrozo, ateniéndose a lo que resulte probado en el proceso y oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Plantea que la autoridad llamada a responder por los daños y perjuicios causados a los demandantes con la privación injusta de la libertad alegada es la Fiscalía General de la Nación.

Menciona que la Corte Constitucional, en sentencia de unificación SU-072 de 2018, se pronunció sobre el régimen de responsabilidad aplicable en estos casos y concluyó, que tratándose de hechos donde sobrevenga la absolución del procesado porque no se desvirtuó la presunción de inocencia, principio de *in dubio pro reo* o atipicidad objetiva de la conducta, entre otros, no podrá juzgarse la responsabilidad del Estado bajo un régimen objetivo, sino, que deberá establecerse si la decisión que impulsó la medida de aseguramiento de detención es inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria, esto es, bajo el régimen de responsabilidad subjetiva de falla del servicio. El estudio bajo el régimen de la responsabilidad objetiva se reserva para los casos en que el hecho no haya ocurrido o ante la atipicidad objetiva de la conducta.

Alega que el papel del Juez con funciones de Control de las Garantías en la imposición de medida de aseguramiento privativa de la libertad en centro penitenciario y carcelario del actor, se circunscribió a verificar la razonabilidad, proporcionalidad, ponderación y cumplimiento de los fines constitucionales y legales de la medida, bajo los términos y condiciones propuestas por la Fiscalía General de la Nación, sin hacer "*ninguna valoración probatoria en punto de la responsabilidad penal del imputado.*"³ Precisa que, en todo caso, la privación de la libertad del imputado resultaba necesaria y se fundó en la inferencia razonable del operador judicial, de acuerdo con los elementos materiales probatorios presentados como respaldo por el ente acusador.

Propone como excepciones las que denomina:

Falta de legitimación en la causa material por pasiva de la Rama Judicial

Arguye que los elementos materiales probatorios y la evidencia física aportada por el ente acusador, llevaron al Juez de control de garantías a estimar que el

³ Folio 3496 del cuaderno principal No.8

demandante podía ser autor o partícipe del punible investigado e imponer la correspondiente medida de aseguramiento de acuerdo con los criterios de inferencia razonada. No actuar con la debida diligencia y respeto por las garantías de presunción de inocencia del investigado, aportando pruebas suficientes que sobrepasaran el umbral de la inferencia razonable, sustentando la acusación y no solo la imputación es responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación.

Falta de relación causal entre los hechos de la demanda y la persona del demandado - Hecho de un tercero

El nexo causal que ocasionó la privación de la libertad de demandante no es imputable a la Rama judicial, específicamente al Juez de Control de Garantías, sino al hecho de un tercero, en este caso, atribuible al órgano de pretensión punitiva, quien reitera, formuló la imputación y acusación sin tener el soporte probatorio para sostener la incriminación, máxime, cuando en el curso del proceso reconoció la ausencia de pruebas y solicitó la absolución del procesado.

Culpa exclusiva de la víctima

Recuerda que, si bien una persona puede ser exonerada penalmente, por que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, la conducta no constituía punible o en aplicación del principio *in dubio pro reo*, no significa que el Estado deba reconocer automáticamente declarado responsable por la privación de la libertad y condenado a indemnizar el daño causado.

Agrega que, analizar la conducta de la víctima en el ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado, no constituye un reproche a su culpabilidad, sino al cumplimiento del artículo 70 de la Ley 270 de 1996, que nos invita a analizar su actuación desde la noción de la culpa civil (leve, levísima, grave o lata, dolosa, exclusiva y excluyente).

Hecho de un tercero

Sugiere realizar un exhaustivo examen de la conducta desplegada por los agentes de la policía que rindieron el informe que dio inicio al proceso penal, así como la del ente acusador, el cual renunció a su facultad acusadora.

Innominada

Solicita que, de conformidad con el CPACA, se decrete aquella que el fallador encuentre probada.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN⁴

El apoderado judicial del ente acusador describió oportunamente el traslado de la demanda. Afirma no constarle los hechos que en ella se discuten y se opone a todas y cada una de las pretensiones deprecadas por los demandantes.

En su defensa, expresa que durante el año 2011, en la isla se presentaron una serie de muertes y desapariciones, con ocasión a la disputa violenta desatada entre las bandas criminales de “*los paisas*” y “*los rastros*”, en la lucha por lucrarse del control de las rutas de narcotráfico que comunican al territorio Insular con Centro América. Añade que la investigación de los hechos llevó a la Fiscalía a estimar que los investigados integraban la banda criminal “*los rastros*” y que el señor Oscar Luis Pedrozo, se desempeñaba al interior de la organización como sicario, tal como se plasmó en el escrito de formulación de acusación. Como elementos probatorios importantes, resalta, el testimonio de Fayladis Gavidia Ramos y Ubaldo Gómez.

Indica que con la Ley 906 del 2004, es el Juez con función de Control de Garantías quien determina lo que se considera pertinente, proporcional, necesario y ajustado a la ley, en torno a la imposición de la medida de aseguramiento, que en este caso, dicha función le correspondió al Juzgado Penal Municipal con Función de Control de Garantías ambulante de Barranquilla y, que tal como se encuentra probado, fue el Despacho quien ordenó y legalizó la captura del ciudadano Oscar Luis Gómez Pedrozo, por el delito de concierto para delinquir agravado, dictándole medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

Concluye que fue la rama judicial por intermedio del Juzgado Penal Municipal con Función de Control de Garantías ambulante de Barranquilla, quien privó de la libertad al hoy demandante y, por lo tanto, es quien le atañe resistir la imputación por el daño antijurídico endilgado.

Adicionalmente, señaló que fue la Rama Judicial la que a su vez exoneró posteriormente de la responsabilidad penal imputada al acusado a través del Juez

⁴ Folios 3516 al 3532 cuaderno principal No.8

de Conocimiento, de los cargos deprecados por la Fiscalía, bajo el criterio de la duda razonable, ya que consideró que las pruebas valoradas en el escenario judicial no fueron suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia, luego entonces, es dicha entidad la que eventualmente estaría en el deber de asumir cualquier tipo de responsabilidad que se llegue a encontrar probada.

Invoca como excepciones de mérito las que denomina:

La falta de demostración concreta de los presupuestos de responsabilidad que se persigue.

Menciona que, en relación con el testimonio de Wilson Ocampo Salgado, quien se desempeñó como Coordinador de la investigación que el día 13 de septiembre de 2011, motivó el allanamiento y registro simultáneo de diversos inmuebles en el Archipiélago, en desarrollo de los cuales se capturaron 12 de los procesados y se incautaron tres armas de fuego y cantidades de sustancia vegetal preliminarmente identificada como marihuana con un peso de 762.8 gramos.

Explica que el demandante hizo parte del grupo de capturados el 13 de septiembre de 2011, cuando las autoridades presumían su complicidad en el concierto para delinquir que se investigaba tras recibirse informes y testimonios que lo vinculaban. Luego entonces, desvirtuar la existencia de los presupuestos que construyeron la inferencia razonada de su participación en el hecho imputado, implica más que la afirmación de supuestos de hecho, pues estos no permiten arribar a la falla endilgada al ente acusador.

Falta de legitimación en la causa por pasiva

Manifiesta que la decisión acerca de la imposición de la medida fue de un servidor de la Rama Judicial y no se evidencia en el actuar de la Fiscalía ni en los elementos probatorios que puso a disposición del juez de control de garantías, manipulación o distorsión de los hechos para que pueda predicarse que indujo en error o engaño al funcionario judicial que ordenó privar de la libertad a los imputados.

La Fiscalía actuó en cumplimiento de un deber legal de conformidad con el contenido normativo y finalidad de la Ley 906 del 2004 y en consecuencia no puede predicarse falla en el servicio atribuible a esta entidad.

La Fiscalía actuó en cumplimiento de un deber legal de conformidad con el contenido normativo y finalidad de la Ley 906 de 2004 y en consecuencia no puede predicarse falla en el servicio atribuible a esta entidad.

Propone que pretender que el fiscal desde el comienzo de la investigación pueda definir a ciencia cierta sobre la responsabilidad del investigado, limita el quehacer punitivo, principalmente, cuando dentro del proceso penal existe una supervisión de las garantías del procesado ejercida por el juez de control de garantías y el juez del conocimiento.

Inexistencia del daño antijurídico

Señala que la responsabilidad estatal está construida a partir de la consideración de antijuridicidad de la conducta o actividad del agente público, carente de título jurídico válido y excedente de las obligaciones que debe soportar el individuo como integrante de la sociedad y que, en el caso específico de la privación injusta de la libertad, que se demandada dichos presupuestos no se ajustan al caso concreto.

Falta del nexo causal

Debido a que no hay nexo sustancial entre las partes con ocasión al presunto daño producido pues los hechos fueron producto de la culpa exclusiva de la víctima.

Genérica

Solicita se declare toda excepción cuyos presupuestos fácticos o jurídicos se determinen en el proceso a favor de la entidad.

- LA SENTENCIA RECURRIDA

Cumplido el trámite legal correspondiente, el Juzgado Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante sentencia proferida el 22 de octubre de 2019, declaró patrimonialmente responsable a la Nación - Fiscalía General de la Nación - Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración

Judicial, por los daños y perjuicios causados a los demandantes con ocasión a la privación de la libertad del señor Gómez Pedrozo.⁵

El Despacho contrajo el problema jurídico a determinar si las demandadas eran administrativa y patrimonialmente responsables de la totalidad de los perjuicios de orden moral y material causados a los actores, como consecuencia de la privación de la libertad, que se asegura fue injusta, de la cual fue objeto el ciudadano Oscar Luis Gómez Pedrozo, entre el 13 de septiembre de 2011 al 19 de marzo de 2015.

Previo el análisis de fondo, el A quo realizó un recuento jurisprudencial respecto a la responsabilidad patrimonial del Estado en la actividad de administrar justicia, especialmente en lo relativo al título de imputación denominado *privación injusta de la libertad*, en la cual encuadró el estudio del presente caso. Hecho el análisis probatorio correspondiente, el despacho encontró probado que: i) el señor Oscar Luis Gómez Pedrozo fue privado de la libertad del 13 de septiembre de 2011 al 19 de marzo de 2015, por su presunta participación en la comisión del delito de concierto para delinquir agravado, art. 342-2 CP, ii) que, con ocasión de lo anterior, los días 13 y 14 de septiembre de 2011, la Fiscalía solicitó: la legalización del allanamiento a morada, del material incautado, de la formulación de imputación, legalización de captura y medida de aseguramiento, respectivamente, de acuerdo con los postulados procesales de la Ley 906 de 2004, peticiones que fueron acogidas por la Juez Penal Municipal con Funciones de Control y Garantías Ambulante BACRIM de Barranquilla, iii) que el Juzgado Penal del Circuito Especializado del Distrito Judicial de Tunja, Boyacá, en la etapa de juzgamiento, emitió sentencia de 22 de abril de 2015, por medio de la cual, absolvió al acusado ordenando su libertad inmediata y iv) que la decisión fue impugnada por la Fiscalía, siendo confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja Sala de Decisión Penal, en sentencia No. P-066 considerando que los testimonios presentados no prueban que el actor hiciera parte del grupo “los rastrojos”, siendo pruebas de referencia inadmisibles. Así que, no se probaron los cargos en contra del sindicado.

De los documentos y audios allegados al expediente en la audiencia de legalización de allanamiento y de material incautado, de la legalización de la captura y de la imposición de la medida de aseguramiento, determinó que el directo afectado nunca fue sorprendido en flagrancia. De igual forma, acreditó que la decisión de absolver

⁵ Folios 3571-3583 del cuaderno de apelación de sentencia

al señor Oscar Luis Gómez Pedrozo, obedeció a que la Fiscalía nunca demostró que el sindicato hubiera cometido los delitos de concierto para delinquir y que su comportamiento nunca develó una conducta delictiva que comprometiera su responsabilidad penal o que permitiera sospechar su participación en la comisión del delito investigado.

Por lo anterior, descartó que el actor hubiera actuado con dolo o culpa grave desde la perspectiva civil como causal eximente de responsabilidad, pues su vinculación al proceso penal se produjo con sustento en unos testimonios, a partir de la información de un tercero. Luego, el señalamiento de un tercero, evidentemente, no puede calificarse como un comportamiento gravemente culposo o doloso de la víctima, ya que es un hecho que escapaba a la voluntad del procesado, máxime cuando dentro del trámite penal no se evidenció ninguna otra prueba que ratificara los dichos de los testigos de oídas.

Acto seguido, procedió a verificar la existencia de los elementos de la responsabilidad del Estado, iniciando con el daño antijurídico, el cual encontró probado con la privación injustificada de la libertad, de la cual, en efecto, fue objeto el señor Gómez Pedrozo. En cuanto al nexo causal, entendido desde la perspectiva de la “*causalidad adecuada*” entre la medida de aseguramiento y los perjuicios por cuya indemnización se reclama en el presente asunto, coincidió en que la privación de la libertad tuvo su causa eficiente o adecuada en la actividad de la administración de justicia, sin que la conducta asumida por el señor Oscar Luis Gómez Pedrozo contribuyera en todo o parte con la misma y a partir de la concurrencia de estos elementos declaró la responsabilidad solidaria de las demandadas, condenándolas a indemnizar por los perjuicios causados.

- RECURSO DE APELACIÓN

Parte demandante⁶

La parte demandante al sustentar su recurso de alzada manifiesta que su inconformidad con la sentencia recurrida solo recae en la negativa del A quo de acceder al reconocimiento del perjuicio referente a la afectación del grupo familiar del señor Oscar Luis Gómez Pedrozo, en relación con su señora madre, sus hermanos y su abuela de crianza. Sostiene que es innegable el dolor que una

⁶ Folios 3598-3600 del cuaderno de apelación.

madre puede llegar a sentir por el desprendimiento forzoso de sus hijos, debido a la muerte o la privación de la libertad de la que puedan ser objeto. Agrega que sus hermanos dependían económicamente de la víctima y que su abuela de crianza integra su núcleo familiar más cercano, razón por la cual, solicita que, en esta oportunidad se modifique la sentencia, pero en el sentido de despachar de manera favorable la totalidad de las pretensiones invocadas en la demanda.

Rama Judicial⁷

Al sustentar el recurso de apelación, la apoderada judicial de la parte demandada, Nación-Rama Judicial rechazó las consideraciones de la sentencia, en tanto, sostiene que la audiencia de imputación e imposición de medidas de aseguramiento que tuvo a su cargo el Juez de Control de Garantías se realizó con base en las pruebas aportadas por la Fiscalía. Luego entonces, válidamente se podría inferir que las funciones del operador judicial se limitaron a determinar la razonabilidad y necesidad de la medida más no la responsabilidad penal del imputado por el delito endilgado. De tal suerte, que el hecho dañoso, resulta imputable a la actuación en cita y de allí que se insista, en que se presenta carencia absoluta de responsabilidad de la Rama Judicial por ausencia de nexo causal, pues resulta evidente, que la privación de la libertad de Oscar Luis Gómez Pedrozo, desde el punto de vista de la causalidad material fue producto de la actuación del ente investigador, lo que rompe el nexo de causalidad entre el acto jurisdiccional de privación de la libertad y el daño que se alega como irrogado.

Arguye que cuando la fiscalía incumple sus deberes probatorios y el juez debe absolver al procesado, no surge la responsabilidad del Estado respecto de la administración Judicial porque la privación de la libertad tuvo origen en el caudal probatorio allegado inicialmente por el ente investigador, el cual, posteriormente, no reunió los requisitos para convertirse en plena prueba y ser el soporte de una decisión condenatoria; circunstancias que se presentaron en el procesos penal que hoy se analiza.

En cuanto a los perjuicios materiales consistentes en lucro cesante el Despacho en la sentencia recurrida, presenta como único análisis del material probatorio obrante que:

⁷ Folios 3585-3590 del cuaderno de apelación

SIGCMA

- Verificada la demanda y lo que allí se pretende, además de los medios probatorios arrimados al expediente, encuentra el Despacho que la solicitud reúne los requisitos dispuestos en la sentencia de unificación para acceder, pues el perjuicio fue pedido en la demanda, se acreditó que hasta el día anterior de la privación de la libertad, el actor ejerció actividad lícita y la prueba no fue tachada y,
- Que sus ingresos ciertos fueron \$980.000 pesos sin que se pida, ni demuestre un incremento del 25% por concepto de prestaciones sociales.

Alega que, de lo expuesto en precedencia, no se observa en qué consistió la prueba que demuestra la existencia del perjuicio reconocido, ni su monto, menos aún, se realizó un examen integral de la credibilidad de este, así como de su cotejo e integración al resto de las pruebas obrantes, incluyendo la evidencia relacionada en el proceso penal.

Para cerrar, retoma el eje central del recurso, el cual se concentra en la falta de responsabilidad de la demandada, manifestando que el análisis realizado por el despacho en su sentencia es contrario a los antecedentes jurisprudenciales vigentes, por lo que solicita sea revocada la decisión de primera instancia y que en su lugar se dicte una nueva en la cual se exonere a su defendida de toda responsabilidad.

Fiscalía General de la Nación⁸

En la sustentación del recurso, la parte demandada solicita se revoque el fallo impugnado, en el sentido de exonerar de responsabilidad a la Fiscalía General de la Nación por la privación injusta de la libertad del señor Gómez Pedrozo.

Reitera que, conforme a lo previsto por el actual sistema penal acusatorio, cuyo procedimiento regula la Ley 906 de 2004, en relación con las medidas de aseguramiento, las cargas para su imposición se distribuyen entre la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial, a saber: la medida se solicita por la Fiscalía, pero la impone el juez de garantías. Desde este punto de vista, las cargas distribuidas no dan margen a argumentar que el defectuoso funcionamiento de la

⁸ Folios 3592 al 3596 cuaderno de apelación

administración de justicia es responsabilidad del Fiscal General, pues en la audiencia de medida de aseguramiento, el debate entre fiscal, defensa y víctima cifra toda la valoración en el juez.

En otras palabras, asevera que la Fiscalía General de la Nación es quien asume el papel acusador frente a conductas punibles, más no es quien determina las medidas restrictivas de la libertad de los imputados, siendo este el fundamento principal que conlleva a que el presente caso la Fiscalía quede eximida de responsabilidad frente a una detención calificada por los solicitantes como injusta. A ese respecto, sostiene que la legalidad de la medida fue avalada por el respectivo juez competente con funciones de control de garantías, de un lado, y de otro, porque para la solicitud bastaba con una inferencia razonable con la que en el caso concreto se contaba. *“Así que bajo este pródigo panorama no había manera, de atribuir responsabilidad a la FGN, por cuanto la condena se edificó, con base en una actuación que no le está atribuida constitucional, ni legalmente a la FGN, conforme se ha visto.”*

- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Fiscalía General de la Nación⁹

Esta entidad se ratifica en los argumentos expuestos en el recurso de apelación impetrado. En síntesis, plantea que la Fiscalía General de la Nación no es responsable de los daños y perjuicios que dicen haber sufrido los demandantes por la privación injusta de la libertad, ya que esta se produjo en desarrollo del proceso penal regido por la Ley 906 de 2004, donde la decisión de imponer una medida de aseguramiento es una facultad jurisdiccional atribuida a los jueces de control de garantías.

Reitera que dicha decisión resultaba proporcional a los elementos materiales probatorios adosados en la etapa preliminar, necesaria para garantizar la seguridad de la comunidad, evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia y su eventual comparecencia a cada una de las instancias procesales, adecuada para la situación jurídica del procesado y racional a la conducta imputada.

La parte demandante y la Rama Judicial en esta oportunidad guardaron silencio.

⁹ Folios 3636 -3641 del cuaderno de apelación

- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Guardó silencio dentro de la oportunidad procesal.

- ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante auto de fecha 31 de enero de 2020, el Tribunal Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina admitió el recurso de apelación¹⁰ y ordenó correr traslado a las partes para alegar y al Ministerio Público para que emitiera concepto.¹¹ Dentro del término legal, Fiscalía General de la Nación presentó sus alegatos finales.

El Ministerio Público guardó silencio.

III. CONSIDERACIONES

Previa la decisión que corresponde, procede la Sala a examinar los presupuestos de la acción:

- COMPETENCIA

Esta corporación es competente para resolver el recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia por los jueces administrativos, de conformidad con lo establecido en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.¹²

En este orden, corresponde a la Sala, decidir el recurso de apelación interpuesto por las partes, contra la sentencia proferida el 22 de octubre de 2019, por el Juzgado Único Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina por medio de la cual se halló patrimonialmente responsable a las demandadas con

¹⁰ Folio 3621 del cuaderno de apelación

¹¹ Folios 3634 y 3635 del cuaderno de apelaciones

¹² **Artículo 153. Competencia de los tribunales administrativos en segunda instancia** Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda.https://leyes.co/codigo_de_procedimiento_administrativo_y_de_lo_contencioso_administrativo/153.htm

ocasión de la privación injusta de la libertad del Sr. Oscar Luis Gómez Pedrozo, transcurrida entre el 13 de septiembre de 2011 al 19 de marzo de 2015.

- CADUCIDAD DE LA ACCIÓN.

El término de caducidad de la acción de reparación directa es de dos (2) años contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa, conforme lo señala el numeral 8º del artículo 136 del C.C.A. No obstante, tratándose de acciones de reparación directa por privación injusta de la libertad, la jurisprudencia reiterada 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: 1) la ejecutoria de la providencia que precluyó la investigación, 2) de la sentencia absolutoria o 3) desde el momento en que quedó en libertad el procesado, lo último que ocurra, en el momento a partir del cual, se configura el carácter injusto de la limitación del derecho a la libertad¹³.

La parte actora pretende la indemnización de los perjuicios causados con la supuesta privación injusta de la libertad a la que fue sometido el señor Oscar Luis Gómez Pedrozo, por tal razón, el presupuesto de oportunidad en el ejercicio del derecho de acción se analizará a partir de la regla expuesta.

Mediante sentencia No. P-066 de 19 de junio de 2018, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, Boyacá, Sala de Decisión Penal confirmó la providencia de día 22 de abril de 2015,¹⁴ mediante la cual el Juez Penal del Circuito Especializado de Tunja, Boyacá, absolvió al señor Oscar Luis Gómez Pedrozo, por el delito de concierto para delinquir, con circunstancias de agravación punitiva, la cual quedó en firme el mismo día¹⁵. Así las cosas, el término para demandar inició desde el 20 de junio de 2018 - *día siguiente a la ejecutoria de la sentencia que confirmó la absolución del acusado* - hasta el 20 de junio del 2020. Como la demanda se presentó el 29 de octubre de 2018, resulta evidente su oportunidad.

¹³ Al respecto consultar la sentencia del 22 de junio de 2017, expediente 44784, Magistrado Ponente: Dr. Hernán Andrade Rincón, sentencia del 24 de mayo de 2017, expediente 42979, Magistrado Ponente: Dr. Hernán Andrade Rincón, sentencia del 10 de noviembre de 2017, expediente 47874, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera, sentencia del 28 de septiembre de 2017, expediente 52.897 y sentencia del 10 de noviembre de 2017, expediente 47.294, entre muchas otras providencias.

¹⁴ Fls.2396 cdno.ppal. No.5, 2521 a 2528 a 2448 cdno.No.6, 3224 a 3226 cdno.ppal.No.7, 3000 a 3104 cdno.N08

¹⁵ Folios 2.775 al 2.898 del cuaderno principal No. 6.

Por lo anteriormente expuesto, en el presente asunto el fenómeno de la caducidad no operó.

Adicionalmente, aunque en nada interfiere para el cómputo de este término, resulta del caso indicar que se agotó el requisito de conciliación extrajudicial, según obra en la constancia de no conciliación expedida el 26 de octubre de 2018 por la Procuraduría¹⁶, impuesto por la Ley 1285 de 2009, que ya se encontraba vigente.

- LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA

La legitimación en la causa tiene dos dimensiones, la de hecho y la legitimación material. La primera surge de la formulación de los hechos y de las pretensiones de la demanda, de modo que quien presenta el escrito inicial se encuentra legitimado por activa, mientras que el sujeto a quien se le imputa el daño se encuentra legitimado en la causa por pasiva. A su vez, la legitimación material es condición necesaria para, según corresponda, obtener decisión favorable a las pretensiones y/o a las excepciones, punto que se define al momento de estudiar el fondo del asunto, con fundamento en el material probatorio debidamente incorporado a la actuación.

Así, en relación con el extremo pasivo, la legitimación en la causa de hecho se vislumbra a partir de la imputación que la demandante hace al extremo demandado, mientras que la legitimación material únicamente puede verificarse como consecuencia del estudio probatorio, dirigido a establecer si se configuró la responsabilidad endilgada desde el libelo inicial.

Legitimación en la causa de los demandantes

El señor Oscar Luis Gómez Pedrozo, quien actúa en nombre propio y en representación de la menor Ginashly Gómez Myles, la señora Lumy Leonor Pedrozo Cañas quien actúa en nombre propio y en nombre del menor Miguel Ángel Pedrozo, y los señores Enrique Miguel Cortecero Pedrozo y Sara Paternina Ramírez, a través de apoderado judicial, comparecieron a este proceso como demandantes, de modo que se encuentra acreditada su legitimación de hecho en la causa.

¹⁶ Folios 3431 a 3435 del Cuaderno No.07.

Legitimación en la causa de las demandadas

Los demandantes formularon las imputaciones contra la Nación- Fiscalía General de la Nación y Rama Judicial- Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, de modo que se encuentran legitimados de hecho en la causa por pasiva, pues a ellos se les imputa el daño que los actores alegaron haber sufrido.

En relación con la legitimación material, precisa la Sala que esta, por determinar el sentido del fallo *-denegatorio o condenatorio-*, no se analizará *ab initio*, sino cuando se estudie el fondo del asunto y resulte posible establecer si existió o no una participación efectiva de las demandadas en la causación del daño que se alega.

- PROBLEMA JURÍDICO

Partiendo de los argumentos propuestos en los recursos de apelación elevados por la Fiscalía General de la Nación y la Nación - Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, le corresponde a esta Corporación determinar si la detención preventiva del señor Oscar Luis Gómez Pedrozo, por la presunta comisión del punible de "*concierto para delinquir agravado*", era necesaria, proporcional, adecuada y razonable, de conformidad con las pruebas e información obtenida legalmente por la Fiscalía y si se ajustó al principio de legalidad salvaguardando los derechos de la comunidad.

De otro lado, y en el caso en que se ratifique la responsabilidad de las demandadas por los hechos objeto de demanda, el Tribunal abordará el estudio de uno de extremos de la litis que no fueron materia de pronunciamiento por parte del A quo, consistente la procedencia del reconocimiento de perjuicios en favor de Lumy Leonor Pedrozo Cañas, Miguel Ángel Pedrozo, Enrique Miguel Cortecero Pedrozo y Sara Paternina Ramírez.

Para desarrollar el problema jurídico planteado, la Sala analizará (i) los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado, (ii) pasando por las particularidades del régimen de privación injusta de la libertad y, (iii) finalmente, estudiará el caso concreto.

- TESIS

La Sala confirmará la sentencia de primera instancia habida consideración que en el asunto bajo estudio se dieron los elementos constitutivos de la responsabilidad extracontractual del Estado por la privación injusta de la libertad al no encontrarse acreditado el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo que fundamentaran la restricción del derecho de libertad del señor Oscar Luis Gómez Pedrozo.

No obstante lo anterior, la Sala desde este momento hace explícito que la tesis sobre el manejo de pruebas de referencia sostenida en la sentencia proferida en el proceso con radicado No. 88-001-33-33-001-2018-00150-01 ya ha sido rectificada. Esta rectificación de la postura se explica y justifica en tanto que el manejo que se dio a las pruebas de referencia inicialmente fue excesivamente restrictivo, por una parte, y por la otra, es evidente que la Sala tuvo en cuenta lo concluido sobre ellas por parte del Juez de conocimiento - Juez Penal del Circuito Especializado de Tunja – al dictar sentencia, cuando lo pertinente para determinar la proporcionalidad, razonabilidad y legalidad de la medida de aseguramiento es centrar la atención en el momento de la definición de si procede o no la privación de la libertad y el estándar probatorio que se debe tener en cuenta en ese momento procesal específico. La Sala desarrollará y sustentará las razones que justifican este cambio de postura que ya ha venido aplicándose de manera consistente en varios procesos tramitados ante esta Corporación.

- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Régimen de responsabilidad extracontractual del Estado

El artículo 90 de la Constitución contiene la cláusula general de responsabilidad extracontractual, la cual tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado y la imputación del mismo a la administración pública por la acción o por la omisión de un deber normativo.

Ahora bien, a pesar de que el artículo 90 de la Constitución establece que el Estado *"responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables"*, no existe en la legislación definición alguna del daño antijurídico. No obstante, la jurisprudencia nacional ha definido tal concepto como *"la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de*

soportar, que no está justificado por la ley o el derecho"¹⁷, en otros términos, aquel que se produce a pesar de que *"el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de causales de justificación."*¹⁸

Así mismo, debe quedar claro que es un concepto que pese a ser constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala un "Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos".¹⁹ Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable,²⁰ anormal y que se trate de una situación jurídicamente protegida"

En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico y b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio -simple, presunta y probada-; daño especial -desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional. En los anteriores términos, la responsabilidad extracontractual del Estado se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y la imputación desde el ámbito fáctico y jurídico. Conforme al anterior esquema, se analizará el caso a resolver.

La responsabilidad del Estado en la actividad de administrar justicia.

La Jurisprudencia ha distinguido como títulos jurídicos de imputación de responsabilidad patrimonial del Estado administrador de justicia tres supuestos a saber: (i) el error jurisdiccional, (ii) el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y (iii) la privación injusta de la libertad. En el presente caso sólo se hará alusión a la privación injusta de la libertad, puesto que de conformidad con los

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 2 de marzo de 2000. C.P. Mará Elena Giraldo Gómez. Exp. 11945, entre otras. Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Aclaración de voto de Enrique Gil Botero de 30 de julio de 2008. Exp. 15726.

¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias de 11 de noviembre de 1999. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 11499 y del 27 de enero de 2000. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 10867, entre otras. Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera

¹⁹ Consejo de Estado, Sentencia de 9 de febrero de 1995. Exp.9550.

²⁰ Sentencia de 19 de mayo de 2005. Rad. 2001-01541 AG

hechos expuestos en la demanda los mismos podrían dar lugar a la configuración de este título de imputación de responsabilidad.

De conformidad con el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado está obligado a responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que sean ocasionados por las acciones u omisiones de todas las autoridades públicas-cláusula general de responsabilidad, surgiendo así para quien se considere afectado ya sea por una acción u omisión de la administración y busque su resarcimiento la obligación de demostrar la antijuridicidad del daño alegado; y una vez demostrado este, se procederá al estudio de su imputación o no al Estado.

En este orden, en los casos de privación injusta de la libertad en virtud de una decisión judicial, en los cuales se constate la ocurrencia de un daño antijurídico, surgirá el deber por parte del Estado de responder patrimonialmente, ello de conformidad con la norma constitucional antes transcrita.

De la responsabilidad por privación injusta de la libertad

El título de imputación de privación injusta de la libertad, se encuentra consagrado en el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, Ley Estatutaria de Administración de Justicia, que dispone lo siguiente:

ARTÍCULO 68. PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios.

Mediante la sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996, la Corte Constitucional, efectuó el análisis, entre otros, del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, en relación con los presupuestos para la privación injusta de la libertad y señaló la necesidad de examinar la actuación que dio lugar a la medida restrictiva de este derecho fundamental. Igualmente señaló que no resultaba viable la reparación automática de perjuicios a favor de personas involucradas en procesos penales en los que se afectaron sus derechos a la libertad.

Por su parte, el Consejo de Estado respecto a la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad ha tenido varias líneas jurisprudenciales. Una primera, parte del entendido de que la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad de las personas se fundamenta en el **error judicial**, que se produce como

SIGCMA

consecuencia de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, previa valoración, seria y razonada, de las distintas circunstancias del caso. En ese sentido, la responsabilidad del Estado subyace como consecuencia de un error ostensible del juez, que causa perjuicios a sus coasociados. Posteriormente indica, que la investigación de un delito, cuando medien indicios serios contra una persona sindicada de haberlo cometido, es una carga que todas las personas deben soportar por igual, de manera que la absolución final no es indicativa de que hubo algo indebido en la detención.

Una segunda línea señala, que en los tres eventos previstos en el artículo 414 del C.P.P.-*absolución cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible-*, la responsabilidad es **objetiva**, por lo cual consideró que en tales eventos, la ley presume que se presenta una privación injusta de la libertad y que, en aquellos casos no subsumibles en tales hipótesis normativas, se debe exigir al demandante acreditar el error jurisdiccional derivado no sólo del carácter injusto sino injustificado de la detención.

La tercera línea jurisprudencial, señala que el **criterio absoluto** conforme al cual la privación de la libertad es una carga que todas las personas deben soportar por igual, implica imponer a los ciudadanos una carga desproporcionada, y asimismo, amplía en casos concretos el espectro de responsabilidad por privación injusta de la libertad, fuera de los tres supuestos del artículo 414 del C.P.P., a los eventos en que el sindicado sea exonerado de responsabilidad en aplicación del principio universal del *in dubio pro reo*.

Finalmente, en reciente pronunciamiento del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera, la Sección Tercera mediante sentencia de fecha 15 de agosto de 2018, modificó su jurisprudencia en relación con los casos en que la litis gravita en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños irrogados con ocasión de la privación de la libertad de una persona a la que, posteriormente, se le revoca esa medida, sea cual fuere la causa de ello, y **unificó** criterios en el sentido de que, en lo sucesivo, en esos casos, el juez deberá verificar:

- 1) Si el daño (privación de la libertad) fue antijurídico o no, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política;
- 2) Si quien fue privado de la libertad actuó con culpa grave o dolo, desde el punto de vista meramente civil -análisis que hará, incluso de oficio-, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de

la medida de aseguramiento de detención preventiva (artículos 70 de la ley 270 de 1996 y 63 del Código Civil) y,

3) Cuál es la autoridad llamada a reparar el daño.

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

Adicionalmente, deberá el juez verificar, imprescindiblemente, incluso de oficio, si quien fue privado de la libertad actuó, visto exclusivamente bajo la óptica del derecho civil, con culpa grave o dolo, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva.

Si el juez no halla en el proceso ningún elemento que le indique que quien demanda incurrió en esa clase de culpa o dolo, debe establecer cuál es la autoridad u organismo del Estado llamado a reparar el daño.

El funcionario judicial, en preponderancia de un juicio libre y autónomo y en virtud del principio *iura novit curia*, puede encausar el análisis del asunto bajo las premisas del título de imputación que considere pertinente, de acuerdo con el caso concreto y deberá manifestar de forma razonada los fundamentos que le sirven de base para ello”²¹.

De conformidad con la sentencia citada, se puede concluir que para que proceda la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad además de acreditarse **(i)** que se impuso una medida privativa de la libertad en el trámite de un proceso judicial, **(ii)** que dicho proceso culminó con decisión favorable a su inocencia y **(iii)** el daño ocasionado, del cual es menester analizar su antijuridicidad. Para ello se debe revisar si la conducta del procesado dio lugar a la apertura del respectivo proceso penal, es decir, analizar bajo la perspectiva estrictamente civil si la persona incurrió, en culpa grave o dolo.

Empero, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B” en su decisión mas reciente, dejó sin efectos la sentencia de unificación el quince (15) de noviembre de dos mil diecinueve (2019), considerando, entre otros aspectos, que el estudio de la culpa, no puede constituir

²¹ Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018 Rad. No. 66001-23-31-000-2010-00235 01 (46.947)

la violación del principio de inocencia de la víctima, al realizarse un juicio de culpabilidad a partir de la conducta preprocesal del demandante, estableciendo a su vez los criterios para determinar este elemento en el estudio de la responsabilidad extracontractual del Estado.

De la imputación de responsabilidad por privación injusta de la libertad- Eximente de responsabilidad.

Así las cosas, en la actualidad, en tratándose de la responsabilidad del Estado en los casos en que una persona es privada de la libertad, el daño ha de ser examinado bajo la óptica de la Ley 270 de 1996, que dispone:

“ARTÍCULO 65. DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales.

“En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad. (...)

“ARTÍCULO 68. PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios”.

La Corte Constitucional, mediante la sentencia C-037 de 2006²², analizó la constitucionalidad, entre otros, del artículo 68 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia y señaló que en los casos de privación injusta de la libertad se debe examinar la actuación que dio lugar a la medida restrictiva de este derecho fundamental, pues, en su criterio, no resulta viable la reparación automática de los perjuicios en dichos eventos. Sobre el particular, consideró:

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

²² M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

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

De conformidad con el criterio expuesto por la Corte Constitucional, el carácter injusto de la privación de la libertad debe analizarse a la luz de los criterios de **razonabilidad, proporcionalidad y legalidad** de la medida de aseguramiento, de ahí que se deba determinar en cada caso si existía o no mérito para proferir decisión en tal sentido. Adicionalmente, la Corte Constitucional, en la sentencia SU-072 de 2018²³, señaló que ningún cuerpo normativo -a saber, ni el artículo 90 de la Constitución Política, ni el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, ni la sentencia C-037 de 1996- establecía un régimen de responsabilidad específico aplicable en los eventos de privación de la libertad, entonces, el juez será el que, en cada caso, deberá realizar un análisis para determinar si la privación de la libertad fue apropiada, razonable y/o proporcionada.

En ese sentido, la Corte Constitucional indicó:

“Esta Corporación comparte la idea de que en dos de los casos deducidos por el Consejo de Estado –el hecho no existió o la conducta era objetivamente atípica- es posible predicar que la decisión de privar al investigado de su libertad resulta irrazonable y desproporcionada, luego, para esos eventos es factible aplicar un título de atribución de carácter objetivo en el entendido de que el daño antijurídico se demuestra sin mayores esfuerzos.

“(…)

*“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”.***

“(…)

*“Es necesario reiterar que la única interpretación posible –en perspectiva judicial-- del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 es que el mismo **no establece un único título de atribución** y que, en todo caso, le exige al juez contencioso administrativo definir si la decisión que privó de la libertad a un ciudadano se apartó de los criterios que gobiernan la imposición de medidas preventivas, sin que ello implique la exigencia ineludible y para todos los casos de valoraciones del dolo o la culpa del funcionario que expidió la providencia, pues, será en aplicación del principio *iura novit curia*, aceptado por la propia jurisprudencia del Consejo de Estado, que se establezca cuál será el régimen que ilumine el proceso y, por ende, el deber demostrativo que le asiste al demandante” (se destaca). ²⁴(Negrilla del texto original)*

²³ Corte Constitucional, sentencia SU 072 del 5 de julio de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

²⁴ Tomado de Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejera ponente: Marta Nubia Velásquez Rico (E) Bogotá, D.C., cinco (5) de marzo de dos mil veinte (2020). Radicación número: 76001-23-31-000-2009-00962-01(50099)

Así las cosas, el hecho de que una persona resulte privada de la libertad dentro de un proceso penal que termina con sentencia absolutoria, no resulta suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial al Estado, toda vez que se debe determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable a la administración.

En relación con la *culpa de la víctima*,²⁵ elemento común en el desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado, que impone analizar la conducta de la víctima, bajo los conceptos de dolo y culpa civil, incorporados por el legislador en el artículo 70 de la Ley 270 del 7 de marzo de 1996 y erigido como deber legal del juez de la causa de analizar de oficio los eximentes de responsabilidad del Estado. Tal como se desarrolla en el fallo de tutela del quince (15) de noviembre de dos mil diecinueve (2019) con Rad. No.11001-03-15-000-2019-00169-01(AC), con ponencia de Martín Bermúdez Muñoz, existen dos líneas jurisprudenciales a saber: una, que estima que esta causal de exoneración solo se configura cuando una conducta de la víctima posterior a los hechos y vinculada fundamentalmente a la marcha del proceso penal puede considerarse como la causa de la detención; otra, que considera que ella se configura cuando el sindicado se comportó como sospechoso del delito que se le imputó para detenerlo, incluyendo dentro de ella conductas *preprocesales* del sindicado. No obstante, siguiendo los postulados la Subsección B del Consejo de Estado, desde el fallo proferido el 4 de junio de 2019, con ponencia del magistrado Alberto Montaña Plata, en el cual se adoptó una metodología uniforme para resolver este tipo de asuntos, se debe aplicar el primer criterio de orientación.

Sobre este particular, el fallo indica que el Consejo de Estado, ha venido sosteniendo:

“Por último, debe establecerse si existió dolo o culpa grave de la víctima, pero advirtiendo que este elemento ha de estudiarse como una circunstancia apropiada para romper la relación de causalidad, y es sobre este aspecto de la responsabilidad que debe versar su análisis; con lo cual es claro que solo si se demuestra que –en el curso del proceso– una conducta de la víctima fue la que determinó su detención, puede darse por probada esta causal de exoneración de responsabilidad.

²⁵ El artículo 70 de la Ley 270 de 1996 dispone lo siguiente sobre la culpa exclusiva de la víctima como causal de exoneración de responsabilidad: ARTÍCULO 70. CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA. El daño se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley. En estos eventos se exonerará de responsabilidad al Estado.

En otros términos, es necesario estudiar el dolo o la culpa grave de la víctima como un elemento fáctico vinculado a la relación de causalidad. Si, con base en el estudio de la actitud procesal del sindicado se acredita que no existió, este elemento se deshecha. Al no estar probado que el HECHO de la víctima fue causa del daño, este estudio es suficiente para descartar esta forma de exoneración de la entidad estatal.²⁶

Lo anterior, por cuanto el juicio de conducta sospechosa preprocesal sale de la esfera de la culpa civil para entrar en el estudio de la culpabilidad penal, la cual se entiende agotada por el proceso ordinario, o bien por la absolución del procesado o por la preclusión de la investigación. Así lo explica la Subsección B en el fallo:

“La valoración de la conducta preprocesal es competencia exclusiva del juez penal. Si el juez de la responsabilidad estatal concluye que la detención de la demandante fue generada por su propia conducta, no sólo invade competencias de otras jurisdicciones, sino que desconoce la decisión penal absolutoria porque implica considerar, de acuerdo con una de las líneas jurisprudenciales antes expuestas, que al desplegar su conducta obró como sospechosa de estar cometiendo un delito “y determinó que la Fiscalía abriera la investigación y ordenara su detención. A tal conclusión sólo puede llegarse desconociendo la decisión penal que la declaró inocente, porque, conforme con ella, los hechos no constituían delito de acuerdo con la ley vigente en el momento en que ocurrieron.”²⁷

- CASO CONCRETO

De la privación de la libertad de Oscar Luis Gómez Pedrozo

Al descender al sub examine, encuentra la Sala que el A quo accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda declarando administrativa y extracontractualmente responsable a la Nación- Rama Judicial- Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y a la Fiscalía General de la Nación, al considerar cumplidos los presupuestos exigidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado en torno a la privación injusta de la libertad del señor Oscar Luis Gómez Pedrozo entre el 13 de septiembre de 2011 al 19 de marzo de 2015, como consecuencia de la medida impuesta por el Juez Penal Municipal con Funciones de Control y Garantías Ambulante BACRIM de Barranquilla, siendo que el Juzgado de conocimiento lo absolvió del cargo de concierto para delinquir que le fue endilgado y dicha decisión

²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de veinticuatro (24) de octubre de dos mil diecinueve (2019), (54167).

²⁷ Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Consejero ponente: Martín Bermúdez Muñoz. Bogotá, D.C., quince (15) de noviembre de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 11001-03-15-000-2019-00169-01(AC)

se confirmó por el Ad quem al existir duda a su favor con respecto a la ocurrencia de los hechos.

Por su parte, la Nación - Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, interpuso recurso de apelación solicitando que se revoque la decisión de primera instancia y en su lugar, se nieguen las pretensiones de la demanda. Sostiene que las decisiones de los agentes judiciales que intervinieron en el proceso penal en el que resultó privado de la libertad el señor Gómez Pedrozo, fueron emitidas legalmente, y la medida de aseguramiento dictada en su contra se fundamentó en los elementos probatorios e información obtenida y exhibida en su oportunidad por la Fiscalía General de la Nación, razón por la cual considera que no existe nexo de causalidad entre el daño antijurídico alegado y la actuación de la Administración de Justicia.

En el mismo sentido se pronunció la Fiscalía General de la Nación solicitando la revocatoria de la decisión judicial y el despacho desfavorable de las pretensiones de la demanda, destacando el papel preponderante del Juez de control de garantías en el ejercicio de imposición de la medida de aseguramiento, el cual debe resultar exculpatario de la responsabilidad endilgada al órgano de pretensión punitiva del Estado.

De otro lado, la parte demandante impetró el recurso de apelación, solicitando la modificación parcial de la sentencia de primera instancia, en el sentido, de proceder al reconocimiento de perjuicios morales a favor de la totalidad de los demandantes al acreditarse en debida forma su parentesco en el *sub lite*.

Así, entonces, con base en la tesis planteada por los recurrentes procederá la Sala a dar respuesta al problema jurídico formulado, partiendo de los hechos probados dentro del plenario en confrontación con el marco jurídico que gobierna el tema de la privación injusta de la libertad, y el precedente vigente del órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Análisis probatorio y hechos probados

En el presente asunto, se acreditó que al señor Oscar Luis Gómez Pedrozo, identificado con cédula de ciudadanía No. 18.011.691 expedida en San Andrés, nacido el 23 de febrero de 1985, hijo de Lumy Leonor Pedrozo Cañas y Dilson

Gómez, apodado “*el mello del cocal*” o “*carita de mujer*”²⁸ fue vinculado a un proceso penal como coautor el delito de concierto para delinquir con circunstancias de agravación punitiva, actuación de la que se destacan los siguientes hechos probados:

1. El día 13 de septiembre de 2011 se realizó la captura en la Isla de San Andrés del señor Oscar Luis Gómez Pedrozo, por orden de captura emitida por autoridad judicial.
2. El día 13 de septiembre de 2011, ante el Juez Penal Municipal con Funciones de Control y Garantías Ambulante BACRIM de Barranquilla, se realizó la legalización de la captura del señor Gómez Pedrozo, del allanamiento a la morada del capturado y del material incautado en la captura.
El señor Oscar Luis Gómez Pedrozo, no se allanó a los cargos presentados por la Fiscalía. La captura fue legalizada.
3. El día 14 de septiembre de 2011 se continuó con la diligencia, instalando la audiencia de formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento. En desarrollo de la diligencia ante el Juez de Control de Garantía, respecto al señor Oscar Luis Gómez Pedrozo alias “*mello*” o “*carita de mujer*”, la Fiscal 11 Especializada ante la Unidad Nacional contra bandas emergentes, lo señaló de pertenecer a la organización criminal denominada “*los rastros*”, en la cual se desempeñaba como “*sicario extorsionista*”²⁹ en los siguientes términos:

“Oscar Luis Gómez Pedrozo (...) conocido como “mello” o “carita de mujer” Lo tenemos dentro del organigrama como sicario o extorsionista que presuntamente trabaja para el grupo de los rastros, eso nos lo han dicho en las diferentes entrevistas con que cuenta esta fiscalía entre ellas la de Fayladis Gviria Ramos con fecha 15 de agosto de 2011, donde nos señala su labor y que directamente trabaja con Madison e intervino inclusive en la muerte del señor Sherwin quien vemos, conocemos o se sabe públicamente que es del grupo “los paisas”. Igualmente contamos con la declaración de Darin José Aguilar Valderrama de fecha 04 de agosto de 2011, quien exactamente lo señala a usted como un presunto miembro del grupo los rastros y nos lo indica de la siguiente forma: “el es moreno, tiene frenillos lleva los tanques de la gasolina para tanquear las lanchas, pide extorsiones para financiar y sostener el grupo”. Igualmente contamos con la entrevista de Ubaldo González Martínez de fecha primero de septiembre de 2011, donde también nos lo señala a usted como un miembro activo del grupo, inclusive, también se atreve a manifestarnos que

²⁸ Ver folio 485 del cuaderno principal del expediente # 1

²⁹ Minuto 23:00 al 29:00 del CD contentivo del acta de formulación de imputación 13 y 14 del septiembre de 2011.

usted participó en la muerte Sherwin, cuando lo mataron en el campito, en el secuestro de chuzo.”

Así mismo señaló la Fiscalía:

26:30 minutos

“Usted fue reconocido fotográficamente por la señora Fayladis Gaviria Ramos y por el señor Ubaldo González Martínez, esas entrevistas señor Oscar Luis Gómez Pedrozo y los elementos y evidencia probatoria y esos reconocimientos fotográficos, son los que me llevaron a mí a solicitar su captura, legalización de captura e imputarle el delito de concierto para delinquir por ser un presunto miembro del grupo a título de coautor, delito que se da por el solo hecho de concertarse, que no es de resultado que es un delito permanente, y también voy a imputarle el contenido del inciso segundo del artículo 340 del CP, por cuanto el grupo de “los rastros” se dedica a cometer delitos como desaparición forzada, esa pena para el señor Oscar Luis Gómez Pedrozo sería de 8 a 18 años de prisión con multa de 2.700 a 30.000 SMMLV. (...)”

Realizado este acto de comunicación de la imputación de cargos, la Fiscal delegada, solicitó la imposición de medida de aseguramiento intramural respecto de la colectividad de los imputados, iniciado con un relato pormenorizado de los elementos materiales probatorios que le permitían inferir razonadamente la posibilidad de autoría de los mismos y las razones por las cuales se hacía necesaria la imposición de dicha medida:

26:25 audio 002 14 de septiembre de 2011

“En cuanto a Oscar Luis Gómez Pedrozo también esta funcionaria cuenta con los elementos, evidencia física y medio de prueba que demuestran que el señor Oscar Luis Gómez Pedrozo puede ser autor o partícipe del delito que se le imputó, es decir, concierto para delinquir por cuanto se cuenta con tres entrevistas Fayladis Gaviria Ramos, Ubaldo González Martínez y Darin José Aguilar Valderrama (...) donde los tres manifestaron que es el sicario, es el encargado de hacer extorsiones, de realizar las extorsiones para financiar o sostener el grupo criminal “los rastros.”

La fiscal motivó la imposición de medida de aseguramiento señalando en términos generales:

Minuto 32:00 audio 2:

“El grupo los rastros no solo viene cometiendo una serie de delitos en el Departamento de San Andrés, sino que viene proliferando en otras partes del país en la Costa Norte y el Pacífico, banda criminal que está haciéndole mucho daño al país y causando zozobra a la comunidad, donde el terror está sembrado tanto en las áreas rurales como en las urbanas a causa de estas bandas criminales. Es decir, vemos cómo, de alguna forma vienen violentando bienes

SIGCMA

jurídicos tutelados por el legislador, y son la gama de esos delitos que desde un principio señalé como lo son, los delitos contra la vida, la seguridad del estado, la salud pública, delitos de terrorismo, contra la salud y la libertad, bienes que tanto el bloque constitucional como los derechos humanos, todas las entidades de derechos humanos (...) viene amparando año a año, además de la zozobra, la tristeza que causa esa inquietud que le causa a todo el mundo esas bandas. La actividad que ejercen esas bandas criminales, pues vemos que esa actividad resulta peligrosa para la comunidad.”

46:09 minutos:

“Igualmente, podemos inferir razonablemente de acuerdo con los elementos y evidencia probatoria que se podría continuar con la actividad delictiva o podría seguir vinculado a la organización criminal de acuerdo con el numeral primero del artículo 310. Igualmente, el numeral octavo del artículo 310 que nos habla “Cuando hagan parte o pertenezcan a un grupo de delincuencia organizada. Igualmente, el artículo 312, pues esta funcionaria no tendría certeza de que el imputado ante una eventual condena comparecería ante la justicia para cumplirla, por lo alto de la pena que se le impondría. (...) En cuanto a la prueba de proporcionalidad teniendo en cuenta los daños ocasionados por el grupo de “los rastrojos” y los derechos de la comunidad a que se haga justicia, ese test de proporcionalidad es el que nos indica que se cumple con los fines de la imposición de la medida tal como lo señala la Corte Constitucional en sus diferentes jurisprudencias lo que nos lleva a determinar que se cumple subjetivamente con los requisitos y objetivamente también los estamos cumpliendo de acuerdo con el artículo 313 pues este delito de concierto para delinquir es de competencia de los jueces penales del circuito especializado, son delitos investigables de oficio y el mínimo de la pena supera los ocho años, cumpliéndose así los presupuestos para la imposición de medida de aseguramiento en centro de reclusión penitenciario y carcelario, con una petición especial, y es que sea en la cárcel de Cómbita, Boyacá, muchas gracias señor Juez.”

Expuestos los motivos de la Fiscalía Delegada, se corrió traslado a las partes para que se pronunciaran sobre lo manifestado por el ente acusador, oportunidad que aprovechó el defensor de oficio del demandante para oponerse a dicha solicitud alegando:

1:35:56 minuto

“Martin Olivero, defensor público, solicito su señoría que se abstenga de imponer la medida, pero si los argumentos que voy a exponer a continuación no son suficientes para que usted se abstenga de imponer la medida yo subsidiariamente le voy a solicitar que considere la posibilidad del numeral segundo, esto es la detención preventiva en el lugar de residencia señalada por el imputado por las siguientes razones: esta investigación está cimentada con base en una investigación preliminar adelantada, (...) la columna vertebral de

SIGCMA

este proceso está soportada en la declaración de la señora Fayladis Gaviria Ramos, su señoría no hay ni una sola afirmación que permita a este defensor creer que hay una declaración por hechos que le constan o presenciales a esa persona. Está haciendo afirmaciones o comentarios que no se ajustan a el conocimiento de los hechos por vivencia o por el conocimiento mismos. Es cierto que esa imposición de medida de aseguramiento debe estar basada en una inferencia razonada pero esa inferencia debe estar soportada en hechos que se ajusten a la realidad. Esta inferencia o estas declaraciones, en el tiempo que usted me dio, me tomé el tiempo de analizar estas declaraciones de esta testigo estrella que me hacen pensar para mí que es lo más parecido a la tira cómica de las antenitas de vinil que tiene conocimiento de todo y le consta todo, si eso es así la fiscalía tiene un gran logro, tiene una persona que puede llevar de un sitio a otro, para que le ayude a desenmascarar todas las bandas delincuenciales del país porque no hay otra razón para que esa señora tenga tanto conocimiento de tantas cosas y con esas cosas se venga a pedir medida de aseguramiento sobre unas personas que gozan de presunción de inocencia, el artículo séptimo no es un invento de este defensor (...) dice la testigo estrella el 29 de julio de 2011 “yo quiero realizar una ampliación de la entrevista rendida anteriormente” (en el sentido, de que no puede otorgársele credibilidad a la declaraciones de quien cada día suma argumentos nuevos a su entrevista) yo empecé mi intervención pronunciándome frente a los artículos que sustento la fiscalía, ¿será que con solo testimonios de referencia se puede realizar una inferencia razonada de la conducta?, cuando escuché de mis antecesores que esa señora como que tiene fijación y todo lo que le parece delito lo afirma desde que le mataron un pariente habla irresponsablemente con afirmaciones como la anteriormente esbozada (...).”

Vencido el traslado, la señora Juez de Control de Legalidad accedió a la solicitud de la Fiscalía, teniendo en cuenta la necesidad, proporcionalidad, adecuación y racionalidad de la conducta, de cuyas consideraciones se resaltan las siguientes:

2:50:00 minuto

“Pronuncia sobre la solicitud de medida de aseguramiento lo siguiente: la medida de aseguramiento, es conocida como una medida de detención preventiva, pero constitucionalmente así está establecida, tiene un carácter preventivo mas no sancionatorio, y por este medio se busca asegurar la comparecencia del presunto o de las presuntas personas vinculadas al proceso o cuando existan indicios graves de responsabilidad comparezca efectivamente al proceso y no escape a la aplicación de la justicia, por eso la ley atendiendo las políticas criminales y las reflexiones jurídicas que en torno a los jueces y a su competencia se exigen, al momento de hacer un juicio de justificación de las mismas, establezca para decretarla si se cumple alguno de los requisitos además de las circunstancias objetivas (...) acreditar la tipicidad objetiva de la conducta. Para el juez decretar esa medida de aseguramiento, cuenta con elementos materiales

SIGCMA

probatorios y evidencia física recogida y asegurada o con la información obtenida legalmente y que de ellos se pueda inferir razonadamente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga siempre que se reúna alguno de los requisitos, si bien es cierto que en este estadio procesal constituye una mera herramienta jurídica natural (...) tiene su soporte en la constitución. Es de señalar que esta limitación a la libertad no es caprichosa ni mucho menos se puede señalar que es arbitraria, pues constitucionalmente así está permitida como herramienta y que simplemente al decirse que es transitoria como cautelar que es, ella responde a un carácter preventivo y no sancionatorio, para que el funcionario judicial, dentro de los mismos términos que la ley le establece pueda adoptar una decisión sobre las personas vinculadas al proceso, no hay una violación al principio de la presunción de inocencia, por que como se dice, ella se mantiene incólume, no se viola el artículo 28 de la Carta, ni el principio de igualdad, igualmente no se está violentando el debido proceso ni ninguno de los derechos fundamentales, puesto que con ella, (...) está sometida a unos términos judiciales de los que el operador no puede apartarse, so pena de que se decrete la libertad.

Señaló que, analizadas las declaraciones recaudadas por la fiscalía, las mismas generaban suficiente credibilidad para establecer razonadamente que efectivamente, existe una organización criminal denominada “los rastrojos”, cuyos integrantes son algunos de los sujetos vinculados a este radicado. No hay que perder de vista, que la inferencia es una deducción lógica de esos elementos “inferir es una mera posibilidad de autoría” porque estos elementos de conocimiento serán sometidos a una etapa de contradicción, puede ser que la misma sea suficiente para la imputación pero que no lo sea para acusación y ello no significa que esa inferencia se diluya pues corresponde a etapas naturalmente diferentes.

Advierte que se debe estudiar en conjunto todas las declaraciones, que son tomadas de personas allegadas o parientes de las víctimas, quien más que ellas para señalar a las personas por su nombre o sus alias de las responsabilidades atribuidas si son quienes saben y conocen las situaciones de modo, tiempo y lugar en que mediaron los hechos que se ventilan. El hecho de que algunos de los sindicados se encuentren retenidos, no le resta importancia a su dicho, como para que en esta etapa del proceso esa inferencia razonada pueda ser desechada así, simple y olímpicamente por este despacho. Puede ocurrir que el declarante privado de la libertad, esté recibiendo un beneficio por parte del Estado con su declaración y ello no implica que lo declarado sea mentira. Existieron búsquedas selectivas en las bases de datos de los celulares, se identificó a los sujetos por sus alias, no es del tajo quitarles a todos estos elementos el valor que corresponde.

“Este despacho no puede desconocer que se dan las circunstancias para imponer la medida de aseguramiento solicitada.”

Del mismo modo, accedió a la solicitud especial realizada por la Fiscalía General de la Nación en el sentido de ordenar el cumplimiento de la medida de aseguramiento en la cárcel de máxima seguridad de Cóbbita (Boyacá). Ello atendiendo la situación

de riesgo que corrían los imputados al ser reclusos en alguno de los centros carcelarios de la región Caribe al estar reclusos en ellas miembros activos y presuntamente señalados como partícipes tanto de la misma banda de “los rastros” como de “los paisas” y las constantes pugnas presentadas al interior de estos lugares de reclusión. La decisión pese a ser impugnada por varios de los apoderados judiciales mediante la reposición quedó en firme, ordenándose a su vez el correspondiente traslado de los procesados.

4. El día 16 de enero de 2012 se recibió escrito de Formulación de Acusación presentado por la doctora Ketty Jurado Rueda, Fiscal 11 Especializada ante la Unidad Nacional contra bandas emergentes contra los presuntos miembros de la organización criminal, entre ellos el señor Oscar Luis Gómez Pedrozo.³⁰
5. El día 06 de marzo de 2012, se recepciona en el despacho de conocimiento escrito de solicitud de cambio de radicación y sus anexos, elevada por la Fiscal 11 Especializada ante la Unidad Nacional contra bandas emergentes motivado por los argumentos que a continuación se extraen:

“Dentro del proceso de investigación, es testigo de la fiscalía el señor Mario Javier Diaz Molina, persona esta que se encuentra privada de la libertad en el establecimiento Penitenciario de mediana seguridad y Centro carcelario de San Andrés, por el delito de concierto para delinquir agravado en concurso con extorsión Agravada, tal como se demuestra con la constancia respectiva.

Como es normal durante la audiencia de imputación se dio a conocer durante la audiencia de imputación, se dio a conocer la entrevista de DIAZ MOLINA, como la persona que los señalaba como miembros del grupo junto con las actividades que cada uno desempeñaba dentro del mismo; testigo que para la Fiscalía resulta valiosa su declaración y debido a lo anterior se ha solicitado al INPEC su protección dentro del Centro Carcelario, debido a que antes de ser detenido ya había sufrido una (1) amenaza y un (1) atentado contra su vida donde resultó lesionado y muerto su abuelo. A su vez la existencia de dos panfletos donde es señalado como objetivo de Grupos Criminales al margen de la ley. Tal como se demuestra con la historia clínica y el certificado de la fiscalía y los panfletos y que de acuerdo con el contexto supuestamente proviene del grupo Águilas Negras.

(...)

Aunado a lo anterior he recibido un oficio de la Gobernación de San Andrés de fecha 23 de febrero de 2012, suscrito por la doctora EMILIANA BERNARD STEPHENSON Gobernadora encargada, donde se me solicita que pida el cambio de radicación, por la siguiente razón: por la ausencia logística en la cárcel de San Andrés, para albergarlos involucrados en el proceso, así como el impacto que su presencia puede generar en la isla, habida cuenta de la presencia de sus aliados (anexo escrito).

Además, también doy a conocer el peligro eminente que existe si estas personas hacen presencia en la Isla de San Andrés, lugar de dominio de ellos, teniendo en cuenta que

³⁰ Ver folios 95 al 114 del cuaderno principal No.1

se han atrevido a amenazar con hacerle un atentado a uno de mis hijos y a mí a fin de quietarme y los deje trabajar, dando la orden alias el Demente persona esta que está detenido en la cárcel de alta Seguridad de Cómbita junto con los arriba señalados; y que según información es del Grupo "los Rastrojos" en la Costa norte, incluyendo San Andrés Isla. Esto según manuscrito que allega, como también otro donde hace" referencia a tres presuntos miembros del grupos de San Andrés como son el SEBASTIAN, VICTOR LEVER y PEPE; que al parecer se trata de JUAN SEBASTIAN GIRALDO GARCIA alias SEBAS quien se tiene como persona que organiza el envío de la droga VICTOR HUMANIO LEVER DUKE se conoce como TICO LEVER quien se tiene como Financista del grupo y JEFERSON PEREIRA HOOKER alias PEPE quien se tiene como la persona encargada de manejar la lancha rápida para sacar la droga hacia Centro América, de acuerdo con los elementos probatorios y evidencia física e información legalmente obtenida."

6. El 28 de marzo de 2012, la Sala, mediante auto se abstuvo de resolver la petición elevada y ordenó su remisión al Tribunal Superior de San Andrés.³¹
7. El día 19 de abril de 2012, el Tribunal Superior del distrito judicial del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina Islas, atendiendo a lo solicitado por la Fiscalía General de la Nación accedió a la solicitud de cambio de radicación del proceso. Señaló que las condiciones de seguridad que ofrece el centro carcelario insular no son las adecuadas para la presencia de los acusados durante el juicio y resaltó las enormes dificultades para la realización de audiencias. Destacó que, al parecer, en la isla hay presencia de miembros de grupos organizados al margen de la ley, los cuales pueden generar un riesgo para los testigos y demás partes dentro del proceso, por lo que consideró viable el cambio de radicación de acuerdo con la jurisprudencia emanada por la Corte Suprema de Justicia.³²
8. Se encuentra probado que dicha decisión fue impugnada por algunos de los procesados, siendo decidida mediante providencia del 06 de junio de 2012 por la Honorable Corte Suprema de Justicia ordenando el cambio de radicación del proceso que adelanta por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de San Andrés en contra del demandante y otros y remitiéndolo al Juzgado Penal del Circuito Especializado de Tunja, para los fines pertinentes.³³
9. La audiencia preparatoria se llevó a cabo el día 24 de mayo de 2013.³⁴

³¹ Folio 1158 del cuaderno principal No 3

³² Folios 39 al 47 del cuaderno principal No1

³³ Folios 1155 al 1166 del cuaderno principal No. 3

³⁴ Escuchar CD a folio 2071 y ver folios 2072 al 2080 del cuaderno principal No5

10. Los días 3, 4 de julio y 26 y 27 de noviembre de 2013, 10, 11 y 12 de marzo y 1, 2 y 3 de septiembre de 2014, 4, 26 a 28 de enero y 16 de marzo al 18 de marzo de 2015, se llevó a cabo ante el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Tunja audiencia de juicio oral. Antes de dar por concluida la audiencia, el presidente de la audiencia anunció el sentido del fallo en el sentido de absolver a los acusados de los cargos.³⁵
11. La lectura del fallo se dio el día 22 de abril de 2015. Se indicó en la sentencia que las pruebas presentadas por la Fiscalía no eran suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia que acompaña al procesado, por lo que profirió sentencia absolutoria.
12. Indicó que las declaraciones de Fayladis Gaviria Ramos y Ubaldo González Martínez al ser declaraciones indirectas, pues se concentran en narrar lo que a su vez escucharon o les compartió el procesado Gómez Pedrozo alias “mello”, su versión carece de valor probatorio, por tratarse de testimonios de “referencia”, calificación que convierte en inadmisibles su valoración.
13. Del mismo modo, consideró que la defensa con prueba testimonial del señor Francisco Rafael Marcos y el investigador Luis Carlos Muñoz, presentan al acusado como un habitante de San Andrés dedicado a armar estructuras metálicas como ayudante del señor Francisco, que habita en una casa con su compañera en condiciones económicas de pobreza.
14. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja Sala de Decisión Penal, en sentencia No. P-O66 de 3 de julio de 2018 confirmó lo decidido por el a-quo,³⁶ al considerar que la Fiscalía señaló al señor Oscar Luis Gómez Pedrozo de sicario de la organización sustentada en los testimonios de Fayladis Gaviria y Ubaldo González, con relación a los cuales el a quo i) descarta que el hecho que este acusado le hubiese dicho al testigo, cuando esta le preguntó por su hermano desaparecido, que él había averiguado y que lo habían matado “los Rastrojos”, no prueba que hiciera parte de ese grupo o que hubiese participado en su homicidio y ii) considera que los asertos de Ubaldo González son de referencia, por lo tanto, coincide en su inadmisibilidad, en cuanto a la supuesta participación del acusado en la muerte de Sherwin Linero y el atentado a alias Chuzo y estima que la

³⁵ Ver folios .2396 cdno.ppal.No.5, 2521 a 2528 a 2448 cdno.No.6, 3224 a 3226 cdno.ppal.No.7, 3000 a 3104 cdno.N08

³⁶ Folios 2775 a 2898 cdno.ppal.No.6

exhibición de un arma de fuego que le hiciera podría ser un indicio pero de modo alguno prueba suficiente del cargo.

15. La decisión quedó ejecutoriada al no plantearse contra la misma el recurso extraordinario de casación.
16. El 19 de marzo de 2015, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPECEPAMSCAS COMBITA-REGION CENTRAL, expidió certificado de libertad, por medio del cual se acredita que el sujeto Oscar Luis Gómez Pedrozo a quien se le concedió la salida por sentencia absolutoria, según boleta de libertad No. 014, expedida por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Tunja, estuvo privado de la libertad entre el 13/09/2011 al 19/03/2015.³⁷
17. Sin fecha de elaboración, se allega certificado laboral emitido por Francisco Rafael Márquez Martínez dando cuenta de la relación laboral que desde el 2005 al 2011, sostuvo con el demandante de quien afirma devengaba la suma de \$980.000 pesos como ayudante de construcción en estructuras metálicas.³⁸

En el caso *sub judice* le corresponde a esta Corporación determinar si se reúnen los presupuestos para la declaración de la responsabilidad extracontractual en cabeza de las entidades demandadas, es decir, establecer si está demostrado el daño antijurídico, y en caso afirmativo, si el mismo resulta fáctica y jurídicamente atribuible a las entidades demandadas.

Del daño

En lo concerniente al *daño* como primer elemento de la responsabilidad, se puede definir como la modificación o alteración negativa fáctica o material respecto de un derecho, bien o interés legítimo que es personal y cierto frente a la persona que lo reclama, y que desde el punto de vista formal es antijurídico, es decir, no está en la obligación de soportar porque la normativa no le impone esa carga³⁹.

Para que dicho daño sea resarcible, la jurisprudencia ha señalado tres supuestos a saber: **i)** debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo; **ii)** que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente, que no se limite a una mera conjetura, y que suponga una lesión a

³⁷ Folio 17 del cuaderno principal N.01

³⁸ Folios 16 del cuaderno principal N.01

³⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección B sentencia del 25 de abril de 2012, Rad. No. 05001-23-25-000-1994-02279 01(21861).

un derecho, bien o interés legítimo que se encuentre protegido por el ordenamiento jurídico, y **iii**) que sea personal, es decir, que sea padecido por quien lo solicita, en tanto se cuente con la legitimación en la causa para reclamar el interés que se debate en el proceso, bien a través de un derecho que le es propio o uno que le deviene por la vía hereditaria.⁴⁰

Conforme a las pruebas allegadas al plenario, se encuentra probado que el señor Oscar Luis Gómez Pedrozo fue capturado, sindicado e imputado por la comisión del punible que trata el artículo 340 del Código Penal, esto es, concierto para delinquir, con circunstancias de agravación punitiva; trámite procesal dentro del cual se dictó medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario el **día 14 de septiembre de 2011**, proferida por la señora Juez de Control de Garantías de la ciudad de Barranquilla. Dicha privación de la libertad se prolongó hasta el **día 19 de marzo de 2015**, de conformidad con el certificado expedido por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario Inpec-Epamscas Cómbita-Región Central.⁴¹

Igualmente, se encuentra acreditado que el día 22 de abril de 2015, el Juez Penal del Circuito Especializado de Tunja, Boyacá, una vez agotada la formulación de acusación, audiencia preparatoria y controvertidas las pruebas del caso en audiencia de juicio oral, absolvió de los cargos formulados al señor Gómez Pedrozo, por cuanto no existía certeza de su participación en los hechos delictivos. Esta decisión fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, Boyacá, Sala de decisión penal, mediante sentencia No. 066 del 19 junio de 2018.

Así las cosas, tal como se determinó en la instancia anterior, estima este Tribunal que se encuentra plenamente probado el primer elemento de la responsabilidad extracontractual del Estado, toda vez, que las piezas procesales analizadas no fueron controvertidas por las partes demandadas y otorgan plena validez respecto de la acreditación del daño causado, existiendo así certeza que el señor Oscar Luis Gómez Pedrozo, identificado con cedula No. 18.011691, efectivamente estuvo privado de la libertad entre el **13/09/2011 al 19/03/2015**.⁴²

No obstante, cabe resaltar que la concurrencia de los anteriores supuestos, no implican la antijuridicidad del daño alegado, como quiera que esta antijuridicidad

⁴⁰ Consejo de Estado Sala delo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección B sentencia del 25 de abril de 2012, Rad. No. 05001-23-25-000-1994-02279 01(21861).

⁴¹ Folio 17 del cuaderno principal No. 1

⁴² Folio 17 del cuaderno principal No. 1

deviene del análisis del carácter injusto de la privación de la libertad del señor Gómez Pedrozo, a través de los criterios de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad de la medida de aseguramiento. El anterior planteamiento permite precisar que la parte demandante no puede suponer que la absolución de responsabilidad penal del investigado constituya *per se* un veredicto automático de responsabilidad extracontractual del Estado, y que, en sede contencioso administrativa, se deba declarar que existió un daño atribuible a la administración, por la privación de su libertad.⁴³ Al estudiar esta clase de asuntos, el juez administrativo no puede prescindir del análisis de los hechos que rodearon la decisión de la privación de la libertad, se insiste, sin incidir en su ya declarada ausencia de responsabilidad penal.⁴⁴

En consecuencia, establecida la existencia del daño es necesario verificar si este se torna antijurídico⁴⁵ y si es imputable o no a las entidades demandadas Nación – Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación, aspecto que constituye el núcleo central del caso concreto el cual se encuentra inescindiblemente ligado a la calificación de injusta de la privación de la libertad en estudio. Ello implica necesariamente, a voces del artículo 90 constitucional, *“definir si la providencia a través de la cual se restringió la libertad de los imputados mientras eran investigados fue proporcionada y razonada, previa la verificación de su conformidad a derecho”*⁴⁶.

⁴³ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera Ponente: Stella Jeannete Carvajal Basto Bogotá D.C., veinticinco (25) de junio de dos mil veinte (2020)

⁴⁴ El Juez Administrativo tiene la posibilidad de apartarse de la sentencia penal, o su equivalente, ya que no tiene incidencia ni efectos de cosa juzgada en el proceso de reparación directa que se adelanta ante esta jurisdicción por cuanto “... (i) las partes, el objeto y la causa en ambos procesos son diferentes: a través del ejercicio de la acción penal, el Estado pretende la protección de la sociedad, con la represión del delito y para ello investiga quién es el autor del mismo y cuál su responsabilidad; a través del ejercicio de la acción de reparación, la víctima del daño antijurídico pretende la indemnización de los perjuicios que le ha causado el Estado con una acción que le sea imputable; (ii) los principios y normas que rigen ambos procesos son, en consecuencia, diferentes, lo cual incide, entre otros eventos en los efectos de las cargas probatorias, así: en el proceso penal la carga de la prueba de la responsabilidad del sindicado la tiene el Estado, quien deberá desvirtuar la presunción de inocencia que por mandato constitucional ampara a todas las personas; en tanto que en la acción de reparación directa, quien finalmente soporta los efectos adversos de la carencia de prueba de los elementos de la responsabilidad estatal es el demandante, y (iii) el fundamento de la responsabilidad del Estado no es la culpa personal del agente, sino el daño antijurídico imputable a la entidad; de tal manera que aunque se absuelva al servidor por considerar que no obró de manera dolosa o culposa, en los delitos que admiten dicha modalidad, el Estado puede ser condenado a indemnizar el daño causado, bajo cualquiera de los regímenes de responsabilidad y, en cambio, el agente puede ser condenado penalmente, pero el hecho que dio lugar a esa condena no haber tenido nexos con el servicio. Adicionalmente, se observa que la responsabilidad patrimonial del Estado no constituye el efecto civil de un ilícito penal, por eso, no son aplicables las normas relacionadas con los efectos de la sentencia penal absolutoria sobre la pretensión indemnizatoria que se formule en proceso separado del penal. Ello por cuanto la responsabilidad del Estado, conforme a lo previsto en el artículo 90 de la Constitución, se genera en los eventos en los cuales se causa un daño antijurídico imputable a la entidad demandada, al margen de que ese daño hubiera sido causado con una conducta regular o irregular”

⁴⁵ Para que dicho daño sea resarcible, la jurisprudencia ha señalado tres supuestos a saber: i) que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente, que no se limite a una mera conjetura, y que suponga una lesión a un derecho, bien o interés legítimo que se encuentre protegido por el ordenamiento jurídico, ii) que sea personal, es decir, que sea padecido por quien lo solicita, en tanto se cuente con la legitimación en la causa para reclamar el interés que se debate en el proceso, bien a través de un derecho que le es propio o uno que le deviene por la vía hereditaria y, iii) debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo.

⁴⁶ Ibidem. Acápite 102.

De la antijuridicidad del daño

Respecto a la antijuridicidad del daño, es decir, a la privación **injusta** de la libertad se tiene que el término injusta como lo señaló la Corte Constitucional⁴⁷ cuando analizó la constitucionalidad del proyecto de Ley Estatutaria de Administración de Justicia hace referencia a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria.

Si ello no fuese así, entonces se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados.

De acuerdo con lo expuesto, el solo hecho que a una persona se le imponga una medida de aseguramiento y el proceso penal termine con sentencia absolutoria, no significa que el Estado sea responsable patrimonialmente, pues se debe determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, es generadora de un daño antijurídico imputable a la administración.

Análisis de legalidad de la medida de aseguramiento

La Ley 906 de 2004 consagró una solicitud de imposición de medida de aseguramiento procedente del fiscal, dotada de los elementos necesarios para darle sustento a su necesidad y urgencia, sometida a consideración del juez con funciones de control de garantías.⁴⁸

⁴⁷ Corte Constitucional sentencia C-037 del cinco (5) de febrero de mil novecientos noventa y seis (1996).

⁴⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, subsección B, sentencia del 21 de mayo de 2021, expediente No. 05001-23-31-000-2011-00932-01 (52610)

ARTÍCULO 296. FINALIDAD DE LA RESTRICCIÓN DE LA LIBERTAD La libertad personal podrá ser afectada dentro de la actuación cuando sea necesaria para evitar la obstrucción de la justicia, o para asegurar la comparecencia del imputado al proceso, la protección de la comunidad y de las víctimas, o para el cumplimiento de la pena.

ARTÍCULO 306. SOLICITUD DE IMPOSICIÓN DE MEDIDA DE ASEGURAMIENTO. El fiscal solicitará al juez de control de garantías imponer medida de aseguramiento, indicando la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente. Escuchados los argumentos del fiscal, Ministerio Público y defensa, el juez emitirá su decisión.

La presencia del defensor constituye requisito de validez de la respectiva audiencia.”

Por su parte, a la autoridad judicial compete decretar la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información legalmente obtenida se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva, y a su vez se cumpla alguno de los requisitos que señala la norma:

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

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

En lo que respecta a la procedencia, la norma procesal penal establece unos supuestos de hechos, los cuales deben ser objeto de verificación del juez de control de garantía al momento de la adopción de la medida.

“ARTÍCULO 313. PROCEDENCIA DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA. Satisfechos los requisitos señalados en el artículo 308, procederá la detención preventiva en establecimiento carcelario, 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.” (Subrayas de la Sala)

En este orden, procede la Sala a analizar a la luz de las normas citadas la legalidad de la medida de aseguramiento impuesta al hoy demandante. Al respecto, señala la norma que en primer lugar debe existir una **inferencia razonable** de comisión de la conducta delictiva en calidad de autor o partícipe. En el asunto objeto de análisis, se *tiene* el juez con función de control de garantías encontró mérito para decretar medida de aseguramiento contra el señor Gómez Pedrozo, al considerar que era **razonable** inferir la autoría del punible de concierto para delinquir agravado según el inciso 2º del artículo 340 del Código Penal al señor Oscar Luis Gómez Pedrozo y ser viable privarlo preventivamente de la libertad mientras avanzaba la labor investigativa del ente acusador, puesto que se exhibieron y fueron puestos en su conocimiento sendos elementos probatorios que no daban lugar a arribar a otra conclusión.

De los audios y actas de audiencia integrados al expediente, se tiene que entre los días 13 y 14 de septiembre de 2011 se llevó a cabo audiencia de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento. La Fiscal 11 Especializada ante la Unidad Nacional contra bandas emergentes señaló al señor Oscar Luis Gómez Pedrozo alias “*mello*” o “*carita de mujer*”, de pertenecer a la organización criminal denominada “*los rastros*”, en la cual se desempeñaba como “*sicario extorsionista*”⁴⁹ información que se obtuvo de las entrevistas realizadas a Fayladis Gaviria Ramos el 15 de agosto de 2011 quien señaló que trabaja con “*Madison*” e intervino en la muerte de “*Sherwin*” del grupo “*Los Paisas*”, al señor Darin José Aguilar Valdelamar quien lo señala como miembro de “*los rastros*”, lleva tanques de gasolina y pide extorsiones y al señor Ubaldo Martínez, que indicó, que es miembro activo del grupo, participó en la muerte de “*Sherwin*” y en el secuestro de “*Chuzo*”.

De igual manera, hicieron parte del recaudo probatorio de la Fiscalía el reconocimiento fotográficamente realizado por Fayladis Gaviria Ramos y Ubaldo Martínez, imputándole el delito de concierto para delinquir como coautor conforme al inciso 2º del artículo 340 del CP, modificado por el artículo 19 de la Ley 1121 de 2006.

⁴⁹ Minuto 23:00 al 29:00 del CD contentivo del acta de formulación de imputación 13 y 14 del septiembre de 2011.

Entre las entrevistas recaudadas para el momento de la diligencia, reposaba en el plenario la declaración del señor Ubaldo González Martínez, quien señaló ser tío de Oscar Luis Gómez Pedrozo⁵⁰ y víctima de la desaparición de su hijo Ubaldo Junior, e indicó respecto del demandante que:

*“El día de la desaparición de su hijo estaban en una discoteca Jhonatan Vásquez y Oscar Luis Gómez, sobrino de él, Donald, Pancho, Madison, quien es el responsable de las desapariciones, era el responsable de los rastros, informó que luego de la desaparición de su hijo, **Oscar Luis Gómez Pedrozo, le contó que esa noche, Madison lo había llamado. Y que salió para unas canchas y unos muchachos que no conoce le manifestaron que en la lancha que va allá acaban de llevar a su primo y al amigo de Jhonatan Vásquez, que Oscar Luis le sugirió no poner denuncia por que la vida de ellos corría peligro y agregó que luego volvió a hablar con él por teléfono, porque lo fue a buscar a su casa y no estaba, pero cuando lo llamó lo escuchó raro y se escuchaban gallos, él sabía que al señor Madison (a quien se señalaba como organizador y financista de la organización criminal) le gustaban los gallos. Agregó que Oscar Luis había trabajado en varias ocasiones con él y le contaba cosas, como que había participado en la muerte de Sherwin, que había participado en los tiros que le metieron al Chuzo (...) manifestó que en una ocasión Oscar Luis Gómez le enseñó la pistola que utilizaba en la banda “los rastros”⁵¹ (subrayado fuera de texto original)***

También reposaba en el plenario la declaración de la señora Fayladis Gaviria Ramos quien afirmaba “conocer a Oscar Luis Gómez Pedrozo a quien identifica como el Mello, porque su padrastro Ubaldo, se lo presentó, (...)” y refería, “que el día que mataron a su hermano, el Mello fue a buscarla, **que supo** se dedicaba al sicariato, que participó en la muerte de SHERWIN y en la desaparición de su hermano. Asegura que cuando habló con el Mello, **este le dijo** que al hermano lo habían “chuletiado”, refiriéndose a que lo mataron, un grupo que se llama “los rastros.”

Así mismo, se contaba con el reconocimiento fotográfico y la plena identificación del individuo por parte de los señores Ubaldo González Martínez, Darin Jose Aguilar Valdelamar y la señor Fayladis Gaviria Ramos, los informes de inteligencia, que si bien por si mismos no constituyen elemento probatorio conducente para la imposición de medida de aseguramiento⁵², al tenor de lo preceptuado en el artículo

⁵⁰ Ver folio 3057 del cuaderno principal No. 7

⁵¹ Ver folio 3031 y 3032 del cuaderno principal No 7

⁵² “Es importante señalar que los informes de inteligencia en palabras de este Tribunal ‘no tienen el carácter de una imputación penal, sino que constituyen la identificación y procesamiento preventivo de una operación u operaciones que por sus características objetivas, razonablemente podrían llegar a estar relacionadas con el surgimiento de un delito’. De esta manera, los informes de inteligencia se soportan en el procesamiento preventivo de un conjunto de operaciones objetivas -reflejan métodos y acciones llevadas a cabo-, que trabajan sobre un margen de conjeturas o hipótesis sobre numerosa información que viene a terminar en unas conclusiones de la labor de inteligencia.

29 de la Constitución Política, que consagra los principios del debido proceso y presunción de inocencia, la cual sólo puede ser desvirtuada mediante pruebas legal y regularmente allegadas al proceso, dado que es allí donde el sindicado puede controvertirlas, al ser valorado en armonía con la demás piezas procesales aportadas.

En este punto, se tiene que el fundamento para solicitar y posteriormente adoptarse la imposición de la medida de aseguramiento al Señor Gómez Pedrozo radicó principalmente en las entrevistas realizadas a los señores Fayladis Gaviria Ramos, y Ubaldo Martínez, los cuales como se percibe, no presenciaron de forma directa la comisión de la conducta imputada, ni mucho menos fueron testigos de conductas que dieran a entender que el hoy demandante, fuere autor o partícipe de la comisión de una conducta punible, por el contrario, su conocimiento provino de referencias que hizo un tercero, en este caso, la misma persona que presuntamente es objeto de señalamiento del punible, siendo estas declaraciones calificadas posteriormente por el juez de conocimiento como testimonios de referencia los cuales solo permiten probar que se realizó la manifestación mas no la participación en el grupo criminal.

De la valoración de las pruebas de referencia - rectificación de posición de la Sala

Respecto a la valoración de las pruebas de referencia, las cuales - se reitera - fueron el soporte del ente acusador para solicitar el decreto de la cautela, se hace importante señalar que esta Corporación en un principio desestimó su valoración como fundamento para la adopción de una medida de aseguramiento, esto en atención a que se consideró que las mismas, por ser afirmaciones que no han surtido el trámite de contradicción no tienen la entidad suficiente para sustentar por sí solas, la imposición de una medida de aseguramiento. Es así que como en el caso del proceso tramitado por esta corporación bajo el No. **88-001-33-33-001-2018-00150-01**, el Tribunal en su momento accedió a las pretensiones de la demanda por considerar injusta la imposición de una medida de aseguramiento fundamentada principalmente en testigos de referencia.

“Al existir un amplio margen de dudas sobre la información por no estar comprobada suficientemente, es completamente válido a la luz de la Constitución que el legislador no le hubiere otorgado efecto jurídico de prueba dentro de los procesos disciplinarios y judiciales. Pero ello no significa que pasen desapercibidas en un todo, porque el contenido de tales informes podrá constituir un criterio orientador durante la indagación, lo cual atiende el deber del Estado, en virtud de la política criminal, de investigar con fundamento en la notitia criminis (art. 29 superior) “Sentencia C-540/12, Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

Posteriormente, esta Corporación rectificó su posición al realizar un nuevo análisis de dichos elementos probatorios -prueba de referencia- llegando a la conclusión que aquellos sí pueden ser valorados por el juez al momento de analizar la imposición de una medida de aseguramiento e incluso pueden ser el soporte de la decisión del juez de control de garantías sin que con ello se pueda considerar que la decisión de la medida se torne en injusta. Esta tesis se fundamenta en que en dicha etapa procesal de formulación de imputación y solicitud de medida de aseguramiento sólo se requiere la posibilidad con grado de probabilidad de la comisión de la conducta, mientras que en la etapa del juicio, es menester que el fallador tenga certeza más allá de la duda razonable de la comisión de la conducta. Es decir que se trata de estándares probatorios sustancialmente diferentes. Sobre este tema se consignó lo siguiente en posteriores sentencias proferidas por esta Corporación respecto a la valoración de la prueba de referencia:

“Sobre la legalidad de esta clase de pruebas, la Corte Suprema de Justicia nos explica que históricamente la prueba de referencia⁵³, llamada así por tratarse de declaraciones hechas sin la presencia del juez o la confrontación directa de las partes, fue considerada una evidencia no confiable, de hecho, se sostenía que los riesgos en el proceso de valoración se multiplican por diversos factores, como por ejemplo la ausencia de intermediación objetiva y subjetiva, la imposibilidad de confrontar directamente en juicio el testigo que tuvo conocimiento personal del hecho, y la falta de análisis de los procesos de percepción, memoria, sinceridad y narración del mismo, todo lo cual redundaba negativamente en su consistencia probatoria y explica por qué el legislador la excluye de las pruebas llamadas a soportar una eventual condena.⁵⁴

Lo anterior ha dado lugar a que reciba tratamiento diferenciado a partir de lo preceptuado en los artículos 431 al 438 del Código de Procedimiento Penal, en lo que tiene que ver con su admisibilidad práctica o su posterior valoración, o en relación con ambos aspectos, y que alrededor de su forma de regulación se

⁵³ Se considera como prueba de referencia toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio. (Art. 437 del CPP). La prueba de referencia radica en recoger como evidencia una declaración que se hizo por fuera de la vista a quien se ofrece legítimamente para probar que esa declaración es verdadera, resaltando que no está sujeta a confrontación, motivo por el cual generalmente se excluye dicha prueba del juicio, ya que quien resulte afectado con la declaración no ha tenido oportunidad de confrontar al declarante. Y así, por no existir confiabilidad, y en virtud de su precario valor probatorio, es que dicho elemento no goza de las garantías necesarias que en otras circunstancias produciría un testimonio.

En esta misma línea advierte la Honorable Corte Suprema de Justicia, que frente a una prueba de referencia se deben analizar los siguientes presupuestos: 1. Debe ser un testigo de primer grado, es decir, debe poder narrar lo que escuchó directamente; 2. Es necesario que el testigo identifique a su fuente de conocimiento, para que en desarrollo del proceso el juez intente su comparecencia al juicio; 3. Se deben instituir las condiciones en que el testigo directo transmitió los hechos; y finalmente, 4. Deberán concurrir otra clase de medios que acrediten que lo referido al testigo indirecto le fue transmitido en la forma como este lo rotulo. (Corte Suprema de Justicia, Proceso 40702 de 2013)

⁵⁴ Casación 24468 de 30 de marzo de 2006 y casación 26089 de 2 de noviembre del mismo año.

hayan esbozado diferentes tesis, que van desde la que propugna por su libre admisibilidad y valoración, hasta la que propone su exclusión absoluta, pasando por posturas intermedias como la que se sustenta en el principio de la mejor prueba disponible, entre otras.⁵⁵

Sin embargo, ninguna de las tesis enunciadas contempló lo dispuesto en el artículo 438 de la norma en estudio, que nos habla de la admisión excepcional de la prueba de referencia en los siguientes términos:

ARTÍCULO 438. ADMISIÓN EXCEPCIONAL DE LA PRUEBA DE REFERENCIA. Únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante:

- “a) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación;
- b) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar;
- c) Padece de una grave enfermedad que le impide declarar;
- d) Ha fallecido.

El artículo 438 del mismo Código, enlista unos casos como los únicos en los cuales es admisible la prueba de referencia. No obstante, dicha norma no puede interpretarse aisladamente, sino dentro del marco constitucional y en armonía con la sistemática probatoria del nuevo régimen de procedimiento penal, uno de cuyos fines superiores consiste en la búsqueda de la verdad compatible con la justicia material, por lo cual, el juez en cada evento determinará cuándo es pertinente alguna prueba de referencia que pretendan aducir las partes; y en todo caso, el juez queda obligado a otorgar a este género de pruebas un valor de convicción menguado o definitivamente restringido como ocurrió en el presente caso.⁵⁶

La expresión eventos similares, indica que debe tratarse de situaciones parecidas a las previstas en las excepciones tasadas, bien por su naturaleza o porque participan de las particularidades que le son comunes, como lo es, por ejemplo, que se trate de casos en los que el declarante no se halle disponible como testigo, y que la indisponibilidad obedezca a situaciones especiales de fuerza mayor, que no puedan ser racionalmente superadas, como podría ser la desaparición voluntaria del declarante o su imposibilidad de localización y ello invitaba a evaluar las condiciones de los declarantes quienes de manera reiterada en cada una de sus intervenciones manifestaron ser víctimas del

⁵⁵ Ibidem.

⁵⁶ Casación 24468 de 30 de marzo de 2006 y casación 26089 de 2 de noviembre del mismo año.

flagelo de la organización criminal en la que se presumía la participación del hoy demandante.⁵⁷⁵⁸

Pese a lo anterior, y comoquiera que en esta oportunidad se está en presencia del cumplimiento de una orden de tutela, la Corporación utilizará la postura anterior para dar solución al caso objeto de análisis, para no afectar el derecho de igualdad; sin embargo, se debe dejar en claro que ya esta Corporación rectificó la tesis que inicialmente había venido sosteniendo y esta es la que ha utilizado para resolver los asuntos que con similares elementos fácticos se presentan a estudio de esta Sala. Esto es, que las pruebas de referencia no deberían ser desestimadas por el juez contencioso al momento de efectuar el análisis de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida de detención preventiva que hubiere sido impuesta por el Juez de Control de Garantías, elemento central para la determinación de la configuración de una privación injusta de la libertad.

La Sala rectificó su tesis en tanto que reconoce que el estándar probatorio al momento de tomar la decisión sobre la aplicación de medida de detención es muy diferente al estándar probatorio al resolver el proceso mediante la sentencia.

Como se indicó líneas atrás se encuentra acreditado que el sustento de la solicitud y decreto de la medida de aseguramiento en contra del señor Oscar Luis Gómez Pedrozo consistió en las declaraciones de los señores Fayladis Gaviria y Ubaldo González, declaraciones estas que fueron catalogadas como de referencia por el juez de conocimiento. En consideración de la Sala, estos elementos materiales probatorios eran insuficientes para inferir razonablemente que el imputado podría ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investigaba, puesto que de los mismos no se deriva indicio alguno que el hoy actor fuera integrante de la banda “los rastros”, así como fungir de sicario-extorsionista en dicha organización. En cuanto a las declaraciones de la señora Fayladis Gaviria y Ubaldo González, las cuales relacionan al investigado con una banda criminal, debe decirse que fueron testimonios de oídas por lo que de ninguna manera cuentan con la contundencia para concluir que por su dicho debía ordenarse medida de aseguramiento al hoy demandante. Tal como se indicó por el Juez de conocimiento en su momento, estos testimonios solo prueban la realización de las manifestaciones por parte del señor

⁵⁷ Número de radicado: 27477 Fecha: 06/03/2008 Tipo de providencia: SENTENCIA Clase de actuación: CASACIÓN

⁵⁸ Tribunal Contenciosos Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, Sentencia del dieciocho (18) de diciembre de dos mil veinte (2020), expedientes No. 88-001-33-33-001-2018-00152-01 y 88-001-33-33-001-2018-00161-01

Gómez Pedrozo, pero en nada llegan a concluir su participación en la organización criminal y mucho menos la realización de las conductas punibles imputadas.

Por otra parte, observa la Sala que el estudio de los elementos materiales debió ser abordado de manera diferenciada y no general, para establecer el caso particular, la necesidad de la medida de aseguramiento solicitada en contra del señor Oscar Luis Gómez Pedrozo, aunque el juez de control de garantías pudiera eventualmente tener la certeza de la necesidad de decretar la medida para las otras personas. A partir de lo anterior, la Corporación concluye que la medida restrictiva de la libertad fue injusta, razón por la cual el fallo proferido por el Juez Único Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina será confirmado.

Del estudio del dolo y la culpa civil

En el criterio unificado del Consejo de Estado, la participación o incidencia de la conducta del demandante en la generación del daño alegado resulta preponderante. En ese sentido, se hace inescindible que el juez verifique incluso de oficio, si quien fue privado de la libertad actuó, desde el punto de vista civil, con culpa grave o dolo,⁵⁹ y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva, pues no debe olvidarse que, para los eventos de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 dispone que aquél (el daño) “*se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo*”, de modo que en los casos en los que la conducta de la víctima esté provista de una u otra condición procede la exoneración de responsabilidad del Estado, por cuanto en tal caso se entiende que es esa conducta la determinante del daño.

⁵⁹ ARTICULO 63. <CULPA Y DOLO>. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”. (Subrayas de la Sala)

En ese orden de ideas, para efectos de determinar si el demandante actuó con culpa o dolo, es necesario estudiar las disposiciones del Código Civil que sobre el tema rezan:

ARTICULO 63. <CULPA Y DOLO>. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro". (Subrayas de la Sala)

De acuerdo con lo anterior, para que se configure el hecho o culpa de la víctima, se requiere que haya una actuación u omisión por parte de quien sufrió un daño, que ella sea determinante en la producción del mismo y que, además, resulte ajena, imprevisible e irresistible para la parte demandada.

Analizadas las pruebas que reposan en el expediente, se observa que la conducta del demandante en ningún momento fue sustancial para que la Fiscalía solicitara medida de aseguramiento en su contra y tampoco se advierte que haya desplegado un actuar **gravemente** culposo o doloso. De hecho, se observa que la investigación fue encaminada contra el actor, en atención a lo dicho por personas que solo hacen afirmaciones por lo que escucharon de terceros y no por lo que a ellos les consta directamente, a lo que el juez de conocimiento llamó testigos de referencia.

Si bien, existen declaraciones en las cuales se indica que fue el señor Oscar Luis Gómez Pedrozo, quien sugirió no realizar una denuncia penal respecto a la comisión de un delito realizado presuntamente por integrantes de la organización criminal "Los Rastrojos" o en la cual él presuntamente se atribuía la comisión de un delito, conductas estas que puede ser objeto de reproche social pues no es el actuar que se espera de un ciudadano, al tenor de lo dispuesto en el 63 del Código Civil, dichas

conducta por sí solas no lo hace sospechoso de ser miembro de una organización criminal en calidad de sicario-extorsionista.

Como se ve, en las pruebas con que se contaba desde el principio no existen elementos de juicio que permitan sostener que la medida de aseguramiento impuesta obedeció a la propia actuación del señor Oscar Luis Gómez Pedrozo.

Reconocimiento de perjuicios

Definido lo anterior, en el sentido que la privación de la libertad de Oscar Luis Gómez Pedrozo fue injusta, corresponde ahora revisar el tema del reconocimiento de los perjuicios establecidos a favor de los demandantes. En este punto, observa la Sala que el a quo solo reconoció perjuicios morales a favor del señor Oscar Luis Gómez Pedrozo y su menor hija Ginashly Gómez Myles, negando el reconocimiento de perjuicios morales a favor de los señores Lummy Pedrozo Cañas, Miguel Ángel Pedrozo, Enrique Miguel Cortecero Pedrozo y Sara Paternina Ramírez, toda vez que no fue demostrado el parentesco con el directo afectado como tampoco se acreditó la condición de terceros damnificados. De otra parte, en lo que respecta a los perjuicios de índole material, este solo fue reconocido en la modalidad de lucro cesante a favor del señor Oscar Luis Gómez Pedrozo.

La parte actora, inconforme con la decisión del a quo, solicitó en el recurso interpuesto que sea reconocido lo referente a los perjuicios morales de los señores Lummy Pedrozo Cañas (madre) Miguel Ángel Pedrozo (hermano), Enrique Miguel Cortecero Pedrozo (hermano) y Sara Paternina Ramírez (abuela de crianza), al considerar que en lo que respecta al aludido perjuicio moral, la jurisprudencia ha señalado que basta con la acreditación del parentesco para que pueda inferirse su causación.

Por su parte, la Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial solicita sea revocado el reconocimiento de los perjuicios determinados por el a quo al considerar que: (i) la sentencia no identifica la prueba que demuestra la existencia del perjuicio reconocido ni su monto y (ii) no se realiza un examen integral de credibilidad y su cotejo con el resto de pruebas obrantes incluyendo la evidencia relacionada en el proceso penal.

Para resolver lo pertinente, la Sala debe indicar que tal como lo indicó el juez de instancia en su momento, el Consejo de Estado estableció criterios en torno al reconocimiento y liquidación del perjuicio material solicitado por quien fue privado injustamente de la libertad y su familia, advirtiendo que los mismos son aplicables a todos los eventos en los que le corresponde al juzgador determinar la existencia y el monto de perjuicios materiales de la misma clase⁶⁰. Teniendo en cuenta que en la presente causa solo se realizaron reconocimiento de perjuicios morales y materiales por concepto de lucro cesante, la Sala se limitará a pronunciarse respecto a estos conceptos en atención a los recursos interpuestos.

Perjuicios morales

En lo que refiere a este tipo de perjuicios, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado que en los eventos en los cuales una persona es detenida, se presume el dolor moral, la angustia y aflicción de la víctima directa del daño⁶¹; así mismo, dicho dolor se presume respecto de sus seres queridos más cercanos, ello conforme a las reglas de la experiencia. En sentencia del 28 de agosto de 2014⁶², el Consejo de Estado estableció unos criterios para la liquidación de este perjuicio inmaterial, que toma como parámetro el tiempo que duró la detención.

En este punto se encuentra acreditado que el señor Oscar Luis Gómez Pedrozo, identificado con cédula de ciudadanía No. 18.011691, efectivamente estuvo privado de la libertad entre el **13/09/2011 al 19/03/2015**.⁶³, es decir, un periodo de tres (3) años, cinco (5) meses y seis (6) días.

Igualmente se encuentra acreditado que los beneficiarios de la condena proferida por el juez de primera instancia – Ginashly Gómez Myles acreditó el parentesco invocado (hija) en relación con el señor Oscar Luis Gómez Pedrozo. Se precisa que el parentesco quedó debidamente demostrado conforme al registro civil visible a folios 12 y 13 del cuaderno principal.

En este orden, atendiendo los parámetros establecidos por el Consejo de Estado para la indemnización del perjuicio moral en los eventos en los cuales la privación

⁶⁰ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, sentencia del dieciocho (18) de julio de dos mil diecinueve (2019), expediente No. 73001-23-31-000-2009-00133-01 (44.572)

⁶¹ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, sentencia de 14 de marzo de 2002 (exp. 12.076).

⁶² Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2014 Expediente No. 66001-23-31-000-2001-00731-01(26251)

⁶³ Folio 17 del cuaderno principal No. 1

SIGCMA

injusta de la libertad es superior a 18 meses, el reconocimiento indemnizatorio debería ser de 100 SMMLV para la víctima directa del daño, esto es, el afectado directo con la medida de aseguramiento, así como cada uno de sus parientes en primer grado de consanguinidad –padres e hijos-. situación que fue atendida por el Juez de instancia.

En cuanto a los demás demandantes, es decir, los señores Lummy Pedrozo Cañas, Miguel Ángel Pedrozo, Enrique Miguel Cortecero Pedrozo y Sara Paternina Ramírez, debe señalarse que tal como lo indicó en la sentencia objeto de impugnación, aquellos no acreditaron el parentesco invocado en la demanda, esto es, la calidad de madre, hermanos y abuela de crianza del directo afectado, y tampoco fue allegada prueba alguna que demostrara las circunstancias de ser terceros damnificados, razón por la cual sus pretensiones indemnizatorias deben ser negadas.

En lo que respecta a la señora **Lummy Leonor Pedrozo Cañas**, identificada con la C.C. No. 30874032 quien afirma ser la madre del señor Oscar Luis Gómez Pedrozo, encuentra la Sala que en el registro civil de nacimiento del señor Gómez Pedrozo, figura como madre la señora **Luzmila Pedrozo Caro**, es decir, una persona totalmente distinta a la demandante, razón por la cual no pueden ser acogidos los argumentos del recurrente al afirmar que hubo un error de digitación del nombre, toda vez que los mismos son evidentemente distintos. En este caso, corresponde asumir las consecuencias de los errores u omisiones en que se pudo haber incurrido al presentar la demanda, pero de ninguna manera puede - en sede de apelación - acoger esta Corporación la tesis del error de digitación de quien se presenta a esta causa indicando que su nombre es **Lummy Leonor Pedrozo Cañas**, afirmando ser madre del demandante para luego indicar que su nombre en realidad es **Luzmila Pedrozo Caro**, nombre que aparece en el registro civil de nacimiento como madre del señor Gómez Pedrozo.

En resumen sobre este punto, la Sala confirmará la negativa de tales pretensiones indemnizatorias.

Perjuicios materiales

Lucro cesante

El lucro cesante ha sido entendido por la jurisprudencia como "... la **ganancia** frustrada o el provecho económico **que deja de reportarse y que**, de no producirse

el daño, **habría ingresado ya o en el futuro al patrimonio de la víctima**. Pero que como todo perjuicio, para que proceda su indemnización, debe ser cierto, como quiera que el perjuicio eventual no otorga derecho a reparación alguna”⁶⁴ (negritas del texto original).

Para que proceda el reconocimiento de dicho perjuicio, el Consejo de Estado ha establecido los siguientes presupuestos a saber:

2.1.1 Por concepto de 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.

2.1.2 Todo daño y perjuicio que el demandante pida que se le indemnice por concepto de lucro cesante debe ser objeto de prueba suficiente que lo acredite o, de lo contrario, no puede haber reconocimiento alguno (artículos 177 del C. de P. C. y 167 del C.G.P.).

Así, para acceder al reconocimiento de este perjuicio material en los eventos de privación injusta de la libertad debe haber **prueba suficiente que acredite que, con ocasión de la detención, la persona afectada con la medida de aseguramiento dejó de percibir sus ingresos o perdió una posibilidad cierta de percibirlos**. Cuando la persona privada injustamente de su libertad haya sido una ama de casa o la persona encargada del cuidado del hogar, tendrá derecho a que se le indemnice el lucro cesante, conforme a los términos y condiciones consignados en la sentencia de unificación del 27 de junio de 2017, proferida dentro del proceso con radicación 50001-23-31-000-2000-372-01 (33.945).

En la presente causa, el a quo accedió al reconocimiento de este perjuicio, al considerar **(i)** el perjuicio fue solicitado en la demanda, **(ii)** que se encuentra demostrada la actividad lícita que realizaba el directo afectado y **(iii)** los ingresos ciertos del afectado fueron por valor de \$980.000 pesos.

La Sala encuentra acreditado que, el señor Oscar Luis Gómez Pedrozo desempeñaba una actividad productiva al momento de su detención, toda vez que la certificación laboral allegada al plenario⁶⁵ da cuenta que el directo afectado laboraba como ayudante de construcción de estructuras metálicas e igualmente los ingresos que percibía por el desarrollo de tal actividad, razón por la cual en este aspecto los argumentos de la entidad recurrente no están llamados a prosperar.

⁶⁴ Sentencia del 7 de julio de 2011 (expediente 18.008), que se reitera, entre otras, en sentencias del 21 de mayo de 2007 (expediente 15.989), del 1º de marzo de 2006 (expediente: 17.256) y del 1º de febrero de 2016 (expediente 55.149).

⁶⁵ Ver folio 16 del cuaderno principal-

- CONDENA EN COSTAS

En atención a lo señalado en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y en el literal b del artículo 625 del C.G.P., en la sentencia se decidirá sobre la condena en costas, con aplicación de las normas previstas en el Código General del Proceso el cual, en el numeral 1 de su artículo 365, dispone que se condenará a su pago a la parte vencida en el proceso.

La condena depende de un factor objetivo, del hecho de ser vencido en el proceso, y no de la conducta desplegada por las partes, de ahí que no resulten de recibo los argumentos del apelante -Fiscalía General de la Nación- y, de manera consecuente, se debe confirmar la decisión adoptada por el Juez Único Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, SALA DE DECISIÓN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMARSE la sentencia proferida por el Juzgado Único Contencioso Administrativo del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina de fecha 22 de octubre de 2019, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría devuélvase el expediente al juzgado de origen. Desanótense en los libros correspondientes y archívese una copia de esta providencia en los copiadore de este Tribunal.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS,

Expediente: 88-001-33-33-001-2018-00151-01
Demandante: Oscar Luis Gómez Pedrozo y otros
Demandado: Nación- Fiscalía General de la Nación- Rama Judicial y otros
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

NOEMI CARREÑO CORPUS

JOSÉ M. MOW HERRERA

JESÚS G. GUERRERO GONZÁLEZ

Código: FCA-SAI-06

Versión: 01

Fecha: 14/08/2018

Firmado Por:

**Noemi Carreño Corpus
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Contencioso 003 Administrativa
Tribunal Administrativo De San Andres - San Andres**

**Jesus Guillermo Guerrero Gonzalez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Contencioso 001 Administrativa
Tribunal Administrativo De San Andres - San Andres**

**Jose Maria Mow Herrera
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Contencioso 002 Administrativa**

Expediente: 88-001-33-33-001-2018-00151-01
Demandante: Oscar Luis Gómez Pedrozo y otros
Demandado: Nación- Fiscalía General de la Nación- Rama Judicial y otros
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

Tribunal Administrativo De San Andres - San Andres

Firma Con Salvamento De Voto

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

0d9db3daabb7c2c8d7fcbbd43fbfe1918497035e04fe6dfd17bc52830c0c4b77

Documento generado en 30/08/2021 02:53:38 p. m.